

und R. F. sowie den gegenbeweislich gestellten Antrag der Beklagten auf Vernehmung des von ihr benannten Zeugen T. R. nachgegangen werden muss. In Anbetracht des Umfangs der noch notwendigen Aufklärung überwiegt auch hier das Interesse an einem zügigen Abschluss des ansonsten entscheidungsreifen Rechtsstreits.

3. Der von der Beklagten mit der Wider- und Hilfswiderklage geltend gemachte und ihr in voller Höhe zustehende Rückzahlungsanspruch ist gemäß Art. 84 Abs. 1 CISG vom Tage der ursprünglichen Zahlung des Kaufpreises an zu verzinsen, so dass die Beklagte jedenfalls für den geltend gemachten Zeitraum seit dem 4.3.2000 die Zahlung von Zinsen verlangen kann (vgl. § 308 ZPO). In Bezug auf die beanspruchte Zinshöhe ist das Zinsbegehren indes nicht in vollem Umfang begründet. Da das UN-Kaufrecht keine Regelung zur Zinshöhe enthält, ist insoweit ergänzend italienisches Recht anzuwenden. Dabei braucht nicht entschieden zu werden, ob das ergänzend anzuwendende Recht hier – wie etwa in Bezug auf Zinsansprüche nach Art. 78 CISG – nach den kollisionsrechtlichen Vorschriften des deutschen Internationalen Privatrechts zu bestimmen ist oder sich unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des Art. 84 CISG stets nach dem Zinssatz richtet, der üblicherweise am Ort der – hier in Italien befindlichen – Niederlassung des zur Rückzahlung verpflichteten Verkäufers gilt (zum Meinungsstand vgl. von Caemmerer/Schlechtriem/Leser, a.a.O., Art. 84 CISG, Rn. 13 m.w.Nachw.). Denn unter Anwendung des Vertragsstatuts des Art. 28 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 2 EGBGB gelangt man hier – wie oben ausgeführt (vgl. Abschn. B.II.2.b.bb der Entscheidungsgründe) – ebenfalls zur Anwendung italienischen Rechts. Da der in Rede stehende Zinsanspruch aus einem vor dem 8.8.2002 begründeten Schuldverhältnis entstammt, finden hier nach Art. 11 Abs. 2 der italienischen Gesetzesverordnung Nr. 231 vom 9.10.2001 zur Umsetzung der EG-Richtlinie zum Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr die bis dahin geltenden Vorschriften des Codice Civile Anwendung. Gemäß Art. 1284 S. 2 Codice civile i.V.m. den Änderungsverordnungen des Schatzministeriums der Republik Italien vom 10.12.1998, 11.12.2000 und 11.12.2001 stehen der Beklagten somit Zinsen lediglich in Höhe der im Tenor genannten Zinssätze zu. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Der Wert der Beschwer der Klägerin beträgt mehr, der der Beklagten weniger als 20.000 EUR. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nach § 543 Abs. 2 ZPO nicht vor. Der Streitwert für die Berufungsinstanz wird unter Berücksichtigung des § 19 Abs. 3 GKG auf 167.559,53 EUR (327.717,98 DM) festgesetzt. Davon entfallen auf die Klage ein Betrag von 35.308,79 EUR (69.058 DM) auf die Wider- und Hilfswiderklage ein Betrag von 77.540,47 EUR (151.655,98 DM) und auf die Hilfsaufrechnung der Klägerin ein Betrag (654,45 EUR + 357,90 EUR + 53.697,92 EUR =) 54.710,27 EUR (107.004 DM).

Art. 4, 7, 39 Abs. 1 CISG

1. Bei Unklarheiten über den Wortlaut des CISG kommt primär der englischen und sekundär der französischen Fassung eine erhöhte Bedeutung zu, weil die Verhandlungen hauptsächlich in diesen Sprachen geführt wurden.
2. Englischer und französischer Vertragstext des Art. 39

Abs. 1 CISG sprechen dafür, an die Genauigkeit der Bezeichnung des gerügten Mangels weniger hohe Anforderungen zu stellen, als dies die deutsche Übersetzung erwarten lässt.

3. Die Verteilung der Beweislast gehört zu den im CISG geregelten Gegenständen. Danach hat der Verkäufer, der den Kaufpreis verlangt, die vertragskonforme Leistung zu beweisen; der Käufer, welcher aus der Vertragswidrigkeit der Ware Gegenansprüche (z.B. Rücktritt vom Vertrag oder Minderung) herleitet, hat dagegen die Vertragswidrigkeit nachzuweisen.

4. Nichteinhaltung des technischen Standards (hier: einer Reinigungsmaschine) kann nur geltend gemacht werden, wenn sie besonders gerügt worden ist.

1. In case of disputes about the wording of the CISG the English version is of primary and the French version of secondary relevance because the negotiations were mainly conducted in those languages.

2. The English and the French text of Art. 39 para. 1 CISG support the view that the specification of the nature of the lack of conformity does not have to be as precise as the German translation suggests.

3. The division of the burden of proof is a topic that the CISG addresses. According to the CISG, the seller who is claiming the sales price has to prove that he delivered goods in accordance with the terms of the sales contract. The buyer who raises claims for non-conformity of the goods (e.g. avoidance of the contract or reduction of the sales price) has to prove the non-conformity.

4. The buyer may only rely on a non-compliance with technical standards (here: laundry machine) if he had given the seller notice thereof.

Schweiz: Bundesgericht, Urteil vom 13.11.2003 – 4C. 198/2003/grl (Vorinstanz: Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 12.5.2003)

A. Die A-GmbH mit Sitz in Deutschland verkaufte der B-& Co. mit Sitz in der Schweiz eine gebrauchte Textilreinigungsmaschine Seco SS 240. Diese war auf KWL als Arbeitsstoff umgestellt worden, was zusätzlich zur Reinigungsmaschine eine Destillationsanlage und einen Stickstoffgenerator erforderlich machte. Der Kaufpreis wurde auf DEM 55'600.– festgesetzt. Die Maschine wurde der Käuferin am 29.7.1996 geliefert. Mit Schreiben vom 26.8.1996 rügte die Käuferin, dass die Destillation der Maschine mangelhaft sei und der Nierosterbehälter rinne und dringend ausgetauscht werden müsse.

Am 29.8.1996 hat ein Vertreter der Verkäuferin die Maschine untersucht, um einen „Befundbericht“ zu erstellen. Mit Schreiben vom 5.9.1996 teilte die Käuferin der Verkäuferin unter dem Betreff „UNBRAUCHBARE MASCHINEN-LIEFERUNG“ mit:

„Wie im Schreiben vom 28.[recte: 26.]8.1996 sowie div. Telefongesprächen mit Ihnen wissen Sie, dass die gelieferte Maschine nicht brauchbar ist. Ihr Besuch am 29.8.1996 mit unserer Frau D. und gemäss telefonischer Informationen zwischen Ihnen und unserem Hr. D. hat ergeben, dass das Maschinen-Destillationssystem nicht funktioniert. Sie bestätigen, dass bei der Lieferung einiges vergessen wurde und Sie verpflichtet sind, dies zu vervollständigen. Gerne geben wir nochmals die defekten Mängel an.

a. Der Destillationsregler (Schwimmkopf) ist defekt und die Folgen sind: Die Destillation schaltet nicht automatisch ab und zieht Luft ins System, [was] wiederum weitere Folgeschäden mit sich bringt.

b. Der Nierosterbehälter für die Leichtsieder rinnt. (Die Folgen: Überschwemmung am Boden mit KWL).

c. Das Kondenswasser wird nicht abgetrennt.
d. Die Reinigungsverstärkerpumpe wurde nicht angeschlossen und eingestellt.

e. Die Imprägnierpumpe wurde nicht geliefert. (...).

(...)

Die Pumpe haben wir bis heute noch nicht erhalten.

(...)

Unsere Abklärung beim Rechtsdienst hat ergeben, dass wir sofort vom Kaufvertrag zurücktreten können, wenn diese Garantiewerke nicht innert 10 Tagen erledigt werden.

Von diesem Recht werden wir Gebrauch machen, sollte es nicht anders lösbar sein. Die ganze Rechnung verrechnen wir zurück, da die gelieferten Maschinenkomponenten nicht funktionieren.

(...)

Wir geben ihnen 10 Tage Zeit, sämtliche Mängel zu beheben, ansonsten wir gezwungen wären, rechtliche Schritte einzuleiten.“

Am 6.9.1996 trat die Verkäuferin ihre Kaufpreisforderung an C. mit Wohnsitz in Deutschland ab. Am 9.9.1996 wurde über die Verkäuferin der Konkurs eröffnet.

In ihrem Schreiben vom 18. September 1996 teilte die Käuferin der Verkäuferin sinngemäss mit, sie mache auf Grund der unterlassenen Reparatur der Maschine eine Schadenersatzforderung in der Höhe von DEM 59'600.– geltend, welche innert 30 Tagen zu begleichen sei. Zudem kündigte die Käuferin an, sie werde die Maschine zur Entsorgung freigeben, wenn bis zum 30.9.1996 keine Reparaturarbeiten ausgeführt würden.

C. verlangte mit Schreiben vom 27.9.1996 von der Käuferin die Begleichung der an ihn abgetretenen Kaufpreisforderung bis zum 4.10.1996.

Mit Schreiben vom 19.10.1996 mahnte die Käuferin die Verkäuferin bezüglich der geltend gemachten Schadenersatzforderung und setzte eine letzte zehntägige Zahlungsfrist. Zudem führte die Käuferin dem Sinne nach aus, da die Verkäuferin kein Interesse an einer Rücknahme der Maschine gezeigt habe, würde über diese wie angekündigt verfügt.

Am 16.4.1998 klagte C. beim Amtsgericht Luzern-Land gegen D. auf Bezahlung des Kaufpreises. Die Klage wurde am 21.1.1999 wegen fehlender Passivlegitimation des Beklagten kostenfällig abgewiesen.

B. Am 2.8.1999 erhob C. beim Amtsgericht Luzern-Stadt Klage gegen die Käuferin auf Zahlung des Kaufpreises von DEM 55'600.– zuzüglich Verzugszins zu 4% seit dem 30.7.1996. Zudem machte der Kläger eine Schadenersatzforderung in der Höhe von Fr. 12'902.– zuzüglich Zins zu 5% seit dem 21.1.1999 geltend. Zur Begründung dieser Forderung führte der Kläger an, er habe Prozesskosten in dieser Höhe bezahlen müssen, weil er zunächst D. eingeklagt habe, was auf die Verletzung der Firmengebrauchspflicht der Beklagten zurückzuführen sei. Die Käuferin schloss auf Abweisung der Klage, wobei sie insbesondere geltend machte, sie sei auf Grund der Mangelhaftigkeit der gelieferten Maschine vom Kaufvertrag zurückgetreten.

Die Beklagte wurde auf den 31. Dezember 2000 liquidiert und im Handelsregister gelöscht. Die Löschung wurde im Schweizerischen Handelsregisterblatt am 25. April 2001 publiziert.

Das Amtsgericht wies die Klage mit Urteil vom 6.4.2001 ab. Dagegen appellierte der Kläger beim Obergericht des Kantons Luzern. Dieses nahm an, die Beklagte könne auf Grund der gegen sie erhobenen Forderung nicht als liquidiert gelten, weshalb sie unabhängig von ihrer Löschung im Handelsregister weiterbestehe und damit auch parteifähig sei. Mit Verfügung vom 30.11.2001 gab das Obergericht eine Expertise zur Abklärung der Mängel der gelieferten Maschine in Auftrag, welche dem Gericht am 27.8.2002 eingereicht wurde. Am 12.5.2003 hob das Obergericht das Urteil des Amtsgerichts auf, hiess die Klage im Umfang von DEM 55'600.– nebst 4% Zins seit 14.4.1999 gut und wies die Schadenersatzforderung ab.

C. Die Beklagte erhebt eidgenössische Berufung mit den Anträgen, das Urteil des Obergerichts vom 12. Mai 2003 sei aufzuheben und die Klage abzuweisen. Zudem sei der Kläger anzuweisen, die gelieferte Maschine bei der Beklagten abzuholen. Eventuell sei der Kaufpreis angemessen zu mindern oder die Angelegenheit zur Abklärung des Minderanspruchs an die

Vorinstanz zurückzuweisen. Der Kläger schliesst auf Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger ficht die Abweisung seiner Schadenersatzforderung nicht mit Anschlussberufung an, weshalb das angefochtene Urteil insoweit in Rechtskraft erwachsen ist.

2.

2.1 Auf die form- und fristgerechte Berufung ist grundsätzlich einzutreten, da der angefochtene Endentscheid eine Zivilrechtsstreitigkeit betrifft und er mit keinem ordentlichen kantonalen Rechtsmittel angefochten werden kann (Art. 48 Abs. 1 OG). Zudem wird der erforderliche Streitwert von Fr. 8'000.– erreicht (Art. 46 OG).

2.2 Mit Berufung kann geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid beruhe auf Verletzung des Bundesrechts mit Einschluss der durch den Bund abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge (Art. 43 Abs. 1 OG). Zu diesen Verträgen gehört das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG bzw. UN-Kaufrecht, SR 0.221.211.1). Dieses kommt im vorliegenden Fall zur Anwendung, da der strittige Kaufvertrag zwischen zwei Parteien mit Sitz in verschiedenen Vertragsstaaten abgeschlossen wurde (Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG).

2.3 Nach Art. 55 Abs. 1 lit. c OG ist in der Berufungsschrift anzugeben, welche Bundesrechtssätze und inwiefern sie der angefochtene Entscheid verletzt. Unzulässig sind dagegen Rügen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen und gegen die Beweiswürdigung der Vorinstanz richten, es sei denn, es werde dieser zugleich ein offensichtliches Versehen, eine Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften (Art. 63 Abs. 2 OG) oder unvollständige Ermittlung des Sachverhalts vorgeworfen (Art. 64 OG; BGE 120 II 97 E. 2b S. 99; 119 II 84 E. 3; 116 II 93 E. 2, 489 E. d, 749 mit Hinweisen).

Gegen diese Vorschriften verstösst die Beklagte, wenn sie, ohne eine der genannten Ausnahmen geltend zu machen, versucht, das vom Obergericht festgehaltene Beweisergebnis bezüglich der Mängel in Zweifel zu ziehen.

Insoweit ist daher auf die Berufung nicht einzutreten.

2.4 Das Begehren der Beklagten, den Kläger anzuweisen, die Maschine abzuholen, ist neu und damit unzulässig (Art. 55 Abs. 1 lit. b OG).

3.

3.1 Nach dem UN-Kaufrecht hat der Käufer die Ware innerhalb einer so kurzen Frist zu untersuchen oder untersuchen zu lassen, wie es die Umstände erlauben (Art. 38 Abs. 1 CISG). Er verliert das Recht, sich auf eine Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen, wenn er sie dem Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist nach dem Zeitpunkt, in der er sie festgestellt hat oder hätte feststellen müssen, anzeigt und er dabei die Art der Vertragswidrigkeit genau bezeichnet (Art. 39 Abs. 2 CISG). Ob diese Fristen eingehalten wurden, beurteilt das Gericht nach seinem Ermessen. Ermessensentscheide überprüft das Bundesgericht im Berufungsverfahren grundsätzlich frei. Es übt dabei aber Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die zwingend hätten beachtet

werden müssen. Ausserdem greift das Bundesgericht in Ermessensentscheide ein, falls sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 127 III 351 E. 4a S. 354, mit weiteren Hinweisen).

3.2 Das Obergericht ging unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung davon aus, im vorliegenden Fall könne von einer Untersuchungsfrist von einer Woche und einer Anzeigenfrist von einem Monat ausgegangen werden, weshalb die Rüge vom 26.8.1996 rechtzeitig erfolgt sei. Zudem habe die Beklagte am 5.9.1996, mithin gerade einen Monat nachdem davon auszugehen sei, dass sie die gerügten Mängel entdeckt habe, erneut detaillierte Mängelrüge erhoben. In Anbetracht des Umstandes, dass ein Vertreter der Verkäuferin am 29.8.1996 die Maschine nochmals überprüft habe, erscheine auch die zweite und detaillierte Mängelrüge vom 5. September 1996 keineswegs als verspätet. Bezüglich dieser Beurteilung ist eine Ermessensüberschreitung des Obergerichts nicht ersichtlich. Sie wird denn auch vom Kläger nicht geltend gemacht.

4.

4.1 Das Obergericht hat angenommen, mit der Mängelanzeige vom 5.9.1996 habe die Beklagte gerügt, der Destillationsregler sei defekt, der Nierosterbehälter rinne, das Kondenswasser werde nicht abgetrennt, die Reinigungsverstärkerpumpe sei nicht angeschlossen und eingestellt und die Imprägnierpumpe sei nicht geliefert worden. Weiter führte das Obergericht aus, zwar habe der Experte angegeben, die Funktionsfähigkeit der Maschine sei nicht gewährleistet, da sie den Ansprüchen eines Prototyp-Standards nicht zu genügen vermöge. Indessen habe die Beklagte diesen Mangel nicht gerügt. Ebenso wenig habe die Beklagte gerügt, dass die Messzelle am Stickstoffgenerator defekt und dieser selber verdreht und schlecht gewartet sei. Entgegen der Ansicht des Amtsgerichts könne die Beklagte daher aus diesem Mangel keine Rechte ableiten.

4.2 Die Beklagte macht geltend, das Obergericht habe zu Unrecht bloss die Mängel geprüft, welche sie in ihrem Schreiben vom 5. September 1996 im Einzelnen erwähnt habe. Es habe dabei ausser Acht gelassen, dass die Beklagte darin generell eine „unbrauchbare Maschinen-Lieferung“ gerügt habe und die einzelnen Mängel nur als Hinweis auf Problemkreise zu verstehen seien, auf welche die Funktionsuntüchtigkeit nach der Einschätzung der Beklagten zurückzuführen sei. Damit habe die Beklagte hinreichend gerügt, dass die Maschine unbrauchbar sei.

4.3 Das UN-Kaufrecht wurde auf Arabisch, Englisch, Französisch, Spanisch, Russisch und Chinesisch verfasst. Es wurde u. a. ins Deutsche übersetzt. Bei Unklarheiten über den Wortlaut ist auf die Originaltexte abzustellen, wobei der englischen und sekundär der französischen Fassung eine erhöhte Bedeutung zukommt, da Englisch und Französisch die offiziellen Konferenzsprachen waren und die Verhandlungen hauptsächlich auf Englisch geführt wurden (Witz, in: International Einheitliches Kaufrecht, Praktiker-Kommentar und Vertragsgestaltung zum CISG von Witz/Salger/Lorenz, N. 20 zu Art. 7 CISG; Achilles, Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG), N. 4 zu Art. 7 CISG; vgl. auch Siehr, in: Honsell (Hrsg.) Kommentar zum UN-Kaufrecht, N. 6 zur Präambel; Ferrari, in: Schlechtriem (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 3. Aufl. N. 35 zu Art. 7 CISG). Nach der deutschen Übersetzung von Art. 39 Abs. 1 CISG hat der Käufer bei der Anzeige der Vertragswidrigkeit deren Art genau zu bezeichnen. Der englische und französische Konventionstext sprechen von „specifying the nature of the lack of conformity“ bzw. von „en précisant la nature de ce défaut“. Die Anzeige muss damit die Natur, d. h. die Art

oder Wesensart, das Wesen bzw. den Charakter der Vertragswidrigkeit spezifizieren (vgl. Merriam-Webmaster Dictionary, der „nature“ als Synonym von „essence“ als „the inherent character or basic constitution of a person or thing“ definiert, vgl. auch Le Grand Robert de la langue française, der „nature“ mit „essence“ gleichsetzt). Zu beachten ist, dass die Verben „specify“ bzw. „préciser“ nicht nur mit „genau bezeichnen“, sondern auch mit „bezeichnen“ bzw. „angeben“ übersetzt werden können. Die Originaltexte stellen daher an die Genauigkeit der Bezeichnung weniger hohe Anforderungen, als dies die deutsche Übersetzung erwarten lässt (Schwenzer, in: Schlechtriem (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 3. Aufl., N. 6 zu Art. 39 CISG; Michael G. Gerny, Untersuchungs- und Rügepflichten beim Kauf nach schweizerischem, französischem und US-amerikanischem Recht sowie nach CISG, Diss. Basel 1999, S. 196). Demnach genügt eine Mängelanzeige, welche die Natur bzw. die Wesensart der Vertragswidrigkeit (genau) angibt. Eine präzisere Umschreibung verlangt der Wortlaut von Art. 39 Abs. 1 CISG nicht. Dies ist auch nicht erforderlich, da dem Verkäufer im Zeitalter der elektronischen Kommunikation ohne weiteres zumutbar ist, Rückfragen zu stellen, wenn er vom Käufer genauere Angaben haben möchte (vgl. Schwenzer, a. a. O., N. 7 zu Art. 39 CISG; David Rüetschi, Substanziierung der Mängelrüge, recht 2003, S. 115 ff., S. 121; Gerny, a. a. O., S. 199). Zur Umschreibung der Natur bzw. Art der Vertragswidrigkeit genügt es, wenn der Käufer mitteilt, eine Maschine bzw. Teile davon würden nicht funktionieren und er die entsprechenden Symptome angibt. Nicht erforderlich ist, dass er auch die Ursachen der Funktionsstörungen bezeichnet (Schwenzer, a. a. O., N. 8 zu Art. 39 CISG; Lüderitz/Schüssler-Langeheine, in: Soergel (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bd. 13 CISG, N. 8 zu Art. 39 CISG; Hans-Josef Vogel, Die Untersuchungs- und Rügepflicht im UN-Kaufrecht, Diss. Bonn 2000, S. 98 f.). Sofern der Verkäufer den Erklärungswillen des Käufers nicht kennt, sind seine Mängelanzeige und sein sonstiges Verhalten so auszulegen, wie eine vernünftige Person in gleicher Stellung wie die des Verkäufers sie unter den gleichen Umständen aufgefasst hätte (Art. 8 Abs. 2 CISG).

4.4 Die Beklagte gab in ihrem Schreiben vom 5.9.1996 an, dass die gelieferte Maschine nicht brauchbar sei. Diese Angabe ist im Zusammenhang zu würdigen. So führte die Beklagte daneben einzelne Funktionsstörungen bzw. fehlende Teile an und verlangte die Behebung der Mängelstände. Aus dem Nachbesserungsbegehren und den im Einzelnen aufgelisteten Störungen ergibt sich, dass die Beklagte nicht die generelle konstruktionsbedingte Funktionsuntauglichkeit der Maschine rügte, sondern die Maschine als defekt aber grundsätzlich funktionsfähig ansah. Das Obergericht hat daher zu Recht angenommen, die vom Experten festgestellte Funktionsunfähigkeit der Maschine auf Grund des mangelnden Prototyp-Standards sei von der Beklagten nicht gerügt worden. Die Formulierung, dass die Beklagte nochmals die Mängel angebe, zeigt, dass die nachstehende Liste der Vertragswidrigkeiten als abschliessend zu verstehen war. Da der Stickstoffgenerator in dieser Liste nicht angeführt wurde, konnte die Verkäuferin annehmen, er werde nicht beanstandet. Damit hat das Obergericht zu Recht angenommen, dass insoweit eine Mängelrüge fehlt und die Beklagte daher aus der Mangelhaftigkeit des Stickstoffgenerators und dem ungenügenden technischen Standard der Maschine keine Rechte ableiten könne.

5.

5.1 Alsdann führte das Obergericht aus, das eingeholte Gutachten erbe zusammengefasst, dass mit Ausnahme der fehlen-

den Imprägnierpumpe bezüglich der im Schreiben vom 5. September 1996 gerügten Mängel weder für das Bestehen noch für deren Nichtbestehen ein Beweis vorliege. Da diese Mängel innerhalb der Frist von Art. 39 CISG gerügt worden seien, müsse grundsätzlich der Verkäufer beweisen, dass diese Vertragswidrigkeiten im massgeblichen Beurteilungszeitpunkt nicht bestanden. Im vorliegenden Fall habe jedoch die Beklagte die Anlage demontiert, was dazu geführt habe, dass der Experte mit Ausnahme der fehlenden Imprägnierpumpe zu den gerügten Mängeln keine Aussage machen können. Die Beweisschwierigkeiten seien demnach von der Beklagten verursacht worden, weshalb es gerechtfertigt erscheine, sie die Folgen der Beweislosigkeit tragen zu lassen. Damit könne die Beklagte alleine aus dem Fehlen der Imprägnierpumpe Rechte ableiten, da die übrigen angezeigten Mängel nicht hätten nachgewiesen werden können.

5.2 Die Beklagte rügt, das Obergericht habe zu Unrecht angenommen, sie habe die rechtzeitig gerügten Mängel zu beweisen. Es habe ausser Acht gelassen, dass die Unmöglichkeit des Beweises der Verkäuferin anzulasten sei, da sie keine Schaltpläne geliefert habe und daher die Wiederinbetriebnahme der drei an verschiedenen Orten gelagerten Maschinenkomponenten verunmöglicht habe.

5.3 Die Verteilung der Beweislast gehört gemäss der herrschenden Lehre zu den im UN-Kaufrecht geregelten Gegenständen (Siehr, in: *Honsell* (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, N. 10 zu Art. 4 CISG; *Magnus*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), 13. Bearbeitung, N. 63 zu Art. 4 CISG; *Ferrari*, a.a.O., N. 49 zu Art. 4 CISG, mit weiteren Hinweisen). Fehlt im UN-Kaufrecht eine ausdrückliche Beweislastregel, so ist diese Lücke nach den allgemeinen Grundsätzen zu schliessen, die diesem Übereinkommen zugrunde liegen (Art. 7 Abs. 2 CISG; *Schnyder/Straub*, in: *Honsell* (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, N. 68 zu Art. 45 CISG). Als solcher Grundsatz ist anerkannt, dass in der Regel jede Partei für die tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Norm beweispflichtig ist (*Magnus*, a.a.O., N. 67 zu Art. 4 CISG; *Ferrari*, a.a.O., N. 52 zu Art. 4 CISG; *Achilles*, Kommentar zum UN Kaufrechtsübereinkommen (CISG), N. 15 zu Art. 4 CISG; *Witz*, a.a.O., N. 93 zu Art. 7 CISG). Weiter hat die Partei, welche sich auf eine Ausnahmeregel beruft, grundsätzlich deren tatsächlichen Voraussetzungen zu beweisen (*Magnus*, a.a.O., N. 68 zu Art. 4 CISG; *Ferrari*, a.a.O., N. 50 zu Art. 4 CISG, mit weiteren Hinweisen; vgl. auch *Schnyder/Straub*, a.a.O., N. 68 zu Art. 45 CISG, welche insoweit zwischen Grund- und Gegenteilbestand unterscheiden). Schliesslich wird als Grundsatz anerkannt, dass Tatsachen aus einem Bereich, welcher einer Partei deutlich besser bekannt ist als der anderen, diejenige Partei nachweisen muss, welche die Herrschaft über diesen Bereich hat (*Magnus*, a.a.O., N. 69 zu Art. 4 CISG; *Ferrari*, a.a.O., N. 51 zu Art. 4 CISG; *Schnyder/Straub*, a.a.O., N. 68 zu Art. 45 CISG; *Clemens Antweiler*, Beweislastverteilung im UN-Kaufrecht, Diss. Mainz 1994, S. 96 ff.). Mit der Beachtung der Beweisnähe, bzw. der Möglichkeit einer Partei, Tatsachen zu beweisen, sollen Beweisprobleme vermieden werden.

Nach dem Prinzip, dass die Partei die Voraussetzungen einer für sie günstigen Norm nachweisen muss, hat der Verkäufer, der den Kaufpreis verlangt, die vertragskonforme Lieferung zu beweisen und der Käufer, der aus der Vertragswidrigkeit der Ware Gegenansprüche (z.B. auf Rücktritt vom Vertrag oder auf Minderung) ableitet, die Vertragswidrigkeit nachzuweisen. Damit sind nach dem genannten Grundsatz beide Parteien bezüglich

der Vertragskonformität beweispflichtig, soweit sie aus deren Vorliegen bzw. Fehlen Rechte ableiten. Da insoweit keine Ausnahmeregel vorliegt, ist die Abgrenzung der Beweislast bezüglich der Vertragswidrigkeit der Ware unter Berücksichtigung der Beweisnähe zu bestimmen. Diesem Prinzip folgend ist auf den Übergang der Ware in den Herrschaftsbereich des Käufers abzustellen. Dem entspricht, dass nach der Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs (BGH) der Käufer nach der rücklosen Abnahme der Ware deren Vertragswidrigkeit zu beweisen hat, wobei unter der Abnahme gemäss Art. 60 lit. d CISG die körperliche Übernahme der Ware verstanden wird (Urteil des BGH vom 8. März 1995, BGHZ 129 S. 75 ff., S. 81; CISG-online Nr. 144, E. 1b/aa; vgl. auch Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 13.6.1991, NJW 1991 S. 3102, CISG-online Nr. 23; im Ergebnis ebenso: Urteil der Cour d'Appel, Mons (Belgien) vom 8.3.2001 [R.G.1999/242]; zustimmend: *Achilles*, a.a.O., N. 15 zu Art. 4 CISG; *Ferrari*, a.a.O., N. 52 zu Art. 4 CISG; *Burghard Piltz*, Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht, NJW 2003, S. 2056 ff., S. 2061; im Ergebnis ebenso: *Schnyder/Straub*, a.a.O., N. 58 zu Art. 50 CISG; *Bianca*, in: *Commentary on the International Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention*, *Bianca/Bonell* (Hrsg.), N. 3.1. zu Art. 36 CISG). Demgegenüber wird auch die Auffassung vertreten, eine rücklose Abnahme sei erst nach unbenutztem Ablauf der Frist zur Untersuchung der Ware und Anzeige von Vertragswidrigkeiten anzunehmen. Würden während dieser Frist Mängel angezeigt, so habe der Verkäufer deren Nichtbestehen im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs zu beweisen (*Huber*, in: *Schlechter* (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 3. Aufl., N. 13 zu Art. 45 CISG; *Schwenzer*, a.a.O., N. 49 zu Art. 35 CISG; *Antweiler*, a.a.O., S. 169; vgl. auch Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 30.11.1998, SZIER 1999 S. 185 ff., S. 188). Diese Auffassung trägt indes dem Umstand keine Rechnung, dass sich die Ware nach der Übernahme durch den Käufer in seinem alleinigen Herrschaftsbereich befindet und er daher besser in der Lage ist, den Bestand einer Vertragswidrigkeit zu beweisen als der Verkäufer dessen Abwesenheit. So hat dieser insbesondere während der angemessenen Anzeigefrist gemäss Art. 39 CISG keine Möglichkeit zur Beweissicherung. Demnach rechtfertigt es sich, vom Käufer, der die Ware übernommen und daran die Sachherrschaft erlangt hat, den Nachweis der Vertragswidrigkeit der gelieferten Ware zu verlangen, soweit er daraus Rechte ableitet.

5.4 Aus dem Gesagten folgt, dass die Beklagte, welche die gelieferte Maschine übernommen und in Besitz genommen hat, deren Vertragswidrigkeit beweisen muss, soweit sie daraus das Recht auf Vertragsrücktritt oder Minderung ableitet. Das Obergericht hat daher im Ergebnis die Beweislast bundesrechtskonform verteilt. Unbedeutend ist jedoch, dass die Maschine von der Beklagten demontiert wurde, da diese damit ihre eigene Beweisführung und nicht diejenige des Klägers erschwerte (vgl. Urteil des BGH vom 25.6.1997, NJW 1997, 3311 ff., CISG-online Nr. 277, E. 2). Unerheblich ist auch, ob die Verkäuferin Schaltpläne geliefert hat, da die Beklagte das Fehlen solcher Pläne nicht rechtzeitig gerügt hat und sie deshalb daraus auch in beweisrechtlicher Hinsicht keine Rechte ableiten kann.

6.

6.1 Die Beklagte leitete aus den von ihr geltend gemachten Vertragswidrigkeiten primär einen Anspruch auf Aufhebung des Vertrages ab. Zur Begründung dieses Anspruchs führt die Beklagte in ihrer Berufung zusammengefasst an, die Maschine sei auf Grund des ungenügenden technischen Standards für die professionelle Reinigung von Wäsche untauglich und damit für

den bestimmungsgemässen Gebrauch offensichtlich nicht geeignet gewesen. Damit liege eine wesentliche Vertragsverletzung vor, welche gemäss Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG die Aufhebung des Vertrages rechtfertigen könne. Diese Begründung dringt nicht durch, da die Beklagte entgegen ihrer Annahme den ungenügenden technischen Standard der Maschine nicht gerügt hat und demnach daraus keine Rechte ableiten kann (vgl. E. 4 hievor). Die von der Beklagten gerügten Vertragswidrigkeiten konnte sie abgesehen vom Fehlen der Imprägnierpumpe nicht nachweisen. Dass diese Vertragswidrigkeit eine wesentliche Verletzung darstelle, macht die Beklagte nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich, weshalb ein Anspruch der Beklagten auf Aufhebung des Vertrages zu verneinen ist. Damit ist unerheblich, ob die Beklagte die Aufhebung des Vertrages rechtzeitig erklärt hat, was das Obergericht verneint hat. Auf die dagegen gerichtete Kritik der Beklagten ist daher mangels eines hinreichenden Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten (vgl. BGE 122 III 279 E. 3a S. 282).

6.2 Die sekundäre Forderung auf Minderung des Kaufpreises wies das Obergericht mit der Begründung ab, ein Minderwert der Maschine auf Grund der fehlenden Imprägnierpumpe könne nicht festgestellt werden, da die Maschine wegen ihres mangelnden Prototyp-Standards ohnehin wertlos gewesen sei. Inwiefern diese Erwägung Bundeszivilrecht verletzen soll, wird von der Beklagten nicht dargelegt und ist auch nicht ersichtlich. Damit ist der Eventualantrag auf Rückweisung der Streitsache zur Neufestsetzung des Minderwerts abzuweisen.

7. Nach dem Gesagten ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird der Beklagten auferlegt.
3. Die Beklagte hat den Kläger für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.– zu entschädigen.

Quelle: CISG-online, no. 846

Anmerkung

Das zu besprechende Urteil wirft zwei Fragen bei Anwendung des CISG auf. Zum einen geht es um die inhaltlichen Anforderungen an eine Mängelrüge nach Art. 39 Abs. 1 CISG [1.]. Zum anderen bezieht das Bundesgericht Stellung zur Frage der Beweislastverteilung im Falle der Lieferung von vertragswidriger Ware [2.].

1. In der abstrakten Erläuterung der Rechtslage nach CISG ist dem Bundesgericht voll zuzustimmen.¹ Es stellt klar, dass die maßgeblichen Originaltexte, insbesondere die englische und französische Fassung, Art. 39 Abs. 1 CISG großzügiger als die deutsche Übersetzung formulieren und eine schlichte, keine „genaue“ Bezeichnung der Vertragswidrigkeit voraussetzen.² Im Falle der Lieferung einer Maschine müssen nur die Symptome, nicht aber die Ursachen der Vertragswidrigkeit genannt werden.³ Eine genauere Aufklärung der Sachlage könne im Zeitalter der elektronischen Kommunikation den Rückfragen des Verkäufers überlassen bleiben.⁴

Deutlich zu widersprechen ist dem Bundesgericht jedoch in der Anwendung dieser Rechtslage auf den konkreten Fall. Der

Käufer hatte seine Rüge im Betreff mit „Unbrauchbare Maschinen-Lieferung“ überschrieben und im Schreiben angeführt, dass die „Maschine nicht brauchbar“ sei, das „Maschinen-Destillationsssystem nicht funktionier[e]“ und „die gelieferten Maschinenkomponenten nicht funktionieren“.⁵ Dennoch gelangt das Bundesgericht zu dem Schluss, der Käufer habe die Maschine zwar „als defekt aber grundsätzlich funktionstauglich“ angesehen.⁶ Soweit das Bundesgericht darauf abstellt, dass der Käufer einzelne Mängel nicht nannte, ist zuzugeben, dass ein Käufer verschiedene Mängel grundsätzlich einzeln aufzählen hat.⁷ Der Fall lag aber so, dass der Käufer fünf Mängel aufzählte, dabei jedoch zwei weitere vergaß. Dies gereichte ihm zum Prozessverlust, da das Bundesgericht seine unvollständige Aufzählung als „abschliessend“ bewertete.⁸ Dabei wird m.E. der Zusammenhang der Auflistung mit den allgemeinen Bewertungen der Maschinenleistung völlig verkannt. Aber auch einer inhaltlichen Überprüfung hält die Bewertung der zwei „vergessenen“ Mängel durch das Bundesgericht nicht stand. Dass der Käufer den „ungenügenden technischen Standard der Maschine“ nicht gerügt habe, ist nach den oben zitierten Auszügen aus der Rüge nicht nachvollziehbar. Dem Umstand, dass das Bundesgericht Ausführungen zum Stickstoffgenerator vermisst, ist entgegenzuhalten, dass damit der Schritt in den Bereich der Nennung von Ursachen vollzogen wird, den das Bundesgericht in seiner abstrakten Darstellung der Rechtslage selbst nicht verlangt. Schließlich ist festzuhalten, dass die inhaltlich beanstandete Rüge nach einer gemeinsamen Untersuchung von Käufer und Leuten der Verkäuferin datiert. Der Zweck der Anforderungen an die Bestimmtheit einer Rüge, den Vertragspartner bestmöglich in Kenntnis zu setzen,⁹ war mit dieser Rüge von vornherein nicht erreichbar, hatte sich die Verkäuferin durch ihren Vertreter doch bereits selbst Kenntnis verschafft.¹⁰ Bei dieser Sachlage erscheinen die Ausführungen des Bundesgerichts als überflüssig und in der Sache unrichtige obiter dicta.

2. Die im CISG nicht ausdrücklich geregelte Frage der (objektiven) Beweislastverteilung kann nach allgemeinen Grundsätzen des Übereinkommens entschieden werden, Art. 7 Abs. 2 CISG.¹¹ Jede Partei muss die Tatsachen beweisen, die den Tatbestand einer für sie günstigen Norm erfüllen.¹² Das Bundesgericht schließt hieraus, dass die Vertragswidrigkeit der Ware im Zeitpunkt des Gefahrübergangs im Falle einer Kaufpreisklage

¹ BGE 130 III 258, 262, E. 4.3.

² Vgl. Schwenger, in: *Schlechtriem/Schwenger*, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG –, 4. Aufl. 2004, Art. 39 Rn. 6.

³ Vgl. Schwenger, a.a.O., Art. 39 Rn. 8.

⁴ Vgl. Schwenger, a.a.O., Art. 39 Rn. 7.

⁵ BGE 130 III 258, 259, A.

⁶ BGE 130 III 258, 263, E. 4.4.; diese Argumentation wird auch von *Stalder*, Die Beweislast und wichtige Rügmodalitäten bei vertragswidriger Warenlieferung nach UN-Kaufrecht (CISG), *AJP* 2004 (erscheint demnächst), unter IV.A. entschieden abgelehnt.

⁷ Vgl. Schwenger, a.a.O., Art. 39 Rn. 10.

⁸ BGE 130 III 258, 263, E. 4.4.

⁹ Vgl. Schwenger, a.a.O., Art. 39 Rn. 6.

¹⁰ BGE 130 III 258, Sachverhalt unter A.

¹¹ Vgl. Schwenger, a.a.O., Art. 35 Rn. 49. Ausführlich zur Anwendbarkeit des CISG auf diese Frage *Ferrari*, CISG and Private International Law, in: *Ferrari* (Hrsg.), *The 1980 Uniform Sales Law, Old Issues Revisited in the Light of Recent Experiences*, Sellier.ELP/Giuffrè: München/Milano (2003), S. 19, 40 ff. m.w.N.

¹² Vgl. *Ferrari*, in: *Schlechtriem/Schwenger*, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG –, 4. Aufl. 2004, Art. 7 Rn. 56.

der Verkäufer, im Falle einer Gewährleistungsklage (Nacherfüllung, Schadenersatz oder (teilweise) Rückzahlung des Kaufpreises nach Vertragsaufhebung oder Minderung) der Käufer zu beweisen habe.¹³ Dabei übersieht das Bundesgericht, dass die Vertragsgemäßheit nicht Voraussetzung der Kaufpreisklage ist. Vielmehr handelt es sich bei der Vertragswidrigkeit um eine Verteidigung des Käufers (Zurückbehaltungsrecht, Minderung oder Vertragsaufhebung), deren tatbestandsmäßiges Vorliegen folglich der Käufer zu beweisen hat.¹⁴ Ebenfalls nicht überzeugend kann die in der deutschen Literatur weit verbreitete Auffassung, ein aus Art. 79 Abs. 1 CISG abzuleitender Grundsatz des Übereinkommens weise grundsätzlich dem Schuldner die Beweislast für die Erfüllung seiner Pflichten, hier also dem Verkäufer die Beweislast für die Vertragsgemäßheit der Ware im Zeitpunkt der Lieferung, zu. Hier wird zu offensichtlich versucht, die Erfüllungslehre (§ 363 BGB) ins Einheitskaufrecht zu transponieren. Nach richtiger Lesart kann der Verkäufer gem. Art. 79 Abs. 1 CISG versuchen zu beweisen, dass die festgestellte (!) Vertragswidrigkeit auf einem außerhalb seines Einflussbereichs liegenden und nicht vorhersehbaren bzw. nicht überwindbaren Hinderungsgrund beruht. Die hier vertretene Auffassung steht in Einklang mit dem Prinzip der Beweislage, das vom Bundesgericht als allgemeiner Grundsatz des CISG angesehen wurde.¹⁵ Der Käufer ist aufgrund der Sachherrschaft näher dran, Beweise zu erheben und zu sichern. Als Beispiel mag der Import argentinischer Citrusfrüchte nach Deutschland dienen: Der in Argentinien niedergelassene Verkäufer hat praktisch keine Möglichkeiten die Behauptung des in Deutschland niedergelassenen Käufers zu entkräften, die Früchte seien schon bei Gefahrübergang verfault gewesen. Für die Behauptung des Käufers aber streiten die Anscheinsbeweise, dass die Fäulnis der Früchte bei Gefahrübergang bereits im Keim angelegt bzw. die Ware nicht ordentlich verpackt war oder gekühlt wurde. Aber auch im Falle einer komplexeren Maschine kann in der Regel der Käufer einfacher zeigen, dass eine Vertragswidrigkeit nicht auf fehlerhafte Bedienung durch seine Leute, sondern auf einen Fehler der Maschine zurückzuführen ist.¹⁶ Als vorläufiges Ergebnis ist somit festzuhalten, dass grundsätzlich der Käufer die Vertragswidrigkeit der Ware im Zeitpunkt des Gefahrübergangs zu beweisen hat.¹⁷

Von diesem Ausgangspunkt her ist jede Beweislastumkehr, die den Verkäufer trifft, zu begründen.¹⁸ Die in Literatur und Rechtsprechung aufgestellte Regel, dass bei rügeloser Annahme der Ware der Käufer die Beweislast trage,¹⁹ ist nach Ansicht des Verfassers so zu verstehen, dass der Verkäufer die Beweislast trägt, wenn der Käufer die Ware sofort, d.h. mit physischer Entgegennahme, rügt.²⁰ Dies muss auch dann gelten, wenn der Käufer nach kurzer Untersuchungsfrist i.S.d. Art. 58 Abs. 3 CISG rügt.²¹ Erst recht muss der Verkäufer die Beweislast tragen, wenn der Käufer die Ware zurückweist, technisch gesprochen ein Zurückbehaltungsrecht bezüglich der Abnahmepflicht²² geltend macht. Die viel weiter gehende Auffassung, dass auch bei substantiierter Rüge innerhalb angemessener Frist die Beweislast auf den Verkäufer übergeht,²³ ist abzulehnen. Der Käufer würde demnach die Beweislast nur dann tragen, wenn er nicht rechtzeitig oder nicht gehörig gerügt hat, also in Fällen, in denen er regelmäßig nach Art. 39 Abs. 1 CISG präkludiert ist, es auf die Beweislastverteilung gar nicht mehr ankommt. Praktisch würde den Käufer die Beweislast nur in den Fällen der Art. 40 und 44 CISG, nach *Antweiler* auch bei versteckten Mängeln,²⁴ treffen. So entstünde ein weitgehender Gleichlauf von Rechtsverlust wegen Rügeversäumnis und Beweislastumkehr, was der Eigenständigkeit der Beweislastverteilung abträglich

wäre. Zudem hat sich international die Ansicht durchgesetzt, dass die Bemessung der angemessenen Frist in erster Linie vom Einzelfall abhängt, im Regelfall jedoch (mindestens) einen Monat ergibt.²⁵ Sie beginnt mit Ablauf der Untersuchungsfrist zu laufen, so dass insgesamt mehrere Monate verstreichen könnten, ohne dass den Käufer jemals die Beweislast trafe. Mit dieser Auffassung würde man leicht einen Käufer-schutz etablieren, wie er sich so im nationalen Recht nur für Verbrauchsgüterkäufe²⁶ findet. Das CISG würde für den Handelsverkehr unattraktiv, weshalb diese Ansicht abzulehnen ist.

¹³ BGE 130 III 258, 265, E. 5.3.

¹⁴ Unrichtig wohl auch *Hager*, in: *Schlechtriem/Schwenzler*, a.a.O., Art. 67 Rn. 11. Richtig dagegen *Kruisinga*, (Non-)conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a uniform concept?, 2004, S. 170.

¹⁵ BGE 130 III 258, 264 f., E. 5.3.

¹⁶ Vgl. dazu den Fall BGH, 3.11.1999, CISG-online 475.

¹⁷ So im Ergebnis auch *Chicago Prime Packers, Inc. v. Northam Food Trading Co.*, U. S. Dist. Ct. (N. D. Ill.), 24.5.2004, CISG-online 851 = IHR 2004, 156, 159; *Kruisinga*, a.a.O., S. 168-177; *Ferrari*, a.a.O. (Fn. 12), Art. 4 Rn. 52. Differenzierend *Staudinger/Magnus*, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Art. 35 Rn. 55, Art. 36 Rn. 25, demzufolge der Käufer die Vertragswidrigkeit im Zeitpunkt der tatsächlichen Übernahme der Ware beweisen müsse, dem Verkäufer dann aber der Gegenbeweis der Vertragsgemäßigkeit im Zeitpunkt des Gefahrübergangs zustehe. Dieser Auffassung ist entgegenzuhalten, dass zum einen der Gegenbeweis (prozessual) immer möglich ist, zum anderen das Risiko des non liquet („bei Gefahrübergang“) nicht eindeutig einer Partei zugewiesen wird.

¹⁸ Vgl. BGH, 9.1.2002, IHR 2002, 16-21; dazu *Perales Viscasillas*, VJ 2002, 217-228. In diesem Urteil wurde eine Beweislastumkehr nach nationalem Recht befürwortet, da der Verkäufer die Vertragswidrigkeit anerkannt hatte.

¹⁹ Vgl. BGH, 8.3.1995, CISG-online 144; *Schwenzler*, a.a.O., Art. 35 Rn. 49 m.w.N.; auch *Staudinger/Magnus*, a.a.O., Art. 36 Rn. 26.

²⁰ Anders *Kruisinga*, a.a.O., S. 174.

²¹ Diese Frist ist nicht mit derjenigen nach Art. 38 CISG zu verwechseln.

²² Schweiz, Österreich: Annahmepflicht.

²³ So aber *Stalder*, a.a.O., III.E. Obergericht des Kantons Luzern, 12.5.2003, CISG-online 846, dazu die Zusammenfassung des Bundesamts für Justiz in SZIER 2004, 103, 104 f.; vgl. auch *Antweiler*, Beweislastverteilung im UN-Kaufrecht insbesondere bei Vertragsverletzungen des Verkäufers, Diss. Mainz 1994, S. 162-171; *Henninger*, Die Frage der Beweislast im Rahmen des UN-Kaufrechts – zugleich eine rechtsvergleichende Grundlagenstudie zur Beweislast, Diss. München 1994, S. 222; *Baumgärtel/Laumen*, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 1999, Art. 35 WKR Rn. 1, Art. 36 WKR Rn. 11 ff.

²⁴ Dem Umstand, dass bei verdeckten Mängeln die Frist des Art. 39 Abs. 1 CISG ab Entdeckung erneut zu laufen beginnt (vgl. nur *Schwenzler*, a.a.O., Art. 39 Rn. 20 m.w.N.), wird von *Antweiler* entgegengehalten, dass es sich um eine von Art. 39 CISG unabhängige, angemessene Frist handele, vgl. *Antweiler*, a.a.O., S. 168 f. Diese Konstruktion schafft für diese Auffassung einen wichtigen Anwendungsfall, ist aber als unpraktisch abzulehnen.

²⁵ Vgl. statt aller *Schwenzler*, a.a.O., Art. 39 Rn. 17, und CISG-AC, Op. No. 2 (*Bergsten*), Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity – Articles 38 and 39, IHR 2004, 163, abrufbar unter: http://www.cisg-online.ch/cisg/docs/CISG-AC_Op_no_2.pdf. Die Vertreter der Ansicht, dass die Beweislast an den Ablauf der Untersuchungsfrist anzubinden sei, gingen jedoch noch von einer kurzen Frist in starker Anlehnung an das EKG aus, vgl. nur *Antweiler*, a.a.O., S. 164 f.; anders nur *Stalder*, a.a.O., IV.B.

²⁶ Vgl. nur § 476 BGB.

Auf den vorliegenden Fall bezogen stellt sich die Frage, ob die Verkäuferin mit der Beweislast hätte belegt werden müssen. Die Verkäuferin ließ durch ihren Vertreter die Maschine bzw. deren Komponenten untersuchen, um einen „Befundbericht“ zu erstellen. In einer solchen Situation trägt das Argument der örtlichen Beweisnähe nicht mehr. Vielmehr muss die (meist) größere Sachkenntnis des Verkäufers mit in die Betrachtung einbezogen werden. Dies gilt umso mehr als es sich hier um eine komplexe Maschine handelte. Im Ergebnis muss bei einer Maschinenlieferung und beidseitiger Möglichkeit zur Beweissicherung der Verkäufer die Beweislast tragen. Von diesem Ergebnis aus ist sodann die Erwägung des Obergerichts zu würdigen, dass der Käufer die Maschine bewusst auseinander gebaut und deren Teile an verschiedenen Orten aufbewahrt habe, um Beweisschwierigkeiten herbeizuführen. Da die Verkäuferin die Beweislast trägt, könnte – wie vom Obergericht angenommen – eine nach nationalem Prozessrecht²⁷ zu beurteilende Beweisvereitelung vorliegen.²⁸

Insgesamt fällt die Einschätzung des besprochenen Urteils des Bundesgerichts uneinheitlich aus. Die vom Bundesgericht vorgenommene Subsumtion der Mängelrüge unter die Anforderungen des CISG gibt Anlass zu vielseitiger Kritik und kann im Ergebnis nicht überzeugen. Hinsichtlich der Verteilung der Beweislast im Falle der Lieferung vertragswidriger Ware hat das Bundesgericht eine schwierige Wertungsfrage höchstrichterlich entschieden. Der eingeschlagenen Richtung, dass grundsätzlich der Käufer die Beweislast für die Vertragswidrigkeit im Zeitpunkt des Gefahrübergangs trägt, ist zuzustimmen; nunmehr ist es Aufgabe von Wissenschaft und Rechtsprechung Ausnahmen zu erfassen, in denen eine Beweislastumkehr zulasten des Verkäufers angezeigt ist.

Florian Mohs, Wissenschaftlicher Assistent an der Universität Basel

Internationales Zivilprozessrecht

Art. 17 Abs. 1 Satz 2 LugÜ

a) Das Schriftformerfordernis des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a LugÜ ist nicht schon dann erfüllt, wenn die Partei, zu deren Lasten die vorgesehene Gerichtsstandsvereinbarung geht, eine schriftliche Erklärung abgibt, nachdem sie vom Inhalt der von der anderen Partei verwendeten, den Gerichtsstand regelnden Formulklausel Kenntnis erhalten hat.

b) „Gepflogenheiten“ im Sinn des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b LugÜ setzen eine tatsächliche Übung voraus, die auf einer Einigung der Vertragsparteien beruht; sie können die Schriftform ersetzen, jedoch nicht die Einigung.

a) The requirement that a contractual prorogation has to be in writing according to Art. 17 para. 1 sent. a) of the Lugano Convention is not fulfilled if the party to whose detriment the prorogation would be gives a statement in writing after it has obtained notice of the contents of the general terms of the other party containing a jurisdiction clause.

b) "Practices established between the parties" according to Art. 17 para. 1 sent. 2 b) of the Lugano Convention require an actual practice on the basis of an agreement between the parties; such practices may replace the written form but not the agreement itself.

Deutschland: BGH, Urteil vom 6.7.2004 – X ZR 171/02 (Vorinstanz: OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.5.2002 – 8. Zivilsenat)

Die Klägerin macht (als Rechtsnachfolgerin der W.GmbH) Werklohnansprüche im Gerichtsstand Karlsruhe gegenüber der Beklagten, einer Schweizer Aktiengesellschaft, geltend.

Die Beklagte übermittelte der Klägerin aufgrund vorangegangener Vertragsverhandlungen einen Vertragsentwurf über die Lieferung diverser „Pumpen-Wärmeaustauscher-Skids“, in welchem auf ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bezug genommen wurde. Diese sehen die Geltung Schweizer Rechts unter Ausschluß des UN-Kaufrechts und Zürich als Gerichtsstand vor.

Weiter nahm die Beklagte unter Bezug auf ihre Allgemeinen Vertragsbedingungen Angebote der Klägerin zur Anfertigung und Lieferung von 14 Sedimentbeckenmodulen sowie auf Lieferung von zwei Lagerkonstruktionen an.

Das Landgericht hat die Klage mangels internationaler Zuständigkeit deutscher Gerichte abgewiesen. Das Berufungsgericht hat hingegen die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte bejaht, das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und den Rechtsstreit an das Landgericht zurückverwiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision begehrt die Beklagte Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung, mithin Klageabweisung wegen internationaler Unzuständigkeit deutscher Gerichte. Die Klägerin tritt der Revision entgegen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision hat keinen Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat die internationale Zuständigkeit des angerufenen Gerichts bejaht. Es hat dazu ausgeführt:

Eine dem Schriftformerfordernis nach Art. 17 Abs. 1 des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16.9.1988 (Lugano-Übereinkommen, LugÜ) genügende Vereinbarung zwischen den Parteien liege nicht vor. Zwar genüge auch ein Briefwechsel oder der Austausch von Fernschreiben. Wenn die Gerichtsstandsklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sei, müsse in beiden Willensäußerungen darauf Bezug genommen werden. Diese Voraussetzungen lägen aber nicht vor, weil die Klägerin das Vertragsangebot der Beklagten nicht schriftlich angenommen habe. Die Parteien hätten lediglich mündlich über einzelne Vertragsklauseln verhandelt und die dabei getroffene Vereinbarung schriftlich bestätigt. Aus dem weiteren Schriftverkehr sei eine Vereinbarung der Gerichtsstandsklausel nicht zu entnehmen. Auch eine stillschweigende Einigung über die Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und der darin enthaltenen Gerichtsstandsklausel genüge dem Schriftformerfordernis des Art. 17 Abs. 1 LugÜ nicht, weil es an einer schriftlichen Bestätigung fehle.

²⁷ Auch wenn die Beweisvereitelung mit Beweislastumkehr sanktioniert ist, bestimmt sich diese Wirkung nach dem Prozessrecht der lex fori.

²⁸ BGE 130 III 258, 266, E. 5.4. So schon BGH, 25.6.1997, CISG-online 277, E. II.2.