



Obergericht von Appenzell Ausserrhoden

1. Abteilung

Urteil vom 18. August 2008

Mitwirkende	Obergerichtspräsident E. Zingg Oberrichter H. Frischknecht, M. Binder, Th. Bruppacher Oberrichterin S. Rohner Obergerichtsschreiberin B. Schittli
Verfahren Nr.	O1Z 08 1
Sitzungsort	Trogen
Appellantin Beklagte und Widerklägerin	B AG , Kanton Appenzell Ausserrhoden vertreten durch: RA lic. iur. Nico Gächter, Rosenbergstrasse 42, 9000 St. Gallen
Appellatin Klägerin und Widerbeklagte	A , Italien vertreten durch: RA lic. iur. Thomas Mayer, Advokaturbüro Schoch, Auer & Partner, Marktplatz 4, 9004 St. Gallen
Gegenstand	Forderung

Anträge:

1. Klägerin und Appellatin

a) im erstinstanzlichen Verfahren:

zur Klage

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 82'910.05 nebst Zins zu 5 % seit 31. Mai 2003 (*im Leitschein: 2006*) zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 20627018 des Betreibungsamtes Herisau sei aufzuheben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

zur Widerklage

1. Die Widerklage sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Widerklägerin.

b) im Appellationsverfahren:

Die Appellation sei abzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Appellantin.

2. Beklagte und Appellantin

a) im erstinstanzlichen Verfahren:

zur Klage

1. Die Klage sei, sofern darauf einzutreten ist, im Betrag von Fr. 42'272.00 gutzuheissen. Die Beklagte macht im Umfang von Fr. 42'272.00 Verrechnung geltend.

Die Klage sei, sofern darauf einzutreten ist, im Betrag von Fr. 40'638.05 abzuweisen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 20627018 sei, sofern auf die Klage eingetreten wird, im Umfang von Fr. 42'272.00 zu beseitigen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin.

zur Widerklage

1. Die Widerbeklagte sei zu verpflichten, die zur Abholung bereitstehende Ware im Wert von Fr. 40'638.05 abzuholen.
2. Die Widerbeklagte sei zu verpflichten, gegenüber der Widerklägerin für die aufgelaufenen Lagerkosten (inkl. Versicherungsprämien) aufzukommen und dieser

weiteren Schadenersatz im Umfang von Fr. 4'928.00 nebst 5 % Zins seit dem 1.12.2003 zu leisten.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Widerbeklagten.

b) im Appellationsverfahren:

1. Das Urteil vom 6. September 2007 sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen (*an Schranken: Das Urteil vom 6. September 2007 sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen. Die Widerklage sei gutzuheissen*).
2. Eventualiter sei die Angelegenheit an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Appellatin.

Sachverhalt

A. Übersicht

Die Beklagte und Widerklägerin (nachfolgend Beklagte genannt) bestellte am 30. September 2002, 25. November 2002 und 20. Januar 2003 Kleider bei der Klägerin und Widerbeklagten (nachfolgend Klägerin genannt). Die Klägerin sandte ihr zwischen dem 27. Januar und 5. April 2003 Kleider im Wert von insgesamt Fr. 115'551.05 zu. Die Beklagte bemängelte am 2. April 2003 diverse Kleider. In der Folge sandte die Beklagte der Klägerin dreizehn Artikel wieder zurück und stellte der Klägerin dafür eine Rechnung über Fr. 32'641.00. In diesem Betrag reduzierte die Klägerin ihre Forderung gegenüber der Beklagten, womit die in diesem Verfahren geltend gemachte Restforderung von Fr. 82'910.05 verblieb.

Zunächst machte die Beklagte geltend, dass weitere Kleider von Fr. 40'638.05 nicht den Mustern entsprochen hätten. Hingegen anerkannte sie die klägerische Forderung in Höhe von Fr. 42'272.00 (Fr. 82'910.05 ./. Fr. 40'638.05), brachte indessen ihre bis zur Klageeinleitung aufgelaufenen Lagerkosten (für die von ihr bemängelten und von der Klägerin bisher nicht zurückgenommenen Kleider) von Fr. 43'200.00 zur Verrechnung. Sie verlangte zudem widerklageweise den Differenzbetrag von Fr. 928.00 (Fr. 43'200.00 ./. Fr. 42'272.00) sowie ihre Aufwendungen für den versuchten Weiterverkauf von pauschal Fr. 4'000.00.

Anlässlich der Hauptverhandlung vor dem Kantonsgericht brachte die Beklagte dann neu vor, dass das Zustandekommen von Verträgen in Bezug auf einen Teil der von der Klägerin in Rechnung gestellten Textilforderungen bestritten werde. Richtig sei, dass betreffend Textillieferungen im Rechnungsbetrag von Fr. 42'272.00 zwischen den Parteien entsprechende Verträge zustande gekommen seien und die Beklagte gegenüber der Klägerin offene Rechnungen in der Höhe von Fr. 42'272.00 bis heute nicht beglichen habe. Die Forderung der Klägerin sei in diesem Umfang jedoch durch Verrechnung untergegangen. Im Übrigen würden die Parteien seit Jahren eine Auseinandersetzung führen und intensiv korrespondieren, seien dabei aber nur vermeintlich von den gleichen Bestellungen und Lieferungen ausgegangen, tatsächlich hätten sie aber verschiedene Bestellungen und Lieferungen gemeint. Der von der Klägerin zu erbringende Beweis, dass zwischen den Parteien Konsens betreffend Menge, Qualität und Ausführung in Bezug auf die in Rechnung gestellten Textilien herrschte, sei nicht erbracht worden. Bezüglich der in Rechnung gestellten Textilien (vgl. act. 3/6.1 bis 6.5, 6.9 und 6.10) sei zwischen den Parteien kein Vertrag zustande gekommen (act. A 1, S. 4 ff.).

B. Prozessgeschichte vor Kantonsgericht

Mit Klageschrift vom 13. September 2006 reichte die Klägerin die vorliegende Klage ein (act. 2). Die Klageantwort und Widerklage datiert vom 11. Dezember 2006 (act. 9). Am 20. Dezember 2006 reichte die Beklagte Übersetzungen einiger italienischer Schriftstücke ein (act. 13 f.). Am 13. Februar 2007 ging die Widerklageantwort ein (act. 19). Mit Schreiben vom 6. März 2007 änderte die Beklagte ihr Widerklagebegehren ab (act. 23) und am 10. April 2007 reichte die Klägerin ihre Stellungnahme zum geänderten beklagtischen Rechtsbegehren ein (act. 26). Die Hauptverhandlung wurde am 6. September 2007 durchgeführt.

C. Entscheid der Vorinstanz

Mit Urteil des Kantonsgerichtes, 1. Abteilung, vom 6. September 2007 wurde die Klage gutgeheissen und die Beklagte verpflichtet, der Klägerin den Betrag von Fr. 82'910.05 nebst Zins zu 5 % seit 31. Mai 2003 zu bezahlen. Gleichzeitig wurde in diesem Betrag in der Betreuung Nr. 20627018 des Betreibungsamtes Herisau vom 23. Mai 2006 der Rechtsvorschlag aufgehoben. Die Widerklage wurde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde. Die amtlichen Kosten im Betrage von Fr. 3'800.00 wurden der Beklagten auferlegt, unter Anrechnung der von ihr geleisteten Vermittlungsgebühr von Fr. 200.00

sowie der von der Klägerin und der Beklagten geleisteten Einschreibgebühr von je Fr. 300.00. Im Betrag von Fr. 300.00 wurde der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt. Schliesslich wurde die Beklagte verpflichtet, die Klägerin mit Fr. 13'992.55 (inkl. Mehrwertsteuern und Barauslagen) ausseramtlich zu entschädigen.

In formeller Hinsicht ist der Urteilsbegründung zu entnehmen, dass sich Klage und Widerklage nicht ausschliessen und der Streitwert Fr. 87'838.05 betrage. Es liege ein internationaler Sachverhalt vor, wobei sowohl die örtliche als auch die sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichtes gegeben sei. Weil beide Parteien ihre Niederlassung in Vertragsstaaten des Wiener Kaufrechts hätten, sei dieses Abkommen anwendbar. Der Passus „für die aufgelaufenen Lagerkosten“ sei unbeziffert geblieben, darauf könne nicht eingetreten werden. Gemäss Leitschein habe die Klägerin den Verzugszins sodann ab dem Jahr 2006, in der Klageschrift dagegen ab dem Jahr 2003 verlangt. Mit Blick auf die kläg. act. 20 und 21 sei klar, dass es sich bei der Angabe der Vermittlerin um einen Verschrieb handle, der formlos berichtigt werde.

In materieller Hinsicht hielt die Vorinstanz im Wesentlichen fest, die Beklagte sei im Import tätig und liefere Kleider an ihre Kunden weiter. Es seien üblicherweise erst diese Kunden, welche allfällige Mängel feststellen würden. Somit sei von einer eher längeren Prüfungs- und Rügefrist auszugehen und die Beklagte habe die Prüfungs- und Rügefrist für die mit Schreiben vom 2. und 15. April 2003 aufgeführten Mängel eingehalten. Mit Schreiben vom 15. April 2003 habe die Beklagte ihre Mängelrüge indes auf dreizehn Modelle beschränkt, da sie mit dem grössten Teil ihrer Kunden eine Lösung gefunden habe. Diese Kleider habe die Klägerin daraufhin ohne Anerkennung einer Rechtspflicht zurückgenommen und ihre Forderung gegenüber der Beklagten um Fr. 32'641.00 reduziert. Für die anderen am 2. April 2003 gerügten Kleider sei davon auszugehen, dass die Beklagte ihre Mängelrüge nicht mehr habe aufrecht halten wollen. Für die in der Liste vom 10. November 2003 enthaltenen Kleider habe die Beklagte erstmals am 4. und 6. November 2003 nachweisbar eine Mängelrüge erhoben. Die von der Beklagten behauptete mündliche Mängelrüge erachte das Gericht nicht als erwiesen, da aus der zwischen den Parteien geführten Korrespondenz nichts auf eine solche hindeute. Vielmehr habe die Beklagte mit ihrem Schreiben vom 19. August 2003 vorbehaltlos erklärt, dass die Bezahlung der offenen Rechnungen am 15. September 2003 erfolgen werde. Damit habe sie ihre Zahlungsbereitschaft angekündigt und auf die Geltendmachung von allenfalls mündlich vorgetragene Mängeln verzichtet. Die Mängelrügen vom 4. und 6. November 2003 seien damit verspätet. Schliesslich sei die Behauptung der Beklagten, sie habe mit der Klägerin eine Vereinbarung bezüglich des Weiterverkaufs getroffen, unter diesen Umständen unglaubwürdig. Somit sei die Klage vollumfänglich gutzuheissen.

Da die Klägerin gemäss den vorstehenden Erwägungen korrekt geliefert habe, könne die Beklagte nicht verlangen, dass diese Kleider im Wert von Fr. 40'638.05 zurücknehme. Demzufolge könne die Beklagte auch keine Lagerkosten geltend machen. Die Beklagte habe somit den gesamten Kaufpreis von Fr. 82'910.05 für die gelieferten Kleider zu bezahlen, da keine Gegenforderung bestehe, die sie zur Verrechnung bringen könne. Die widerklageweise geltend gemachte Forderung sei überdies weder genügend spezifiziert noch nachgewiesen. Zusammenfassend sei die Klage vollumfänglich gutzuheissen und die Widerklage abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne.

D. Ausführungen im Appellationsverfahren

Gegen dieses Urteil, das ihr in begründeter Ausfertigung am 21. Januar 2008 zugestellt worden war, liess die B AG mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 4. Februar 2008 fristgemäss die Appellation erklären. Die Appellationsantwort datiert vom 22. Februar 2008.

Auf die jeweilige Begründung sowie auf die mündlichen Ausführungen an der heutigen Appellationsverhandlung kann verwiesen werden. Soweit nötig, wird darauf in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen:

1. Prozessuales - Prozessvoraussetzungen, Streitwert

Die Vorinstanz hat die örtliche und sachliche Zuständigkeit sowie die Anwendbarkeit des Wiener Kaufrechts mit zutreffender Begründung, auf die verwiesen werden kann, bejaht. Davon ist, zumal diese von den Parteien nicht bestritten wurde, auch im Appellationsverfahren auszugehen. Die weiteren nach Art. 116 Abs. 1 ZPO von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen sind vom Kantonsgericht ebenfalls zu Recht bejaht worden.

Der Streitwert einer Klage auf Geldzahlung richtet sich nach den Rechtsbegehren des Klägers. Bei einer Widerklage werden die geltend gemachten Ansprüche zusammengerechnet, soweit sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 115 Abs. 1 und 4 ZPO).

Die Klägerin verlangt eine Geldzahlung in Höhe von Fr. 82'910.05 (act. 2, S. 2). Die Beklagte forderte vor dem Kantonsgericht widerklageweise Fr. 4'928.00. Im Gegensatz zur Vorinstanz vertritt das Obergericht die Meinung, dass sich Klage und Widerklage ausschliessen, da der Letzteren nur Erfolg beschieden sein könnte, wenn die Klage abgewiesen würde. Dies ist jedoch nicht der Fall und somit beträgt der Streitwert lediglich Fr. 82'910.05.

2. Materielles - Klage

2.1 Ausgangslage

Die Klägerin lieferte der Beklagten Kleider, für welche sie gemäss diversen Rechnungen vom 19. Juli 2002 bis 4. April 2003 Fr. 115'551.05 verlangte (act. 2, S. 4, act. 3/6/1-10, act. 3/7). Nachdem die Beklagte Mängel geltend gemacht hatte, nahm die Klägerin Kleider im Wert von Fr. 32'641.00 zurück (act. 2, S. 6). Die Beklagte anerkennt einen Teil der klägerischen Forderung im Umfang von Fr. 42'272.00 (act. 9, S. 2 und act. A 1, S. 5). Die vorliegende Klage richtet sich demnach auf die Bezahlung von Kleidern im Wert von Fr. 40'638.05.

2.2 Neue Vorbringen in der Appellationserklärung

Die Beklagte führt aus, die Vorinstanz habe sich bei der Beurteilung der Angelegenheit auf eine überholte und am 6. September 2007 nicht mehr gültige Ausgangslage gestützt. Und zwar sei zwischen den Parteien in Bezug auf einen Teil der in Rechnung gestellten Textilien kein Vertrag zustande gekommen. Richtig sei, dass betreffend Textillieferungen im Rechnungsbetrag von Fr. 42'272.00 zwischen den Parteien entsprechende Verträge zustande gekommen seien und die Beklagte gegenüber der Klägerin offene Rechnungen in der Höhe von insgesamt Fr. 42'272.00 bis heute nicht beglichen habe. Die Forderung der Klägerin im Umfang dieser Fr. 42'272.00 plus Zinsen sei infolge Verrechnung untergegangen. Mit Verweis auf die Ausführungen in der Klageantwort/Widerklage vom 11. Dezember 2006 sei die Beklagte in jenem Zeitpunkt davon ausgegangen, es werde über Textillieferungen gestritten, welche sie am 30. September 2002, 22. November 2002 und am 20. Januar 2003 bestellt habe. In der Widerklageantwort habe die Klägerin vorgebracht, die von der Beklagten ins Recht gelegten Bestellblätter nicht zur Verfügung gehabt zu haben. Die Klägerin ihrerseits habe keine Bestellblätter oder Bestellscheine ins Recht

gelegt, sondern lediglich pauschal behauptet, es sei aufgrund von Bestellungen geliefert worden. Daraus werde klar, dass die Parteien seit Jahren eine Auseinandersetzung führen und intensiv korrespondieren würden; dabei - abgesehen von den Textilien zum Preis von insgesamt Fr. 42'272.00 - vermeintlich von den gleichen Bestellungen und Lieferungen ausgegangen seien, tatsächlich aber verschiedene Bestellungen und Lieferungen meinten. Die Textilien, welche die Beklagte am 30. September 2002, 22. November 2002 und 20. Januar 2003 tatsächlich bestellte, habe sie von der Klägerin nie erhalten. Was die Klägerin der Beklagten gestützt auf die von der Klägerin ins Recht gelegten Frachtbriefe wann lieferte - abgesehen von den am 18. Februar, 7. März und 18. März 2003 in Rechnung gestellten Textilien - sei nicht erhellt. Ein Zusammenhang mit den übrigen in Rechnung gestellten Textilien (vgl. kläg. act. 6/1-5, 6/9 und 6/10) und den gemäss Frachtbriefen angelieferten Kartons werde bestritten. Dass die in Rechnung gestellten Textilien (kläg. act. 6/1-5, 6/9 und 6/10) von der Beklagten überhaupt bestellt und erhalten worden seien, werde ebenfalls bestritten. Die Klägerin habe mit ihren Behauptungen und Bestreitungen in der Widerklageantwort eine neue Ausgangslage geschaffen, welche das Kantonsgericht im Entscheid vom 6. September 2007 nicht berücksichtigt habe. Entsprechend habe sich die Vorinstanz in Bezug auf die von der Klägerin in Rechnung gestellten Textilien mit der Frage des Zustandekommens eines oder mehrerer Verträge zwischen den Parteien überhaupt nie befasst. Der von der Klägerin zu erbringende Beweis, dass zwischen den Parteien Konsens betreffend Menge, Qualität und Ausführung in Bezug auf die in Rechnung gestellten Textilien herrschte, sei nicht erbracht. Bezüglich der in Rechnung gestellten Textilien sei zwischen den Parteien kein Vertrag zustande gekommen. Weil entgegen den Ausführungen der Vorinstanz nicht erstellt sei, dass die von der Klägerin zum Streitgegenstand erhobene Ware überhaupt bestellt oder gar geliefert worden sei, sei der von der Vorinstanz gezogene Schluss, die Klägerin habe korrekt geliefert, grundlegend falsch und entsprechend könne von ihr die Rücknahme der Ware nicht erwartet werden. Vorerst sei zu klären, ob zwischen den Parteien betreffend aller in Rechnung gestellten Textilien ein Vertrag oder gar mehrere Verträge zustande gekommen seien oder nicht. Erst wenn dies bejaht werden könnte, sei zu prüfen, ob die Klägerin als Verkäuferin erfüllt habe und von der Beklagten ihrerseits Erfüllung fordern könne. Die Differenz zwischen den mittlerweile aufgelaufenen Lagerkosten (rund Fr. 68'400.00) und der anerkannten Forderung in der Höhe von Fr. 42'272.00 betrage inzwischen Fr. 26'128.00. Dieser Differenzbetrag übersteige die widerklageweise geltend gemachte Forderung in der Höhe von Fr. 4'928.00 bei weitem.

2.3 Beurteilung durch das Obergericht

Die neue Sachverhaltsdarstellung der Beklagten vermag das Obergericht aus den nachfolgenden Gründen nicht zu überzeugen.

Ihre Appellation gegen das vorinstanzliche Urteil begründet die Beklagte damit, es habe unter den Parteien kein Vertragsverhältnis bestanden bezüglich der Ware, die sie bestellt habe, die ihr von der Klägerin geliefert wurde, die sie an ihre eigenen Abnehmer weitergeliefert habe und für die sie der Klägerin Zahlung zugesichert habe. Diesen Schluss zieht die Beklagte einzig daraus, dass die Klägerin bestreitet, die von der Beklagten eingereichten Bestellblätter erhalten zu haben. Gleichzeitig verweist die Beklagte darauf, dass die Klägerin ihrerseits keine Bestellblätter oder Bestellscheine ins Recht gelegt habe. Soweit die Beklagte davon ausgeht, dass ein Vertragsabschluss zwischen den Parteien betreffend die Ware, welche die Klägerin lieferte, nur mit Bestellblättern oder Bestellscheinen möglich gewesen wäre, ist dieser Auffassung nicht beizupflichten. Aus der Tatsache, dass die Klägerin Ware lieferte, dafür Rechnung stellte und die Beklagte die Ware entgegennahm ohne zunächst irgendwelche Einwände gegen Lieferumfang, Lieferzeit oder - mit Ausnahme der hier nicht zur Diskussion stehenden 13 Artikel - Qualität der gelieferten Ware zu erheben und Bezahlung der Rechnung zusicherte (vgl. act. 3/5, beglaubigte Übersetzung der Korrespondenz zwischen den Parteien, insb. das Schreiben der Beklagten vom 19. August 2003), ergibt sich mit aller nur wünschbaren Klarheit, dass unter den Parteien Konsens über den Warenkauf bestand, der sämtliche wesentlichen Elemente des Kaufvertrags enthielt. Damit kam resp. kamen ohne Weiteres ein oder mehrere Kaufverträge mit dem entsprechenden Inhalt zustande.

Mit ihren neuen Behauptungen setzt sich die Beklagte zudem in krassen Widerspruch zu ihren bisherigen Ausführungen und zu den Akten. Zu verweisen ist zum Beispiel auf die drei Rechnungen der Klägerin, welche von der Beklagten eingereicht wurden (act. 10/7-9) und deren Erhalt sie nun bestreitet. Noch wesentlicher ist aber die von der Beklagten am 10. November 2003 der Klägerin zugesandte Liste, aus der sich ergibt, dass die Beklagte Ware im Wert von insgesamt Fr. 40'638.00 zurückgeben wollte (act. 10/16). Die einzelnen Stücke wurden dabei jeweils mit Preis aufgelistet. Gleichzeitig wurde festgehalten, dass die übrige Ware, die sie bezahlen werde, einen Wert von Fr. 42'272.00 aufweise. Letzterer Betrag wird auch in der Appellationsschrift nochmals bestätigt. Aus den Ausführungen im Schreiben vom 10. November 2003 (act. 10/16) ergibt sich mit aller nur wünschbaren Deutlichkeit, dass die Beklagte Ware zu genau dem Rechnungstotal erhielt, das von der Klägerin geltend gemacht wird. Aus diesem Dokument wird also klar ersichtlich, dass die

Beklagte ganz genau und auf das Einzelstück wusste, welche Waren sie von der Klägerin erhalten hatte und welches die dafür in Rechnung gestellten Preise waren. Daraus ergibt sich, dass die Beklagte auch über die Rechnungen - nicht nur diejenigen, die sie selbst ins Recht gelegt hat - verfügt, deren Zugang sie neu bestreitet. Zusammenfassend gelangt das Obergericht damit zum Schluss, dass die Beklagte über die ihr von der Klägerin gelieferten Waren Kenntnis hatte und diese auch erhalten hatte. Ansonsten würde sie heute nicht den einen Teil dieser Waren akzeptieren und den anderen zurückgeben wollen. In diesem Lichte erweisen sich die Behauptungen der Beklagten als reine Schutzbehauptungen.

Beweise für ihre neue Darstellung hat die Beklagte mit Ausnahme von Verweisen auf die bestehenden Akten keine vorgelegt. Dass die Akten ihre Darlegungen nach Meinung des Obergerichts gerade nicht bestätigen, ergibt sich aus dem Gesagten. Nachdem die Beklagte auch nicht die Abnahme von neuen Beweisen beantragt hat, ist der rechtlichen Beurteilung somit der Sachverhalt zugrunde zu legen, von dem bereits die Vorinstanz ausgegangen ist.

2.4 Würdigung der Erwägungen der Vorinstanz durch das Obergericht

2.4.1 Verspätete Lieferung

Die Beklagte wiederholte heute an Schranken zwar, die Lieferungen der Klägerin grösstenteils nicht zum vereinbarten Zeitpunkt erhalten zu haben (Plädoyerprotizen, act. A 11, S. 2). Sie ist jedoch nicht auf ihr Eingeständnis in der Klageantwort, dass sie die verspäteten Lieferungen aus Rücksicht auf die langjährigen Geschäftsbeziehungen akzeptiert habe, zurückgekommen. Damit bleibt es bei der Schlussfolgerung der Vorinstanz, die festhielt, allfällige verspätete Lieferungen seien nicht weiter zu berücksichtigen, nachdem die Beklagte diese nach eigenem Bekunden akzeptiert habe. Kommt in rechtlicher Hinsicht hinzu, dass die Beklagte auch im Appellationsverfahren nicht dargetan oder zum Beweis verstellte hat, dass sie der Klägerin eine nach dem Wiener Kaufrecht notwendige Nachfrist für die Lieferungen ansetzte bzw. die Aufhebung des Vertrages innert angemessener Frist erklärte (Art. 49 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 lit. a CISG). Allfällige Rechte aus verspäteten Lieferungen sind deshalb verwirkt.

2.4.2 Mängel

Sachverhalt

Die Beklagte machte am 2. und 15. April 2003 Mängel geltend (act. 10/12a/b, 10/13a/b). Für weitere in der Liste vom 10. November 2003 (act. 10/16) aufgeführte Kleider meldete die Beklagte am 4. und 6. November 2003 schriftlich Mängel an (act. 3/13 und 3/15). Sie behauptet, sofort eine mündliche Mängelrüge erhoben zu haben (act. 9, S. 7). Die Frachtbriefe datieren vom 27. Januar 2003, 20. Februar 2003 sowie 20. und 31. März 2003 (act. 3/8.1-4). Die Beklagte führte aus, die Kleider am 27. Januar 2003, 10. und 25. März 2003 sowie 5. April 2003 erhalten zu haben (act. 9, S. 7 f.). Am 19. August 2003 bestätigte die Beklagte gegenüber der Klägerin, dass die Bezahlung der offenen Rechnungen am 15. September 2003 erfolgen werde (act. 3/11). Nachdem die Beklagte den Prozess gegen eine Abnehmerin ihrer Kleider verloren hatte, verlangte sie am 4. November 2003 von der Klägerin, ihren Schaden mitzutragen (act. 3/13). Sie führte dazu aus, dass sie in Übereinkunft mit der Klägerin versucht habe, diese Kleider weiterzuverkaufen. Man habe sich über die Verteilung des Verlustes später einigen wollen. Die Klägerin habe von dieser Vereinbarung auf einmal nichts mehr wissen wollen. Sie wolle ihr deshalb diese Kleider zurückgeben (act. 9, S. 12 ff.). Die Klägerin bestreitet eine solche Vereinbarung (act. 2, S. 9, act. 3/14).

Rechtliches

Der Käufer hat die Ware innerhalb einer so kurzen Frist zu untersuchen oder untersuchen zu lassen, wie es die Umstände erlauben. Erfordert der Vertrag eine Beförderung der Ware, so kann die Untersuchung bis nach dem Eintreffen der Ware am Bestimmungsort aufgeschoben werden (Art. 38 Abs. 1 und 2 CISG). Der Käufer verliert das Recht, sich auf eine Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen, wenn er sie dem Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist nach dem Zeitpunkt, in dem er sie festgestellt hat oder hätte feststellen müssen, anzeigt und dabei die Art der Vertragswidrigkeit genau bezeichnet (Art. 39 Abs. 1 CISG).

Würdigung durch das Obergericht

Bei der Würdigung des obigen Sachverhaltes hielt das Kantonsgericht fest, die Beklagte sei im Import von Kleidern tätig und liefere die Kleider an ihre Kunden aus. Es seien üblicherweise erst diese Kunden, welche allfällige Mängel feststellten. Somit sei von einer eher längeren Prüfungs- und Rügefrist auszugehen. Üblich sei eine Prüfungsfrist von zwei Wochen und eine Rügefrist von einem Monat. Damit ergebe sich eine Gesamt-Rügefrist

von rund sechs Wochen. Die deutsche Gerichtspraxis erachte in solchen Fällen eine Rügefrist von einem Monat als angemessen. Nach Meinung des Gerichts habe die Beklagte die Prüfungs- und Rügefrist für die mit Schreiben vom 2. und 15. April 2003 aufgeführten Mängel eingehalten. Mit Schreiben vom 15. April 2003 habe die Beklagte die Mängelrüge auf dreizehn Modelle beschränkt, da sie offenbar mit dem grössten Teil ihrer Kunden eine Lösung gefunden habe. Diese Kleider seien in der Folge von der Klägerin ohne Anerkennung einer Rechtspflicht zurückgenommen worden und sie habe ihre Forderung gegenüber der Beklagten um Fr. 32'641.00 reduziert. Diese Kleider seien also nicht mehr Gegenstand der vorliegenden Klage. Für die anderen am 2. April 2003 gerügten Kleider sei davon auszugehen, dass die Beklagte ihre Mängelrüge nicht mehr aufrecht erhalten wollte, habe sie diese doch ausdrücklich auf die von der Klägerin zurückgenommenen dreizehn Modelle beschränkt.

Für die in der Liste vom 10. November 2003 enthaltenen Kleider habe die Beklagte erstmals am 4. und 6. November 2003 nachweisbar eine Mängelrüge erhoben. Die Beklagte mache jedoch eine mündliche Mängelrüge geltend. Das Kantonsgericht gehe davon aus, dass eine mündliche Mängelrüge nicht erwiesen sei. Aus der zwischen den Parteien geführten Korrespondenz deute nichts auf eine solche hin. Vielmehr habe die Beklagte mit Schreiben vom 19. August 2003 vorbehaltlos erklärt, dass die Bezahlung der offenen Rechnungen am 15. September 2003 erfolgen werde. Damit habe sie ihre Zahlungsbereitschaft angekündigt und auf die Geltendmachung von allenfalls mündlich gerügten Mängeln verzichtet. Die Mängelrüge vom 4. und 6. November 2003 sei somit verspätet.

Nachdem die Beklagte ihre Mängelrüge mit Schreiben vom 15. April 2003 auf dreizehn Modelle beschränkt und am 19. August 2003 vorbehaltlos die Bezahlung aller offenen Rechnungen angekündigt habe, sei ihre Behauptung unglaubwürdig, sie habe mit der Klägerin eine Vereinbarung bezüglich des Weiterverkaufs getroffen. Vielmehr habe die Beklagte mit Schreiben vom 16. November 2003 ausgeführt, sie bedaure, keine Übereinkunft gefunden zu haben. Der frühere beklagte Rechtsvertreter habe am 20. Oktober 2004 geschrieben, der Klägerin sei am 4. November 2003 vorgeschlagen worden, doch einen Rabatt von 50 % einzuräumen. Nach Ablehnung dieses Vorschlages sei am 10. November 2003 bestätigt worden, dass die zurückgesandte Ware im Betrage von Fr. 40'638.00 zur Abholung durch die Klägerin bereitstünde. Die von der Beklagten behauptete Vereinbarung sei somit wenig wahrscheinlich und durch nichts belegt, weshalb die Klage vollumfänglich gutzuheissen sei.

Diesen Ausführungen kann sich das Obergericht vollumfänglich anschliessen und es wird somit grundsätzlich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen. Zu den

Vorbringen des beklaglichen Rechtsvertreters anlässlich der heutigen Appellationsverhandlung sind folgende Ergänzungen anzubringen:

- Nebst den Vorbringen zum neuen Sachverhalt (vgl. E. 2.2 und 2.3) beschränken sich die Ausführungen des beklaglichen Rechtsvertreters darauf, die im Recht liegende Korrespondenz zwischen den Parteien aus der Sicht der Beklagten neu auszulegen und rechtlich zu würdigen (act. A 11, S. 3 ff.). Neue Gesichtspunkte resp. neue Beweise wurden indessen nicht vorgebracht, dargelegt oder zum Beweis gestellt, womit es bei der Beweiswürdigung der Vorinstanz sein Bewenden haben kann.
- Es trifft zu, dass das Kantonsgericht dem Beweisantrag der Beklagten, die Parteien über das Zustandekommen der behaupteten mündlichen Abrede betreffend Abverkauf zu befragen, nicht nachgekommen ist. Die Vorinstanz hat die Beweisofferte allerdings nicht einfach abgelehnt. Vielmehr ist sie in Berücksichtigung der gesamten Korrespondenz zwischen den Vertragsparteien und dabei namentlich des vorbehaltlosen Zahlungsverprechens vom 19. August 2003 (act. 3/11) in Verbindung mit zwei Briefen, in denen zum Ausdruck gebracht wurde, dass bedauerlicherweise keine Übereinkunft gefunden werden konnte (vgl. act. 10/16 = 14/16a, act. 3/19, S. 2) zum Schluss gekommen, die behauptete Vereinbarung sei wenig wahrscheinlich und durch nichts belegt, weshalb die Klage vollumfänglich gutzuheissen sei.

Gestützt auf die obigen Ausführungen und unter Verweis auf die bereits von der Vorinstanz abgehandelten Punkte ist zusammenfassend festzuhalten, dass die Appellation in allen Punkten unbegründet und deshalb abzuweisen ist.

3. Verzugszins

Betreffend die Festlegung des Verzugszinses durch das Kantonsgericht hat die Beklagte im Appellationsverfahren keine Einwände vorgebracht. Somit kann diesbezüglich auf die schlüssigen Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden, wonach der Verzugszins 5 % ab 31. Mai 2003 beträgt.

4. Widerklage

4.1 Vorbemerkung

In der Appellationserklärung wurde lediglich die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils sowie die Abweisung der Klage beantragt. Erst anlässlich der heutigen Appellationsverhandlung wurde ergänzt, selbstverständlich beinhalte der Antrag auf Aufhebung der Klage auch die Guttheissung der Widerklage.

Nach Art. 265 Abs. 2 ZPO ist in der Appellationseingabe anzugeben, welche Punkte des kantonsgerichtlichen Rechtsspruches angefochten werden und welche Änderungen beantragt werden. Es ist also ein *klarer Appellationsantrag* erforderlich, wobei in erster Linie auf die wörtliche Formulierung des Rechtsbegehrens abzustellen ist (vgl. *Max Ehrenzeller*, Kommentar ZPO, N 4 zu Art. 265 ZPO). Dies spricht nach Auffassung des Obergerichtes gegen eine Berücksichtigung des erst an Schranken eingebrachten Antrages, die Widerklage sei gutzuheissen. Mit Blick auf die nachstehenden Erwägungen kann diese Frage letztlich aber offengelassen werden.

4.2 Entscheid Kantonsgericht

Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass die Beklagte nicht verlangen könne, dass die Klägerin Kleider im Wert von Fr. 40'638.05 zurücknehme, sofern Letztere korrekt geliefert habe. Weiter könne die Beklagte auch keine Lagerkosten geltend machen. Somit habe die Beklagte den gesamten Kaufpreis von Fr. 82'910.05 zu bezahlen, da keine Gegenforderung bestehe, welche sie zur Verrechnung bringen könne. Die widerklageweise geltend gemachte Forderung sei überdies weder genügend spezifiziert noch nachgewiesen. Schliesslich sei keine Vereinbarung nachgewiesen, wonach sich die Klägerin am Verlust der Beklagten beteilige.

4.3 Würdigung Obergericht

Diese Überlegungen sind nach Meinung des Obergerichtes schlüssig und zutreffend.

Nur nebenbei bemerkt ist es unverständlich, dass die Beklagte keine Belege für die Lager- und Versicherungskosten beibringen kann und eventualiter gar die Anordnung einer Expertise verlangt, da die Ware angeblich ja in den Räumlichkeiten der Jeans Wear Import AG eingelagert wird. Diesbezüglich müssten die Kosten aufgrund der gesamten

Miet- oder Hypothekarzinskosten anteilmässig am Raum, den die Kleider einnehmen, ohne weiteres ermittelt und ausgewiesen werden können.

5. Fazit

Die Klage ist vollumfänglich gut zu heissen und die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 82'910.05 nebst Zins zu 5 % seit 31. Mai 2003 zu bezahlen. In diesem Betrag wird der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 20627018 des Betreibungsamtes Herisau vom 23. Mai 2006 aufgehoben. Die Widerklage wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

6. Kosten

6.1 Erstinstanzliche Kosten

Der erstinstanzliche Kostenspruch erfolgte gemäss Obsiegen und Unterliegen und die festgesetzten Beträge bewegen sich im Rahmen der anwendbaren Bestimmungen. Diesbezüglich kann das Urteils des Kantonsgerichtes vollumfänglich übernommen werden.

6.2 Amtliche Kosten im Appellationsverfahren

Die Rechtskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 81 Abs. 1 ZPO). Ausgangsgemäss werden die amtlichen Kosten der Beklagten auferlegt. Da sich sowohl die Komplexität als auch der Streitwert des Rechtsstreites im mittleren Bereich bewegen, wird die Gerichtsgebühr auf Fr. 5'000.00 festgesetzt (Art. 19 lit. b i.V.m. Art. 20 Abs. 2 Gebührenordnung; bGS 233.3).

6.3 Ausseramtliche Kosten im Appellationsverfahren

Art. 86 ZPO bestimmt, dass die unterliegende Partei verpflichtet werden soll, der obsiegenden Partei alle durch den Rechtsstreit verursachten Kosten zu ersetzen. Zu dem von der Vorinstanz zugesprochenen, tarifgemässen Betrag von Fr. 13'992.55 fordert der klägerische Rechtsvertreter für das Appellationsverfahren weitere Fr. 8'574.10 (act. A 13). Damit bewegt er sich am oberen Rahmen des Tarifs, welcher für das Rechtsmittelver-

fahren mit mündlicher Verhandlung einen Prozentsatz von 40 bis 75 Prozent vorsieht (Art. 20 Anwaltstarif, bGS 145.53). Das Appellationsverfahren war jedoch nicht speziell aufwändig, so dass lediglich ein Ansatz von 50 Prozent der erstinstanzlichen Kosten als gerechtfertigt erscheint. Kommt hinzu, dass von einem Streitwert von Fr. 82'910.05 und nicht Fr. 87'840.00 auszugehen ist (E. 1). Mithin ergibt sich ein mittleres Honorar von Fr. 5'448.00 (1/2 von Fr. 10'896.00) plus Fr. 37.70 Barauslagen und Fr. 416.90 Mehrwertsteuer. Die Beklagte ist somit zu verpflichten, die Klägerin für das Appellationsverfahren mit Fr. 5'902.60 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) ausseramtlich zu entschädigen.

Das Obergericht erkennt:

1. In Abweisung der Appellation und Gutheissung der Klage wird die Beklagte und Appellantin B AG verpflichtet, der Klägerin und Appellatin A den Betrag von Fr. 82'910.05 nebst Zins zu 5 % seit 31. Mai 2003 zu bezahlen.
2. In diesem Betrag wird in der Betreuung Nr. 20627018 des Betreibungsamtes Herisau vom 23. Mai 2006 der Rechtsvorschlag aufgehoben.
3. Die Widerklage wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
4. Die erstinstanzliche Regelung der amtlichen und ausseramtlichen Kosten wird bestätigt.
5. Die amtlichen Kosten des Appellationsverfahrens von Fr. 5'000.00 werden der Beklagten und Appellantin auferlegt, unter Anrechnung der geleisteten Einschreibegebühr von Fr. 300.00.
6. Die Beklagte und Appellantin wird verpflichtet, die Klägerin und Appellatin für das Appellationsverfahren mit Fr. 5'902.60 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) ausseramtlich zu entschädigen.
7. **Rechtsmittel:**
Den Parteien steht innert einer Frist von 30 Tagen seit Eröffnung des **begründeten** Urteils die Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht offen (Art. 72 - 77 BGG). Die Beschwerde in Zivilsachen ist bei der Bundesgerichtskanzlei, Avenue du Tribunal-Fédéral 29, Postfach, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG).
8. **Zustellung an:** Die Parteien über deren Rechtsvertreter, die Vorinstanz (Verfahren Nr. K1Z 06 53) sowie an die Gerichtskasse (Dispositiv).

Im Namen des Obergerichtes:

Der Gerichtspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

versandt am: