

# **BGer 4A\_614/2014 vom 2. April 2015**

Bundesgericht, 2015-04-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_614\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_614_2014)

FR: TF 4A\_614/2014 du 2 avril 2015

IT: TF 4A\_614/2014 del 2 aprile 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Für Beschwerden gegen Urteile kantonalen Handelsgerichte besteht kein Streitwerterfordernis ( Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG ; BGE 139 III 67 E. 1.2 S. 69). Auf die Beschwerde ist - unter Vorbehalt rechtsgenüglicher Rügen - einzutreten.

#### **E. 1.1**

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Mit Blick auf die Begründungsanforderungen ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind; es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden ( BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 f., 115 E. 2 S. 116). Eine qualifizierte Rügepflicht gilt hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht. Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 138 I 171 E. 1.4 S. 176 ; 136 I 49 E. 1.4.1 S. 53). Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 sowie Art. 106 Abs. 2 BGG , dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Rechtsverletzung liegt ( BGE 140 III 115 E. 2 S. 116 mit Hinweis).

#### **E. 1.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den Streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vorinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 17 f.). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" ( BGE 140 III 115 E. 2 S. 117, 264 E. 2.3 S. 266). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die gerügten Feststellungen bzw. die Unterlassung von Feststellungen offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen und erheblich sind ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18). Soweit sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform in das Verfahren

eingebraucht hat ( BGE 140 III 86 E. 2 S. 90 mit Hinweisen). Neue Vorbringen sind nur zulässig, soweit erst der angefochtene Entscheid dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ), was wiederum näher darzulegen ist ( BGE 134 V 223 E. 2.2.1 S. 226; 133 III 393 E. 3 S. 395).

## **E. 2**

Die Vorinstanz ging zu Recht - und von den Parteien unbestritten - von der Anwendbarkeit der Zivilprozessordnung des Kantons Zürich (ZPO/ZH) vom 13. Juni 1976 aus (vgl. Art. 404 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZPO, SR 272).

## **E. 3**

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ( Art. 29 Abs. 2 BV ), weil die Vorinstanz das angefochtene Urteil erliess, ohne die Parteien nach dem Rückweisungsentscheid noch einmal anzuhören.

Die Rüge ist unbegründet. Es ist unzulässig, formelle Rügen, die in einem früheren Prozessstadium hätten geltend gemacht werden können, bei ungünstigem Ausgang später noch vorzubringen ( BGE 135 III 334 E. 2.2 S. 336 mit Hinweisen ). Das angefochtene Urteil erging rund ein Jahr nach dem Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts. Es war offensichtlich, dass die Vorinstanz keine weiteren Stellungnahmen der Parteien mehr einholen würde, zumal diese vor Erlass des ersten Urteils gemäss den Feststellungen der Vorinstanz zum Prozessverlauf ausgiebig Gelegenheit hatten, sich zu äussern. Wenn die Beschwerdeführerin darin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs erblickte, hätte sie dies vor der Fällung des angefochtenen Entscheids gegenüber der Vorinstanz rügen müssen.

## **E. 4**

Strittig ist, ob die Beschwerdeführerin die beiden Kaufverträge rechtmässig gestützt auf Art. 49 Abs. 1 CISG i.V.m. Art. 25 CISG aufgehoben hat. Art. 49 Abs. 1 CISG bestimmt:

"Der Käufer kann die Aufhebung des Vertrages erklären,

- a) wenn die Nichterfüllung einer dem Verkäufer nach dem Vertrag oder diesem Übereinkommen obliegenden Pflicht eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt, oder
- b) wenn im Fall der Nichtlieferung der Verkäufer die Ware nicht innerhalb der vom Käufer nach Artikel 47 Absatz 1 gesetzten Nachfrist liefert oder wenn er erklärt, dass er nicht innerhalb der so gesetzten Frist liefern wird."

Die Aufhebung des Vertrages gemäss Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG setzt somit voraus, dass erstens der Verkäufer eine seiner Vertragspflichten nicht erfüllt hat und dass zweitens diese "Nichterfüllung" eine "wesentliche Vertragsverletzung" darstellt. Der Tatbestand der "Nichterfüllung" ergibt sich aus Art. 45 CISG. Nichterfüllung kann sich auf irgendeine der Pflichten des Verkäufers beziehen. Darunter fallen namentlich die Lieferpflicht innerhalb der vorgeschriebenen Zeit ( Art. 30, 31, 33 CISG ) und die Pflicht zur Verschaffung der durch Vertrag oder Handelsbrauch vorgeschriebenen Dokumente ( Art. 30, 34 CISG ; vgl. zum Ganzen MARKUS MÜLLER-CHEN, in: Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht - CISG, Schlechtriem/Schwenzer [Hrsg.], 6. Aufl. München 2013, N. 4 zu Art. 49 CISG i.V.m. N. 2 ff. zu Art. 45 CISG ).

## **E. 5**

Die Beschwerdeführerin beruft sich auf ein Aufhebungsrecht zufolge Nichtlieferung bzw. verspäteter Lieferung der Konnossemente.

### **E. 5.1**

Ist ein Kauf als Dokumentengeschäft ausgestaltet, besteht für den Verkäufer eine zweifache Leistungspflicht. Er hat die Ware in das Transportverhältnis zu bringen und die daraus resultierenden Dokumente an den Käufer zu liefern. Kaufgegenstand bleibt die Ware, aber so, dass sie mittels der Dokumente geliefert wird ( WOLFGANG ERNST/ROBERT LAUKO, in: Kommentar zum UN-Kaufrecht, Heinrich Honsell [Hrsg.], 2. Aufl. Berlin 2010, N. 1 zu Art. 34 CISG ). Durch die Aufnahme der Akkreditivklausel in den Kaufvertrag legen die Parteien den Erfüllungsmodus fest. Der Käufer ist verpflichtet, eine Bank zur Eröffnung eines Akkreditivs zugunsten des Verkäufers zu veranlassen. Der Verkäufer ist gehalten, die vereinbarten Dokumente der akkreditiveröffnenden Bank oder - im Vierpersonenverhältnis - der Korrespondenzbank vor Ablauf der Gültigkeitsdauer des Akkreditivs zur Präsentation einzureichen ( BGE 111 II 76 E. 3b/cc S. 80; Arthur Meier-Hayoz/Hans Caspar von der Crone, Wertpapierrecht, 2. Aufl. 2000, S. 420 f. § 31 Rz. 5 ff.; Thomas Koller, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N. 4 zu Anh. Art. 466-471 OR ).

### **E. 5.2**

Die beiden Kaufverträge enthalten je eine Akkreditivklausel, wonach die Beschwerdeführerin als Käuferin ein Dokumentenakkreditiv zuhanden der Bank D. \_\_\_\_\_ zu eröffnen bzw. jenes um den Preis des zweiten Kaufvertrages zu erweitern hatte, was sie am 21. Mai 2008 bzw. 27. Mai 2008 tat. Nach den Feststellungen der Vorinstanz ist unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin verpflichtet war, die Akkreditivdokumente einschliesslich der Konnossemente innerhalb der Gültigkeitsdauer des Akkreditivs bei der Bank D. \_\_\_\_\_ einzureichen und dass diese Gültigkeitsdauer des Akkreditivs auf Veranlassung der Beschwerdeführerin in deren Schreiben vom 1. August 2008 auf den 10. August 2008 verlängert worden war. Weiter gehen beide Parteien davon aus, dass die Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche der Internationalen Handelskammer für Dokumentenakkreditive (ERA 600) im Dokumentenakkreditiv für anwendbar erklärt worden waren und dass gestützt auf Art. 29 lit. a ERA 600 die Laufzeit des Akkreditivs von Sonntag, 10. August 2008 auf Montag, 11. August 2008 erstreckt wurde. Die Modalitäten der vertragsgemässen Dokumentenübergabe im Sinn von Art. 34 CISG sind somit unbestritten. Die Beschwerdegegnerin war demnach verpflichtet, die Akkreditivdokumente samt Konnossemente ihrer Bank (D. \_\_\_\_\_) bis am 11. August 2008 einzureichen.

Unbestritten ist sodann, dass die Beschwerdegegnerin die Original-Konnossemente nie direkt der Beschwerdeführerin übergeben oder übersandt hat.

### **E. 5.3**

Die Vorinstanz nahm an, die Konnossemente hätten durch die Andienung derselben am vertragsgemässen Ort (d.h. bei der Bank D. \_\_\_\_\_) als spätestens am 22. August 2008 geliefert zu gelten. Somit sei zu prüfen, ob diese verspätete Lieferung eine wesentliche Vertragsverletzung im Sinn von Art. 49 Abs. 1 lit. a i.V.m Art. 25 CISG darstelle. Gemäss dem tatsächlichen Willen der Vertragsparteien sei dies zu verneinen, da die Parteien dem Zeitpunkt der Dokumentvorlage keine wesentliche Bedeutung zugemessen hätten.

Selbst wenn aber die Andienung bei der Bank D. \_\_\_\_\_ nicht als Lieferung gelten könnte und daher Nichtlieferung im Sinn von Art. 49 Abs. 1 lit. b CISG vorliegen würde, wäre nach Ansicht der Vorinstanz ein Aufhebungsrecht der Beschwerdeführerin zu verneinen, da diese keine Nachfrist gemäss Art. 49 Abs. 1 lit. b CISG angesetzt habe.

Entsprechend konnte die Vorinstanz offenlassen, ob die Akkreditivdokumente einschliesslich Konnossemente tatsächlich erst nach dem 11. August 2008 vorgelegt worden waren.

#### **E. 5.4**

Die Beschwerdeführerin beanstandet, die Vorinstanz lasse zu Unrecht offen, ob die Akkreditivdokumente einschliesslich der Konnossemente am 11. August 2008 der Bank D. \_\_\_\_\_ vorgelegt worden seien. Die Dokumente seien aktenkundig erst nach dem 11. August 2008 eingereicht worden, und zwar frühestens am 26. August 2008 und nicht wie die Vorinstanz meine, spätestens am 22. August 2008. Insbesondere sei erwiesen, dass die Beschwerdegegnerin frühestens am 26. August 2008 der Bank D. \_\_\_\_\_ korrigierte Rechnungen vorgelegt habe.

Die Vorinstanz hat ihrem Urteil die Annahme einer grundsätzlich verspäteten, nach dem 11. August 2008 erfolgten Einreichung der Dokumente zugrunde gelegt. Es ist nicht ersichtlich und die Beschwerdeführerin legt nicht dar, inwiefern darüber hinaus ein Unterschied von vier Tagen - zwischen dem 22. und dem 26. August 2008 - entscheidend wäre. Auf die Rüge ist nicht weiter einzugehen ( Art. 97 Abs. 1 BGG ; vgl. E. 1.2 hiavor).

#### **E. 5.5**

Ausgehend von den Ausführungen der Vorinstanz, wonach die Vertragswidrigkeit "einzig" in der verspäteten Andienung der Akkreditivdokumente gelegen habe, rügt die Beschwerdeführerin, es habe eine weitere Akkreditivwidrigkeit vorgelegen, indem nämlich die Konnossemente entgegen der Vorgabe im Dokumentenakkreditiv nicht auf sie indossiert gewesen seien. Die Konnossemente hätten vielmehr an die Order der Bank D. \_\_\_\_\_ gelautet. Sie sei gemäss Art. 99 Abs. 1 BGG befugt, dieses Novum vorzubringen, da erst die Begründung der Vorinstanz dazu Anlass gegeben habe.

Das Novum ist unzulässig. Die Beschwerdeführerin will damit ihren grundsätzlichen Standpunkt, dass ein Vertragsaufhebungsrecht gemäss Art. 49 Abs. 1 CISG bestand, zusätzlich untermauern. Dies war jedoch von Anfang an Gegenstand des Prozesses, und es ist nicht ersichtlich, dass eine (überraschende) Auffassung der Vorinstanz erst Anlass zu diesem Vorbringen gegeben haben soll. Im Übrigen muss nach zutreffender Auffassung in der Lehre Art. 39 CISG (der nur von Vertragswidrigkeit der Ware spricht) weit verstanden werden, sodass wie Mängel der Ware selbst auch Mängel der die Ware repräsentierenden Dokumente gemäss Art. 39 CISG gerügt werden müssen ( ULRICH MAGNUS, in: Kommentar zum UN-Kaufrecht, Honsell [Hrsg.], a.a.O., N. 6 zu Art. 39 CISG mit Hinweisen; STEFAN KRÖLL, in: UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Kröll und andere [Hrsg.], München 2011, N. 22 zu Art. 39 CISG ; CORINNE WIDMER LÜCHINGER, in: Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht - CISG, Schlechtriem/Schwenzer [Hrsg.], a.a.O., N. 5 zu Art. 34 CISG ; BERNHARD C. LAUTERBURG, in: UN-Kaufrecht - CISG, Christoph Brunner [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 5 zu Art. 34 CISG ). Die Frist beginnt im Zeitpunkt, da die Käuferin die Vertragswidrigkeit feststellt oder hätte feststellen müssen ( SCHWENZER, in: Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht - CISG, Schlechtriem/Schwenzer [Hrsg.], a.a.O., N. 19 zu Art. 39 CISG ).

Die Konnossemente wurden der Beschwerdeführerin "on approval basis" am 25. August 2008 von ihrer Bank weitergeleitet (vgl. Sachverhalt A.j). Dass in der Folge eine mangelnde Indossierung gerügt worden wäre, hat die Vorinstanz aber nicht festgestellt.

## **E. 5.6**

Die Vorinstanz prüfte daher zu Recht, ob - unter der Annahme einer verspäteten Einreichung der Akkreditivdokumente - eine solche wesentlich im Sinn von Art. 49 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 25 CISG war.

### **E. 5.6.1**

Sie nahm an, die Beschwerdeführerin habe mit ihrem Schreiben vom 3. September 2008 an die Bank C.\_\_\_\_\_ bzw. deren diesbezügliche SWIFT-Mitteilung an die Bank D.\_\_\_\_\_ vom 4. September 2008 die Akkreditivdokumente zurückgewiesen. Auch nach dem von der Beschwerdeführerin selbst behaupteten (wirklichen) Willen im Sinn von Art. 8 Abs. 1 CISG sei jedoch nicht die verspätete Dokumentvorlage Grund für die Zurückweisung gewesen, sondern dass in jenem Zeitpunkt unklar gewesen sei, ob der Walzdraht und wie viel davon eine Mindestzugfestigkeit von 400 MPA aufweisen würde. Demzufolge habe die Beschwerdeführerin selber dem Zeitpunkt der Dokumentvorlage keine wesentliche Bedeutung zugemessen.

Das Bundesgericht ist an die Feststellungen der Vorinstanz betreffend das tatsächliche Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden ( Art. 105 Abs. 1 BGG ; BGE 133 III 61 E. 2.2.1 S. 67). Wenn die Vorinstanz feststellt, die Beschwerdeführerin habe nach ihrer eigenen Behauptung die Dokumente nicht wegen der Verspätung zurückgewiesen, handelt es sich entgegen der Beschwerdeführerin um eine Tatsachenfeststellung und nicht um eine rechtliche Würdigung. Die Beschwerdeführerin rügt ausführlich, dass die fristgemässe Übergabe der Konnossemente grundsätzlich wesentlich im Sinn von Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG sei, sie erhebt aber keine rechtsgenügende Willkürzüge gegen die vorinstanzliche Tatsachenfeststellung (vgl. E. 1.2 hiervor). Sie bezieht sich zwar auf die erwähnten Ausführungen der Vorinstanz, setzt sich damit aber nicht auseinander und macht namentlich nicht geltend, dass sie im vorinstanzlichen Verfahren etwas anderes als das von der Vorinstanz Festgestellte behauptet hätte. Somit steht fest, dass die (allenfalls) verspätete Dokumentenvorlage nach dem tatsächlichen Willen nicht wesentlich war.

Zentrales Argument der Beschwerdeführerin ist die Formstrenge des Akkreditivs. Sie scheint davon auszugehen, die von den Parteien zugemessene tatsächliche Bedeutung einer Verspätung sei nicht entscheidend angesichts der Rechtsnatur des Akkreditivs. Entsprechend macht sie geltend, der fristgemässen Vorlage der Akkreditivdokumente komme wegen der Formstrenge des Akkreditivs immer und grundsätzlich Wesentlichkeit zu. Das Verfalldatum des Akkreditivs sei ein Fixtermin. Eine Vorlage der Akkreditivdokumente nach Akkreditivlaufzeit sei daher nicht akkreditivkonform und sei zurückzuweisen. Die Vorinstanz argumentiere widersprüchlich, wenn sie einerseits ein Zurückweisungsrecht bei verspäteter Vorlage der Dokumente bejahe, dieses dann aber gleich wieder einschränke, indem sie zwischen diesem Zurückweisungsrecht gemäss ERA 600 und dem Aufhebungsrecht gemäss Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG unterscheide. Die Rüge ist nicht berechtigt. Akkreditive sind abstrakt, das heisst von den Warengeschäften, auf denen sie beruhen (Valutaverhältnis), getrennte Geschäfte (Art. 4a ERA 600; Koller, a.a.O., N. 16 zu Anh. Art. 466-471 OR ; vgl. BGE 131 III 222 E. 4.1 S. 224 mit Hinweisen). Der

Grundsatz der Dokumentenstrenge hängt mit dem Abstraktionsprinzip zusammen, worauf die Beschwerdeführerin selbst hinweist. Jede Vertragswidrigkeit der Dokumentenvorlage berechtigt den Käufer, die Annahme der Dokumente zu verweigern. Eine solche Annahmeverweigerung führt aber noch nicht ohne weiteres zur Aufhebung des Vertrages. Vorerst bedeutet sie nur, dass der Käufer nicht mehr verpflichtet ist, den Preis nach dem vertraglich vorgesehenen Erfüllungsmodus zu zahlen (vgl. E. 5.1 hiervor). Ob dem Ablaufzeitpunkt des Akkreditivs die Bedeutung eines Fixtermins und damit Wesentlichkeit im Sinn von Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG zukommt, entscheidet sich vielmehr aufgrund des zugrunde liegenden Kaufvertrags (zutreffend: Florian Mohs, in: Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht - CISG, Schlechtriem/Schwenzer [Hrsg.], a.a.O., N. 18 zu Art. 60 CISG ; Derselbe, in: Private Law, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, 2011, S. 1285 ff., S. 1299 f.; vgl. auch Benjamin Leisinger, in: UN-Kaufrecht - CISG, Brunner [Hrsg.], a.a.O., N. 19 zu Art. 25 CISG ). In der Lehre wird zum Teil zwar bei einem dokumentären Kaufgeschäft die Wesentlichkeit der Vorlage konformer Dokumente impliziert und davon ausgegangen, bei Vorlage nicht konformer Dokumente liege stets und sofort ein wesentlicher Vertragsbruch vor (Mohs, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht - CISG, a.a.O., N. 18 inkl. Fn. 41 zu Art. 60 CISG mit Hinweisen; vgl. Ingeborg Schwenzer/Pascal Hachem, The CISG - Successes and Pitfalls, in: 57 American Journal of Comparative Law, [Spring 2009], S. 457 ff., S. 477 f.; Bruno Zeller, Commodity Sales and the CISG, in: Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday, Andersen/Schroeter [Hrsg.], London 2008, S. 627 ff., S. 632 f.; Alastair Mullis, Avoidance for Breach under the Vienna Convention, in: Anglo-Swedish Studies in Law, Andenæs/Jareborg [Hrsg.], 1998 S. 326 ff., S. 347 ff.). Diese Auffassung wird indessen auf die Interpretation des Vertrages nach Art. 8 Abs. 2 und 3 CISG gestützt (Schwenzer/Hachem, a.a.O., S. 476) beziehungsweise den Willen der Parteien (Bruno Zeller, a.a.O., S. 632) und unter Hinweis auf die Vertragsfreiheit gerechtfertigt (Alastair Mullis, a.a.O. S. 350). Auch der von der Beschwerdeführerin für ihre Auffassung zitierte Schroeter führt aus, ob und inwieweit bei echten Dokumentengeschäften dem vertraglich festgelegten Andienungszeitpunkt wesentliche Bedeutung zukommt, seine Überschreitung also ohne weiteres eine wesentliche Vertragsverletzung i.S.v. Art. 25 CISG darstelle, richte sich vorrangig nach dem Kaufvertrag (Ulrich G. Schroeter, in: Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht - CISG, Schlechtriem/Schwenzer [Hrsg.], a.a.O., N. 65 zu Art. 25 CISG ; Hervorhebung im Original; ebenso: Leisinger, a.a.O., N. 19 zu Art. 25 CISG ), mithin nach dem tatsächlich - oder allenfalls normativ - Gewollten.

Die Vorinstanz konnte somit rechtsfehlerfrei auf den tatsächlichen Parteiwillen abstellen und davon ausgehen, die (allfällige ) Verspätung der Einreichung der Akkreditivdokumente sei nicht wesentlich gewesen.

### **E. 5.6.2**

Dies verkennt die Beschwerdeführerin auch, soweit sie ausführt, die Wesentlichkeit der Nichtlieferung beziehungsweise der verspäteten Lieferung der Konnossemente sei eigenständig zu prüfen und beurteile sich nicht nach der Vertragsmässigkeit der Ware. Die Vorinstanz geht, wie die Beschwerdeführerin selbst festhält, bei Dokumentengeschäften von einer zweifachen Leistungspflicht aus, einer Pflicht einerseits zur Lieferung der Ware und andererseits zur Lieferung der Dokumente. Aus dem Fehlen oder der Fehlerhaftigkeit der gemäss Akkreditiv zur korrekten Andienung verlangten Dokumente, folgt zwar, dass

die präsentierten Dokumente von der Bank zurückgewiesen werden können, so dass keine Zahlung erfolgt. Insoweit sind sämtliche verlangten Dokumente wesentlich. Das bedeutet aber nicht zwingend, dass bei Fehlen eines Dokuments eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegt (Leisinger, a.a.O., N. 19 zu Art. 25 CISG ). Mit Blick auf das Verhalten der Beschwerdeführerin durfte die Vorinstanz davon ausgehen, dass weder wegen der verspäteten Lieferung der Akkreditivdokumente (namentlich der Konnossemente) noch wegen deren Inhalt eine "wesentliche Vertragsverletzung" gemäss Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG vorlag.

### **E. 5.7**

Die Vorinstanz nahm weiter grundsätzlich an, mit der verspäteten Andienung der Akkreditivdokumente habe die Beschwerdegegnerin diese "geliefert". Es liege also keine "Nichtlieferung" i.S.v. Art. 49 Abs. 1 lit. b CISG vor. Selbst wenn aber Nichtlieferung anzunehmen wäre, hätte die Beschwerdeführerin gestützt auf diese Bestimmung kein Vertragsaufhebungsrecht, da sie keine Nachfrist angesetzt habe. Die Beschwerdeführerin behaupte lediglich, die Beschwerdegegnerin mit E-Mail vom 22. August 2008 auf die fehlenden Akkreditivdokumente hingewiesen zu haben. Sollte sie damit eine Nachfristansetzung behaupten wollen, wäre eine solche als nicht ordnungsgemäss zu qualifizieren. Eine solche setze nämlich eine Fristbestimmung voraus. Habe sie aber keine Nachfrist angesetzt, könne sie auch nicht den Vertrag gemäss Art. 49 Abs. 1 lit. b CISG aufheben. Dies rechtfertige sich umso mehr, als der Beschwerdegegnerin aufgrund der Rückweisung der Dokumente in jenem Zeitpunkt nicht abschliessend klar sein konnte, ob die Beschwerdeführerin den Walzdraht annehmen wolle oder nicht.

#### **E. 5.7.1**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe die Nachfristansetzung mit der Unklarheit für die Beschwerdegegnerin begründet, ob die Beschwerdeführerin den Walzdraht noch annehmen wolle. Dies trifft nicht zu. Diese Ausführungen der Vorinstanz folgten lediglich ergänzend. Unter Hinweis auf eine Lehrmeinung ( ANTON K. SCHNYDER/RALF MICHAEL STRAUB, in: Kommentar zum UN-Kaufrecht, Honsell [Hrsg.], a.a.O., N. 102b zu Art. 49 CISG ) verneinte die Vorinstanz das Vertragsaufhebungsrecht vielmehr grundsätzlich, wenn keine bestimmte Frist angesetzt wird. Darauf geht die Beschwerdeführerin nicht ein. Sie bestreitet somit nicht, dass keine Nachfrist angesetzt wurde. Im Übrigen entspricht es herrschender Lehre, dass die Frist bestimmt sein muss ( PETER HUBER, in: UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Kröll und andere [Hrsg.], a.a.O., N. 49 zu Art. 49 CISG i.V.m. N. 8 zu Art. 47 CISG ; MÜLLER-CHEN, a.a.O., N. 1 i.V.m. N. 4 zu Art. 47 CISG ; DIANA AKIKOL/LUCIEN BÜRKI, in: UN-Kaufrecht - CISG, Brunner [Hrsg.], a.a.O., N. 3 i.V.m. N. 7 zu Art. 47 CISG ).

#### **E. 5.7.2**

Die Beschwerdeführerin verweist vielmehr auf die Literatur ( MÜLLER-CHEN, a.a.O., N. 17 zu Art. 49 CISG ; SCHNYDER/STRAUB, a.a.O., N. 30 zu Art. 47 CISG ), wonach sich eine Nachfristansetzung erübrige, wenn der Verkäufer die Erfüllung verweigere oder eine weitere Vertragsverletzung vorliege. In den zitierten Literaturstellen geht es aber nicht um die Notwendigkeit einer Nachfristansetzung, sondern um die Beendigung der Bindung des Käufers vor Ablauf der angesetzten Nachfrist. Dass im Fall einer Erfüllungsverweigerung nach Ansetzung der Nachfrist diese nicht abgewartet werden muss, ergibt sich bereits aus

dem Wortlaut von Art. 49 Abs. 1 lit. b CISG . Da es an einer rechtsgenügenden Nachfristansetzung fehlt, kann die Beschwerdeführerin aus den zitierten Literaturstellen nichts zu ihren Gunsten ableiten.

### **E. 5.7.3**

Die Vorinstanz hat somit im Zusammenhang mit der Einreichung der Dokumente zu Recht auch ein Vertragsaufhebungsrecht der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 49 Abs. 1 lit. b CISG verneint, ohne dass auf ihre weiteren Begründungen eingegangen werden muss.

### **E. 6**

Das Bundesgericht prüfte im Rückweisungsentscheid, ob die Beschwerdeführerin der Mindestzugfestigkeit von 400 MPA durch die Kaufverträge subjektiv absolute Wesentlichkeit beimessen wollte und dies für die Beschwerdegegnerin erkennbar war, sodass sie sich diese vertraglich bestimmte absolute Wesentlichkeit aufgrund des Vertrauensprinzips anrechnen lassen muss. Da es dies verneinte, wies es die Sache zurück um zu prüfen, ob der Vertragszweck durch die mangelhafte Qualität in objektiver Hinsicht wesentlich beeinträchtigt worden sei (zit. Urteil 4A\_264/2013 E. 3.5 i.V.m. E. 3.1.3 a.A.).

### **E. 6.1**

Zum anwendbaren Massstab wurde in Erwägung 3.1.1 des Rückweisungsentscheids Folgendes festgehalten: Der Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung nach Art. 25 CISG ist restriktiv auszulegen. Bei Zweifeln, ob eine wesentliche Vertragsverletzung gegeben ist, ist davon auszugehen, dass eine solche nicht vorliegt (Urteil des Bundesgerichts 4C.105/2000 vom 15. September 2000 E. 2c/aa mit Hinweis, publ. in: SJ 2001 I S. 304). Das UN-Kaufrecht geht vom Vorrang der Vertragserhaltung aus: Der Vertrag soll im Zweifel auch bei Störungen Bestand haben, die Vertragsaufhebung hingegen die Ausnahme sein. Der Käufer soll in erster Linie die anderen Rechtsbehelfe, namentlich Minderung und Schadenersatz, in Anspruch nehmen, während die Rückabwicklung ihm als letzte Möglichkeit zur Verfügung steht, um auf eine Vertragsverletzung der anderen Partei zu reagieren, die so gewichtig ist, dass sie sein Erfüllungsinteresse im Wesentlichen entfallen lässt. Ob die Vertragsverletzung nach dem dargelegten Massstab wesentlich und die schärfste Sanktion der Vertragsaufhebung gerechtfertigt ist, hängt dabei entscheidend von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab (Urteil des Bundesgerichts 4C.179/1998 vom 28. Oktober 1998 E. 2b mit Hinweisen).

Sodann führt der Rückweisungsentscheid in E. 3.1.3 aus: Nur Warenmängel von erheblichem Gewicht erfüllen in der Regel die Voraussetzungen von Art. 25 CISG . Dazu zählen insbesondere solche Mängel, die mit zumutbarem Aufwand in angemessener Frist nicht behoben werden können, so dass die Ware praktisch unbrauchbar oder unverkäuflich oder ihr Weiterverkauf jedenfalls nicht zumutbar ist (Urteil des Bundesgerichts 4A\_68/2009 vom 18. Mai 2009 E. 7.1; zit. Urteil 4C.179/1998 E. 2b; Staudinger/Magnus, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch [...], Wiener UN-Kaufrecht, Berlin 2013, N. 26 zu Art. 25 CISG ). Dabei spielt eine Rolle, ob der Käufer Wiederverkäufer (Händler) oder Produzent bzw. Endabnehmer für die jeweilige Ware ist. Die Verwendbarkeit bzw. Veräusserbarkeit minderwertiger Ware für einen Produzenten oder Endabnehmer, der nicht mit den bezogenen Komponenten oder Materialien handelt, wird in der Regel zu verneinen sein (zit. Urteil 4A\_68/2009 vom 18. Mai 2009 E. 7.1 mit Hinweisen).

Diesen Massstab legte die Vorinstanz ihrer Würdigung zugrunde. Sie prüfte demgemäss die Verwendbarkeit des Walzdrahtes ohne eine Mindestzugfestigkeit von 400 MPA für die Herstellung normkonformer Betonstahlmatten durch die Beschwerdeführerin. Da sie die Unbrauchbarkeit als nicht erwiesen erachtete und überdies verneinte, dass die Beschwerdegegnerin eine solche hätte voraussehen müssen, liess sie offen, ob die Beschwerdeführerin auch Stahlhandel betreibe bzw. ihr zuzumuten gewesen wäre - nachdem sie unbestrittenermassen selbst hergestellten Walzdraht verkaufte -, den gekauften Draht weiterzuverkaufen.

## **E. 6.2**

Die Beschwerdeführerin rügt die von der Vorinstanz als massgeblich erachteten Kriterien für ein Aufhebungsrecht nach Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG .

### **E. 6.2.1**

Die Vorinstanz nehme zu Unrecht an, der Begriff der Wesentlichkeit sei restriktiv auszulegen, da das CISG vom Vorrang der Vertragserhaltung ausgehe. Das CISG sei autonom und international einheitlich auszulegen. Der Grundsatz des Vorrangs der Vertragserhaltung sei international nicht gefestigt - sie verweist in diesem Zusammenhang auf verschiedene Entscheide aus diversen Ländern - und werde auch durch die Entstehungsgeschichte des CISG nicht bestätigt. Die von der Vorinstanz vertretene restriktive Auffassung, die sich nur auf schweizerische Rechtsprechung und die deutschsprachige Lehre abstütze, sei international eine Mindermeinung. Mit dieser Auslegung verstosse die Vorinstanz gegen Art. 7 Abs. 1 CISG .

Daraus leitet die Beschwerdeführerin ab, die Ansicht der Vorinstanz, nur Warenmängel von erheblichem Gewicht würden die Voraussetzungen von Art. 25 CISG erfüllen, während Qualitätsabweichungen als solche grundsätzlich keine erheblichen Nachteile im Sinn dieser Bestimmung darstellten, sei nicht zu folgen. Jede erhebliche Abweichung von der vertraglichen Vereinbarung sei eine wesentliche Vertragsverletzung. Entsprechend kommt es nach Auffassung der Beschwerdeführerin nicht darauf an, ob sie nachgewiesen hat, dass sie den Walzdraht für ihre Produktion von Betonstahlmatten nicht gebrauchen kann. Es genüge, dass 80% der Ware die vertraglich vereinbarte Mindestzugfestigkeit von 400 MPA nicht aufgewiesen habe.

### **E. 6.2.2**

Nach einem Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts sind sowohl dieses selbst als auch die kantonalen Instanzen an die rechtliche Beurteilung, mit der die Rückweisung begründet wurde, gebunden. Vom Bundesgericht bereits entschiedene Fragen sind daher nicht mehr zu überprüfen (vgl. BGE 135 III 334 E. 2.1 S. 336). Selbst wenn die im Rückweisungsentscheid geäusserte Auffassung, der Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung nach Art. 25 CISG sei restriktiv auszulegen, unzutreffend wäre, könnten die Vorinstanz und das Bundesgericht darauf zufolge der Bindung an den Rückweisungsentscheid nicht zurückkommen.

Aber auch davon abgesehen besteht die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Verletzung von Art. 7 CISG offensichtlich nicht. Zutreffend ist, dass das CISG autonom und im Hinblick auf eine einheitliche internationale Anwendung auszulegen ist ( Art. 7 Abs. 1 CISG ). Im UNCITRAL Sekretariatskommentar zum New Yorker Entwurf des CISG von 1978 wurde zum offenen Begriff der "substantial deprivation" festgehalten: "The

determination whether the (detriment) is substantial must be made in the light of the circumstances of each case, e.g., the monetary value of the contract, the monetary harm caused by the breach, or the extent to which the breach interferes with other activities of the injured party. " (zitiert nach: Andrea Björklund, in: UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Kröll und andere [Hrsg.], a.a.O., N. 10 zu Art. 25 CISG ). Wenn die Vorinstanz darauf abstellte, ob die Ware für die Art, wie die Beschwerdeführerin ihre Betonstahlmatten herstellt, nicht nutzbar ist, ging es somit gerade darum, in diesem Sinn den Schaden für die Beschwerdeführerin zu ermitteln. Eine Berücksichtigung ausländischer Entscheide ist zwar erstrebenswert, jedoch besteht keine Bindungswirkung (Franco Ferrari, in: Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht - CISG, Schlechtriem/Schwenzer [Hrsg.], a.a.O., N. 17 und 23 zu Art. 7 CISG ). Im Übrigen wird das Kriterium der weiteren Nutzbarkeit keineswegs nur von der schweizerischen Rechtsprechung und der deutschsprachigen Literatur bejaht. So betont die von der Beschwerdeführerin selber zitierte amerikanische Autorin, dass der Massstab für Wesentlichkeit hoch und gegeben sei, wenn wegen des Vertragsbruchs kein Interesse an der Erfüllung mehr bestehe (vgl. Björklund, a.a.O., N. 12 zu Art. 25 CISG ), was eben nicht der Fall ist, wenn noch eine Verwendbarkeit besteht (i.d.S. auch Urteil des BGH vom 3. April 1996 E. II.2.c/aa, in: cisg-online Nr. 135 und BGHZ 132 [1997] S. 290 ff., S. 298).

Die Vorinstanz ging somit zu Recht davon aus, dass die fehlende Mindestzugfestigkeit für sich alleine keine wesentliche Vertragsverletzung beinhaltet, sondern dass entscheidend ist, ob Walzdraht mit einer Zugfestigkeit unter 400 MPA für die Beschwerdeführerin verwendbar war. Entsprechend sind auch die Ausführungen der Beschwerdeführerin unter dem Titel "Eine Prüfung und Aussortierung war für die Beschwerdeführerin unzumutbar " unbehelflich, soweit sie auf der Voraussetzung basieren, Qualitätsmängel allein begründeten im zu beurteilenden Fall eine wesentliche Vertragsverletzung.

### **E. 6.3**

Die Beschwerdeführerin bestreitet für diesen Fall nicht, dass die Beweislast für die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung und damit auch für die Nichtverwendbarkeit des Walzdrahtes bei ihr liegt. Sie ist aber der Auffassung, die Vorinstanz habe ihr Recht auf Beweis verletzt, indem sie von einer ungenügenden Substanziierung ausging und in der Folge die Unbrauchbarkeit des Walzdrahtes als nicht erwiesen erachtete.

#### **E. 6.3.1**

Die Vorinstanz stellte fest, die Ausführungen der Beschwerdeführerin in der Klageantwort hätten noch so verstanden werden können, dass für die Herstellung normkonformer Betonstahlmatten aus Walzdraht 6,5 mm und 8 mm

allgemein - d.h. unabhängig vom jeweiligen Produktionsprozess des betreffenden Produktionsbetriebs - eine Mindestzugfestigkeit von 400 MPA zwingend notwendig sei. Nachdem die Beschwerdegegnerin bestritten hatte, dass eine Mindestzugfestigkeit von 400 MPA für die Weiterverarbeitung von Walzdraht zu Betonstahlmatten erforderlich sei, mache die Beschwerdeführerin im Rahmen der Duplik aber ausdrücklich eine diesbezügliche zwingende Notwendigkeit lediglich aufgrund ihres

eigenen "technisch-produktiven Produktionsprozesses" geltend. Somit sei allein diese Frage zu prüfen. Die Beschwerdeführerin lege aber in keiner Art und Weise dar, was die Charakteristiken ihres Produktionsprozesses seien bzw. waren und weshalb diese eine solche Mindestzugfestigkeit voraussetzen würden. In ihrer Stellungnahme vom 7. Oktober

2011 (Stellungnahme zur Stellungnahme der Beschwerdegegnerin zu den Duplikativen) habe sie zwar ergänzt, dass die Mindestzugfestigkeit für sie bei der Kaltverformung des Walzdrahtes erforderlich sei. Auch in diesen Ausführungen - "wenn sie denn unter prozessualen Aspekten überhaupt zu hören wären" - sah die Vorinstanz keine genügende Substanziierung. Wenngleich nicht gefordert werden dürfte, dass die Beklagte ihren Produktionsprozess in allen Einzelheiten darzulegen habe, sei ihr eine entsprechende Darstellung in den Grundzügen jedoch zuzumuten, handle es sich doch um ihren eigenen Produktionsprozess. Mangels Substanziierung sei deshalb eine Begutachtung nicht möglich und die Nichtverwendbarkeit nicht bewiesen.

### **E. 6.3.2**

Die Vorinstanz erachtete als entscheidend, dass die Beschwerdeführerin nicht geltend macht, für jede Herstellung von normkonformen Betonstahlmatten durch irgend einen Produzenten sei eine Mindestzugfestigkeit von 400 MPA erforderlich, sondern dass spezifisch ihr Produktionsprozess eine solche erfordere. Diese vorinstanzliche Feststellung blieb unbestritten; die Beschwerdeführerin führt in diesem Sinn erneut aus, jeder Produktionsbetrieb habe seinen eigenen Produktionsprozess, um ein normkonformes Produkt herzustellen. Entsprechend ging die Vorinstanz sinngemäss davon aus, zur Substanziierung gehöre, dass die Beschwerdeführerin nicht nur sage,

dass ihre Art der Produktion eine Mindestzugfestigkeit von 400 MPA voraussetzt, sondern auch

weshalb, indem sie die entsprechenden Charakteristiken darlege.

Wie weit die anspruchsbegründenden Tatsachen inhaltlich zu substantzieren sind, damit sie unter die massgeblichen Bestimmungen des materiellen Rechts subsumiert werden können, bestimmt das materielle (Bundes) recht. Die jeweiligen Anforderungen ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. Tatsachenbehauptungen müssen dabei so konkret formuliert sein, dass ein substantziertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann ( BGE 127 III 365 E. 2b S. 368 mit Hinweisen). Hier geht es nicht darum - wie sonst allenfalls bei Begutachtungen von Produktionsprozessen - bestimmte Eigenschaften des Prozesses im Betrieb der Beschwerdeführerin zu kennen. Zu beweisendes Tatbestandsmerkmal ist einzig das Ergebnis - die Herstellung normkonformer Betonstahlmatten. Im Hinblick darauf erscheint es fraglich, ob die Vorinstanz nicht überhöhte Anforderungen an die Substanziierung stellte. Die Frage kann aber offen bleiben.

### **E. 6.4**

Die Vorinstanz ging nämlich zu Recht davon aus, dass - auch wenn beweismässig erstellt wäre, dass die Beschwerdeführerin den Walzdraht nicht für die Herstellung ihrer Betonstahlmatten brauchen konnte - dies für die Beschwerdegegnerin nicht voraussehbar war. Sie verneinte also, dass die Beschwerdegegnerin (subjektiv) Kenntnis von der Unbrauchbarkeit hatte bzw. dass (objektiv) Erkennbarkeit im Sinn von Art. 25 CISG vorlag.

#### **E. 6.4.1**

Das Bundesgericht hat im Rückweisungsentscheid für die Vorinstanz verbindlich festgestellt, dass die Beschwerdegegnerin aus dem Vertragswortlaut und den Umständen bei der Vertragsänderung im Juli/August 2008, namentlich dem damaligen E-Mail-Verkehr

zwischen den Parteien nicht erkennen musste, dass die Beschwerdeführerin der Mindestzugfestigkeit absolute Wesentlichkeit zumessen wollte. Davon geht die Vorinstanz zutreffend aus. Sie berücksichtigte sodann - ebenso zutreffend - als entscheidenden Punkt, dass die Beschwerdeführerin im Hinblick auf die von ihr behauptete Unbrauchbarkeit zur Herstellung normkonformer Betonstahlmatten selber ausführte, dass die Mindestzugfestigkeit von 400 MPA nicht in jedem Betrieb notwendig ist, sondern vielmehr aufgrund ihres eigenen technisch-produktiven Produktionsprozesses zwingend sei. Entsprechend sei entscheidend, dass die Beschwerdegegnerin

diesen eigenen Produktionsprozess der Beschwerdeführerin gekannt hat oder hätte kennen müssen. Die Beschwerdeführerin habe dies aber selber nicht behauptet. Sie habe nur behauptet, dass die Beschwerdegegnerin (bzw. deren Verkaufsagentin, die G. \_\_\_\_\_ s.a.s) den Tätigkeitsbereich der Beschwerdeführerin gekannt und gewusst habe, dass sie den gekauften Stahl für Betonstahlmatten habe verwenden wollen.

#### **E. 6.4.2**

Zu dem für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlichen Sachverhalt gehören auch Feststellungen der Vorinstanz zum Prozesssachverhalt (vgl. E. 1.2 hiervor). Die Beschwerdeführerin müsste somit dartun, dass die vorinstanzliche Feststellung zu ihren prozessualen Vorbringen geradezu willkürlich wäre. Eine entsprechende Willkürüge erhebt sie aber nicht. Sie verweist lediglich auf ihre Ausführungen in Klageantwort und Duplik, wonach G. \_\_\_\_\_ wusste, dass sie den Walzdraht für das Bauwesen und die Produktion von Betonstahlmatten verwende, und um die Wichtigkeit der Mindestzugfestigkeit gewusst habe. Von diesen Behauptungen ging aber bereits die Vorinstanz aus und es ist nicht ersichtlich, weshalb es willkürlich sein sollte, wenn sie darin nicht die Behauptung erkennen konnte, die Beschwerdegegnerin habe um die spezifischen Produktionsanforderungen bei der Beschwerdeführerin gewusst.

#### **E. 6.4.3**

Die Beschwerdeführerin rügt, der Vorinstanz sei auch deshalb nicht zu folgen, weil nicht sie als Käuferin zu beweisen habe, dass die Beschwerdegegnerin um die Unbrauchbarkeit wusste; vielmehr trage die vertragsbrüchige Partei - also die Beschwerdegegnerin - die Beweislast. Die Vorinstanz habe eine unzulässige Beweislastumkehr vorgenommen.

##### **E. 6.4.3.1**

Die Vorinstanz lege zutreffend dar, die Beweislastverteilung für die Vorhersehbarkeit des wesentlichen Nachteils sei in der Literatur umstritten. Eine Minderheitsmeinung auferlege die Beweislast der Käuferin (Schroeter, a.a.O., N. 36 zu Art. 25 CISG), die Mehrheit jedoch grundsätzlich der vertragsbrüchigen Verkäuferin (Staudinger/Magnus, a.a.O., N. 31 zu Art. 25 CISG; Urs Peter Gruber, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3: Schuldrecht, Besonderer Teil I §§ 433-610, Finanzierungsleasing, HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG, 6. Aufl. 2012, N. 47 zu Art. 25 CISG; Beate Gsell, in: Kommentar zum UN-Kaufrecht, Honsell [Hrsg.], a.a.O., N. 27 zu Art. 25 CISG). Teilweise werde aber einschränkend vertreten, die vertragsbrüchige Partei habe lediglich zu beweisen, dass die Folgen der Vertragsverletzung aufgrund der allgemeinen Umstände objektiv nicht vorausgesehen werden konnten (Staudinger/Magnus, a.a.O., N. 31 zu Art. 25 CISG), während der Gläubiger darzutun und zu beweisen habe, dass die vertragsbrüchige Partei aufgrund spezieller Kenntnisse oder Informationen durch den Gläubiger positive Kenntnis von einem bestimmten Risiko für den Gläubiger gehabt habe (Gruber, a.a.O., N.

47 zu Art. 25 CISG ). Das Bundesgericht habe die Frage noch nicht entschieden, scheine aber im zit. Urteil 4C.179/1998 von einer Beweislast des Verkäufers auszugehen. "Der Beweisnähe Rechnung tragend" - so die Vorinstanz weiter - sei der Auffassung von Gruber zu folgen.

#### **E. 6.4.3.2**

Die Beschwerdeführerin beruft sich darauf, die Auffassung der Vorinstanz widerspreche der grossmehrheitlichen Lehre und den allgemeinen Grundsätzen der Beweislastverteilung, namentlich dem Regel-Ausnahmeprinzip und dem Grundsatz, dass eine Partei die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm zu beweisen habe. Auch die Regel, dass Tatsachen aus einem Bereich, der einer Partei besser bekannt sind als der anderen, diese zu beweisen habe, würden für die Beweislast der Beschwerdegegnerin sprechen.

#### **E. 6.4.3.3**

Es trifft zu, dass sich das Bundesgericht zu dieser Frage noch nicht ausdrücklich geäußert hat, auch nicht in dem von der Vorinstanz erwähnten Urteil 4C.179/1998. Das Bundesgericht hat 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 ( BGE 130 III 258 E. 5.3 S. 264 f. mit Hinweisen). In der in diesem Entscheid zitierten Literatur wird ausgeführt, dass eine entsprechende Beweislastverteilung auch vom BGH (Franco Ferrari, in: Basler Kommentar, N. 51 zu Art. 4 CISG ) bzw. vom OGH (Schnyder/Straub, a.a.O., N. 68a zu Art. 45 CISG ) vertreten wird. In einem Urteil vom 30. Juni 2004 (Verfahren VIII ZR 321/03, CISG-Online Nr. 847) hat der BGH zum Tatbestandsmerkmal des Kennens bzw. des Kennenmüssens im Rahmen von Art. 39 CISG ausgeführt, "zu den inneren Betriebsabläufen" der Klägerin könne die an sich beweisbelastete Beklagte allenfalls eine Behauptung "ins Blaue hinein" aufstellen. Aufgrund der Beweisnähe der Verkäuferin treffe daher diese die "Darlegungslast" (E. II.2.c). In der Lehre wird dieses Urteil zum Teil als Anwendungsfall einer Beweislastumkehr verstanden (Staudinger/Magnus, a.a.O., N. 69 zu Art. 4 CISG ), zum Teil aber auch als Beispiel für die - nach deutscher Terminologie - sog. sekundäre Behauptungslast. Dabei wird von der nicht beweisbelasteten Partei eine gesteigerte Substanziierung verlangt, wenn die beweisbelastete Partei ausserhalb des für ihren Anspruch erheblichen Geschehensablaufs steht und deshalb die massgebenden Tatsachen im Einzelnen nicht kennt, während diese der Gegenpartei bekannt sind (Tim W. Dornis, in: Kommentar zum UN-Kaufrecht, Honsell [Hrsg.], a.a.O., N. 28 Vorb. zu Art. 14-24 CISG ). Im Rahmen der Substanziierungsanforderungen an das Bestreiten verlangt auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung, dass Sachverhalte, die Gegenstand eigener Handlungen oder Wahrnehmungen der bestreitenden (und an sich nicht beweisbelasteten) Partei sind, von dieser substantiiert vorzutragen sind beziehungsweise die allgemeine Behauptung der beweisbelasteten Partei substantiiert zu bestreiten ist ( BGE 133 III 43 E. 4.1 und 4.3 S. 54 f.; Urteil des Bundesgerichts 4A\_709/2011 vom 31. Mai 2012 E. 3.2).

Auch vorliegend geht es nur um die Behauptungs- und Bestreitungslast. Nachdem die Beschwerdegegnerin behauptet hatte, dass der streitgegenständliche Walzdraht für die Herstellung von Betonstahlmatten verwendbar sei, musste die Beschwerdeführerin darlegen, weshalb dem in ihrem Betrieb nicht so ist. Mit Blick auf das Wissen der Beschwerdegegnerin und die Beweisnähe macht die Beschwerdeführerin zwar geltend, es sei der vertragsbrüchigen Partei viel besser bekannt, was sie wisse beziehungsweise wissen

könne, weshalb es ihr zuzumuten sei, die mangelnde subjektive Vorhersehbarkeit zu beweisen. Inwiefern der Vertragspartner von den behaupteten Besonderheiten bei der Herstellung von Betonstahlmatten im Betrieb der Beschwerdeführerin Kenntnis haben kann, betrifft aber zunächst die Sphäre der Beschwerdeführerin. Diese weiss, inwiefern sie ihre Produktionsprozesse publik gemacht hat oder ein Aussenstehender beziehungsweise die Beschwerdegegnerin davon auch ohne direkte Information Kenntnis erlangen kann. Dazu kann die Beschwerdegegnerin, wenn sie sich auf schlichte Unkenntnis beruft, keine näheren Angaben machen. Auch insoweit wäre es an der Beschwerdeführerin substantiierte Behauptungen aufzustellen. Selbst wenn die Beschwerdegegnerin die Beweislast trüge, müsste die Beschwerdeführerin zur substantiierten Bestreitung darlegen, welche Umstände darauf schliessen lassen, die Beschwerdegegnerin habe die Besonderheiten des Produktionsprozesses gekannt oder kennen müssen. Da es nach den Feststellungen der Vorinstanz an entsprechenden hinreichend substantiierten Behauptungen fehlt, kommt der Frage nach der Beweislastverteilung im Ergebnis keine Bedeutung zu.

#### **E. 6.4.4**

Nachdem die Beschwerdeführerin somit nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen der Vorinstanz nicht hinreichend substantiiert behauptete, die Beschwerdegegnerin habe ihren Produktionsprozess - aus dem sich die Unbrauchbarkeit des Walzdrahtes ergebe - gekannt oder kennen müssen, kann die Beschwerdeführerin aus den weiteren von ihr angeführten Anhaltspunkten, namentlich den nachträglichen Bemühungen der Beschwerdegegnerin betreffend das Untersuchen und Aussortieren des Walzdrahtes nichts ableiten.

#### **E. 6.5**

Die Vorinstanz prüfte schliesslich, ob der Beschwerdeführerin eine Prüfung und Aussortierung des Walzdrahtes zumutbar gewesen wäre, nachdem die Beschwerdeführerin dies bestritten hatte. Sie erachtete eine solche Prüfung und Aussortierung als zumutbar. Der fragliche Walzdraht sei aus 137 Schmelznummern hergestellt worden. Die Prüfung hätte somit noch 107 Schmelznummern betroffen, nachdem deren 30 schon im S. \_\_\_\_\_-Bericht geprüft worden waren, was in wenigen Tagen möglich gewesen sei. Wäre denn, wie von der Beschwerdeführerin behauptet, von der Mindestzugfestigkeit von 400 MPA als entscheidendes Kriterium für den Verwendungszweck des Walzdrahtes auszugehen, wäre der Beschwerdeführerin die Aussortierung zumutbar gewesen und die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung der mangelnden Mindestzugfestigkeit auch in dieser Hinsicht zu verneinen.

#### **E. 6.5.1**

Die Beschwerdeführerin hält dem unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung (Staudinger/Magnus, a.a.O., N. 18 zu Art. 51 CISG ; Cour d'appel de Paris, Urteil vom 4. Juni 2004 Nr. 2002/18702, cisp-online Nr. 872) entgegen, es sei eine wesentliche Vertragsverletzung anzunehmen, wenn bei Massenwaren ein hoher Prozentsatz der Stichproben Mängel aufweise, weil dem Käufer ein Nachprüfen und Aussortieren der mangelhaften Stücke nicht zumutbar sei. Vorliegend seien über 80 % der Stichproben mangelhaft gewesen. Dass ein Aussortieren unzumutbar gewesen sei, zeige allein schon die Tatsache, dass auch die Beschwerdegegnerin erfolglos versucht habe, den Walzdraht auszusortieren. Der Aufwand wäre sodann unzumutbar gewesen.

#### **E. 6.5.2**

Die Beschwerdeführerin stützt sich auf Art. 51 Abs. 2 CISG . Damit verkennt sie Sinn und Zweck dieser Bestimmung. Bei dieser geht es um die Frage, inwiefern eine bloss teilweise vertragswidrige Erfüllung den Vertrag als Ganzes berührt. Art. 51 Abs. 1 CISG beschränkt die Rechte des Käufers bei teilweiser Nicht- oder Schlechterfüllung auf den fehlenden oder vertragswidrigen Teil. Der Abs. 2 dieser Bestimmung erlaubt in Abweichung davon die Aufhebung des ganzen Vertrages, wenn die nicht vertragsgemässe Lieferung eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt im Hinblick auf den Vertrag als Ganzes. Für die Wesentlichkeit gilt wiederum Art. 25 CISG (Staudinger/Magnus, a.a.O., N. 18 zu Art. 51 CISG ; Müller-Chen, a.a.O., N. 9 zu Art. 51 CISG ; Peter Huber, in: Münchener Kommentar, a.a.O., N. 18 zu Art. 51 CISG ). Daher setzt eine Auflösung des ganzen Vertrages bei gleichartigen (grundsätzlich teilbaren) Sachen voraus, dass diese sich praktisch überhaupt nicht unterscheiden bzw. nicht - oder nur mit grossem Aufwand - aussortieren lassen (Müller-Chen, a.a.O., N. 11 zu Art. 51 CISG ; vgl. zur insoweit vergleichbaren Frage des Aussortierens fehlerhafter Ware im Hinblick auf Art. 209 OR : Urteil des Bundesgerichts 4C.152/2003 vom 29. August 2003 E. 2.2 mit Hinweisen). Die Beschwerdeführerin könnte sich somit nur dann auf Art. 51 Abs. 2 CISG stützen, wenn davon ausgegangen werden könnte, die vertragswidrige Teillieferung - vorliegend die rund 80 % Walzdraht mit einer Mindestzugfestigkeit unter MPA 400 - erfülle für sich die Voraussetzungen der Wesentlichkeit gemäss Art. 25 CISG (was wie dargelegt nicht der Fall ist) oder wenn die sinnvolle Weiterverwendung der mangelhaften und der mangelfreien Ware für die Beschwerdegegnerin erkennbar eine Aussortierung bedingt. Dass die Beschwerdeführerin letzteres substantiiert behauptet hätte, zeigt sie nicht rechtsgenügend auf (die behauptete, sich aus ihrem Produktionsprozess ergebende Unbrauchbarkeit des Walzdrahtes mit einer Mindestzugfestigkeit unter MPA 400 genügt dazu mangels Erkennbarkeit für die Beschwerdegegnerin nicht).

Aber selbst wenn man mit Blick auf die unbestrittene Tatsache, dass zumindest vereinzelte Nutzungen von Stahl eine Mindestzugfestigkeit bedingen, annimmt, für eine sinnvolle Weiterverarbeitung sei die Sortierung nach der Zugfestigkeit zwingend nötig und dies sei für die Beschwerdegegnerin erkennbar gewesen, würde dies der Beschwerdeführerin nichts nützen. Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, das Aussortieren wäre möglich und der Beschwerdeführerin zumutbar gewesen. Die Beschwerdeführerin stellt dies in Abrede. Der Aufwand, der für eine Aussortierung notwendig wäre, betrifft aber die tatsächlichen Verhältnisse. Soweit die Beschwerdeführerin den notwendigen Aufwand darstellt und behauptet, es sei ohne weiteres davon auszugehen, dass ein Aussortieren erheblich länger gedauert hätte als das Ausladen (das acht Tage gedauert habe), sowie auf die hohen Personalkosten verweist, betrifft dies die tatsächlichen Grundlagen, aufgrund derer die Vorinstanz die Frage der Zumutbarkeit beurteilte. Den Begründungsanforderungen an eine Rüge der tatsächlichen Feststellungen genügen diese Ausführungen aber nicht. Darauf ist nicht einzutreten. Die Vorinstanz hat in tatsächlicher Hinsicht keinen Sortierungsaufwand festgestellt, der ihren Schluss auf die Zumutbarkeit als Rechtsverletzung erscheinen liesse.

#### **E. 6.6**

Der angefochtene Entscheid ist somit auch insofern zu bestätigen, als er die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung betreffend die fehlende Mindestzugfestigkeit des Walzdrahtes 6,5 mm und 8 mm verneint.

#### **E. 7**

Die Beschwerdeführerin stützt ihr Vertragsaufhebungsrecht weiter auf sog. Konfektionierungsmängel. Diesbezüglich hatte sie vorinstanzlich geltend gemacht, es hätten schwerwiegende Deformationen und Konfektionierungsmängel des Walzdrahtes vorgelegen. Viele Spulen seien beschädigt gewesen und hätten nicht weiterverarbeitet werden können. Die Vorinstanz prüfte, ob solche Mängel überhaupt als Verletzung der Kaufverträge zu qualifizieren seien, wobei sie diese - da kein übereinstimmender Wille festzustellen sei - gemäss Art. 8 Abs. 2 CISG objektiv auslegte. Sie kam zum Schluss, aufgrund der gemäss den Kaufverträgen erlaubten Vermerke auf den Konnossementen ("some bands broken or loose, atmospherically rusty" or similar wording acceptable) bedeute die Lieferung von Walzdraht "mit entsprechenden Beeinträchtigungen" keine Vertragsverletzung. Die entsprechenden Beeinträchtigungen - nämlich gebrochene bzw. lose Bänder oder daraus folgende Beeinträchtigungen der Spulen - bezeichnete sie als "Konfektionierungsmängel im engeren Sinn". Darüber hinaus gehende Mängel (Verdrehungen, Verstrickungen, Verbiegungen und Quetschungen des Stahls) bezeichnete sie als "Konfektionierungsmängel im weiteren Sinn". Sollte die Beschwerdeführerin solche Konfektionierungsmängel im weiteren Sinn geltend machen wollen, so die Vorinstanz weiter, sei diesbezüglich und auch bezüglich der Konfektionierungsmängel im engeren Sinn eine rechtsgenüßliche Rüge zu verneinen. Entsprechend sei die Beschwerdeführerin nicht berechtigt gewesen, sich zur Vertragsaufhebung nach Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG auf die von ihr unter dem Titel Konfektionierungsmängel geltend gemachten Mängel zu berufen. Es könne "an dieser Stelle" daher offen bleiben, ob überhaupt über die Konfektionierungsmängel im engeren Sinn hinausgehende weitere Konfektionierungsmängel vorgelegen hätten. Und es könne auch offen bleiben, ob die von der Beschwerdeführerin unter diesem Titel geltend gemachten Mängel eine wesentliche Vertragsverletzung im Sinn von Art. 25 CISG dargestellt hätten.

### **E. 7.1**

Die Beschwerdeführerin bestreitet die von der Vorinstanz vorgenommene Unterscheidung zwischen Konfektionierungsmängeln im engeren und im weiteren Sinn. Bereits die Lockerung eines Stahlbandes könne zur Verformung oder Öffnung der Walzdrahtspulen führen. Genau dies führe dazu, dass sich der Walzdraht verdrehe, verbiege, gequetscht werde und breche. Alle geltend gemachten Mängel der Spulen bzw. des Drahts seien Konfektionierungsmängel im engeren Sinne. Alle Konfektionierungsmängel verletzen sodann die Kaufverträge. Die vorinstanzliche Auslegung verkenne, dass der Vorbehalt - "some bands broken or loose, atmospherically rusty" or similar acceptable - nur bezwecke, dass die Konnossemente trotz gebrochener oder loser Bänder angenommen werden müssten. Es gehe nur darum, dass der Zahlungsmechanismus mittels des Konnossements wegen solcher Mängel nicht blockiert werde; eine Vereinbarung über auf dem Konnossement zulässige Vermerke sei daher aufgrund ihres Zwecks keine Vereinbarung über die vertraglichen Anforderungen an die Ware. Entsprechend sei auch unter dem Titel "specification", wo die Verträge die Anforderungen an die Ware selber definierten, nicht erwähnt, dass Stahl mit gebrochenen und losen Bändern akzeptiert werde.

#### **E. 7.1.1**

Es ist zuerst zu prüfen, welche Mängel vom Vorbehalt "some bands broken or loose" erfasst werden. Diesbezüglich rügt die Beschwerdeführerin zu Recht die von der Vorinstanz vorgenommene Unterscheidung zwischen Konfektionierungsmängeln im engeren und solchen im weiteren Sinn. Unbestritten ist nach den vorinstanzlichen Feststellungen, dass

die Formulierung "bands" die vier Stahlbänder betraf, welche die im übrigen nicht verpackten Walzdrahtspulen ("bare coils") für den Transport zusammenhalten. Unbestritten ist auch, dass die Beeinträchtigung dieser Bänder zur Verformung oder Öffnung der Walzdrahtspulen führen kann. Die Vorinstanz nahm mit ihrer Unterscheidung an, die Formulierung "some bands broken or loose" erfasse nicht nur lose und gebrochene Stahlbänder, sondern auch "daraus resultierende Beeinträchtigungen der Walzdrahtspulen". Sie legte indessen nicht positiv dar, was sie genau unter "daraus resultierende Beeinträchtigungen der Walzdrahtspulen" verstand, sondern schied nur negativ aus, dass die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Verdrehungen, Verstrickungen, Verbiegungen und Quetschungen des Drahts als weitere Mängel nicht darunter fielen. Eine Unterscheidung zwischen Mängeln der Walzdrahtspulen im engeren Sinn und solchen im weiteren Sinn ist nicht nachvollziehbar. Vielmehr ist entscheidend, ob der Vorbehalt nur die Bänder erfasste oder auch

irgendwelche Beeinträchtigungen der Drahtspulen selber und damit des Drahts als Folge davon. Nach dem Wortlaut sind klar nur die Bänder selber erfasst. Es ist somit davon auszugehen, dass der Vorbehalt "some bands broken or loose" nur die Stahlbänder betraf, welche die Spulen zusammenhalten, jedoch nicht Mängel am Draht selber bzw. den Drahtspulen.

Ist dem so, entfällt auch das Argument der Beschwerdeführerin, dass nämlich unter dem Titel "Specifications" Walzdrahtspulen mit gebrochenen und losen Bändern nicht erwähnt würden, was systematisch gegen die Vertragsauslegung der Vorinstanz spreche. Denn unter "Specifications" werden nur die Eigenschaften der Ware selber umschrieben, nicht aber die Anforderungen an deren "Verpackung" bzw. Konfektionierung. Es bestand also keine Veranlassung, dort etwas zu erwähnen. Im Übrigen trifft zwar zu, wie die Beschwerdeführerin ausführlich geltend macht, dass der zulässige Vorbehalt auf dem Konnossement aufgrund des Akkreditiv-Mechanismus vorerst nur bedeutet, dass die Bank - und damit indirekt die Käuferin - zahlen muss, obwohl einige Stahlbänder gebrochen oder lose sind. Angesichts dessen, dass sich der Vorbehalt nur auf die Stahlbänder und nicht auf die Ware selber bezieht und aufgrund dessen nur von untergeordneter Bedeutung war, durfte jedoch eine vernünftige Person in der gleichen Stellung wie die Beschwerdegegnerin annehmen, dass damit nicht nur der Zahlungsmechanismus nicht blockiert werden sollte, sondern dass gebrochene oder lockere Stahlbänder insgesamt keine Vertragswidrigkeiten darstellen.

#### **E. 7.1.2**

Und selbst wenn man wie die Beschwerdeführerin mit Blick auf die Reparaturversuche (vgl. Sachverhalt A.m) der Beschwerdegegnerin annehmen wollte, die losen und gebrochenen Bänder stellten einen Mangel dar und es gehe nur darum, dass der Zahlungsmechanismus mittels des Konnossements wegen solcher Mängel nicht blockiert werde, würde dies der Beschwerdeführerin mit Blick auf eine Auflösung des Vertrages nichts nützen. Den Zahlungsmechanismus aufrechtzuerhalten erscheint nämlich nur sinnvoll, wenn der Vertrag grundsätzlich bestehen bleiben soll. Daher musste die Beschwerdegegnerin jedenfalls nicht davon ausgehen, entsprechende Mängel seien wesentlich. Für eine Vertragsauflösung liesse sich allein aus gebrochenen oder lockeren Stahlbändern nichts ableiten, auch wenn diese einen Mangel darstellen sollten.

#### **E. 7.2**

Umstritten ist sodann, ob rechtzeitige und rechtskonforme Mängelrügen erhoben wurden ( Art. 38 und 39 CISG ) bzw. ob sich die Beschwerdegegnerin allenfalls gestützt auf Art. 40 CISG nicht auf Art. 38 und 39 CISG berufen kann.

### **E. 7.2.1**

Damit die Beschwerdeführerin aus den von ihr behaupteten Mängeln etwas ableiten könnte, wäre nach dem oben Ausgeführten erforderlich, dass die Beschwerdeführerin genügend deutlich nicht nur gebrochene oder lose Bänder rügte, sondern Mängel an der Ware selbst.

#### **E. 7.2.1.1**

Zu Recht stellte die Vorinstanz fest, die Behauptungen der Beschwerdeführerin hinsichtlich einer telefonischen Rüge anfangs September 2008 seien unsubstanziert. Die Beschwerdeführerin hätte angeben müssen, welche ihr zuzurechnende Person welcher für die Beschwerdegegnerin handelnde Person die Mängel angezeigt habe. Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, ist unbehelflich. Sie behauptet nicht, eine konkrete Person auf Seiten der Beschwerdegegnerin angegeben zu haben, was der Vorinstanz verunmöglichte, die betreffenden Personen auf Seiten beider Parteien als Zeugen zu befragen. Entsprechend stossen auch die Vorbringen der Beschwerdeführerin zum E-Mail vom 15. September 2008 ins Leere, da sie der vorinstanzlichen Würdigung, die Formulierung "fehlende vertragliche Eigenschaften" sei offensichtlich zu wenig substantiiert, mit dem Argument begegnet, eine spezifischere Rüge sei angesichts der bereits erfolgten telefonischen Rüge nicht erforderlich gewesen. Auch das Argument, der Verkäufer könne sich nicht auf eine mangelnde Substanziierung der Rügen berufen, wenn er es trotz Zumutbarkeit unterlasse, Rückfragen zu stellen (Schwenzer, in: Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht - CISG, Schlechtriem/Schwenzer [Hrsg.], a.a.O., N. 7 zu Art. 39 CISG ), geht ins Leere. Die Beschwerdeführerin macht selbst unter Hinweis auf die Feststellungen im angefochtenen Entscheid geltend, sie habe der Beschwerdegegnerin mitgeteilt, sie werde die Ware wegen der bekannten Mängel nicht annehmen. Damit ist das E-Mail insoweit nicht unklar, sondern es bezieht sich auf die bekannten, bereits gerügten Mängel. Insoweit bestand kein Anlass zur Nachfrage, sondern ist entscheidend, welche Mängel die Beschwerdeführerin bereits gerügt hatte.

#### **E. 7.2.1.2**

Die Vorinstanz stellte fest, anlässlich des Treffens vom 19. September 2008 habe die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen unter Übergabe des Berichts S. \_\_\_\_\_ vom 8. September 2008 Konfektionierungsmängel im engeren Sinn gerügt. Dass sie bei dieser Gelegenheit auch auf die von ihr behaupteten Verdrehungen, Quetschungen, Risse, Brüche, Verstrickungen und Verbiegungen explizit hingewiesen und diese moniert habe, mache die Beschwerdeführerin aber nicht - zumindest nicht substantiiert - geltend. Die Übergabe des S. \_\_\_\_\_-Berichts allein reiche jedenfalls nicht aus, da dieser solche - über die Konfektionierungsmängel im engeren Sinn - hinausgehenden Beeinträchtigungen nicht explizit erwähne, sondern lediglich auf ein Bild von 26 neu-konfektionierten Spulen sowie - mit der Anmerkung, es seien einige Bündel mit Konfektionierungsmängeln vorgefunden worden - auf zwei Fotografien mit Walzdrahtspulen verweise. Wenngleich auf den betreffenden Fotografien nicht intakte Walzdrahtspulen abgebildet seien, habe die Beschwerdegegnerin nicht erkennen müssen, dass die Beschwerdeführerin damit auch Mängel der Spulen, die über allfällige durch gebrochene Stahlbänder hervorgerufene Beeinträchtigungen hinausgingen, rügen wollte.

Die Vorinstanz stellt zu Recht fest, dass auf den Fotografien nicht intakte Walzdrahtspulen abgebildet sind. Konkret sind verbogene Drähte ersichtlich. Die Frage ist somit nicht eine solche nach der richtigen Beweiswürdigung, sondern nach der rechtlichen Beurteilung der mit der Übergabe des S. \_\_\_\_\_-Berichts erfolgten Mängelrüge. Der Wille, damit eine Mängelrüge erheben zu wollen, ist unbestritten. Die Beschwerdeführerin bestreitet auch im Beschwerdeverfahren nicht, dass sie anlässlich der Besprechung vom 19. September 2008 - wie von der Vorinstanz festgehalten - nicht explizit auf die Verdrehungen, Quetschungen, Risse, Brüche, Verstrickungen und Verbiegungen hingewiesen hat. Es geht somit darum, wie der von der Beschwerdeführerin als Mängelrüge übergebene Bericht S. \_\_\_\_\_ (S. 3) von der Beschwerdegegnerin verstanden werden musste, ob als Rüge lediglich hinsichtlich der losen oder gebrochenen Stahlbänder, oder auch als Rüge von zumindest Verdrehungen und Verbiegungen des Drahts. Massgeblich ist die Unterscheidung, welche die Beschwerdeführerin auf dieser Seite des S. \_\_\_\_\_-Berichts selber vornimmt. Das obere Bild ist überschrieben: "Per quanto riguarda il confezionamento, di seguito si riporta immagine dei 26 rotoli riconfezionati indicati nella packing list " (Soweit die Konfektionierung betroffen ist, wird nachfolgend ein Foto der 26 neu konfektionierten Spulen gezeigt, wie in der packing list vermerkt). Der Titel über den zwei unteren Bildern lautet: "Sono stati inoltre riscontrati alcuni fasci con difetti di confezionamento come risulta dalle seguenti foto " (Es sind darüber hinaus einige Spulen mit Konfektionierungsmängeln festgestellt worden, wie aus den folgenden Fotos ersichtlich). Nach der übereinstimmenden Darstellung der Parteien hat die Beschwerdegegnerin nach der Entladung des Stahls Reparaturarbeiten an den losen und gebrochenen Bändern vorgenommen. Bei den 26 neu-konfektionierten Spulen auf dem oberen Bild handelt es sich nach der eigenen Darstellung der Beschwerdeführerin um jene Spulen, an denen die Beschwerdegegnerin die erwähnten Reparaturarbeiten an den Bändern vorgenommen hat. Von Bedeutung ist nun, dass sowohl die 26 neu-konfektionierten Spulen auf dem oberen Bild wie jene auf dem unteren Bild links Verdrehungen und Verbiegungen des Drahts aufweisen, worauf die Beschwerdeführerin selber hinweist. Gleichzeitig ist aber nur im Titel über den unteren Bildern von Konfektionierungsmängeln die Rede. Das lässt eher darauf schliessen, dass mit Konfektionierungsmängeln lediglich die gebrochenen und losen Bänder gemeint waren (die ja auf dem oberen Bild anders als auf dem unteren behoben waren) und nicht die Verdrehungen und Verbiegungen des Drahts, die gleichermassen das obere und das untere Bild betrafen. Dafür spricht auch die Bezeichnung als Konfektionierungsmangel, denn Konfektionierung meint allgemein die Verpackung bzw. die Verpackungsart und nicht die Ware selber. Auch wenn es zutrifft, dass die Anforderungen an die Spezifizierung der Vertragswidrigkeit nicht überspannt werden dürfen (Schwenzer, in: Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht - CISG, Schlechtriem/Schwenzer [Hrsg.], a.a.O., N. 6 zu Art. 39 CISG ), muss doch die Natur bzw. die Wesensart der Vertragswidrigkeit (genau) angegeben werden ( BGE 130 III 258 E. 4.3 S. 262). Dies war aufgrund der Fotos und den entsprechenden Titeln dazu nicht der Fall. Es lag damit in qualitativer Hinsicht keine genügende Rüge vor. Die Frage, ob die Rüge ausreichende quantitative Angaben enthielt, muss daher nicht geprüft werden.

### **E. 7.2.2**

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, eine Rüge sei gar nicht notwendig gewesen.

#### **E. 7.2.2.1**

Sie ist der Auffassung, der Walzdraht sei gar nie geliefert worden, da sie ohne die Original-Konnossemente keinen Zugang zum Walzdraht gehabt habe. Daher hätten die Untersuchungs- und Rügefristen ( Art. 38 und 39 CISG ) nie zu laufen begonnen, da diese die Lieferung bzw. die Zurverfügungstellung der Ware voraussetzen. Nach den Feststellungen der Vorinstanz erklärte sich die Beschwerdegegnerin am 5. September 2008 mit der von der Beschwerdeführerin beantragten Probeentnahme einverstanden und Resultat dieser Untersuchung war der Bericht S.\_\_\_\_\_ vom 8. September 2008, gestützt auf den die Beschwerdeführerin nach ihrer eigenen Darstellung tatsächlich gerügt hat. Der Einwand ist daher nicht nachvollziehbar.

#### **E. 7.2.2.2**

Unbehelflich ist auch das Vorbringen, eine Mängelanzeige sei nicht notwendig, wenn der Verkäufer dem Käufer den Mangel anzeige, da es ja gerade darum gehe, den Verkäufer auf den Mangel aufmerksam zu machen. Vorliegend habe aber nach den Feststellungen der Vorinstanz die Beschwerdegegnerin selber die Beschwerdeführerin über die Konfektionierungsmängel informiert. Damit bezieht sich die Beschwerdeführerin auf die bereits erwähnte (vgl. E. 7.2.1.2 hiervor) Reparatur der gebrochenen und losen Bänder und die Anzeige derselben durch die Beschwerdegegnerin. Die Anzeige betraf somit auch nur diese. Es ist nicht ersichtlich, dass die Beschwerdegegnerin auch die nun von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Verdrehungen, Verbiegungen etc. des Drahts angezeigt hätte.

#### **E. 7.2.2.3**

Gemäss Art. 40 CISG kann sich der Verkäufer nicht auf die Art. 38 und 39 CISG berufen, wenn die Vertragswidrigkeit auf Tatsachen beruht, die er kannte bzw. die er kennen musste und die er dem Käufer nicht offenbart hat. Die Beschwerdeführerin macht geltend, aufgrund der von der Beschwerdegegnerin durchgeführten Reparatur der Bänder und der Aussortierung der verschiedenen Schmelznummern hätten ihr auch die strittigen Mängel an den Spulen bzw. am Walzdraht selber auffallen müssen. Das E-Mail vom 3. September 2008 habe aber nur Reparaturen an den Spulen, nicht am Walzdraht an sich betroffen und daher seien diese Mängel trotz Kennen-Müssen nicht offenbart worden.

Art. 40 CISG entlastet den Käufer von seiner Untersuchungs- und Rügepflicht, wenn der Verkäufer den Warenmangel kannte oder kennen musste. Es wäre unbillig und überflüssiger Formalismus, vom Käufer zu verlangen, den Verkäufer über solche Mängel zu unterrichten, die diesem schon bekannt sind oder sein müssen. Die Formulierung "nicht in Unkenntnis sein konnte " meint Fälle, in denen der Verkäufer erhebliche und offensichtliche Mängel nicht entdeckt hat, die auch bei oberflächlicher Sorgfalt auffallen mussten. Anwendungsfälle sind krasse Falschlieferungen (aliud) oder grobe Abweichungen von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit. Als Beispiele aus der Rechtsprechung werden genannt: mit Dioxin belasteter Ton zur Separierung von Kartoffeln, ionisierende Bestrahlung von Paprika-Pulver, Mozzarella-Käse mit Maden, ungeeignete Europa-Version für US-Elektrogeräte (vgl. die Beispiele bei: Matthias Rey, in: UN-Kaufrecht - CISG, Brunner [Hrsg.], a.a.O., N. 2 zu Art. 40 CISG ). Die hier zur Diskussion stehenden Mängel sind nicht derart augenfällig. Die Beschwerdeführerin kann sich nicht auf Art. 40 CISG berufen, ohne dass noch geprüft werden muss, ob eine Offenbarung i.S.v. Art. 40 letzter Teilsatz CISG vorlag.

#### **E. 8**

Strittig ist weiter, ob die Beschwerdegegnerin vertraglich verpflichtet war, den Walzdraht bis spätestens am 16. Juni 2008 zu verschiffen und ob diesfalls die unbestrittenermassen erst am 10. Juli 2008 erfolgte Verschiffung eine wesentliche Vertragsverletzung im Sinn von Art. 25 CISG darstellt. Unbestritten ist, dass eine Fristüberschreitung eine wesentliche Vertragsverletzung ist, falls ein eigentliches Fixgeschäft vereinbart wurde.

### **E. 8.1**

Die Vorinstanz liess offen, ob überhaupt eine Vertragsverletzung vorliege. Jedenfalls wäre eine solche nicht wesentlich im Sinn von Art. 25 CISG. Sie begründete dies einerseits damit, dass nach den eigenen Vorbringen der Beschwerdeführerin trotz der Formulierung "latest" im Vertrag und dem Hinweis auf die Incoterms (2000) -Klausel CIF der Liefertermin nicht die Bedeutung eines Fixtermins hatte. Eine solche Bedeutung habe es, wenn der Käufer lieber überhaupt keine Lieferung als eine verspätete wolle, was für den Verkäufer erkennbar gewesen sein müsse. Die Beschwerdeführerin bringe in Bezug auf die Verspätung aber lediglich vor, dass ihr daraus wegen Maschinenstillstand ein Schaden entstanden sei. Sie behaupte nicht, dass sie deswegen den Walzdraht nicht mehr gewollt hätte oder diesen nicht mehr hätte verarbeiten können. Vielmehr führe sie aus, sie habe die Verzögerung in Kauf genommen in der Hoffnung, dass die Ware ankomme bevor der eigene Vorrat aufgebraucht sei. Somit würde selbst der behauptete (tatsächliche) Wille der Beschwerdeführerin im Sinn von Art. 8 Abs. 1 CISG die Anforderungen an die Wesentlichkeit nicht erfüllen.

In einer weiteren Begründung weist die Vorinstanz darauf hin, dass die Beschwerdeführerin am 18. Juni 2008 bzw. 7. Juli 2008 mit Änderungen der Akkreditive einverstanden war, mit denen der späteste Verschiffungszeitpunkt zunächst auf den 5. Juli 2008 und hernach auf den 11. Juli 2008 verschoben und die Verfalldaten der Akkreditive auf den 21. Juli 2008 und dann auf den 1. August 2008 verlängert worden seien. Dafür hätte kein Anlass bestanden, wenn sie an der Ware nach Ablauf des in den Kaufverträgen vereinbarten Verschiffungstermins kein Interesse mehr gehabt hätte. Schliesslich sei ihr Verhalten ein "venire contra factum proprium" und damit rechtsmissbräuchlich. Und hätte die Verschiffung nach dem 15. Juni 2008 tatsächlich zu einem Produktionsunterbruch geführt, so wäre ein solcher über einen Schadenersatzanspruch auszugleichen und nicht über die Vertragsaufhebung.

In Bezug auf die erste Begründung bestreitet die Beschwerdeführerin den von der Vorinstanz festgestellten tatsächlichen Willen nicht. Sie macht nur geltend, der Termin sei für sie angesichts des möglichen Produktionsstillstands von "grosser Wichtigkeit" gewesen. Auch im Beschwerdeverfahren behauptet sie somit nicht, wegen der Verspätung habe sie den Draht nicht mehr gewollt. Sie scheint aber davon auszugehen, Wesentlichkeit im Sinn von Art. 25 CISG sei auch gegeben, wenn eine verspätete Lieferung zu Schaden führen kann. Es ist fraglich, ob dies eine genügende Rüge ist. Jedenfalls ist die Rechtsauffassung der Vorinstanz nicht zu beanstanden: nur wenn der Käufer bei Nichteinhaltung lieber keine Lieferung als eine verspätete will, ist der Lieferzeitpunkt wesentlich im Sinn von Art. 25 CISG. Es muss klar sein, dass der Vertrag mit der pünktlichen Lieferung stehen und fallen soll (Gsell, a.a.O., N. 31 zu Art. 25 CISG). Die Vorinstanz hat somit auch unter dem Gesichtspunkt der nicht rechtzeitigen Verschiffung rechtsfehlerfrei ein Vertragsaufhebungsrecht der Beschwerdeführerin verneint, ohne dass auf ihre übrigen Begründungen noch einzugehen ist.

## **E. 9**

Die Vorinstanz kam im ersten Urteil vom 3. April 2013 zum Schluss, dass sich die Beschwerdegegnerin mit der Vertragsänderung im Juli/August 2008 verpflichtete, im Hafen von X. \_\_\_\_\_ den Walzdraht 8 mm mit einer Zugfestigkeit von mindestens 400 MPA aus dem mit dem gleichen Schiff für andere Käufer verschifften Walzdraht auszusortieren. Diese Pflicht habe sie verletzt und zudem auch den vertragskonformen Walzdraht 6,5 mm bis zuletzt nicht aussortiert. Dass diese Pflichtverletzung für sich allein als wesentlich zu qualifizieren wäre, hat die Vorinstanz im ersten Urteil nicht festgestellt (vgl. Rückweisungsentscheid E. 1.2.2).

### **E. 9.1**

Die Beschwerdeführerin rügt, nach der Rückweisung hätte die Vorinstanz alle geltend gemachten Vertragsverletzungen auf ihre Wesentlichkeit hin prüfen müssen, was sie in Bezug auf die Aussortierung nicht getan habe. Damit habe sie nicht nur den Rückweisungsentscheid missachtet, sondern auch Art. 35 und 25 CISG verletzt. In ihrer Beschwerdeschrift vom 10. Mai 2013 im ersten Beschwerdeverfahren (4A\_264/2013) habe die Beschwerdegegnerin zugestanden, dass sie die gesamte nach der Vertragsänderung geschuldete Menge Walzdraht mit einer Mindestzugfestigkeit von 400 MPA hätte zur Verfügung stellen können, wenn sie den entsprechenden Walzdraht aussortiert hätte. Sie habe diese Lieferpflicht in eklatanter Weise verletzt und damit ein unredliches Verhalten gezeigt. Auch diese Vertragsverletzung sei spätestens anlässlich der Besprechung vom 19. September 2008 gerügt worden, an der die fehlende Mindestzugfestigkeit gerügt wurde, denn "die Rüge der fehlenden Mindestzugfestigkeit umfasst notwendigerweise die Rüge der Nicht-Sortierung".

### **E. 9.2**

Der Hinweis auf die Ausführungen der Beschwerdegegnerin im Verfahren 4A\_264/2013 ist unbehelflich, zumal die Beschwerdegegnerin dort kein Zugeständnis gemacht hat, wie es die Beschwerdeführerin nun behauptet. Es wäre auch ökonomisch nicht nachvollziehbar, weshalb die Beschwerdegegnerin treuwidrig, d.h. vorsätzlich, das Aussortieren hätte unterlassen sollen, wenn sie damit den Vertrag korrekt hätte erfüllen können. Der Vorwurf eines unredlichen Verhaltens steht auch im Widerspruch zum eigenen Vorbringen der Beschwerdeführerin unter dem Titel "Eine Prüfung und Aussortierung war für die Beschwerdeführerin unzumutbar", wo sie ausführte, die Beschwerdegegnerin habe versucht, den Draht auszusortieren, es sei ihr aber nicht gelungen.

Vor allem aber übergeht die Beschwerdeführerin, dass sich die Wesentlichkeit gemäss Art. 25 CISG nach dem Erfolg bzw. den

Folgen der Vertragsverletzung für die Käuferin bestimmt und nicht danach, ob das Tun oder Unterlassen der vertragsbrüchigen Partei als besonders schwerwiegend anzusehen ist. Es geht nicht um den Handlungs-, sondern um den Erfolgsunwert der Pflichtverletzung (Gruber, a.a.O., N. 13 zu Art. 25 CISG ; vgl. auch Leisinger, a.a.O., N. 5 zu Art. 25 CISG bei Fn. 786). Massgeblich ist deshalb, ob die Beschwerdeführerin nicht jene Ware erhält, auf die sie gemäss Vertrag Anspruch hat, und nicht weshalb dies nicht der Fall ist. Davon geht die Beschwerdeführerin selber aus, wenn sie ausführt, die Rüge der fehlenden Mindestzugfähigkeit umfasse notwendigerweise die Rüge der Nicht-Sortierung. Die Vorinstanz hat daher kein Bundesrecht verletzt, wenn sie die fehlende Aussortierung nicht noch explizit als selbstständige Vertragsverletzung abgehandelt hat.

## **E. 10**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, zumindest gestützt auf die Kombination der verschiedenen Vertragsverletzungen liege Wesentlichkeit vor. Durch die zahlreichen Vertragsverletzungen und das Verhalten der Beschwerdegegnerin, namentlich dass das wahre Ausmass der Vertragsverletzungen der Beschwerdeführerin erst im Gerichtsverfahren in Gorizia mitgeteilt wurde, habe die Beschwerdegegnerin auch die Vertrauensgrundlage zwischen den Parteien zerstört, was ebenfalls eine Vertragsaufhebung rechtfertige. Die Vorinstanz habe diesen Aspekt in Verletzung von Art. 25 CISG überhaupt nicht geprüft.

### **E. 10.1**

Es trifft zu, dass auch mehrere für sich allein nicht wesentliche Vertragsverletzungen gesamthaft (kumulativ) die Schwelle der Wesentlichkeit erreichen können ( SCHROETER, a.a.O., N. 20 zu Art. 25 CISG ; LEISINGER, a.a.O., N. 7 zu Art. 25 CISG ). Mehrere Vertragsverletzungen begründen indes nicht automatisch eine wesentliche Vertragsverletzung, machen diese aber wahrscheinlicher ( BJÖRKLUND, a.a.O., N. 11 zu Art. 25 CISG ; LEISINGER, a.a.O., N. 7 zu Art. 25 CISG ). Auch ein Verzug mit der Erfüllung vertraglicher Leistungen von längerer Dauer oder in Kombination mit andern Vertragsverletzungen kann in eine wesentliche Vertragsverletzung umschlagen ( MÜLLER-CHEN,, a.a.O., N. 5 zu Art. 49 CISG ). Jedoch können mehrere für sich nicht wesentliche Vertragsverletzungen nicht einfach gleichsam addiert werden. Vielmehr ist erforderlich, dass durch die Kombination der verschiedenen Vertragswidrigkeiten der Käuferin im Wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen und dies eine vernünftige Person in gleicher Stellung wie die Beschwerdegegnerin hätte voraussehen müssen.

### **E. 10.2**

Entgegen der Beschwerdegegnerin handelt es sich bei der Berufung auf die Bedeutung der Vertragsverletzung in ihrem Gesamtzusammenhang nicht um ein unzulässiges Novum im Sinn von Art. 99 Abs. 1 BGG . Dabei geht es nicht um eine neue Tatsache, sondern um die rechtliche Würdigung.

Jedoch ist auf die Rüge aus einem andern Grund nicht einzutreten. Die Beschwerdeführerin leitet die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung aus der Kombination der von ihr geltend gemachten Vertragsverletzungen ab, die sie auflistet. Die Vorinstanz ist der Beschwerdeführerin in Bezug auf die Wesentlichkeit der einzelnen Verletzungen in vielen Punkten aber nicht gefolgt, was vor Bundesgericht erfolglos beanstandet wurde. Damit stellt sich nicht die Frage, ob aufgrund der Behauptungen der Beschwerdeführerin die geltend gemachten Verletzungen in ihrer Gesamtheit eine wesentliche Vertragsverletzung darstellen, sondern ob die von der Vorinstanz angenommenen Mängel und Vertragsverletzungen unter den von ihr festgestellten Bedingungen (die Beschwerdeführerin war trotz der Verspätung an der Lieferung interessiert, das Aussortieren wäre möglich und nicht mit einem unzumutbaren Aufwand verbunden gewesen, für die Beschwerdegegnerin war nicht erkennbar, dass die Beschwerdeführerin den Draht von zu geringer Zugfestigkeit in ihrer Produktion allenfalls nicht verwenden konnte u.s.w.) in Kombination eine wesentliche Vertragsverletzung darstellen. Unter diesem Blickwinkel setzt sich die Beschwerdeführerin mit der Frage nicht hinreichend auseinander. Insoweit genügt die Beschwerde den Begründungsanforderungen nicht ( Art.

42 Abs. 2 BGG ).

### **E. 10.3**

Was den Verlust der Vertrauensgrundlage anbetrifft, wird an der von der Beschwerdeführerin zitierten Literaturstelle ausgeführt, die Zerstörung der Vertrauensgrundlage durch z.B. betrügerisches Verhalten könne zur Vertragsaufhebung nach Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG berechtigen ( MÜLLER-CHEN, a.a.O., N. 9 i.V.m. N. 11 zu Art. 49 CISG ). Hier wird also auf ein Verhalten Bezug genommen, welches ausserhalb der eigentlichen Nichterfüllung gemäss Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG liegt. Der Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin nicht umgehend über ihre eigenen Testergebnisse informiert hat, kommt keine mit einem betrügerischen Verhalten vergleichbare Qualität zu, zumal der Beschwerdeführerin die weitgehende Mangelhaftigkeit der Ware schon aufgrund ihrer eigenen Tests bekannt war, wenngleich nicht im gesamten Umfang. Im Wesentlichen leitet aber die Beschwerdeführerin den von ihr geltend gemachten Vertrauensverlust aus der verspäteten und mangelhaften Lieferung der Ware und der zugehörigen Dokumente ab. Ob ein solchermassen begründeter Vertrauensverlust eine Vertragsaufhebung rechtfertigen könnte, ist fraglich (vgl. zit. Urteil BGH vom 3. April 1996, E. I am Ende und E. II am Anfang; BGHZ a.a.O. S. 295). Eine Vertragsaufhebung käme aber wohl nur in Betracht, wenn künftige Leistungen zwischen den Parteien anstehen, wie beispielsweise in einem Dauerschuldverhältnis oder bei wesentlichen Nachbesserungen. Dies ist hier aber nicht der Fall ist.

### **E. 11**

Ist die Ware nicht vertragsgemäss, kann der Käufer den Preis in dem Verhältnis herabsetzen, in dem der Wert, den die tatsächlich gelieferte Ware im Zeitpunkt der Lieferung hatte, zu dem Wert steht, den vertragsgemässe Ware zu diesem Zeitpunkt gehabt hätte ( Art. 50 CISG ). Die Berechnung des geminderten Preises ist somit durch eine Verhältnisrechnung zu ermitteln, die das ursprüngliche Äquivalenzverhältnis zwischen objektivem Wert der Ware und Preis auf dem herabgesetzten Niveau aufrechterhält ( HUBER, in: Münchener Kommentar, a.a.O., N. 15 zu Art. 50 CISG ). Entsprechend hielt die Vorinstanz fest, der Minderungsanspruch berechne sich nach folgender Formel:

Vertragspreis x objektiver Wert der mangelhaften Ware (Ist-Wert )

geminderter Preis =

Objektiver Wert der mangelfreien, geschuldeten Ware (Soll-Wert)

#### **E. 11.1**

Die Vorinstanz ging allerdings davon aus, objektiv (das heisst abgesehen vom behaupteten speziellen Produktionsprozess bei der Beschwerdeführerin) sei Walzdraht mit einer Mindestzugfestigkeit unter 400 MPA für die Herstellung normkonformer Betonstahlmatten nicht minderwertig. Da der Minderungsanspruch für derartigen Walzdraht aber nur im USD 30.-- pro MT übersteigenden Betrag bestritten sei, veranschlagte die Vorinstanz für jenen Walzdraht einen Preis von USD 1'020.--. In ihrer Berechnung ging die Vorinstanz davon aus, von einer Gesamtliefermenge von 6'989.743 MT seien 80 % im Hinblick auf die Zugfähigkeit vertragswidrig gewesen, somit 5'591.7944 MT. Für diese Menge setzte sie den geminderten Preis von USD 1'020.-- ein. Daraus ergab sich ein geminderter Kaufpreis von USD 7'171'476.32 (5'591.7944 MT x USD 1'020.-- + 1'397.9486 MT x USD 1'050.--). Hiervon zog sie einen Betrag von USD 3'970'174.02 als potentiellen Erlös aus

angemessenen und rechtzeitig getätigten Deckungsverkäufen ab, was einen Anspruch der Beschwerdeführerin von USD 3'201'302.30 (USD 7'171'476.32 ./. USD 3'970'174.02) ergab.

#### **E. 11.2**

Die Vorinstanz hat entgegen der Beschwerdeführerin zu Recht keinen Minderwert aufgrund von Konfektionierungsmängeln berücksichtigt. Es wird auf die zutreffende Begründung im angefochtenen Entscheid verwiesen (vgl. Art. 109 Abs. 3 BGG). Massgeblich ist allein der Minderwert aufgrund der vertragswidrigen Zugfestigkeit des Walzdrahtes.

#### **E. 11.3**

Nicht substantiiert bestritten ist sodann die vorinstanzliche Feststellung, dass ein Anteil von 80 % vertragswidrig war und dass dies ordnungsgemäss gerügt wurde.

#### **E. 11.4**

Die Vorinstanz rechnete wie erwähnt mit einer Gesamtliefermenge von 6'989.743 MT Walzdraht, die sich zusammensetzt aus 4'989.8

63 MT Walzdraht 6,5 mm und 1'999.880 MT Walzdraht 8 mm. Die Beschwerdeführerin rügt diesbezüglich zu Recht eine Aktenwidrigkeit, die sich offensichtlich aus einem Verschrieb (4'989.8

63 statt 4'989.8

36) ergab. Die Vorinstanz stützte sich bei ihrer Feststellung, es seien 4'989.8

63 MT Walzdraht 6,5 mm geliefert worden, auf das entsprechende Konnossement vom 10. Juli 2008. Aus diesem ergibt sich aber eine Menge von 4'989.8

36 MT, die gemäss den Feststellungen der Vorinstanz dann auch in Rechnung gestellt wurde. Die Menge von 4'989.863 MT ist somit zu berichtigen und bei der Minderwertberechnung ist von einer um 0.027 MT geringeren Gesamtmenge von 6'989.716 MT auszugehen.

#### **E. 11.5**

Die Beschwerdeführerin rügt den von der Vorinstanz zugrunde gelegten geminderten Preis von USD 1'020.--.

##### **E. 11.5.1**

Zwar hätten die Parteien bei der Vertragsänderung im Juli/August 2008 einen Preis von USD 1'020.--, d.h. einen Abzug von USD 30.--/MT vereinbart, aber nur für die damals feststehende Menge von 592.85 MT, was lediglich 8 % der Gesamtlieferung entsprochen habe. Dieser von ihr akzeptierte geminderte Preis sei nicht objektiv bestimmt gewesen, sondern habe ihrerseits auf einer Mischrechnung beruht, da sie davon ausgegangen sei, der restliche Stahl sei vertragskonform. Das zeige sich auch darin, dass sie eine von der Klägerin anlässlich des Treffens vom 19. September 2008 offerierte Preisreduktion von USD 1,4 Mio. nicht angenommen habe. Massgeblich sei vielmehr ein Stahlschrottpreis im Zeitpunkt der Lieferung von USD 547.--/MT.

Sie rügt zudem, die Berechnungsweise der Vorinstanz verstosse gegen Art. 50 CISG. Selbst wenn mit der Vorinstanz lediglich von einem Minderwert von USD 30.--/MT ausgegangen werde, würde bei korrekter Berechnung nicht ein geminderter Kaufpreis von

USD 1'020.-- resultieren. In der Verhältnisrechnung gemäss Art. 50 CISG sei nämlich der objektive Marktwert im Lieferungszeitpunkt einzusetzen. Dieser entspreche nicht dem Verkaufspreis (USD 1'050.--). Der objektive Wert gemäss der von der Vorinstanz selber als korrekt beurteilten Marktpreiszusammenstellung sei im August 2008 USD 1'163.-- gewesen. Daraus resultiere ein geminderter Kaufpreis von USD 920.89 (USD 1'050.-- x USD 1'020.-- / USD 1'163.--).

#### **E. 11.5.2**

Mit diesen Ausführungen geht die Beschwerdeführerin nicht auf die Begründung der Vorinstanz ein. Diese nahm an, bei der Berechnung des Minderwerts gemäss Art. 50 CISG sei auf die objektiven Ist- und Soll-Werte abzustellen. Die Beschwerdeführerin mache einen Stahlschrottpreis von USD 547.--/MT geltend und veranschlage diesen Betrag als geminderten Preis. Sie begründe dies damit, dass der Walzdraht für

sie - und damit eben nicht objektiv - lediglich Schrottwert gehabt habe. Dies stimme auch mit ihren Ausführungen überein, wonach lediglich sie aufgrund ihres technisch-produktiven Produktionsprozesses zur Herstellung von Betonstahlmatten auf die Mindestzugfestigkeit von 400 MPA angewiesen und diese nicht allgemein vorausgesetzt sei. Da aber auf die objektiven Ist- und Soll-Werte abzustellen sei, sei der Walzdraht nach den eigenen Behauptungen der Beschwerdeführerin nicht objektiv minderwertig und es bestehe an sich kein Unterschied zwischen Ist- und Soll-Wert im Lieferungszeitpunkt, "weshalb der Minderungsanspruch der Beklagten grundsätzlich entfällt". Lediglich aus prozessualen Gründen, weil nämlich die Beschwerdegegnerin einen Minderungsanspruch nur bestritten hatte, soweit er USD 30.-- (USD 1'050.-- ./ USD 1'020.--) übersteigt, ging die Vorinstanz von einem geminderten Preis von USD 1'020.-- aus (vgl. E. 11.1 hiervor).

Grundlage dieser Argumentation ist, dass Stahl mit einer Zugfestigkeit unter 400 MPA nicht tel quel (objektiv) weniger wert sei bzw. dass die Beschwerdeführerin jedenfalls nichts Entsprechendes behauptet habe. Dazu äussert sich die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde nicht substantiiert. Sie macht nur geltend, unbestrittenermassen (vgl. Sachverhalt A.b am Ende) sei für gewisse Verwendungszwecke Stahl mit einer gewissen Mindestzugfestigkeit notwendig. Stahl, der die notwendige Mindestzugfestigkeit aufweist sei deshalb - zumindest für gewisse Verwendungen - mehr wert als Stahl, der eine geringere Zugfestigkeit habe. Sie behauptet aber nicht, Entsprechendes schon vor Vorinstanz geltend gemacht und die Tatsache unterschiedlicher Preise je nach Zugfestigkeit zum Beweis verstellt zu haben. Nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen zum vorinstanzlichen Verfahren (vgl. E. 1.2 hiervor) berief sie sich auf den Schrottwert, den der Walzdraht für sie selber gehabt habe, während die Beschwerdegegnerin geltend machte, der Minderwert sei nicht genügend substantiiert. Mangels genügender Rüge (vgl. E. 1.1 hiervor) ist daher auf die Einwände betreffend Minderpreis nicht einzutreten.

#### **E. 11.6**

Aufgrund der minimalen Mengenkorrektur beträgt der geminderte Kaufpreis USD 7'171'448.62 (5'591.7728 x USD 1'020.-- + 1'397.9432 x USD 1'050.--). Da der aus den Deckungsverkäufen zu erzielende Erlös nicht (mehr) bestritten ist, resultiert ein Schadenersatzanspruch von USD 3'201'274.60 (USD 7'171'448.62 ./ USD 3'970'174.02). Nicht gerügt ist der von der Vorinstanz zugesprochene Schadenersatz für Versicherungskosten von USD 9'526.26. Insgesamt hat die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin somit aufgrund der Mengenberichtigung einen Betrag von USD

3'210'800.88 zu bezahlen.

## **E. 12**

Die Beschwerdeführerin bestreitet den von der Vorinstanz zugesprochenen Zins von 5 % seit dem 15. November 2008.

### **E. 12.1**

Sie rügt einerseits eine Verletzung der Dispositionsmaxime, da die Beschwerdegegnerin in ihrem Rechtsbegehren lediglich Zins ab 9. Februar 2010 beantragt habe. In der Begründung der Klage und der Replik habe sie den Zins für den Zeitraum vom 8. Oktober 2008 bis einen Tag vor Klageeinreichung als Bestandteil des Schadens und damit des Hauptanspruchs geltend gemacht. Die Vorinstanz habe den Zins nicht wie von der Beschwerdegegnerin beantragt als Schadenersatz, sondern als Nebenanspruch zu den Schadenersatzansprüchen zugesprochen, weil nach Art. 78 CISG kein Anspruch auf Zinseszinsen bestehe. Da die Beschwerdegegnerin aber Zinsen als Nebenansprüche erst ab 9. Februar 2010 beantragt habe, sei die Vorinstanz über deren Anträge hinausgegangen, was Bundesrecht verletze. Die Rüge ist nicht begründet. Es ist keine Verletzung der Dispositionsmaxime, wenn der grundsätzlich geforderte Zins von 5 % statt als Schadenersatz als Zins zugesprochen wird. Damit erhält die Beschwerdegegnerin nicht mehr als sie gefordert hat.

### **E. 12.2**

Ein Zinsanspruch erst ab 9. Februar 2010 ergibt sich nach Auffassung der Beschwerdeführerin auch aus Art. 78 CISG. Sie macht unter Hinweis auf die Lehre geltend, nach Art. 78 CISG setze die Fälligkeit des Zinsanspruchs voraus, dass die zu verzinsende Summe derart bekannt ist, dass der Schuldner dieser umgehend nachkommen kann (Wilhelm-Albrecht Achilles, Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen [CISG], Neuwied/Kriftel/Berlin 2000, N. 3 zu Art. 78 CISG; Barry Nicholas, in: Commentary on the International Sales Law, Bianca/Bonell [Hrsg.], Mailand 1987, N. 3.1 zu Art. 78 CISG). Auf den Zeitpunkt des Deckungsgeschäfts könne es somit nicht ankommen. Sie habe die angeblich geschuldete Schadenersatzsumme erst mit der Klageeinleitung am 9. Februar 2010 gekannt. Selbst wenn aber auf den Zeitpunkt des Schadenseintritts abzustellen wäre, müsste auf die effektiv getätigten Deckungsverkäufe abgestellt werden und nicht - wie es die Vorinstanz tat - auf den vom Gericht bestimmten Zeitpunkt.

Die von der Beschwerdeführerin zitierten Lehrmeinungen (Achilles, a.a.O., N. 3 zu Art. 78 CISG; Nicholas, a.a.O., N. 3.1 zu Art. 78 CISG) sind eine Minderheitsmeinung. Die ganz überwiegende Lehre geht davon aus, auf Schadenersatzansprüchen sei unabhängig davon, ob die genaue Höhe des Anspruchs schon feststeht oder nicht, ab Schadenseintritt ein Schadenszins zu entrichten (Michael Feit, in: UN-Kaufrecht - CISG, Brunner [Hrsg.], a.a.O., N. 3 zu Art. 78 CISG; Staudinger/Magnus, a.a.O., N. 8 zu Art. 78 CISG; Huber, in: Münchener Kommentar, a.a.O., N. 4 zu Art. 78 CISG; Klaus Bacher, in: Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht - CISG, Schlechtriem/Schwenzer [Hrsg.], a.a.O., N. 6 und 10 ff. zu Art. 78 CISG; Magnus, a.a.O., N. 5 zu Art. 78 CISG mit weiteren Hinweisen). Der Mehrheitsmeinung ist zu folgen. Schadenszins ist geschuldet ab Schadenseintritt. Die Vorinstanz ging zutreffend davon aus, dass bei einer Schadensberechnung nach Art. 75 CISG der Zinsanspruch in jenem Zeitpunkt entsteht, in dem das Deckungsgeschäft vorgenommen wird. Bei der Schadensberechnung stellte sie der (geminderten) Kaufpreisforderung aber nicht die Erlöse aus den von der Beschwerdegegnerin geltend

gemachten tatsächlichen Deckungsverkäufen gegenüber, weil sie annahm, spätestens mit Schreiben vom 10. Oktober 2008 habe die Beschwerdeführerin die Erfüllung verweigert. Angesichts der drastisch fallenden Stahlpreise zwischen Juli 2008 und Februar 2009 hätte die Beschwerdegegnerin daher unverzüglich und schon im Oktober 2008 Deckungsverkäufe tätigen müssen, und nicht erst im November 2008. Entsprechend errechnete sie den Deckungserlös zum Nachteil der Beschwerdegegnerin gestützt auf einen (höheren) Durchschnittsmarktwert im Zeitraum Oktober/November 2008. Dem trug sie bei der Festsetzung des Zinsenlaufs für den Schadenszins Rechnung, indem sie nicht auf die effektiven Deckungsverkäufe abstellte, sondern auf den Zeitpunkt, in dem die Beschwerdegegnerin die Deckungsverkäufe hätte tätigen sollen. Andernfalls käme es zu einer doppelten und in sich widersprüchlichen Kürzung des Schadenersatzanspruchs. Das ist folgerichtig und nicht zu beanstanden.

### **E. 13**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.