

CISG-online 877

Jurisdiction	Germany
Tribunal	Oberlandesgericht Zweibrücken (Court of Appeal Zweibrücken)
Date of the decision	02 February 2004
Case no./docket no.	7 U 4/03
Case name	<i>Milling equipment case</i>

Gründe:

1.

Die Klägerin ist eine im Iran ansässige Handelsgesellschaft dortigen Rechts. Sie verlangt in Höhe von 513.300 DM die Teilrückzahlung des Preises für eine von der Beklagten gekaufte gebrauchte Mühlenanlage, weil teilweise statt der vereinbarten Geräte des deutschen Herstellers B[...] -M[...] minderwertige Ware türkischer und russischer Herkunft geliefert worden sei; hilfsweise verlangt die Klägerin die Zahlung von 500 TDM Zug-um-Zug gegen Rückgabe der beanstandeten Teile.

1

Die 2. Kammer für Handelsachen des Landgerichts Frankenthal (Pfalz) hat durch das angefochtene Urteil vom 14.11.2002 die Klage abgewiesen. Es fehle schon an einem hinreichenden Nachweis dafür, dass die jetzige Klägerin mit der damaligen Vertragspartnerin der Beklagten, die einen anderen Namen geführt hatte, identisch sei. Es fehle aber jedenfalls an einer hinreichenden Darlegung der Beklagten, dass andere als die gelieferten Geräte geschuldet gewesen seien. Auf die von ihr vorgelegten schriftlichen Unterlagen könne sie sich dabei nicht berufen, weil diese unstreitig lediglich zur Erlangung der Einfuhrlizenz gedient hätten und zum Zeitpunkt der Lieferung längst überholt gewesen seien.

2

Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter. Die Parteien streiten weiterhin um die im angefochtenen Urteil behandelten Fragen.

3

Die Klägerin beantragt,

das angefochtene Urteil zu ändern, und die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 263.469 € zu bezahlen, nebst gesetzlicher Zinsen ab Klagezustellung,

4

hilfsweise,

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 255645,94 € zu zahlen, Zug um Zug gegen Rückgabe der gelieferten 12 Mühlen russischer Bauart und der gelieferten Plansifter türkischer Bauart.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

5

Die in N[...] ansässige Beklagte, die mit gebrauchten Maschinen für Mühlen u.a. handelt, stand seit 1994 in Geschäftsbeziehungen mit einer Firma S[...] T[...] A[...] S[...] K[...] aus J[...] (Iran), die Interesse am Ankauf einer gebrauchten Mühlenanlage bekundete. Der Interessentin wurde ein sog. «Proforma Invoice» vom 11.10.1994 erteilt, das zur Vorlage bei Bank und iranischen Behörden diente, um die Voraussetzungen für eine Einfuhr in den Iran zu schaffen. Am 1.11.1996 erlangte die Beklagte Kenntnis von der Erteilung des für die Einfuhr nach Iran erforderlichen sog. Akkreditivs. Anschließend begannen nähere Verhandlungen der Vertragsparteien über den genauen Vertragsinhalt, zu denen die Parteien unterschiedlich vortragen. Bei den Verhandlungen waren der im Iran ansässige Kaufmann Y[...] und dessen in Deutschland tätiger Geschäftspartner, der Zeuge K[...], als Vermittler tätig.

6

Ende 1997 kam es – in verschiedenen Teil-Sendungen – zur Lieferung einer Anlage. Die Beklagte erwirkte ein Ursprungszeugnis der IHK Pfalz vom 5.9.1997, das mit dem Invoice übereinstimmte, jedoch nur eine Teillieferung solcher Geräte betrifft, die nicht Gegenstand des Rechtsstreits sind. Die Beklagte erstellte auch eine «Packing List» vom 11.9.1997, die wiederum – abgesehen vom Fehlen zweier auch hier umstrittener Filter, sowie einer von 12 Mühlen – mit dem Invoice übereinstimmt. Unstreitig hatte die Vertragspartnerin eine mit dem Invoice übereinstimmende Packliste verlangt, weil dies zur Ermöglichung der Einfuhr erforderlich sei.

7

Die Geräte wurden dann mit LKW in den Iran zur Vertragspartnerin der Beklagten gebracht. Sie waren teilweise in Kisten verpackt und wurden teilweise nur mit einer Plastikplane bedeckt auf der Ladefläche eines LKW transportiert. Die Vertragspartnerin der Beklagten beanstandete nach Ankunft die Lieferung die Größe eines der gelieferten Filter, weshalb später ein Preisnachlass von 12.500 DM vereinbart wurde. Nach einem Transportunfall der ersten Sendung und einer Nachbestellung der Klägerin wurde im April und Juli 1999 nochmals nachgeliefert. Im Juni 1999 hatten sich die Vertragsparteien zu einer Abschlussbesprechung in N[...] getroffen, als deren Ergebnis die iranische Bestellerin eine Schlusszahlung unter der Vereinbarung der Erledigung aller gegenseitigen Ansprüche leistete.

8

Die Klägerin behauptet, wegen eines erforderlichen Gebäude-Neubaus seien die Teile 1997 zunächst originalverpackt eingelagert worden. Erst als man im Jahr 2000 die Anlage aufgebaut habe, habe man die Falschlieferung mit Hilfe eines zugezogenen Fachmannes erkennen können. Die Beklagte habe arglistig getäuscht und sei zur Kaufpreistrückzahlung verpflichtet entsprechend des geringeren Wertes der gelieferten Geräte, der sich auf nur 1/5 der entsprechenden Kaufsumme belaufe.

9

Die Klägerin behauptet weiter, sie sei – nach Sitzverlegung, Umbenennung und Änderung der Rechtsform (von «Eigenkapitalgesellschaft» nach Gesellschaft mit beschränkter Haftung) – mit der damaligen Vertragspartnerin der Beklagten identisch. Sie hat dazu verschiedene Urkunden in Übersetzung, teilweise auch mit Legalisation vorgelegt.

10

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf das angefochtene Urteil sowie auf die Schriftsätze, Protokolle und anderen Unterlagen Bezug genommen. Der Senat hat gemäß Beweisbeschluss vom 22.9.2003 Beweis erhoben über den Inhalt der vertraglichen Vereinbarungen der Kaufparteien durch Vernehmung der Zeugen S[...], K[...], C[...], H[...] und D[...]; auf die Vernehmungsniederschriften vom 10. November 2001 wird Bezug genommen.

11

II.

1.

Die Berufung ist zulässig. In der Sache führt sie zur Teilabweisung der Klage hinsichtlich eines der beanstandeten Geräte, weil die Beklagte insoweit die Rügefrist (Art. 39 CISG) versäumt hat. Im Übrigen erweist sich das Begehren der Klägerin als dem Grunde nach gerechtfertigt, weil insoweit nach dem Ergebnis der vom Senat durchgeführten Beweisaufnahme eine vorsätzliche Falschlieferung der Klägerin vorliegt und diese sich daher auf den Ablauf der Rügefrist nicht berufen kann (Art. 40 CISG). Der Senat legt dabei die nach dem beiderseitigen Vortrag und nach dem Inhalt der vorgelegten Dokumente gewonnene Überzeugung zugrunde, dass die Klägerin des vorliegenden Verfahrens mit der iranischen Kaufvertragspartnerin der Beklagten identisch ist.

12

2.

Die Klägerin kann Ansprüche aus dem verfahrensgegenständlichen Kaufvertrag geltend machen, weil sie mit der damaligen Käuferin identisch ist. Diese Überzeugung des Senats beruht zum einen auf der geschlossenen und in wichtigen Gliedern durch Legalisation bekräftigten Kette von (in beglaubigter Übersetzung vorliegenden) Schriftstücken, durch welche die Klägerin ihre seit den Verhandlungen der Parteien durchlaufene Entwicklung dargestellt hat. Danach wird zum einen die Verlegung der Gesellschaft von dem Ort G[...] nach ihrem heutigen Sitz J[...] (Auszug aus dem amtlichen Mitteilungsblatt der iranischen Justizbehörde vom 25.9.1998; Anzeige des Handelsregisteramtes vom 8.12.1999 mit Legalisation) und die Umwandlung der Rechtsform von «Eigenkapitalgesellschaft» in «Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Amtliches Mitteilungsblatt vom 20.6.2001) dargestellt. Zum anderen wird auch die Namensänderung von «A[...] S[...]» in «A[...] N[...] J[...]» belegt (Anzeige beim Grundbuch- und Dokumentenregisteramt vom 25.10.2000 mit Legalisation). Insofern können – abgesehen von den Unsicherheiten der Schreibweisen nach Übersetzung und Transkription – die sonstigen Namensbestandteile die in dem bestrittenen Vortrag der Klägerin dargestellte Bedeutung haben; sie sind für die vom Senat zu prüfende Frage jedenfalls nicht wesentlich. Auch im Übrigen vermag der Senat in der von der Klägerin gegebenen Darstellung durchgreifende Unstimmigkeiten nicht zu erkennen. Die der Klägerin vom Erstgericht vorgehaltene unrichtige Behauptung einer Firmenänderung schon 1998 beruht ersichtlich auf einem pauschalen und nur vorläufigen Vortrag, der aufgrund der vorgelegten Unterlagen nach und nach berichtigt und präzisiert worden ist.

13

Der Senat berücksichtigt weiter das Schreiben der deutschen Botschaft in Teheran vom 17.3.2002, wonach das hier in zwei Fällen vorgenommene Legalisationsverfahren durchaus gewisse Anzeichen für die inhaltliche Richtigkeit und korrekte Übersetzung der betreffenden Urkunden erbracht hat. Von besonderer Bedeutung ist zudem die bereits in 1. Instanz aufgestellte und von der Beklagten nicht bestrittene Behauptung der Klägerin, wonach es gerade der aus den vorgelegten Schriftstücken als verantwortliche Person der Klägerin hervorgehende S[...] T[...] Z[...] gewesen ist, der damals für die Käuferin an den Verhandlungen mit der Beklagten beteiligt war. Diese Behauptung hat übrigens bereits in verschiedenen von der Beklagten zu den Akten gereichten Unterlagen ihre Bestätigung gefunden (Schriftstück mit Zeichnung über Konstruktionsdetails unter Erwähnung des Herrn «Z[...]»; Angebot Nr. 1635/97 vom 21.10.1997 für «Kunde S[...] T[...] Z[...]»). In der mündlichen Verhandlung vom 10.11.2003 war

14

es schließlich nach den Angaben aller dort gehörten Zeugen und auch des Geschäftsführers des Beklagten offensichtlich, dass es sich bei dem dort persönlich anwesenden S[...] T[...] Z[...] um den damaligen Verhandlungspartner der Beklagten handelte. Damit ist auch der Einwand der Beklagten gegenstandslos, wonach angebliche mangelnde Kenntnisse der Klägerin von den damaligen Verhandlungen auf die fehlende Identität mit der Käuferin hindeuteten; zudem hat sich nach dem abschließenden Sach- und Streitstand und dem Ergebnis der Beweisaufnahme gerade die Darstellung der Klägerin von Ablauf und Inhalt der Verhandlungen bestätigt (s.u.).

3.

Die Ansprüche der Klägerin aus dem Kaufvertrag richten sich nach UN-Kaufrecht (CISG). Dies folgt aus Art. 1 Abs. 1 lit. b des Übereinkommens. In Übereinstimmung mit der Auffassung des Landgerichts ist nämlich gemäß Art. 27, 28 EGBGB grundsätzlich von der Anwendbarkeit deutschen Rechts auszugehen.

15

Dies wird von den Parteien im Prozess so zugrunde gelegt, wobei sich insbesondere die ausländische Klägerin bereits in der Klageschrift ausdrücklich hierauf berufen hat (vgl. dazu *Palandt*, BGB, 63. Aufl., Art. 27 EGBGB Rn. 7). Jedenfalls aber ist bei dem hier vorliegenden Kaufvertrag das am Sitz des Verkäufers geltende Recht maßgeblich (vgl. *Palandt*, a.a.O., Art. 28 EGBGB Rn. 8).

16

Das somit geltende deutsche Recht verweist aber auf das CISG zurück, weil dieses dessen Bestandteil ist und dabei hier als Spezialgesetz zur Anwendung kommt (vgl. BGH NJW 1999, 1259, 1260). Die Parteien haben die Geltung des CISG auch nicht durch Vereinbarung im Sinne von dessen Art. 6 ausgeschlossen und dies etwa durch die Anwendbarkeit des BGB und des HGB ersetzt; der bloße Umstand, dass sie sich der Maßgeblichkeit des CISG nicht bewusst gewesen sind und daher – so die Klägerin in der Klageschrift – Vorschriften dieses nationalen deutschen Rechts zitiert haben, ist dafür nicht als ausreichend anzusehen (vgl. BGH NJW 1997, 3309, 3310; NJW 1986, 1429, 1430).

17

4.

Ansprüche der Klägerin auf dieser Grundlage scheiden aber aus, soweit sie sich darauf gründen, dass die gelieferte Steuerungsanlage «Libatronik» entgegen den vertraglichen Vereinbarungen zu dem gelieferten «B[...] Bagging Caroussel» nicht gepasst habe und hierfür nicht einsetzbar gewesen sei (5. und letzte Position der Schadensaufstellung auf S. 5 der Klageschrift; angeblicher Minderwert 16 TDM). Insoweit kann sich die Klägerin gemäß Art. 39 CISG auf die Vertragswidrigkeit nicht mehr berufen, weil sie den angeblichen Mangel nicht innerhalb der dort bestimmten Fristen angezeigt hat. Auf die Lieferung von Ende 1997 hatte die Klägerin den Mangel erst gerügt, nachdem die Anlage im März 2000 aufgebaut worden war; genaueres zu der in der Klageschrift erwähnten «außergerichtlichen Korrespondenz» hat sie nicht vorgebracht.

18

Die Ansprüche der Klägerin bleiben hier auch nicht nach Art. 40 CISG wegen Bösgläubigkeit des Verkäufers erhalten. Die behauptete Funktionstauglichkeit der Steuerung hat keinen Bezug zu der von der Klägerin im Übrigen behaupteten arglistigen Falschlieferung minderwertiger

19

ger türkischer und russischer Teile statt der vereinbarten deutschen Qualitätsware. Den knappen Darlegungen der Klägerin kann nicht mehr entnommen werden als ein gewöhnlicher Qualitätsmangel. Auch auf der Grundlage dieses Vortrags ergeben sich daher keine Anhaltspunkte für ein darauf bezogenes bösgläubiges Verhalten der Beklagten im Sinne von Art. 40 CISG.

Ebenso wenig kann sich die Klägerin hier für einen Erhalt ihrer Rechte auf Art. 44 CISG stützen. Eine vernünftige Entschuldigung im Sinne dieser Bestimmung steht ihr für das Unterlassen der erforderlichen Anzeige nicht zur Seite. Entschuldigt ist danach ein Verhalten des Schuldners, das zwar an sich nicht vorschriftsmäßig und korrekt ist, das aber nach den Umständen des Einzelfalles billigerweise eine gewisse Nachsicht und ein gewisses Verständnis verdient (*Schlechtriem*, CISG, 3. Aufl., Art. 44 Rn. 5). Diese Voraussetzungen erscheinen hier nicht erfüllt. Allein die von der Klägerin jetzt geltend gemachte jahrelange Einlagerung und hierdurch verzögerte Aufstellung der Anlage erscheint hierfür nicht ausreichend. Einer Berücksichtigung dieses außergewöhnlichen Umstandes zu Lasten der Beklagten steht jedenfalls entgegen, dass er auch nach dem Vortrag der Klägerin bei den Verhandlungen der Parteien in keiner Weise Anklang gefunden und somit nicht zur Grundlage der gegenseitigen vertraglichen Beziehungen gemacht worden ist.

20

In dem genannten Umfang ist die Klage daher durch Teilurteil unmittelbar abzuweisen.

21

6.

22

Hinsichtlich der weiteren mit der Klage beanstandeten Geräte hat die Klägerin Anspruch auf Schadenersatz nach den Art. 74, 45 Abs. 1 lit. b, 35 CISG. Diese von der Klägerin gelieferte Ware entsprach nicht den Anforderungen des Vertrags, weil es sich nicht um Maschinen der Hersteller M[...] und B[...] handelte, sondern um Erzeugnisse aus russischer und türkischer Produktion.

Die Beklagte hat nicht bestritten, dass ihre Lieferungen russischen (Mühlen) bzw. türkischen (sonstige Geräte) Ursprungs waren. Nach dem inzwischen erreichten Sach- und Streitstand, insbesondere nach dem Ergebnis der vom Senat durchgeführten Beweisaufnahme, steht aber fest, dass Geräte der von der Klägerin bezeichneten Hersteller vertraglich vereinbart und geschuldet waren.

23

Der Senat berücksichtigt dabei auch den erweiternden und vertiefenden Vortrag, den die Parteien – insbesondere die Klägerin – in 2. Instanz zu Hergang und Inhalt der Vertragsverhandlungen der Parteien gehalten haben. Dieser Vortrag ist nicht nach § 531 Abs. 2 ZPO für das Berufungsverfahren zurückzuweisen; die Klägerin hat seine Geltendmachung im ersten Rechtszug nicht vorwerfbar unterlassen (§ 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 ZPO).

24

Das Erstgericht ist zwar zu Recht davon ausgegangen, dass grundsätzlich die Klägerin die Beweislast für den Inhalt der von ihr behaupteten vertraglichen Vereinbarungen zu tragen hat. Auch wenn «Proforma Invoice» und Akkreditiv noch nicht als verbindlicher Vertragsschluss angesehen werden können, sondern von diesem zu unterscheiden sind, so bildeten sie doch einen Anhaltspunkt für den von den Parteien angestrebten Vertragsinhalt. Die Klägerin hat dabei von Anfang an den Standpunkt eingenommen, dass es bei dem schon im Proforma Invoice beschriebenen Vertragsgegenstand verblieben sei und hieran später jedenfalls keine wesentlichen Änderungen vorgenommen worden seien, insbesondere nicht hinsichtlich des

25

Ursprungs der zu liefernden Geräte. Dem gegenüber hatte lediglich die Beklagte behauptet, es hätten umfangreiche und komplizierte weitere Verhandlungen stattgefunden mit dem Ergebnis eines von der Proforma Invoice deutlich abweichenden, jedoch auch von der Beklagten nicht näher beschriebenen Vertragsinhaltes. Einen solchen Vortrag durch eigene Darlegungen auszuräumen, wäre der Klägerin kaum möglich gewesen; vielmehr musste zunächst von der Beklagten erwartet werden, dass sie näher schildert, wann durch welche Verhandlungen welcher von den ursprünglichen Vorstellungen abweichender Vertragsinhalt zustande gekommen sei. Das Landgericht hätte daher mit dieser Maßgabe zunächst darauf hinwirken müssen, dass die Parteien ihren Vortrag zu Hergang und Ergebnis der weiteren Vertragsverhandlungen ergänzen und vertiefen. Dass dies nicht geschehen ist, kann nicht der Klägerin angelastet werden; diese rügt vielmehr zu Recht, dass ihr die in der abschließenden mündlichen Verhandlung die von ihr begehrte Erklärungsfrist (§ 139 Abs. 5 ZPO) nicht eingeräumt worden ist.

Nach weiterem Vortrag der Parteien und nach Beweisaufnahme ist nunmehr festzustellen, dass die ursprünglichen Behauptungen der Klägerin zutreffen und die Lieferung von Geräten der von ihr vorgetragenen Art vereinbart war. Hinsichtlich der sog. Plansichter sowie der Filter (2. bis 4. Position der Schadensaufstellung der Klägerin) wurde dies letztlich von der Beklagten nicht mehr bestritten. Die Beklagte hat bis zuletzt – trotz dahingehendem Hinweis des Senats – nicht konkret vorgetragen, welche anderweitigen Vereinbarungen hier getroffen worden seien. Allein durch ihren (zutreffenden) Hinweis, die Filter seien schon in der Proforma Invoice nicht mit «B[...]», sondern mit H-M[...] bezeichnet gewesen, hat sie nicht den Vortrag der Klägerin entkräftet, wonach auch diese Typenbezeichnung für ein B[...] -Erzeugnis stehe. Auch soweit die Beklagte darauf hinweist, dass drei Plansichter nach einem Transportunfall nachgeliefert worden seien, lässt ihr Vortrag eine Änderung des Vertragsgegenstandes nicht erkennen.

26

Allein hinsichtlich der gelieferten 12 Doppel-Walzenmühlen (erste Position in der Schadensaufstellung der Klägerin; «[...] Walzenstühle») hat die Beklagte mit näherem Vortrag an der Behauptung eines anderweitigen Vertragsinhaltes festgehalten. Sie hat aber auch hier nicht dargelegt, welcher genaue andersartige Ursprung der Maschinen in welcher Weise vereinbart worden sei, sondern sich lediglich darauf berufen, die Beklagte habe hier die tatsächlich gelieferte Ware anlässlich ihrer Verladung zur Kenntnis genommen und als vertragsgemäß gebilligt; die Beklagte verweist hier insbesondere darauf, dass eine erste Walzenmühle vorab nach Art einer Probeflieferung übersandt und ebenfalls nicht beanstandet worden sei. Diese Darstellung der Beklagten ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme und nach den sonstigen vom Senat zugrunde zu legenden Umständen als unrichtig widerlegt. Die Klägerin kann sich hier zunächst auf das Schreiben der Beklagten vom 25.2.1997 stützen; dort ist vermerkt, dass der Typ der 12 «M[...] double roll mills» von «GN» mit Gleitlagern nach «HN» mit Rollenlagern geändert werde; es ist ausdrücklich hinzugefügt, dass die übrigen Bedingungen unverändert blieben.

27

Damit übereinstimmend haben sämtliche vom Senat gehörten Zeugen – auch soweit es sich um von dieser benannte Mitarbeiter der Beklagten handelte – bestätigt, dass ausschließlich über die Lieferung von M[...] -Walzen gesprochen worden sei; keiner der Zeugen hat Verabredungen des Inhalts geschildert, wonach türkische oder russische Teile geschuldet sein sollten. So hat die Prokuristin C[...] H[...] der Beklagten angegeben, es seien M[...] -Produkte verkauft

28

worden. Der Mitarbeiter D[...] der Beklagten hat bestätigt, dass er dem Geschäftsführer S[...] Z[...] der Klägerin M[...] Walzenstühle gezeigt habe; eine Lieferung türkischer oder russischer Produkte durch seine Arbeitgeberin konnte er sich nicht vorstellen.

Dem entsprechend hat der pensionierte Montagemeister und frühere Mitarbeiter der Firma M[...], der Zeuge S[...], angegeben, er sei vom Geschäftsführer der Klägerin in einem frühen Stadium der Verhandlungen hinzugezogen worden, weil er auf Produkte dieses Fabrikates Wert gelegt habe. Dem entsprechend habe er Herrn Z[...] zum Kauf bei der Beklagten zuraten können, nachdem bei der damals in deren Hause durchgeführten Besichtigung Mühlen dieses Typs in hervorragender Qualität gezeigt worden seien.

29

Der Senat verkennt nicht, dass der Zeuge S[...] – der hier vom Geschäftsführer der Klägerin als Berater zugezogen war und hierfür jedenfalls mit einer großzügigen Spesenabrechnung belohnt wurde – sich mit einem gewissen Eifer für deren Sache ins Zeug gelegt hat und demgegenüber eine deutliche Ablehnung der Beklagten aufgrund bestimmter von ihm beanstandeter Geschäftspraktiken zum Ausdruck gebracht hat. Auch hatte er bei einer offenbar längeren gemeinsamen Anreise zum Termin sicherlich Gelegenheit, sich mit der Klägerin abzustimmen. Zudem hat er eine äußerst fest gefügte Überzeugung von der Qualität der Produkte seiner früheren Arbeitgeberin offenbart, die Anlass zu Zweifeln gibt, ob er den hier streitentscheidenden Fragen in völliger Unbefangenheit gegenüber steht. Angesichts der dargestellten Übereinstimmungen mit den weiteren Zeugenaussagen und den sonstigen Umständen begründet all dies aber keine Zweifel der Richtigkeit der Aussage in dem hier entscheidenden Punkt, noch vermag es abweichende, der Beklagten günstigere Feststellungen zu stützen.

30

Ebenso berücksichtigt der Senat, dass der Zeuge K[...] seine bei den Verhandlungen eingenommene Rolle als Vermittler in auffälliger und nicht unbedingt den Tatsachen entsprechender Weise heruntergespielt hat. Auch hieraus ergeben sich aber nach dem soeben dargestellten Zusammenhang keine der Beklagten günstigere Feststellungen.

31

Die Beklagte hat im Anschluss an die durchgeführte Beweisaufnahme behauptet, die hier gelieferten Walzenstühle mit Hochleistungsrollenlagern seien von der Firma M[...], die ihre Produktion schon 1976 eingestellt habe, niemals hergestellt worden. Dies sei dem Geschäftsführer der Klägerin genau bekannt gewesen. Es existierten aber am Markt viele M[...] -Nachbauten, und der Name sei infolge der damaligen Produktionseinstellung markenrechtlich nicht geschützt. Auch dieser Vortrag kann aber nicht den von der Beklagten vertretenen Vertragsinhalt begründen. Der Senat geht nach dem oben dargestellten Ergebnis der Beweisaufnahme davon aus, dass unter den von der Klägerin gewünschten M[...] -Mühlen ein deutsches Erzeugnis des so bezeichneten früheren Herstellers verstanden wurde und dass die Parteien darunter jedenfalls kein russisches Produkt verstanden. Eine schon 1976 erfolgte Produktionseinstellung würde nicht entgegen stehen, weil die Beklagte unstreitig mit gebrauchten und teils Jahrzehnte alten Maschinen handelt, die offenbar nach der von ihr durchgeführten Überholung und Aufarbeitung für die Zwecke ihrer Kunden gleichwohl brauchbar sind. Die Beklagte selbst trägt nicht vor, dass der Klägerin offen gelegt worden sei, dass die Geräte in der gewünschten Ausstattung nur als ausländischer Nachbau zu erhalten seien. Ihrem Vortrag kann auch nicht entnommen werden, dass es sich um einen in Fachkreisen derart offenkundigen Umstand handelte, dass er auch bei einer Kundin wie der Klägerin als bekannt vorausgesetzt

32

werden musste; die bloße Behauptung solcher Kenntnisse kann solchen Vortrag nicht ersetzen, zumal sie hier mit sonstigen Umständen im Widerspruch steht. Durch ein von der Klägerin nunmehr vorgelegtes Schreiben vom 30.1.1997 hatte die Beklagte zum Ausdruck gebracht, dass die «restlichen Maschinen» (also gemeint auch die Walzenmühlen) zur Zeit im Ausland demontiert würden und dass sich durch die «Umbestellung von GN nach HN» die Auslieferung verzögern werde; dass die Ausstattungswünsche der Klägerin zu einer völligen Veränderung des Vertragsgegenstandes geführt hätten, findet dort ebenso wenig Anklang wie in der bereits erwähnte Änderungsbestätigung vom 25.2.1997.

Der erwähnte Vortrag der Beklagten wäre jedenfalls nach §§ 530, 296 Abs. 1, 273 Abs. 2 Nr. 1 ZPO als verspätet zurückweisen. Die Beklagte wäre gehalten gewesen, diesen aus ihrer Sicht für die Bewertung der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien wesentlichen Vortrag bereits auf die Verfügung vom 26.5.2003 vorzubringen. Die nunmehrige Zulassung des Vortrags würde – seine Erheblichkeit vorausgesetzt – die Erledigung des Rechtsstreits verzögern, weil der Klägerin Gelegenheit gegeben werden müsste, ihre gegenteilige Darstellung nachzuweisen. Dagegen ist der Rechtsstreit im sonst hinsichtlich des zwischen den Parteien heftig umstrittenen Grundes des Anspruchs zur Entscheidung reif. Zur abschließenden Klärung dieser Frage war die im Termin vom 10. November 2003 durchgeführte Beweisaufnahme auch bestimmt; zu ihrer Vorbereitung diente die genannte Aufklärungsverfügung. Dies war für die Parteien ohne weiteres erkennbar. Entschuldigungsgründe für das Prozessverhalten der Beklagten sind nach alledem nicht ersichtlich.

Eine Änderung des Vertragsgegenstandes ergibt sich auch nicht aus der Tatsache, dass die ausgelieferten Mühlen vor ihrer Verladung von Seiten der Beklagten besichtigt worden waren und dass insbesondere die Übersendung eines einzelnen Geräts der restlichen Lieferung zeitlich vorausgegangen ist. Die Beklagte trägt selbst nicht vor, die Änderung der Herkunft der Geräte gegenüber der Klägerin offen gelegt zu haben. Auch hat ihr Geschäftsführer in der mündlichen Verhandlung des Senats vom 10.11.2003 erklärt, dass – zur Vermeidung von Schwierigkeiten mit Einfuhrgenehmigungen – die Typenschilder der von der Beklagten verkauften Geräte üblicherweise vor der Auslieferung abmontiert würden. Dem entsprechend hat die Beklagte auch nicht behauptet, dass diese erste Warensendung nach Art einer Probeflieferung ergeben sollte, ob sich die Klägerin mit diesem geänderten Vertragsinhalt einverstanden erklären konnte. Absprachen im Sinne des Art. 35 Abs. 2 lit. c CISG über eine Prüfung und Bewertung der ersten Lieferung wurden nicht vorgetragen. Aus der Sicht der Klägerin handelte es sich daher bei dieser Lieferreihenfolge um einen eher zufälligen Umstand der Vertragsabwicklung, der nicht auf eine Änderung der Vereinbarungen hinwies. Ein solcher Eindruck wurde verstärkt durch das Schreiben der Beklagten vom 30.1.1997 wonach sich infolge der Umbestellungen der Klägerin und der hierdurch erforderlichen Demontage von Maschinen im Ausland die Auslieferung verzögern werde.

Ebenso wenig können die Fachkenntnisse des Geschäftsführers S[...] Z[...] der Beklagten herangezogen werden, um sein Einverständnis mit der Herkunft der gelieferten Mühlen zu belegen. Der Zeuge S[...] hat zwar seine Überzeugung zum Ausdruck gebracht, dass ein Fachmann ein M[...] -Produkt ohne weiteres von den durch die Beklagte gelieferten Geräten unterscheiden könne und dass der Geschäftsführer Z[...] der Klägerin ein solcher Fachmann sei. An Einzelheiten der vom Zeugen weiter gegebenen Schilderung zeigt sich aber doch, dass sich die

33

34

35

verschiedenen Geräte durch Feinheiten unterscheiden, die gerade für den mit den M[...] -Mühlen jahrzehntelang intensiv vertrauten Zeugen offenkundig sind und die auch erst beim tatsächlichen Einsatz des Geräts und nicht nur bei der bloßen Besichtigung richtig deutlich werden. So sprach der Zeuge von einem bei den gelieferten Maschinen andersartigen Regler, der beim Betrieb der Anlage Probleme bereite. Auf den mit der Klageschrift vorgelegten Fotos, die ihm gezeigt wurden, wies er auf bestimmte Ausführungsdetails hin, die eine Herkunft von der Firma M[...] ausschlossen. Er schilderte auch bestimmte, von ihm an den gelieferten Maschinen ausgeführte Wartungsarbeiten, die dort wesentlich schwieriger und aufwendiger zu bewerkstelligen seien als an echten M[...] -Geräten. Nach Auffassung des Senats belegt dies, dass die vom Zeugen behauptete Unterscheidbarkeit gerade aus dessen besonderen Kenntnissen als langjähriger M[...] -Mitarbeiter beruht, wie sie auch bei einer als Mühlenbetreiber fachkundigen Person wie dem Geschäftsführer der Klägerin nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden können. Die – wie bereits geschildert – erkennbar gewordene und auch von der Beklagten hervorgehobene Blickverengung des Zeugen auf seine ganz besonderen Erfahrungen mit M[...] -Produkten muss bei der Würdigung der Aussage entsprechend berücksichtigt werden. Daher kann hier einem schlichten Vorzeigen der gelieferten Maschinen nicht die Erklärung des anderen Teils entnommen werden, dass die gelieferte Ware auch als russischer M[...] -Nachbau akzeptiert werde.

5.

Dem Anspruch der Klägerin kann die Beklagte auch hinsichtlich der Mühlen nicht die Unmöglichkeit der vertraglich vereinbarten Leistung nach Art. 79 CISG entgegen setzen. Der bereits erwähnte Vortrag der Beklagten über die Verfügbarkeit von M[...] -Mühlen mit Rollenlagern ergibt das Vorliegen dieses Befreiungsgrundes nicht. Unstreitig werden die von der Beklagten vertriebenen Maschinen von ihr üblicherweise auch überholt und aufgearbeitet. Es ist daher denkbar, dass sie solche auch in einer Ausstattung liefern kann, die von dem ursprünglichen Hersteller nicht angeboten worden war. Dieser nunmehrige Vortrag der Beklagten ist auch nicht ohne weiteres vereinbar mit den erwähnten Vertragsunterlagen, wodurch sich die Beklagte zur Lieferung der von der Klägerin gewünschten Mühlen gerade bereit erklärt hatte. Jedenfalls hat die Beklagte, die für den von ihr behaupteten Hinderungsgrund die Beweislast trägt (*Schlechtriem*, a.a.O., Art. 79 Rn. 51), solchen Beweis für ihre bestrittene Darstellung nicht angeboten.

6.

Hinsichtlich der Mühlen, Plansichter und Filter sind die Ansprüche der Klägerin nicht verfristet nach Art. 39 CISG. Die Beklagte kann sich gemäß Art. 40 CISG auf die Verfristung nicht berufen, weil die Vertragswidrigkeit der von ihr gelieferten Ware auf Tatsachen beruht, die sie kannte oder kennen musste und die sie der Käuferin nicht offenbart hat.

Die Erfüllung der dieser Voraussetzungen des Art. 40 CISG ist offensichtlich, soweit es die Plansichter und Filter angeht. Es war die Lieferung von Teilen der Marke «B[...]» vereinbart; wie ausgeführt, hat die Beklagte keine Tatsachen vorgetragen, nach denen das Vorliegen einer solchen Vereinbarung oder auch nur die Kenntnis der Beklagten davon in Zweifel gezogen werden könnte. Es ist daher nicht denkbar, dass die Beklagte ihre Vertragspflichten anders als vorsätzlich und unter pflichtwidriger Unterlassung einer Offenbarung verletzt haben könnte. Eine bloße Verwechslung scheidet bei der Deutlichkeit dieser Fehllieferung aus. Sie wird von

36

37

38

der Beklagten, die ihre Verpflichtung zur Lieferung von B[...] -Teilen zwar im Ergebnis, jedoch ohne Vortrag entsprechender Tatsachen bestritten hat, auch nicht geltend gemacht. Die Beklagte hat ihre Fehllieferung auch nicht dadurch offenbart, dass die Teile an die Klägerin ausgeliefert wurden, nachdem sie zuvor teilweise in Gegenwart von Vertretern der Klägerin verladen worden waren. Die Klägerin hat in Bezug auf diese Teile selbst nicht behauptet, dass die Lieferabweichung durch bloßen Augenschein erkennbar gewesen sei. Auch ist nach der Einlassung der Beklagten (s.o.) von einer Auslieferung ohne Typenschild auszugehen. Hinsichtlich der 12 Mühlen erachtet der Senat die Voraussetzungen nach Art. 40 CISG ebenfalls für erfüllt. Auch hier scheidet die Möglichkeit aus, dass die Falschlieferrung auf einer bloßen Verwechslung beruhen könnte. Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, sie sei nach dem Ablauf der Vertragsverhandlungen davon ausgegangen, russische Mühlen liefern zu dürfen. Die Voraussetzungen nach Art. 40 CISG sind auch dann erfüllt, wenn sich der Verkäufer über eine ins Auge springende Vertragswidrigkeit hinwegsetzt (*Schlechtriem*, a.a.O., Art. 40 Rn. 4). Zumindest dies muss sich die Klägerin hier entgegen halten lassen.

Ein Fehlverhalten der Beklagten in diesem Sinn ergibt sich bereits aus den oben zum Inhalt der vertraglichen Vereinbarungen getroffenen Feststellungen. Die Beklagte hat danach durchaus zur Kenntnis genommen, dass es der Klägerin auf die Lieferung von Mühlen der Marke M[...] ankam. Sie ist diesem Wunsch nachgekommen nach dem Inhalt des Schreibens vom 25.2.1997, durch das die von den Parteien vereinbarten Änderungen des Vertragsgegenstandes bestätigt wurden. Über die von ihr jetzt behaupteten Hindernisse gegenüber einer solchen Lieferung und über eine daraus folgende anderweitige Festlegung des Vertragsgegenstandes hat sie unstreitig mit der Klägerin oder mit den hier tätigen Vermittlern Y[...] und K[...] niemals ausdrücklich gesprochen. Wenn sie sich gleichwohl zur Lieferung russischer Mühlen für berechtigt hielt, hat sie sich über Bedenken hinweggesetzt, die sie nicht hätte übersehen können und dürfen.

Die Beklagte hat die Vertragswidrigkeit der von ihr gelieferten Mühlen auch nicht offenbart. In der in Gegenwart von Vertretern der Klägerin durchgeführten Verladung und der anschließenden Lieferung liegt keine solche Offenbarung. Auch hierzu ist auf die oben gemachten Ausführungen zum Vertragsinhalt zu verweisen, wonach die Lieferabweichung nicht ohne weiteres erkennbar war; die Beklagte durfte daher auch nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass die Abweichung erkannt werden würde. Sie mag mit der Möglichkeit gerechnet haben, dass die Herkunft der Mühlen im Rahmen der Lieferung erkannt werden würde; sie mag dabei angenommen haben, dass sich hieraus ergebende Schwierigkeiten bei der Vertragsabwicklung in der einen oder anderen Weise würden lösen lassen. Sie hat es aber durchaus in Kauf genommen, dass die Abweichung von der Klägerin unbemerkt bleiben würde, wie das Unterlassen ausdrücklicher Hinweise zeigt.

7.

Auch die Absprachen der Parteien über die 1999 erbrachte Schlusszahlung bringen die Ansprüche der Klägerin nicht zu Fall. Es wird auch von der Beklagten nicht behauptet, dass die jetzt beanstandete Herkunft der Maschinen Gegenstand damaliger Verhandlungen gewesen wäre. Es kann auch nicht angenommen werden, dass die Parteien hierdurch auch solche Ansprüche abschneiden wollten, die noch überhaupt nicht bekannt waren und die etwa auch auf einem Verhalten der in Art. 40 CISG beschriebenen Art beruhen. Dabei ergibt auch das von

39

40

41

der Beklagten vorgelegte Schreiben des iranischen Vermittlers Y[...] vom 29.6.1999 und der hieran anknüpfende Vortrag der Beklagten zum Inhalt der damaligen Verhandlungen, dass die damals besprochene Erledigung sämtlicher gegenseitiger Ansprüche nicht in einem derart umfassenden Sinn gemeint war. Die Beteiligten haben nämlich damals unter Einbeziehung von Vertragsverhältnissen zwischen der Beklagten und Drillen eine umfassende Verrechnung ausstehender Zahlungen vorgenommen, wonach nur noch ein Restbetrag durch die Klägerin zu zahlen war. Hieran anknüpfend wird in dem Schreiben festgestellt, dass sich nach dieser Zahlung «keine weiteren offenen Konten oder Verbindlichkeiten bzw. Forderungen zwischen uns und unseren Kunden und Ihnen» ergeben würden. Dies bedeutet, dass zum damaligen Zeitpunkt keine Zahlungsverpflichtungen mehr offen standen; ein Ausschluss möglicherweise künftig entstehender oder offenbar werdender Forderungen war damit nicht verbunden.

Dies gilt auch für den nach der Lieferung gerügten Filter, für den die Parteien damals einen Nachlass in ihre Abrechnung eingestellt haben. Der Geschäftsführer der Klägerin hat bei der mündlichen Verhandlung vor dem Senat glaubhaft angegeben, dass er diesen Filter allein aufgrund seiner sich aus den Lieferpapieren ergebenden Größe gerügt habe, die mit den vertraglichen Vereinbarungen unstreitig nicht übereinstimmte (Größe 52 statt 78). Dem entsprechend hat der gewährte Nachlass allein diese Lieferabweichung abgedeckt. Dass damals auch über die Herkunft des Geräts verhandelt worden sei, hat selbst die Beklagte nicht behauptet.

42

8.

Die Klägerin kann somit hinsichtlich der Mühlen, Plansichter und Filter gemäß Art. 74 CISG den ihr durch die Vertragsverletzung der Beklagten entstandenen Verlust ersetzt verlangen. Wie geschehen, kann die Klägerin danach unter Festhaltung am Vertrag im Übrigen den Ausgleich des Minderwertes verlangen, den die tatsächliche Lieferung gegenüber einer vertragsgemäßen Erfüllung aufweist (vgl. *Schlechtriem*, a.a.O., Art. 74 Rn. 15).

43

Über die Höhe dieses Anspruchs kann der Senat noch nicht abschließend entscheiden. Die Klägerin behauptet eine Wertminderung um 4/5 und beruft sich hierfür auf eine geringere Haltbarkeit und Einsetzbarkeit der gelieferten russischen und türkischen Teile. Die Beklagte hat sich dagegen bereits im erstinstanzlichen Schriftsatz vom 12.10.2001 gegen die angebliche Minderwertigkeit der gelieferten Maschinen «mit Entschiedenheit verwahrt». Diese Streitfrage wird im Rahmen der für ein deutsches Gericht gegebenen Möglichkeiten durch das von der Klägerin angebotene Sachverständigengutachten zu klären sein.

44

Hierbei kann der Senat aber bereits jetzt zum Grund des Anspruchs abschließend entscheiden. Ein solches Grundurteil (§ 304 ZPO) kann ergehen, wenn es nach dem Sach- und Streitstand zumindest wahrscheinlich ist, dass der Anspruch in irgendeiner Höhe besteht (BGH NJW 2001, 224, 225; *Zöller*, a.a.O., § 304 Rn. 6). Dies vermag der Senat in der insoweit gebotenen summarischen Prüfung (MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., § 304 Rn. 19, 26) hier festzustellen. Zu verweisen ist insbesondere auf die vom Zeugen S[...] glaubhaft geschilderten Erschwernisse im laufenden Betrieb der gelieferten Anlagen. Die von der Beklagten hervorgehobene und nicht bestrittene Tatsache, dass sich die Anlage zumindest seit 2000 dauernd in Betrieb befindet, steht nicht entgegen. Dies schließt nicht aus, dass die Geräte – der Darstellung der Klägerin entsprechend – weniger störungsfrei laufen als dies bei den von ihr gewünschten Maschinen der Marken M[...] und B[...] der Fall gewesen wäre, dass sie voraussichtlich eine geringere Lebensdauer

45

erreichen werden als jene und ihnen somit am Markt allgemein ein geringerer Wert beige-
messen wird als der vertraglich vereinbarten Ware.

Der Senat hält es auch für angebracht, von der somit eröffneten Möglichkeit eines Grundur-
teils Gebrauch zu machen. Es erscheint angemessen, wenn der Grund abschließend geklärt
wird, bevor eine aufwendige Beweisaufnahme zur Höhe durchgeführt wird.

46

9.

Die Kostenregelung muss der das Verfahren insgesamt abschließenden Entscheidung vorbe-
halten bleiben. Damit erübrigt sich auch eine Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit.

47

Die Revision wird nicht zugelassen, weil die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat
noch die Fortbildung des Rechtes oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine
Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern (§ 543 Abs. 2 ZPO).

48