

CISG-online 1935	
Jurisdiction	Germany
Tribunal	Oberlandesgericht Dresden (Court of Appeal Dresden)
Date of the decision	23 October 2000
Case no./docket no.	2 U 1181/00
Case name	<i>Milk powder case</i>

Tatbestand:

Die Klägerin begehrt aus eigenem und abgetretenem Recht der N[...] S[...] M[...] b.v. (künftig: Zedentin) im Wesentlichen Schadenersatz aus dem Kauf von Milchpulver, das bei der späteren Verarbeitung zu Trinkmilch einen ranzigen Geschmack ergab. 1

Die Klägerin und die Zedentin, die beide in den Niederlanden ansässig sind, bezogen von der Beklagten und deren Mehrheitsaktionärin, der Molkerei A[...] M[...] GmbH & Co. KG, in der ersten Hälfte des Jahres 1998 insgesamt 2.557,5 t Milchpulver im Rechnungswert von rd. 15 Mio. DM, von dem sie 2.550 t an die G[...] I[...] des P[...] L[...] s.p.a. (künftig: G[...] s.p.a.), vormals O[...] R[...] L[...] s.p.a. (künftig: o[...] s.p.a.), mit Sitz in Algier und restliche 7,5 t an die Firma I[...] mit Sitz in den Niederlanden weiterveräußerten. 2

Der Inhalt der jeweils telefonisch erfolgten Bestellungen bzw. – so die Klägerin – Vertragsschlüsse wurde von den Vertragspartnern in wechselseitigen Bestätigungen (vgl. beispielhaft: Bestätigung der Klägerin vom 03.03.1998 [Anl. K 2]; Bestätigung der Zedentin vom 03.02.1998 [Anl. K 3]; Bestätigung der A[...] M[...] GmbH & Co. KG vom 03.03.1998 [Anl. K 4]; Bestätigung der Beklagten vom 30.03.1998 [Anl. K 5]) festgehalten, wobei die Lieferbestätigungen der Beklagten bzw. der A[...] M[...] GmbH & Co. KG, deren Produktionsstätte in L[...] die Beklagte Anfang 1998 unter Eintritt in die bestehenden Vertragsverhältnisse übernahm, in der Fußzeile jeweils folgenden Text enthielten: 3

Wir verkaufen ausschließlich zu unseren Geschäftsbedingungen. Entgegenstehende gesetzliche Bedingungen oder entgegenstehende Geschäftsbedingungen des Käufers werden ausdrücklich nicht anerkannt und sind demzufolge nicht Vertragsbestandteil.

Die in den Lieferbestätigungen in Bezug genommenen Geschäftsbedingungen (Anl. B 1) enthalten folgende Bestimmungen, aus denen die Beklagte einen Ausschluss des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG) i.V.m. dem Gesetz vom 01.07.1989 (BGBl. II S. 586 ff.) ableitet: 4

[...]

IV. Höhere Gewalt

Im Falle höherer Gewalt und sonstiger unvorhersehbarer, außergewöhnlicher und unverschuldeter Umstände [...] verlängern sich unsere Lieferzeiträume in angemessenem

Umfang. Etwaige Schadenersatzansprüche oder Rücktrittsrechte des Abnehmers sind in diesen Fällen ausgeschlossen.

[...]

VI. Gewährleistungen und Mängelrüge

[...]

3. Der Abnehmer hat uns die beanstandete Ware oder Proben hiervon in ausreichender Menge zu Zwecken der Qualitätsprüfung zur Verfügung zu stellen, andernfalls kann der Abnehmer keine Gewährleistungsansprüche mehr gegen uns geltend machen.

Das von der Beklagten abgepackt gelieferte Milchpulver wurde von der Klägerin bzw. der Zedent in unter Einschaltung des Instituts S[...] N[...] b.v. (künftig: Institut S[...]) stichprobenartig untersucht (vgl. Anl. K 6a, K 6b und K 7 sowie Bl. 479 ff. dA), im Hafen von Antwerpen neu palettiert und nach dem Weiterverkauf nach Algerien bzw. – soweit an die Firma I[...] veräußert – Aruba/Niederländische Antillen verschifft.

5

I.

Die G[...] s.p.a. lieferte das von ihr bezogene Milchpulver an ihre in Algerien ansässigen Tochterunternehmen aus, die es zu Trinkmilch verarbeiteten. Diese schmeckte teilweise ranzig, worauf die G[...] s.p.a. folgende Mengen des gelieferten Milchpulvers gegenüber der Klägerin und der Zedentin als mangelhaft rügte:

6

Käufer	Schiff	Ankunft Algier	Liefermenge	Beanstandete Menge
Zedentin	Loire	12.04.1998	250 t	16,5 t
Zedentin	Eurocarrier	26.04.1998	450 t	56,250 t
Zedentin	Bluwing	27.06.1998	500 t	19,875 t
Klägerin	Eurocarrier	26.04.1998	700 t	84,975 t
Klägerin	Tozeur	06.07.1998	650 t	30 t sowie 10.000 l bereits auf bereitete Milch

Im Einzelnen:

1.

Mit Schreiben vom 08.06.1998 (Anl. K 9 und K 10) informierte die G[...] s.p.a. die Klägerin und die Zedentin darüber, dass bestimmte Partien der Sendungen einen unangenehmen und anomalen Geschmack aufwiesen.

7

Die Klägerin teilte dies der Beklagten schriftlich unter dem 08.06.1998 mit (vgl. Anl. K 11). Auf einer hierauf am 24.06.1998 in Algier unter Teilnahme eines Vertreters der G[...] s.p.a., der Klägerin, der Zedentin und des Mitarbeiters S[...] der Beklagten abgehaltenen Besprechung wurde in den gegengezeichneten Protokollen (vgl. Anl. K 12, K 13) Folgendes festgehalten:

8

(aus Anl. K 12)

9

Diese Sitzung hatte zum Ziel eine Feststellung in Anwesenheit der Parteien mit Bezug auf die Qualität des Sprühvollmilchpulvers 260-0 geliefert von der Firma N[...] S[...] im Rahmen oben erwähnten Kontraktes und herkünftig des Werkes S[...] AG L[...] Cod [...].

Infolge eines Besuches am Lagerort dieses Pulvers und nach deren Verkostung wurde festgestellt, dass gewisse Partien einen unangenehmen Geschmack hatten.

Demzufolge wurde zwischen beiden Parteien folgendermaßen vereinbart:

1. G[...] (ex O[...]) wird die Partien weiter aussortieren und dem Lieferanten N[...] S[...] die Mengen Milchpulver, die einen unangenehmen Geschmack haben, mitteilen.
2. Die Firma N[...] S[...] verpflichtet sich ihrerseits:
 - G[...] (ex O[...]) zu entschädigen für die beiseite gestellten Mengen, welche einen unangenehmen Geschmack haben.
 - G[...] die Schlüsse der unternommenen Untersuchungen, die die festgestellten Abweichungen betreffen, vorzulegen.

für N[...] S[...]

für S[...] AG

gez. N[...] S[...]

gez. O. S[...]

für G[...]

gez. M. K[...]

(aus Anl. K 13)

10

Niederschrift des Protokolls ...

Bei einem Besuch der Lagerstätte dieses Milchpulvers und nach Probe dieses Produkts wurde bestätigt, dass bestimmte Partien einen unangenehmen Geschmack aufweisen. Demzufolge wurde zwischen beiden Parteien Folgendes vereinbart:

1. G[...] (früher O[...]) wird die Partien aussortieren und dem Lieferanten A[...] die Menge des Milchpulvers, die einen unangenehmen Geschmack aufweist, mitteilen.
2. Die Firma A[...] verpflichtet sich ihrerseits:
 - die Firma G[...] zu entschädigen für die aussortierten Mengen, die einen unangenehmen Geschmack aufweisen.
 - Der Firma G[...] (früher o[...]) die Schlussfolgerungen der Untersuchungen, die sich auf die festgestellten Abweichungen beziehen, zukommen zu lassen.

P/A[...]

P/S[...] AG

P/G[...]

2.

Nachdem die G[...] s.p.a. am 28.07.1998 gegenüber der Zedentin Mängel der am 27.06.1998 mit dem Frachter Bluwing eingetroffenen Lieferung gerügt hatte (vgl. Anl. K 15), fanden am

11

19.08.1998 zwei Besprechungen in Algier statt, an denen wiederum Vertreter der G[...] s.p.a., der Klägerin, der Zedentin und der Beklagten teilnahmen. Die in französischer Sprache gefassten Gesprächsprotokolle (vgl. Anl. K 17 und K 18) wurden von den Vertretern der Beteiligten gegengezeichnet, wobei der Mitarbeiter T[...] der Beklagten, welcher der französischen Sprache nicht mächtig war, am 20.08.1998 unter dem Vorbehalt unterschrieb, dass ihm der Vertragstext – wie unstreitig geschehen – zutreffend in die deutsche Sprache übersetzt wurde.

Das auf die Milchpulverlieferungen der Zedentin bezogene «Protokoll der gütlichen Einigung» (Anl. K 17) nimmt Bezug auf die Besprechung vom 19.08.1998 und enthält neben einer Aufstellung der beanstandeten Mengen und einer Schadensschätzung, die sich auf US\$ 206.150,36 beläuft, folgende Regelung:

12

In Anbetracht des Vorgegangenen haben sich beide Parteien auf Folgendes geeinigt:

Das Zugeständnis einer Entschädigung durch N[...] S[...] für den gesamten oben geschätzten Schaden spätestens am 25.08.1998, andernfalls behält sich G[...] das Recht vor, auch die Inanspruchnahme der von der S[...] gestellten Kautions in Höhe von US\$ 776.000,00 als Garantie für die richtige Ausführung der Vertragsverpflichtungen zurückzugreifen.

P/N[...] S[...]

P/G[...]

P/S[...]AG

Das die Milchpulverlieferungen der Klägerin betreffende «Proces-verbal de reglement a l'amiable» (von der Klägerin zunächst übersetzt als «Protokoll eines Vorschlages zur Güte» [vgl. Anl. K 18]; unstreitig zu übersetzen als «Protokoll der gütlichen Einigung» [vgl. Bl. 504 dA]) verweist ebenfalls auf die Unterredung vom 19.08.1998, bewertet den Schaden durch mangelhafte Milchpulverlieferungen der Klägerin mit US\$ 181.818,06 und enthält darüber hinaus folgende Absprache:

13

[...]

In Anbetracht des oben Stehenden haben beide Parteien vereinbart:

Die Akzeptierung der Entschädigung von A[...] für den Gesamtschadensfall, wie oben bewertet und zwar spätestens am 25.08.1998, mangels der G[...] sich das Recht vorbehält zurückzugreifen auf die von A[...] gestellte Kautions in Höhe von 781.000,00 US\$ als Garantie für die richtige Ausführung der Kontraktverpflichtung.

Unter dem 24.08.1998 teilte die von der Beklagten mit der Abwicklung der Angelegenheit beauftragte Rechtsabteilung der A[...] M[...] GmbH & Co. KG der Klägerin und der Zedentin Folgendes mit (Anl. K 19):

14

[...]

Wir haben zur Kenntnis genommen, dass von dem auf Grund der Lieferbestätigungen vom 04. Februar, 18. Februar (2 Bestätigungen), 25. Februar, 09. April (2 Bestätigungen) und 28. April 1998 (alle vorstehenden an Firma S[...]) sowie auf Grund der Lieferbestätigungen vom 03. März, 06. März, 30. März, 19. Mai, 20. Mai, 29. Mai und 04. Juni

1998 (diese vorstehenden gegenüber der Firma A[...]) gelieferten Milchpulver in einer Gesamtmenge von 3.495 t eine Teilmenge von 177 t nicht den vertraglichen Anforderungen entspricht.

Wir bestreiten nicht, dass Ihnen aus der Qualitätsabweichung Gewährleistungsansprüche zustehen, wobei jedoch grundsätzlich die beiden folgenden Aspekte zu berücksichtigen sind:

1. [...]
2. Sämtliche oben genannten Lieferbestätigungen nehmen Bezug auf unsere Allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche somit für unser Rechtsverhältnis maßgeblich sein müssen.

Aus dem oben Gesagten ergibt sich, dass sich die S[...] AG mit Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen, die seitens der Firma G[...] gestellt werden, nicht auseinandersetzen hat.

Unsere Geschäftsbedingungen setzen die Anwendbarkeit deutschen Rechts voraus. Das Gewährleistungsrecht des BGB gewährt zum einen keine Schadenersatzansprüche; das Recht auf Wandelung zum anderen, d.h. auf Rückgängigmachung des Vertrages, bedingt die Rückgabe der mangelhaften Ware Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises. Wir betonen an dieser Stelle ausdrücklich, dass wir Ihnen bzw. der Firma A[...] gegenüber in Ansehung der mangelhaften 177 t zur Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses, wie oben dargestellt, bereit sind. Weitergehende Ansprüche, die die Firma G[...] gegebenenfalls an Sie bzw. an die Firma A[...] stellt, sind sachlich nicht gerechtfertigt und werden von uns nicht übernommen.

[...]

Mit Schreiben vom 01.09.1998 (Anl. K 20) begehrte die Zedentin von der Beklagten die Begleichung ihrer Schadensersatzforderung in Höhe von US\$ 198.150,36, die sie unter dem 30.11.1998 (Anl. K 24) an die Klägerin abtrat.

15

3.

Durch Telefax vom 02.09.1998 (Anl. K 29) beanstandete die G[...] s.p.a. gegenüber der Klägerin die mit dem Frachter Tozeur am 06.07.1998 in Algier eingetroffene Lieferung von 650 t Milchpulver und konkretisierte die Rüge mit Schreiben vom 06.11.1998 (Anl. K 32). Die Klägerin kündigte der Beklagten mit Faxschreiben vom 01.09.1998 (Anl. K 21) eine Mängelanzeige an und rügte mit Schreiben vom 14.10.1998 (Anl. K 31) 15 t aus der Lieferung als fehlerhaft. Durch Schreiben der G[...] s.p.a. an die Klägerin vom 18.11.1998 (Anl. K 32), von dieser weitergeleitet an die Beklagte mit Telefax vom 24.11.1998 (Anl. K 33), wurde diese unter der Mitteilung der Ausmaße der Beanstandungen zur Überprüfung des Sachverhaltes nach Algerien eingeladen.

16

II.

Aus dem von der Beklagten erworbenen Kontingent veräußerte die Klägerin 7,5 t Milchpulver an die Firma I[...], die selbes nach Aruba weiterverkaufte (Anl. K 41). Mit Fax-Schreiben vom 29.09.1998 und 08.10.1998 (Anl. K 42) teilte die Firma I[...] der Klägerin unter Beifügung eines Zertifikates der für Aruba zuständigen Direktion der Volksgesundheit vom 06.10.1998 (Anl. K 22) Folgendes mit:

17

Betr.: 300 Säcke Vollmilchpulver mit Ankunft in Aruba am 04.05.1998

Nach Erhalt dieses Milchpulvers haben wir festgestellt, dass die Farbe dunkel ist und dass es einen sauren Geschmack aufweist (wie alte Butter).

Auf Ihre Bitte hin haben wir trotzdem Einheiten von 650 Galonen Eis produziert mit mehr oder weniger katastrophalen Folgen, Beanstandungen von Kunden etc.

Außerdem zeigte sich, dass das Milchpulver auch noch «guru guru» enthält. «Guru Guru» ist ein sehr bekanntes Insekt. Bei einem Besuch der Direktion der Volksgesundheit wurde das festgestellt und nach weiteren Überlegungen beschlossen, diese Waren sofort zu vernichten. Das hat zur Folge, dass wir länger als einen Monat nicht regelmäßig produzieren konnten. Allerdings ist der Schaden viel größer als nur die 300 Säcke.

Hieran anknüpfend begehrte die Firma I[...] Ersatz ihres mit insgesamt hfl 29.256,00 beziffer-
ten Schadens, den ihr die Klägerin in der Folge erstattete.

18

III.

Die Klägerin hat behauptet, der bei den Endabnehmern aufgetretene ranzige Geschmack der hergestellten Trinkmilch und des Speiseeises sei auf einen im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bereits angelegten Lipasebefall des von der Beklagten erworbenen Milchpulvers zurückzuführen. Dieser versteckte Mangel beruhe auf der fehlerhaften Verarbeitung der Frischmilch zu Milchpulver. Bei Erkennbarkeit des Mangels sei dieser unverzüglich gegenüber der Beklagten gerügt worden, die ihre Gewährleistungspflicht durch Schreiben vom 24.08.1998 (Anl. K 24) sowie die in Algerien am 19./20.08.1998 protokollierten Vereinbarungen (Anl. K 17, K 18) anerkannt habe.

19

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die Beklagte hafte nach den Vorschriften des CISG, deren Anwendbarkeit durch die Allgemeinen Geschäfts- und Lieferbedingungen der Beklagten nicht ausgeschlossen sei, für die auf Grund der mangelhaften Milchpulverlieferungen wie folgt zu berechnenden Schäden:

20

Schaden Zedentin	fehlerhaftes Milchpulver aus Transporten Loire, Eurocarrier, Bluwing	US\$ 198.150,36 (umgerechnet zuletzt mit DM 324.451,40)
Schaden Klägerin	fehlerhaftes Milchpulver aus Transport Eurocarrier	US\$ 181.818,06 (umgerechnet zuletzt mit DM 306.308,89)
Schaden Klägerin	Reisekosten Ortstermin Algier 24.06.1998	hfl 8.161,16 (umgerechnet zuletzt mit DM 7.240,91)

Schaden Klägerin	fehlerhaftes Milchpulver aus Transport Tozeur	US\$ 63.894,00 (umgerechnet zuletzt mit DM 106.830,77)
Schaden Klägerin	Reisekosten Ortstermin Algier 01.–04.12.1998	hfl 10.928,44 (umgerechnet zuletzt mit DM 9.696,04)
Schaden Klägerin	fehlerhaftes Milchpulver Lieferung an Firma I[...]	hfl 29.256,00 (umgerechnet zuletzt mit DM 25.978,45)

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

21

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin DM 780.506,46 nebst jeweils 5% Zinsen p.a. aus
DM 306.308,89 seit dem 18.09.1998,
DM 7.240,91 seit dem 25.06.1998,
DM 324.451,40 seit dem 06.10.1998,
DM 106.830,77 seit dem 24.12.1998,
DM 9.696,04 seit dem 16.12.1998 und
DM 25.978,45 seit dem 18.04.1999 zu bezahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

22

die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen, die Kaufverträge zu den einzelnen Lieferungen seien telefonisch bzw. durch die den Ferngesprächen nachfolgende Übersendung der auf ihre Allgemeinen Geschäfts- und Lieferbedingungen hinweisenden Lieferbestätigungen zu Stande gekommen. Die Lipasebehaftung des nach Algerien gelieferten Milchpulvers sei erst nach Gefahrübergang entstanden, zumindest aber nicht von ihr verursacht. Das auf den Niederländischen Antillen verarbeitete Milchpulver sei allein durch Insektenbefall ungenießbar geworden.

23

Weiter hat die Beklagte die Ansicht vertreten, der verschuldensunabhängige Schadenersatzanspruch des CISG sei durch ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgeschlossen. Nach dem hierdurch anwendbaren bundesdeutschen BGB stünden der Klägerin und der Zedentin keine Schadenersatzansprüche zu, da dem gelieferten Milchpulver keine zugesicherte Eigenschaft gefehlt habe. Vorsorglich hat die Beklagte etwaige durch die Unterzeichnung des Protokolls vom 20.08.1998 abgegebene Erklärungen angefochten, da man ihrem Mitarbeiter T[...] angedeutet habe, dass seine Ausreise aus Algerien gefährdet sei, falls er die Niederschrift nicht gegenzeichne. Zudem habe sie dem Inhalt der Niederschrift nach deren Erhalt durch Schreiben vom 24.08.1998 (Anl. K 19) widersprochen und hierdurch den von ihrem Mitarbeiter T[...] erklärten Vorbehalt ausgeübt.

24

Die 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Dresden hat die Klage durch Urteil vom 31.03.2000 (vgl. Bl. 310 ff. dA), auf welches wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird, abgewiesen. Zur Begründung hat die Vorinstanz im Wesentlichen ausgeführt, dass auf Grund der Einbeziehung der Allgemeinen Geschäfts- und Lieferbedingungen der Beklagten der im CISG geregelte verschuldensunabhängige Schadensersatzanspruch nicht eingreife. Die Beklagte habe weder einen Schadensersatzanspruch der Klägerin anerkannt noch lägen die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches nach den Vorschriften des BGB vor. 25

Hiergegen wendet sich die Klägerin unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens mit ihrer Berufung. Sie stützt ihre Schadensersatzforderung zusätzlich auf die Erklärung der Beklagten vom 24.08.1998, in der eine gelieferte Menge von 177 t als mangelhaft anerkannt worden sei. Des Weiteren ergebe sich eine Haftung der Beklagten aus den auf den 20.08.1998 datierenden Protokollen. 26

Die Klägerin beantragt, 27

unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Dresden vom 31.03.2000, die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin DM 780.506,46 nebst 5% Zinsen aus

DM 306.308,89 seit dem 18.09.1998,
DM 7.240,91 seit dem 25.06.1998,
DM 324.451,40 seit dem 06.10.1998,
DM 106.830,77 seit dem 24.12.1998,
DM 9.696,04 seit dem 16.12.1998 und
DM 25.978,45 seit dem 18.04.1999 zu zahlen.

Die Beklagte verteidigt die angefochtene Entscheidung und beantragt, 28

die Berufung zurückzuweisen.

Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die wechselseitig eingereichten Schriftsätze sowie die Niederschriften der mündlichen Verhandlungen vor dem Landgericht und dem Senat Bezug genommen. Der Senat hat durch Vernehmung des Sachverständigen Prof. Dr. H[...] F[...] Beweis erhoben. Auf das Protokoll zur mündlichen Verhandlung vom 04.09.2000 (Bl. 503 ff dA) wird verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Klägerin ist überwiegend begründet. 29

A. 30

Die Klage ist zulässig, da gemäß Art. 1 Abs. 1, 2 EuGVÜ (vgl. zum Inkrafttreten in den Niederlanden: Bekanntmachung zum 12.01.1973 [BGBl. II S. 60]) die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte besteht.

B. 31

Die Klage hat weitgehend Erfolg.

Der Klägerin steht aus eigenem Recht ein Schadensersatzanspruch in Höhe von DM 309.291,05 wegen Mängeln des mit dem Frachter Eurocarrier nach Algerien beförderten Milchpulvers und aus abgetretenem Recht der Zedentin ein Schadensersatzanspruch in Höhe von DM 324.451,40 wegen Mängeln des mit den Frachtern Bluwing, Loire und Eurocarrier transportierten Milchpulvers, zusammen also in Höhe von DM 633.742,45, zu (unten I.). Ohne Erfolg bleibt die Berufung, soweit die Klägerin Entschädigung für eine Fehlerhaftigkeit der mit dem Frachter Tozeur erfolgten Milchpulverlieferungen sowie Schadensersatz wegen des an die Firma I[...] weiter veräußerten Milchpulvers (unten II.) begehrt.

32

I.

Die Beklagte ist der Klägerin wegen einer nicht vertragsgerechten Beschaffenheit von 177,6 t Milchpulver schadensersatzpflichtig, da der Senat davon auszugehen hat, dass folgende Milchpulverlieferungen im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mit Lipase behaftet waren und hierin eine nach Art. 74, 45 CISG zum Verlustausgleich führende Vertragsverletzung der Beklagten liegt:

33

Käufer	Schiff	Ankunft Algier	Liefermenge	beanstandete Menge
Zedentin	Loire	12.04.1998	250 t	16,5 t
Zedentin	Eurocarrier	26.04.1998	450 t	56,250 t
Zedentin	Bluwing	27.06.1998	500 t	19,875 t
Klägerin	Eurocarrier	26.04.1998	700 t	84,975 t
Gesamt				177,6 t

1.

Die der Klägerin aus eigenem und abgetretenem Recht zustehenden Gewährleistungsansprüche gründen auf die durch Gesetz vom 05.07.1989 (BGBl. II S. 586 ff.) ratifizierte Vorschriften des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG).

34

a)

Dieses ist kraft Gesetzes anwendbar, da die Vertragspartner jeweils in Vertragsstaaten des CISG ansässig sind (vgl. für Niederlande: Bekanntmachung vom 11.04.1991 [BGBl. II S. 675]) und die Vertragsverhältnisse gemäß Art. 28 Abs. 2 EGBGB angesichts des in Sachsen befindlichen Sitzes der Beklagten, der ab deren Werk erfolgenden Abholung durch die Klägerin bzw. die Zedentin und der in deutscher Währung erfolgten Preisabsprachen deutschem Recht unterliegen (vgl. OLG Düsseldorf MDR 2000, 575 f.; für frühere Rechtslage: BGH NJW 1987, 1141 f.).

35

b)

Der Vortrag der Beklagten ergibt auch keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien die Regelungen des CISG insgesamt oder teilweise abbedungen haben.

36

aa)

37

Im Ausgangspunkt ist der Beklagten allerdings darin beizutreten, dass auch durch die Einbeziehung von Vertragsbedingungen, die sich nur bei Geltung des unvereinheitlichten nationalen Rechts sinnvoll anwenden lassen, das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf gemäß Art. 6 CISG verdrängt werden kann (vgl. *Holthausen*, RIW 1989, 513 [518]; *Magnus*, in: Staudinger, BGB, 13. Aufl., Art. 6 CISG Rn. 42 m.w.N.; für Rechtsanwendungswahl: BGH IPRspr. 1997 Nr. 43; OLG Bamberg OLGR 1999, 149).

bb)

38

Eine solche Derogation des CISG ist aber weder den Allgemeinen Geschäfts- und Lieferbedingungen der Beklagten (unten (1)) noch den aus der Sicht der Klägerin in die Vertragsbeziehungen einbezogenen M.P.C.-Bedingungen (Anl. BB 2, Bl 431 ff. dA) zu entnehmen (unten (2)).

(1)

39

Für die in Ziff. IV und VI Nr. 3 der Allgemeinen Geschäfts- und Lieferbedingungen der Beklagten getroffenen Bestimmungen verbleibt auch dann ein Regelungsgehalt, wenn sich die kaufvertraglichen Beziehungen nicht nach dem BGB, sondern nach dem CISG richten.

(1.1)

40

Der Ausschluss eines Schadenersatzanspruches im Falle höherer Gewalt oder sonstiger außergewöhnlicher und unverschuldeter Umstände lässt sich bei Anwendbarkeit von Art. 74, 79 CISG sogar eher mit Sinn erfüllen als bei Geltung des unvereinheitlichten nationalen Rechts. Dieses kennt zwar bei Fehlen zugesicherter Eigenschaften ebenfalls eine verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers, lässt dann aber einen Haftungsausschluss durch Allgemeine Geschäftsbedingungen gemäß §§ 4, 24 AGBG auch im vollkaufmännischen Rechtsverkehr gerade nicht zu (vgl. *Ulmer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG, 8. Aufl., § 4 Rn. 12 Fn. 30; für die frühere Rechtslage: BGHZ 50, 200 [207]).

Auch die in Ziffer VI Nr. 3 der Allgemeinen Geschäfts- und Lieferbedingungen der Beklagten bestimmten Obliegenheiten des Erwerbers bauen nicht auf unvereinheitlichtem nationalen Recht auf, sondern knüpfen den Erhalt eines sich aus sonstigem Recht – auch dem CISG – ergebenden Schadenersatzanspruches lediglich an zusätzliche Voraussetzungen.

41

(1.2)

42

Dahinstehen kann deshalb, ob die Allgemeinen Geschäfts- und Lieferbedingungen der Beklagten Bestandteil der mit der Klägerin geschlossenen Kaufverträge wurden oder dem deren Verweis auf die M.P.C.-Bedingungen entgegensteht.

(2)

43

Einer Entscheidung bedarf ebenso wenig, ob der gegenständliche Anwendungsbereich von Art. 74, 79 CISG durch § 10 Nr. 7 und 8 der M.P.C.-Bedingungen verdrängt würde, da Letztere nicht Teil der Vertragsbeziehungen zwischen der Beklagten und der Klägerin bzw. der Zeden-tin sind.

(2.1)

44

In die mit der Zedentin geschlossenen Kaufverträge sind die M.P.C.-Bedingungen nicht einbezogen, da auf diese in den Lieferbestätigungen der Zedentin nicht Bezug genommen ist.

(2.2)

45

Die Klägerin hat zwar in ihren Lieferbestätigungen auf die M.P.C.-Bedingungen verwiesen, konnte diese aber angesichts der teilweise gegenläufigen Allgemeinen Geschäfts- und Lieferbedingungen der Beklagten nicht zum Vertragsbestandteil erheben.

(2.2.1)

46

Die von der Beklagten verwandte Abwehrklausel verdrängt die M.P.C.-Bedingungen unabhängig davon, ob die Behandlung konkurrierender Allgemeiner Geschäftsbedingungen den spezifischen Auslegungsgrundsätzen von Art. 19 CISG unterliegt oder ob insoweit auf die unvereinlichte nationale Rechtsordnung des Schuldrechtsstatuts (vgl. hierzu: BGH NJW 1995, 665 [666]; BGH NJW-RR 1986, 984 [985]) zurückgegriffen werden muss (vgl. zum Meinungsstand: *Schlechtriem*, in: von Caemmerer/Schlechtriem, CISG, Art. 19 Rn. 4 und Rn. 19 ff. m.w.N. in Fn. 9 ff.; *Reinhart*, UN-Kaufrecht, Art. 19 Rn. 7; *Schwenzer*, NJW 1990, 602 [604]; für kaufmännisches Bestätigungsschreiben ergänzend: OLG Köln RIW 1994, 972).

(2.2.2)

47

Es besteht auch kein greifbarer Anhalt dafür, dass die – mit den Allgemeinen Geschäfts- und Lieferbedingungen der Beklagten nicht kollidierenden – Gewährleistungsregelungen der M.P.C.-Bedingungen isoliert Vertragsinhalt wurden.

Der Senat verkennt dabei nicht, dass sowohl nach den Auslegungsregeln des CISG als auch jenen des sonstigen bundesdeutschen Rechts der übereinstimmende Teil einander ansonsten kollidierender Allgemeiner Geschäftsbedingungen auch gesondert in ein Vertragsverhältnis einbezogen werden kann (vgl. für CISG: *Schlechtriem*, a.a.O., § 19 Rn. 20 m.w.N. in Fn. 57 ff.; *Holthausen*, RIW 1989, 513 [517 f.]; für sonstiges nationales Recht: BGH NJW 1991, 1604 [1606], insoweit in BGHZ 113, 251 nicht abgedruckt; BGH NJW 1985, 1838 [1839 f.]). Eine derartige partielle Geltung der M.P.C.-Bedingungen scheitert aber daran, dass diese ganz erhebliche Abweichungen vom gewährleistungsrechtlichen Regelungsgefüge des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf enthalten und von der Klägerin nur als Ganzes in Bezug genommen wurden. Vor allem kann nicht angenommen werden, dass die Klägerin die in sich ausgewogenen – von Marktteilnehmern verschiedener Stufe aufgestellten – M.P.C.-Bedingungen nur insoweit gegen sich gelten lassen wollte, als diese im Gewährleistungsbereich für sie spürbar nachteiliger als die gesetzlichen Regelungen waren, ohne korrespondierend in den Genuss der ihr günstigen Klauseln zu gelangen (vgl. *Ulmer*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 8. Aufl., § 2 Rn. 102 ff.).

48

Im Übrigen hat sich die Beklagte einen Zugriff auf den die Gewährleistung betreffenden Teil der M.P.C.-Bedingungen durch ihre eigene Abwehrklausel ohnehin versperrt.

49

(3)

50

Entgegen der im Schriftsatz der Beklagtenvertreter vom 26.09.2000 vertretenen Sicht hinderen die teilweise kollidierenden Geschäftsbedingungen auch nicht den Abschluss der Kaufverträge.

- (3.1) 51
 Art. 19 Abs. 3 CISG konkretisiert lediglich den Regelungsgehalt von Art. 19 Abs. 2 CISG, schließt aber nicht aus, dass die Vertragspartner selbst dann eine rechtsgeschäftliche Bindung anstreben, wenn ihre Geschäftsbedingungen teilweise gegenläufige gewährleistungsrechtliche Bestimmungen enthalten.
- (3.2) 52
 von einem solchen Willen der Vertragspartner ist aber hier auszugehen, da sie trotz inhaltlicher Widersprüchlichkeiten zwischen den Allgemeinen Geschäfts- und Lieferbedingungen der Beklagten und den von der Klägerin in Bezug genommenen M.P.C.-Bedingungen in einer dauerhaften Geschäftsbeziehung und in erheblichem Umfang Milchpulver bezogen haben, ohne jemals die Ungereimtheiten ihrer jeweiligen Vertragsbedingungen zu thematisieren. Hierdurch haben sie zu erkennen gegeben, dass sie die fehlende Übereinstimmung zwischen den Allgemeinen Geschäfts- und Lieferbedingungen der Beklagten und den M.P.C.-Bedingungen nicht i.S.v. Art. 19 CISG als wesentlich erachten und für sie dieser formale Widerspruch in seiner Bedeutung hinter dem gemeinsamen Willen zum Vertragsschluss und zur Vertragsdurchführung zurücktritt (vgl. *Schlechtriem*, a.a.O., Art. 19 Rn. 20; *Holthausen*, RIW 1989, 513 [518]).
- (4) 53
 Schließlich gibt der Sachvortrag der Beklagten keinen Anhaltspunkt dafür, dass vor Klageerhebung konkludent die Anwendung unvereinheitlichten nationalen Rechts vereinbart wurde.
2. 54
 Die Beklagte ist aus Art. 74, 45 CISG schadensersatzpflichtig, da 177,6 t des gelieferten Milchpulvers als mangelhaft zu erachten sind (unten a), Gewährleistungsrechte nicht infolge verspäteter Rüge verloren gingen (unten b) und eine Enthftung nach Art. 79 CISG ausscheidet (unten c).
- a) 55
 Der von der Klägerin bzw. der Zedentin beanstandete Teil der Milchpulverlieferungen mit Ankunftsdaten 12.04., 26.04. und 27.06.1998 wird den vertraglichen Anforderungen (vgl. Art. 35 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a CISG) nicht gerecht.
- aa) 56
 Eine vertragsgemäße Beschaffenheit des Milchpulvers hätte vorausgesetzt, dass dieses im Zeitpunkt des Gefahrübergangs (vgl. Art. 36 Abs. 1 CISG) nicht mit Lipasen behaftet war.
- (1) 57
 Der Beklagten ist zwar im Ausgangspunkt zuzugeben, dass ausdrückliche Bestimmungen über die Lipasefreiheit des Milchpulvers nicht getroffen wurden, sich insbesondere hierzu die durch die Klassifizierung «ADPI-extra» (vgl. Anl. K 4/K 5) in Bezug genommenen Specific Grading Requirements for dry whole Milk (Anl. B 9 in Anlagenmappe der Beklagten) nicht verhalten.
- (2) 58
 Dies ändert aber nichts daran, dass die Erfüllung des Vertragszwecks (vgl. BGHZ 129, 75 [80]) eine Lipasefreiheit des Milchpulvers erforderte.

Bereits die Vereinbarung der höchsten Qualitätsstufe «ADPI-extra» bezeugt, dass die Beklagte Milchpulver zu liefern hatte, aus dem – wie unstreitig – Trinkmilch hergestellt werden sollte. Diese konnte aber aus dem Milchpulver in genießbarer Form und mit milchtypischem Geschmack nur gewonnen werden, wenn in ihm bei Gefahrübergang weder lipaseproduzierende Mikroorganismen noch inaktive Lipasen vorhanden waren. 59

(2.1) 60
Wie der Sachverständige Prof. Dr. F[...], einer der bundesweit führenden Experten auf dem Gebiet der Bioverfahrenstechnik, bei seiner Vernehmung im Einzelnen dargelegt hat, löst jedwede Lipasebelastung von Milchpulver bei dessen Aufbereitung einen Prozess aus, der letztlich in einen ranzigen Geschmack der Trinkmilch mündet.

(2.2) 61
Ohne Belang ist hierbei, ob das Milchpulver mit Mikroorganismen, vor allem Hefen oder Schimmelpilzen, kontaminiert ist, die in einem feuchten Milieu Lipasen als Stoffwechselprodukt absondern oder ob sich bei der Herstellung des Milchpulvers Lipasen gebildet haben bzw. die in der von den Erzeugern angelieferten Frischmilch vorhandenen Lipoproteinlipasen nicht vernichtet wurden. Nach den überzeugenden Darlegungen des Sachverständigen Prof. Dr. F[...], die insoweit von den Parteien auch nicht beanstandet werden, können nämlich sowohl im Milchpulver befindliche Mikroorganismen als auch in ihm bereits entstandene Lipasen, insbesondere mikrobiell gebildete, bei der Aufbereitung zu Trinkmilch zur Fettspaltung führen und hierdurch einen geschmacksverändernden Oxydationsprozess auslösen.

Bei den Mikroorganismen, die im hinreichend trockenen Milchpulver inaktiv sind, geschieht dies dadurch, dass sie bei dessen Weiterverarbeitung zu Trinkmilch ihren Stoffwechsel beleben und die hierbei als Abfallprodukt abgesonderten Lipasen mit ihrer fettspaltenden Wirkung Oxydationen in Gang setzen. Die im Milchpulver vorhandenen Lipasen können zwar dessen Beschaffenheit zumindest in einem trockenen Milieu nicht verändern, erlangen aber ihre fettspaltenden Aktivitäten wieder bei der Herstellung von Trinkmilch. 62

bb) 63
Die Beklagte hat den ihr obliegenden Beweis dafür, dass die beanstandeten 177,6 t Milchpulver bei Ablieferung vertragsgerecht waren, nicht geführt.

Zwar mag nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zumindest nahe liegen – und im Folgenden zu Gunsten der Beklagten unterstellt werden – dass das an die Klägerin bzw. die Zedentin ausgelieferte Milchpulver bei Gefahrübergang mit keinen thermoresistenten lipasebildenden Mikroorganismen verseucht war. Manches spricht aber dafür, dass das Milchpulver bei Gefahrübergang mit inaktiven Lipasen mikrobieller Herkunft durchsetzt war. 64

(1) 65
Es obliegt der Beklagten, eine vertragsgemäße Beschaffenheit des Milchpulvers darzutun, da die A[...] M[...] GmbH & Co. KG mit Schreiben vom 24.08.1998 die Mangelhaftigkeit des Milchpulvers im Umfang von 177 t (gemeint: die zum damaligen Zeitpunkt gerügten 177,6 t) anerkannt hat und dies eine Umkehr der – gesetzlich die Klägerin treffenden (vgl. BGHZ 129, 75 [81]) – Vortrags- und Beweislast bewirkte (vgl. für tatsächliche Umstände und einzelne Tatbestandselemente: OLG Saarbrücken OLGR 1998, 380, 381; *Marburger*, in: Staudinger, BGB,

13. Bearbeitung, § 781 Rn. 37 und 40; zum Anerkenntnis von Rechtsverhältnissen: BGHZ 66, 250 [254 f.]; BGH NJW 1984, 799; OLG Hamm OLGR 1994, 98).

(1.1)

Die von der Beklagten mit der Abwicklung der Angelegenheit betraute Rechtsabteilung des A[...] M[...] GmbH & Co. KG hat in ihrem Schreiben vom 24.08.1998 die gerügten Milchpulverlieferungen ohne irgendeine Einschränkung als nicht vertragsgerecht bezeichnet und damit in tatsächlicher Hinsicht ein Zeugnis wider sich selbst abgegeben.

66

(1.1.1)

Bereits sprachlich differenziert das Schreiben zwischen den tatsächlichen Feststellungen und den auf diesen gründenden rechtlichen Erwägungen, da die Mangelhaftigkeit der gerügten Milchpulverlieferungen zunächst ohne Wenn und Aber festgehalten und erst sodann in eine juristische Bewertung eingetreten wird.

67

Auch ist nichts dafür ersichtlich, dass sich die Beklagte nur bei Billigung der von ihr eingenommenen rechtlichen Position zu einer vertragswidrigen Beschaffenheit des Milchpulvers bekennen wollte.

68

(1.1.2)

Nach ihrem Gesamtzusammenhang beschränken sich die Erklärungen der A[...] M[...] GmbH & Co. KG auch nicht darauf, dass das Milchpulver erst bei der Aufbereitung zu Trinkmilch nicht mehr vertragsgerecht gewesen sei. Vielmehr hält das Schreiben vom 24.08.1998 fest, dass die Fehlerhaftigkeit schon bei Gefahrübergang vorhanden war, da sich objektiv auf diesen Zeitpunkt die Mangelhaftigkeit beurteilt und dies der Rechtsabteilung eines Unternehmens bewusst sein muss.

69

Bestärkt wird ein solches Verständnis des Schreibens noch dadurch, dass die Darlegungen zur Gewährleistungspflicht nur Sinn geben, wenn sich die ihnen vorangestellten tatsächlichen Ausführungen auf die Ablieferung beziehen.

70

(1.2)

Die entsprechenden Erklärungen wurden – obwohl unmittelbar allein an die Zedentin gerichtet – auch gegenüber der Klägerin abgegeben, da beide bereits in den zuvor geführten Verhandlungen teilweise gemeinsam aufgetreten waren und sich die Rechtsabteilung der A[...] M[...] GmbH & Co. KG im Schreiben vom 24.08.1998 sowohl mit den Gewährleistungsansprüchen der Klägerin als auch mit jenen der Zedentin befasste.

71

(1.3)

Entgegen der Sicht der Klägerin hat sich die Beklagte allerdings Einwendungen gegen die Klageforderung durch das Schreiben vom 24.08.1998 nicht von vornherein abgeschnitten, da sie in ihm keinen Schadensersatzanspruch anerkennt, sondern lediglich die gerügten Milchpulverlieferungen als mangelhaft bezeichnet hat. Aber auch diese – mit einem Wertungselement verbundenen – Tatsachenfeststellungen bürden der Beklagten den Nachweis einer Mangelfreiheit des Milchpulvers auf.

72

(1.3.1)

Dies ist bereits im Hinblick darauf sachgerecht, dass die Beklagte nicht etwa die Mängelrügen der Klägerin und der Zedentin sich unkritisch zu Eigen gemacht oder gar ungeprüft als zutreffend unterstellt hat, sondern zuvor zweimal Bedienstete nach Algerien entsandt hatte, von denen sich zumindest ihr Mitarbeiter S[...] eigene Erkenntnisse über die Beschaffenheit der aus dem Milchpulver hergestellten Trinkmilch und des Milchpulvers verschaffen konnte.

73

Das Schreiben vom 24.08.1998 ist auch nicht von den Pressionen beeinflusst, denen ihr Verhandlungsführer T[...] in Algerien ausgesetzt worden sein soll. Zum einen wurde die Mangelhaftigkeit des Milchpulvers erst anerkannt, als der Mitarbeiter T[...] aus Algerien zurückgekehrt war. Zum anderen stützen sich die tatsächlichen Feststellungen zumindest auch auf die Wahrnehmungen ihres Bediensteten S[...], auf den ein irgendwie gearteter Druck nie ausgeübt worden war.

74

Auch durften die Klägerin und die Zedentin davon ausgehen, dass die Beklagte und die A[...] M[...] GmbH & Co. KG, die gerichtsbekannt zu den umsatzstärksten Molkereibetrieben in Sachsen bzw. in der Bundesrepublik Deutschland zählen, aus eigener Sachkunde einschätzen konnten, welche Ursachen für den in Algerien festgestellten ranzigen Geschmack der aufbereiteten Trinkmilch in Betracht kamen und ob diese bereits bei Gefahrübergang vorhanden gewesen sein können oder sich mutmaßlich erst in der Folge gebildet haben.

75

(1.3.2)

Das Schreiben vom 24.08.1998 war zudem generell geeignet, die Klägerin und die Zedentin in der Sicherheit zu wiegen, dass die Beklagte die Fehlerhaftigkeit des Milchpulvers hierdurch vorbehaltlos akzeptiere und weitere Maßnahmen zur Befundsicherung entbehrlich seien (vgl. BGH NJW 1984, 799). Dies gilt umso mehr, als – wie die Beklagte wusste – am 25.08.1998 die in den gütlichen Einigungen mit der G[...] s.p.a. für die Klägerin und die Zedentin gesetzten Erklärungsfristen abliefen und bei Bestandskraft der Vergleiche von der G[...] s.p.a. weitere Sachaufklärung allenfalls noch unter Erschwernissen zu erlangen gewesen wäre.

76

(1.3.3)

Hat aber die Beklagte die Mangelhaftigkeit des beanstandeten Milchpulvers vorbehaltlos anerkannt und wirkte dies zumindest denkmöglich auf die Art und Weise der Tatsachenerhebung ein, ist es angebracht, die Vortrags- und Beweislast für eine Mangelfreiheit der Beklagten aufzuerlegen. Dem steht auch nicht entgegen, dass im Schreiben vom 24.08.1998 zusätzlich die Rückgabe des mangelhaften Milchpulvers begehrt wurde, da dies nicht der Befundsicherung, sondern der Verringerung der wirtschaftlichen Nachteile dienen sollte.

77

(1.4)

Diese Wirkungen des Schreibens der A[...] M[...] GmbH & Co. KG vom 24.08.1998 hatte der Senat am unvereinheitlichten deutschen Recht zu messen, da sich das CISG zu den – dem materiellen Recht zugehörigen – beweisrechtlichen Konsequenzen von Tatsachenanerkennnissen nicht verhält und damit insoweit auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze des nach Art. 28 Abs. 2 EGBGB maßgeblichen nationalen Recht zurückzugreifen ist (vgl. OLG Rostock IPRax 2000, 230 [231]; OLG Düsseldorf IPRspr. 1996 Nr. 37; OLG Stuttgart RIW 1995, 943 [944]).

78

(1.5)

79

Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung ist die Vortrags- und Beweislast für eine Mangelhaftigkeit des Milchpulvers auch nicht wegen einer Beweisvereitelung auf die Klägerin zurückzuverlagern.

Die für die Beklagte tätig gewesene A[...] M[...] GmbH & Co. KG musste davon ausgehen, dass die Klägerin und die Zedentin mit Ablauf der in den Vergleichen mit der G[...] s.p.a. enthaltenen Erklärungsfrist ihre Einwirkungsmöglichkeiten weitgehend verlieren und danach nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten weitere tatsächliche Feststellungen über den Zustand des Milchpulvers werden treffen können. Bekannte sie sich aber in Kenntnis dieser Situation im Schreiben vom 24.08.1998 vorbehaltlos zu einer Mangelhaftigkeit des Milchpulvers, schloss dies aus der Sicht der Klägerin und der Zedentin konkludent die Erklärung ein, dass sie auf eine weitere Ursachenforschung keinen Wert lege.

80

Eine solche Würdigung des Schreibens vom 24.08.1998 steht auch im Einklang damit, dass die begehrte Rückgabe des Milchpulvers – wie dargelegt – allein eine Reduzierung des Schadens, nicht eine weitere tatsächliche Abklärung, bezweckte.

81

(2)

82

Die Beklagte hat nicht nachgewiesen, dass die beanstandeten Milchpulverlieferungen mit Ankunftsdaten 12.04., 26.04. und 27.06.1998 bei Gefahrübergang nicht mit inaktiven Lipasen kontaminiert waren.

(2.1)

83

Nach den Darlegungen des Sachverständigen Prof. Dr. F[...] lässt sich aus den Untersuchungen des Instituts S[...] nur darauf rückschließen, dass im Zeitpunkt der Begutachtung – und damit auch der Ablieferung – mit hoher Wahrscheinlichkeit im Milchpulver keine lipasebildenden Mikroorganismen vorhanden waren.

Hingegen sind dem Sachverständigen zu Folge aus den Erhebungen des Instituts S[...] keine Erkenntnisse darüber zu gewinnen, ob das Milchpulver mit inaktiven Lipasen durchsetzt war.

(2.1.1)

84

Von der Richtigkeit dieser Erwägungen des gerichtlichen Sachverständigen ist der Senat auch unter Berücksichtigung des Vorbringens im Schriftsatz der Prozessbevollmächtigten der Beklagten vom 26.09.2000 (Bl. 527 dA) und in dem ihm beigefügten Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. H[...] B[...] vom 24.09.2000 (Bl. 544 ff. dA) überzeugt, sodass weder eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung noch eine erneute Anhörung des Sachverständigen Prof. Dr. F[...] erforderlich ist.

Der von der Beklagten mit der Erstellung eines Privatgutachtens betraute Sachverständige hält lediglich fest, dass *Lipaseaktivitäten* (Hervorhebung vom Senat) bei der Begutachtung durch das Institut S[...] nicht zu diagnostizieren waren, befasst sich aber nicht damit, ob eine Kontamination mit inaktiven Lipasen bei den Analysen des Instituts S[...] hätte festgestellt werden können. Ergeben sich aber zwischen den Darlegungen des gerichtlichen Sachverständigen und jenen des Privatgutachters bei Lichte gesehen in dieser allein entscheidungserheblichen Frage keine Widersprüche, vermögen die Ausführungen der Beklagten die Richtigkeit der plausibel

dargelegten und überzeugend vermittelten Erwägungen von Prof. Dr. F[...] nicht zu erschüttern.

(2.1.2)

Für den Senat bestand auch kein Anlass, dem im Schluss der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag auf Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens nachzugehen, da der Sachverständige Prof. Dr. F[...] bei seiner Vernehmung eindeutig beantwortet hatte, dass Lipasen im Stadium ihrer Inaktivität keinen Fettspaltungs- und Oxydationsprozess auslösen können und damit sensorische Untersuchungen nichts über das Vorhandensein inaktiver Lipasen besagen.

Ergänzend hat der Sachverständige Prof. Dr. F[...] zudem bekundet, dass es im Jahre 1998 wissenschaftlich anerkannte Methoden, um inaktive Lipasen im Milchpulver quantitativ feststellen zu können, überhaupt nicht gegeben habe und – insoweit mangels Entscheidungserheblichkeit nicht protokolliert – erst derzeit unter seiner Mitwirkung eine Untersuchungsmethode entwickelt werde, von der er sich künftig entsprechende Erhebungen erhoffe.

Es besteht zudem keinerlei Anhalt dafür, dass sich ein Sachverständiger mit höherer Sachkunde als Prof. Dr. F[...] findet, der sich bei seiner Vernehmung als höchst kompetent erwiesen hat und – wie außerhalb der tragenden Gründe ergänzend bemerkt sei – gegenüber dem Senat von mehreren mit Fragen der Milchverarbeitung befassten Wissenschaftlern verschiedener Institute als einer der bundesweit anerkanntesten Experten bezeichnet wurde.

(2.2)

Aus den dargelegten Gründen ist zur Beweisführung ungeeignet, dass die Beklagte – wie in das Wissen der Zeugin B[...] gestellt – alle streitgegenständlichen Milchpulverlieferungen umfassend sensorisch, physikalisch und mikrobiologisch untersucht haben will. Dies kann der Senat ebenso als richtig unterstellen wie die den Inhalt der von der Beklagten im Verhandlungstermin vom 04.09.2000 übergebenen Qualitätszertifikate und chemisch-physikalischen bzw. mikrobiologischen Untersuchungsberichte.

Nach den Darlegungen des Sachverständigen Prof. Dr. F[...], denen insoweit auch der von der Beklagten beauftragte Privatgutachter nicht entgegentritt, können nämlich inaktive Lipasen im Milchpulver durch sensorische Erhebungen weder diagnostiziert noch ausgeschlossen werden.

Auch aus den von der Beklagten bei der Ausgangskontrolle mikrobiologischen und durchgeführten chemisch-physikalischen Untersuchungen lassen sich keine Erkenntnisse über eine etwaige Durchsetzung mit inaktiven Lipasen gewinnen, da sie – wie die erhobenen Parameter zeigen noch weniger ausdifferenziert waren als jene des Instituts S[...].

(2.3)

Eine im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorhanden gewesene Lipasekontamination wird auch nicht dadurch widerlegt, dass sich – wie im Folgenden unterstellt – sowohl bei den in Algerien am 24.06.1998 von den Parteien sowie der G[...] s.p.a. durchgeführten Überprüfungen (vgl. Anl. K 12 a bis K 13 b) als auch bei den vom C[...] O[...] v[...] K[...] in L[...]/Niederlanden am

85

86

87

01.07.1998 vorgenommenen Analysen (vgl. Anl. K 14) selbst im Milchpulver Geschmacksveränderungen ergeben haben. Diese ergeben zwar einen Hinweis darauf, dass das Milchpulver zwischen seiner Untersuchung durch das Institut S[...] am 20.04.1998 (vgl. Bl. 479 ff. dA) und der Probenentnahme in Algerien am 24.06.1998 bzw. der nachfolgenden Begutachtung in den Niederlanden am 01.07.1998 sensorisch ungünstig beeinflusst wurde, sind aber nicht geeignet, bei Gefahrübergang existente inaktive Lipasen als Ursache für den Oxydationsprozess auszuscheiden.

(2.3.1)

Aus einer bereits im Milchpulver zu beobachtenden Lipaseaktivität ist selbst dann nicht mit hinreichender Sicherheit auf eine nachträgliche Verseuchung mit lipasebildenden Mikroorganismen rückzuschließen, wenn – zu Gunsten der Beklagten – zusätzlich unterstellt wird, dass das Milchpulver bei einer Temperatur von 40° C gelagert und, etwa durch sehr hohe Luftfeuchtigkeit, einem feuchten Milieu ausgesetzt wurde. Auch dann müsste nach den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. F[...] offen bleiben, ob die geschmacklichen Beeinflussungen auf Mikroorganismen beruhten, die nach Gefahrübergang in das Milchpulver gelangt sind und in ihm ihre Stoffwechselproduktion in Gang gesetzt haben oder ob das Milchpulver von vornherein mit Lipasen behaftet war, die durch sehr hohe Luftfeuchtigkeit und hohe Temperatur schon im Milchpulver – nicht erst bei dessen Aufbereitung – reaktiviert wurden.

88

(2.3.2)

Soweit die Beklagte nach Schluss der mündlichen Verhandlung unter Hinweis auf die Darlegungen von Prof. Dr. B[...] behauptet, dass sich bei unsachgemäßer Lagerung selbst ohne Lipasenbildung sensorische Veränderungen des Milchpulvers ergeben könnten, besteht kein Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.

89

(2.3.2.1)

Der Senat hat nicht zu entscheiden, ob einer Anwendung von § 156 ZPO bei Abwägung der aner kennenswerten Belange der Parteien bereits entgegenstehen müsste, dass in beiden Rechtszügen eine über die fettspaltende Wirkung von Lipasen verlaufende Kausalkette unstrittig war und nur Meinungsverschiedenheiten über den Zeitpunkt der Kontamination mit lipasebildenden Mikroorganismen oder Lipasen bestanden.

90

(2.3.2.2)

Zumindest ist eine nochmalige mündliche Verhandlung schon im Hinblick darauf nicht veranlasst, dass der Vortrag der Beklagten ungenügend ist, um eine Vertragsgerechtigkeit des Milchpulvers belegen zu können. Selbst wenn – was der Senat aus eigener Sachkunde nicht beantworten kann und den Sachverständigen Prof. Dr. F[...] mangels entsprechenden Parteivortrages nicht gefragt hat – bei einer Temperatur von 40 °C der im Milchpulver gebundene Sauerstoff in Form von Sauerstoff radikalen unhydrolisiertes Fett oxydativ angreifen könnte, wären auf diesem Wege ausgelöste Oxydationsvorgänge auch nach Darstellung von Prof. Dr. B[...] lediglich eine mögliche Erklärung für die geschmacklichen Beeinträchtigungen, durch die aber lipasebedingte Oxydationsprozesse nicht ausgeschlossen werden können.

91

(2.3.3)

Im Übrigen hat die Beklagte ohnehin nicht dargetan, dass sich bei den am 12.04. und

92

26.04.1998 mit den Frachtern Loire und Eurocarrier in Algier angelieferten Milchpulvermengen – auf die am 27.06.1998 mit dem Frachter Bluwing Chargen beziehen sich die im angekommenen Milchpulver festgestellten Veränderungen von vornherein nicht – bereits vor der Aufbereitung zu Trinkmilch sensorische Störungen ergeben haben. Sind aber im Milchpulver Geschmacksabweichungen erstmals bei der Probenentnahme am 24.06.1998 und der Befunderhebung vom 01.07.1998 festgestellt worden, ist mangels näherer Darlegung zu den Umständen der Aufbewahrung auch in Betracht zu ziehen, dass sich die G[...] s.p.a. zu einer unsachgerechten Lagerung des Milchpulvers erst entschlossen hat, nachdem sich dieses als mangelhaft erwiesen hatte.

(2.4)

Ebenso wenig ist eine bei Ablieferung vorhanden gewesene Kontamination mit inaktiven Lipasen dadurch zu widerlegen, dass der lipase-induzierte Geschmack schon beim Anrühren des Milchpulvers aufgetreten sein soll.

93

Dies mag zwar gegen die Existenz von Mikroorganismen sprechen, die zunächst ihren Stoffwechsel mobilisieren müssten, um Lipase absondern und dann über deren fettspaltende Wirkung Oxydationen bedingen zu können. Mit bereits im Milchpulver vorhandenen inaktiven Lipasen lässt sich dieser Geschehensablauf aber ohne weiteres erklären, zumal nähere Darlegungen dazu, nach welcher Zeit und in welcher Intensität sich der ranzige Geschmack einstellte, nicht unterbreitet sind.

(2.5)

Schließlich scheidet eine Lipasenbelastung des Milchpulvers nicht dadurch aus, dass die Beklagte einen einwandfreien Produktionsablauf behauptet.

94

Zum einen mangelt es an jedem Vortrag dazu, an welchen Tagen das am 12.04. und 26.04.1998 in Algier angelieferte Milchpulver im Werk L[...] der Beklagten hergestellt wurde, welche Produktionsschritte es im Einzelnen durchlief und welche hygienischen Verhältnisse es hierbei jeweils antraf. Zum anderen trägt die Beklagte selbst vor, dass bei dem von ihr gewählten Produktionsverfahren thermoresistente Lipasen nicht verlässlich auszuschließen seien, sodass von einem ungestörten Produktionsablauf ohnehin nicht auf mangelfreie Produktionsergebnisse rückgeschlossen werden könnte.

b)

Die Klägerin und die Zedentin haben ihre Gewährleistungsansprüche hinsichtlich der beanstandeten 177,6 t Milchpulver nicht wegen einer Verletzung ihrer Untersuchungs- und Rückgabepflicht aus Art. 38, 39 CISG verloren.

95

aa)

Offen bleiben kann, ob die Klägerin und die Zedentin gehalten gewesen wären, das von ihnen bezogene Milchpulver auf eine mögliche Belastung mit inaktiven Lipasen hin untersuchen zu lassen oder ob eine solche Obliegenheit dadurch gehindert wird, dass es nach den Darlegungen des Sachverständigen Prof. Dr. F[...] zumindest bislang keine wissenschaftlich anerkannten Erhebungsmethoden gibt, um inaktive Lipasen quantitativ erfassen zu können.

96

bb)

Zumindest hat die Beklagte durch das Schreiben der Rechtsabteilung der A[...] M[...] GmbH & Co. KG vom 24.08.1998 wirksam auf die sich zu ihren Gunsten etwa aus einer Verletzung von Art. 38, 39 CISG ergebenden Rechtsfolgen verzichtet.

97

(1)

Nach gefestigter Rechtsauffassung steht der Regelungsgehalt von Art. 38, 39 CISG zur Disposition der Vertragspartner, wobei auch durch eine inhaltliche Befassung mit Gewährleistungsansprüchen die Wirkungen einer Verletzung der Untersuchungs- und Rügeobliegenheit nachträglich abbedungen werden können (vgl. BGH RIW 1999, 385 [386]; BGH RIW 1997, 1037 [1038]; *Escher*, RIW 1999, 495 [500]; *Magnus*, in: Staudinger, a.a.O., Art. 39 CISG Rn. 18; *Otte*, IPRax 1999, 352 [353 ff.]).

98

(2)

Selbst wenn bedacht wird, dass dies nicht ohne Weiteres angenommen werden kann, um kulanerweise übernommene Gewährleistungen des Verkäufers nicht zu erschweren (vgl. für § 377 HGB: BGH NJW 1991, 2633 [2634]), liegen vorliegend hinreichend eindeutige Anhaltspunkte für eine nachträgliche Aufgabe etwaiger Rechte aus Art. 38, 39 CISG vor (vgl. BGH RIW 1999, 385 [386]).

99

Zwar kann hierfür ersichtlich nicht genügen, dass die Beklagte nach Zugang der Mängelrügen zweimal Vertreter nach Algerien entsandt hat, um gemeinsam mit der Klägerin, der Zedentin und den Verantwortlichen der G[...] s.p.a. eine Klärung der Angelegenheit herbeizuführen. Wohl aber hat die Beklagte durch das Schreiben der Rechtsabteilung der A[...] M[...] GmbH & Co. KG vom 24.08.1998 zu erkennen gegeben, dass sie sich vorbehaltlos zur fehlenden Vertragsgerechtigkeit der gerügten Milchpulverlieferungen bekenne und sich auf eine etwaige Verletzung der Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten nicht berufen werde. Dies folgt insbesondere daraus, dass die Beklagte den beanstandeten Milchpulverlieferungen ohne irgendeine Einschränkung eine Mangelhaftigkeit attestierte und sich gleichzeitig bereitfand, die kaufvertraglichen Beziehungen insoweit in wandelungsähnlicher Weise rückabzuwickeln.

100

Eine nachträgliche Abstandnahme von den ihr etwa aus Art. 38, 39 CISG erwachsenen rechtlichen Vergünstigungen wird auch nicht davon berührt, dass die Beklagte das Bestehen eines Schadensersatzanspruches stets in Abrede gestellt hat. Diese Einschätzung stützte sie nämlich zunächst ausschließlich auf die in ihren Allgemeinen Geschäfts- und Lieferbedingungen enthaltenen Gewährleistungsregelungen und in der Folge zusätzlich auf eine Haftungsbefreiung nach Art. 79 CISG. Hingegen hat sie außerhalb des Rechtsstreits nicht zu erkennen gegeben, dass sie sich offen halten wolle, ihre – im Ausgangspunkt stets akzeptierte – Gewährleistungspflicht wegen einer möglichen Verletzung von Art. 38, 39 CISG auch dem Grunde nach nochmals bestreiten zu können.

101

c)

Die hierfür vortrags- und beweispflichtige Beklagte hat nicht hinreichend dargetan, dass sie von ihrer Schadensersatzpflicht nach Art. 79 Abs. 1 CISG befreit ist.

102

aa)

Dahinstehen kann hierbei, ob eine Enthftung der Beklagten bereits daran scheitert, dass sich

103

ihre Pflichtverletzung in einer Vertragswidrigkeit der Kaufsache niedergeschlagen hat (vgl. zum Meinungsstand: BGH RIW 1999, 617 [618]). Zumindest hat die Beklagte nicht dargetan, dass die Ursachen für die inaktiven Lipasen – wie für eine Haftungsbefreiung erforderlich (vgl. BGH RIW 1999, 617 [618 m.w.N.]) – außerhalb ihres Einflussbereiches liegen.

(1)

104

Dies verstünde sich von selbst, wenn das Milchpulver mit lipasebildenden Mikroorganismen oder inaktiven Lipoproteinlipasen verseucht gewesen wäre, was der Senat allerdings angesichts der Darlegungen des Sachverständigen Prof. Dr. F[...] für sehr unwahrscheinlich hält und deshalb zu Gunsten der Beklagten ausschließt.

(2)

105

Eine Enthftung der Beklagten kommt aber auch dann nicht in Betracht, wenn inaktive Lipasen vorhanden waren, die von Mikroorganismen herrührten. Auch dann bliebe es dabei, dass diese Lipasen entweder in der von den Milcherzeugern angelieferten Milch oder im Produktionsprozess der Beklagten gebildet worden sein müssen und diese damit für sie einzustehen hat.

bb)

106

Im Übrigen hat die Beklagte auch nicht dargetan, dass die Lipasekontamination für sie i.S.v. Art. 79 Abs. 1 CISG nicht zu vermeiden war.

Zwar muss angesichts der Darlegungen des Sachverständigen Prof. Dr. F[...] davon ausgegangen werden, dass selbst bei größter Sorgfalt das Vorhandensein thermoresistenter Lipasen im Milchpulver nicht verlässlich auszuschließen ist. Dies besagt aber nichts darüber, ob die (unwiderlegt) vorhandenen Lipasen auf einer für die Beklagten schicksalhaften Entwicklung beruhen oder darauf zurückzuführen sind, dass optimale Standards bei der Herstellung des Milchpulvers nicht gewahrt waren.

3.

107

Der nach Art. 74 CISG erstattungsfähige Schaden beläuft sich für die Klägerin auf DM 309.291,05 und für die Zedentin auf DM 324.451,40, zusammen also auf DM 633.742,45.

a)

108

Die Beklagte hat der Klägerin und der Zedentin deren an die G[...] s.p.a. in Höhe von insgesamt US\$ 387.968,42 erbrachten Zahlungen zu erstatten.

aa)

109

Unstreitig haben sich die Zedentin und die Klägerin im Vergleichswege mit der G[...] s.p.a. darauf verständigt, dass Letztere zur Abgeltung der ihr aus dem Bezug des kontaminierten Milchpulvers etwa entstandenen Gewährleistungsansprüche Zahlungen über US\$ 181.818,06 sowie US\$ 206.150,36 erhalte. Deren Erbringung hat die Klägerin durch Vorlage der Belege im Anlagenkonvolut K 45 ff. hinreichend dargetan.

bb)

110

Diese durch die Vertragswidrigkeit des Milchpulvers ausgelösten Aufwendungen sind der Beklagten auch schadensrechtlich zuzurechnen.

(1)

111

Keiner abschließenden Entscheidung bedarf hierbei, ob im Rahmen der Schadensermittlung nach Art. 74 CISG (vgl. dazu: *Roßmeier*, RIW 2000, 407 ff.; *Schlechtriem*, a.a.O., Art. 74 CISG Rn. 13) jene Kriterien herangezogen werden können, die im unvereinheitlichten nationalen Recht zur schadensrechtlichen Zurechenbarkeit von Vergleichsschlüssen entwickelt wurden (vgl. dazu: BGH NJW 1998, 2048 [2050]; BGH NJW 1993, 1139 [1141]; BGH NJW 1993, 2797 [2799]).

(2)

112

Jedenfalls sind die Aufwendungen der Klägerin und der Zedentin im Hinblick darauf erstattungsfähig, dass die Beklagte durch die Mitunterzeichnung der Vergleichsverträge die in diesen vereinbarten Zahlungen als ihr im Falle ihrer Schadensersatzpflicht zurechenbar anerkannt hat.

(2.1)

113

Im Ausgangspunkt ist der Beklagten allerdings darin beizutreten, dass die von ihrem Mitarbeiter T[...] unter die Vergleiche gesetzten Unterschriften eine originäre Schadensersatzpflicht nicht begründen.

Weder der Wortlaut der Vergleichstexte, welcher die Beklagte nicht als Vertragspartner erwähnt, noch deren sonstiger Regelungsgehalt geben einen Anhalt dafür, dass im Wege einer dreiseitigen Vereinbarung sowohl sämtliche aus den fehlerhaften Milchpulverlieferungen zwischen der G[...] s.p.a. und der Klägerin sowie der Zedentin einerseits als auch zwischen diesen und der Beklagten andererseits entstandenen Rechte und Pflichten abgegolten sein sollten. Auch sonstige Umstände sprechen nicht dafür, dass die Beklagte mit der Unterzeichnung der Vergleichsverträge eine Schadensersatzpflicht, die bis dahin von niemandem näher erörtert worden war, in dem mit der G[...] s.p.a. abgesprochenen Umfang deklaratorisch anerkannt hat (vgl. BGH ZIP 2000, 1260 [1261]; BGH ZIP 1999, 1923 [1924]; BGH BauR 1995, 232 [234]).

114

(2.2)

115

Die Klägerin und die Zedentin durften der Unterzeichnung der Vergleichsurkunden durch den Mitarbeiter T[...] der Beklagten aber entnehmen, dass diese bei einer sie treffenden Schadensersatzpflicht Einwendungen gegen die Angemessenheit und Zurechenbarkeit des Vergleichsbetrages nicht erheben werde.

(2.2.1)

116

Die von Herrn T[...] geleisteten Unterschriften konnten aus der Sicht der Klägerin und der Zedentin nicht ohne jeden Erklärungsgehalt sein, da ansonsten – erst recht im vollkaufmännischen Verkehr – für eine Vertragsunterzeichnung kein Anlass bestanden hätte.

Sollte es allein darum gegangen sein, die Anwesenheit des Mitarbeiters T[...] der Beklagten zu dokumentieren, wäre dies naheliegend nicht durch Unterzeichnung der Vertragsurkunden, sondern durch eine Teilnehmerliste o.ä. erfolgt. Auch hat Herr T[...], der mit dem Ziel einer Erledigung der Angelegenheit nach Algerien entsandt worden war, seiner Unterschrift erkennbar eine eigenständige rechtliche Bedeutung beigemessen, da ansonsten nicht plausibel wäre, dass er sie nur unter dem Vorbehalt einer zutreffenden Übersetzung der Vergleichstexte geleistet hat.

(2.2.2)

117

Hat aber die Unterzeichnung der Vergleichsurkunden zumindest eine gewisse bindende Erklärung enthalten, kann diese nur darin liegen, dass auch die Beklagte die Vergleichsschlüsse als der zwischen der Klägerin und der Zedentin einerseits sowie der G[...] s.p.a. andererseits bestehenden Sach- und Rechtslage angemessen erachte. Dies gilt umso mehr, als die Klägerin und die Zedentin – der Beklagten erkennbar – ein verständliches Interesse daran hatten, sich weder durch eine gütliche Einigung mit der G[...] s.p.a. die rechtliche Auseinandersetzung mit der Beklagten zusätzlich zu erschweren noch die komplexen schadensrechtlichen Streitfragen, die sie durch die Vergleiche mit der G[...] s.p.a. gerade erledigen wollten, lediglich auf ihre Rechtsbeziehungen mit der Beklagten zu verlagern.

Gleichermaßen lag es im wohlverstandenen Interesse der Beklagten, eine Einigung mit der G[...] s.p.a. zu fördern, da diese die Inanspruchnahme von Kautionen über zusammen US\$ 1.557.000,00 angekündigt hatte und damit erhebliche Schadenserweiterungen gedroht hätten, falls es nicht bis zum 25.08.1998 zu einer endgültigen Verständigung über die in den Vertragsurkunden vom 19.08.1998 vorgesehene Erledigung der Streitigkeiten mit der G[...] s.p.a. gekommen wäre.

(2.3)

118

Die Beklagte hatte diese von ihrem Mitarbeiter T[...] abgegebenen Erklärungen, die – angesichts der unstrittig zutreffenden Übersetzung der Vertragstexte bindend waren – nicht wirksam angefochten.

Zwar unterliegen sie wegen ihres rechtsgeschäftlichen Charakters dem gegenständlichen Anwendungsbereich von § 123 Abs. 1 BGB. Einen Anfechtungsgrund hat die Beklagte aber nicht hinreichend substantiiert vorgetragen, da sie nicht mitteilt, durch wen und bei welchen Anlässen ihr Mitarbeiter T[...] unter Andeutung ansonsten zu erwartender Ausreiseschwierigkeiten zur Unterzeichnung der Vergleichsverträge bewogen worden sein soll. Kennt aber der Senat die Umstände der die Willensentschließung etwa beeinträchtigenden Maßnahmen nicht, kann nicht beurteilt werden, ob das beanstandete Verhalten objektiv als Drohung i.S.v. § 123 Abs. 1 BGB zu bewerten ist. Erst recht wird der Klägerin jede Rechtsverteidigung vereitelt, wenn sie im Unklaren darüber gelassen wird, wer bei welcher Gelegenheit und in welcher Weise Herrn T[...] eine unfreiwillige Verlängerung seines Aufenthaltes in Algerien in Aussicht gestellt habe, falls er sich einer Unterzeichnung der Vergleichsurkunden widersetzen sollte.

119

(2.4)

120

Ein Widerruf der durch die Unterschriften abgegebenen Erklärungen ist der Beklagten nicht eröffnet, da sich der von Herrn T[...] geäußerte Vorbehalt nur auf die Richtigkeit der Übersetzung bezieht und diese gewahrt war.

cc)

121

Die Schadensersatzansprüche sind auch nicht wegen einer Obliegenheitsverletzung der Klägerin und der Zedentin (vgl. Art. 77 CISG) um jenen Vermögenswert zu vermindern, den das kontaminierte Milchpulver bei seiner Rückgabe für die Beklagte gehabt hätte.

(1)

122

Keiner Entscheidung bedarf dabei, ob das lipaseverseuchte Milchpulver nach den lebensmittel- und hygienerechtlichen Vorschriften überhaupt in die Bundesrepublik Deutschland hätte reimportiert werden dürfen und ob der Substanzwert des Milchpulvers den Aufwand für den Rücktransport überstiegen hätte.

(2)

123

Zumindest wird ein schadenserhöhendes Mitverschulden dadurch gehindert, dass die Beklagte durch die Unterzeichnung der Vergleichsverträge die vereinbarte Schadensabwicklung auch insoweit billigte, als sich die Klägerin und die Zedentin der Möglichkeit begaben, von der G[...] s.p.a. die Rückführung des mangelhaften Milchpulvers verlangen zu können.

b)

124

Schließlich kann die Klägerin Ersatz ihrer in Höhe von hfl 3.361,16 angefallenen Reisekosten ihres Mitarbeiters R[...] begehren.

(1)

125

Für die Beklagte war i.S.v. Art. 74 CISG nicht nur vorhersehbar, dass die Klägerin und die Zedentin in Folge der Mängel des Milchpulvers von der G[...] s.p.a. auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden (vgl. *Herber/Czerwenka*, Internationales Kaufrecht, Art. 74 CISG Rn. 12; *Magnus*, in: Staudinger, a.a.O., Art. 74 CISG Rn. 45), sondern auch, dass die Klägerin angesichts des erheblichen Umfangs der Leistungsstörung vor Ort eine Klärung der Meinungsverschiedenheiten mit der G[...] s.p.a. herbeiführen werde. Diese durch die Fehlerhaftigkeit des Milchpulvers ausgelösten Aufwendungen durfte die Klägerin umso mehr als notwendig erachten, als auch die Beklagte zeitgleich einen ihrer Bediensteten nach Algerien entsandte, um gemeinsam auf eine Sachverhaltsfeststellung und eine Bereinigung der Streitigkeiten hinzuwirken.

(2)

126

Die Höhe der entstandenen Aufwendungen hat die Klägerin – zumindest bei Berücksichtigung der ihr insoweit gemäß § 287 ZPO zukommenden Erleichterungen (vgl. zur Anwendbarkeit bei CISG: *Asam/Kindler*, RIW 1989, 841 [841]) – durch Vorlage von Flugtickets und Hotelrechnungen (Anlagenkonvolut K 25) hinreichend dargetan. Soweit die Hotelrechnung Telefonkosten und andere Leistungen ausweist, ist in Anbetracht der Gesamtumstände der Reise auch schadensrechtlich zurechenbar, dass die Klägerin ihren Mitarbeiter R[...] angefallene Nebenkosten von umgerechnet 250,00 DM erstattet hat.

Einen über diesen Betrag von hfl. 3.361,16 hinausgehenden Schaden hat die Klägerin aber nicht dargetan, da auch nach dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf der – von der Klägerin mit hfl 4.800,00 bewertete – zeitliche Einsatz ihres Mitarbeiters R[...] als solcher eine Vermögenseinbuße angesichts des konkret zu ermittelnden Schadens nicht begründet (vgl. zur Erstattungsfähigkeit von Rechtsverfolgungskosten allgemein: *Magnus*, a.a.O., Art. 74 CISG Rn. 51 f.; *Stoll*, in: von Caemmerer/Schlechtriem, a.a.O., Art. 74 Rn. 14; zum Ersatz des Zeitaufwandes für unvereinheitlichtes Recht: BGHZ 131, 220 [225 f.]; BGHZ 75, 230 [231 f.]; BGHZ 66, 112 [114 ff.]).

127

(3)

128

Die Erstattungsfähigkeit der Flug- und Hotelkosten haben die Parteien auch nicht durch die Unterzeichnung der auf den 20.08.1998 datierenden Vergleiche konkludent abbedungen.

Hierdurch wurden zwar – wie dargelegt – die mit der G[...] s.p.a. vereinbarten Vergleichsbeiträge als auch im Rechtsverhältnis zur Beklagten bindend abgesprochen. Es bestehen aber keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin damit schlüssig auf den Ersatz etwaiger weitergehender Schäden, die nicht auf ihre rechtlichen Beziehungen zur G[...] s.p.a. gründeten, sondern originär in ihrem Vermögen entstanden waren, verzichten wollte.

c)

129

Die Klägerin ist berechtigt, den ihr und der Zedentin in Fremdwährung, also US-Dollar und niederländischen Gulden, entstandenen Schaden in D-Mark zu liquidieren.

Offen bleiben kann hierbei, ob Art. 74 CISG einem Schadensersatzgläubiger generell ermöglicht, ihm in anderer Währung entstandene Vermögensnachteile von einem in der Bundesrepublik Deutschland ansässigen Schuldner in D-Mark ausgeglichen zu erhalten (vgl. *Magnus*, in: Staudinger, a.a.O., Art. 74 CISG Rn. 48 f.; *Magnus*, *RabelsZ* 1989, 116 ff [insb. 138]; *Remien*, *RabelsZ* 1989, 245 ff.; *Asam/Kindler*, *RIW* 1989, 841 [846 ff.]). Jedenfalls folgt eine entsprechende Befugnis der Klägerin daraus, dass die Beklagte diese – ihr angesichts der zum US-Dollar zwischenzeitlich eingetretenen Währungsverluste günstige – Schadensberechnungsweise durch ihr Prozessverhalten konkludent gebilligt hat (vgl. zum unvereinheitlichten Recht: *BGH WM* 1977, 478 [479]; *Karsten Schmidt*, in: Staudinger, *BGB*, 13. Aufl., § 244 Rn. 23 ff., insbesondere Rn. 28 f.).

130

Es gereicht der Beklagten auch nicht zum Rechtsnachteil, dass die Klägerin die Währungsumrechnung auf den Zeitpunkt der in US-Dollar und niederländischen Gulden erbrachten Aufwendungen vornimmt, da sie berechtigt wäre, die jeweiligen Devisenkurse im Schluss der mündlichen Verhandlung anzusetzen (vgl. zum unvereinheitlichten Recht: *BGH WM* 1977, 478 [479]; *RGZ* 109, 61 [62 ff.]; *BGH*, Beschluss vom 19.12.1991 III ZR 5/91 – *BGHR BGB* § 244 Geldentwertungsschaden 1)) und dieser am 04.09.2000 gegenüber dem US-Dollar gerichtsbekannt für die Beklagte spürbar ungünstiger – gegenüber den niederländischen Gulden in Folge fester Währungsparitäten neutral – war.

131

d)

132

Zusammenfassend kann die Klägerin demnach Schadensersatz in folgender Höhe begehren:

Zahlungen an die G[...] s.p.a. in Höhe von US-Dollar 181.818,06	
(umgerechnet mit einem Devisenkurs zum US-Dollar von 1.6847)	DM 306.308,89
Zahlungen an die G[...] s.p.a. in Höhe von US-Dollar 198.150,36	
(umgerechnet mit einem Devisenkurs von 1.6374)	DM 324.451,40
Reisekosten ihres Mitarbeiters R[...] in Höhe von hfl. 3.361,16	
(umgerechnet mit einem Devisenkurs von 0.88723)	DM 2.982,16
Gesamt	DM 633.742,45.

- II. 133
 Hingegen hat die Klägerin nicht dargetan, dass ihr wegen einer Mangelhaftigkeit der mit dem Frachter Tozeur am 06.07.1998 in Algier angekommenen Milchpulverlieferungen sowie wegen einer nicht vertragsgerechten Beschaffenheit des an die Firma I[...] weitergeleiteten Milchpulvers ein Schadensersatzanspruch aus Art. 74, 79, 45 CISG erwachsen ist.
1. 134
 Bei diesen Milchpulverlieferungen vermochte die Klägerin schon nicht nachzuweisen, dass im Zeitpunkt des Gefahrübergangs (vgl. Art. 36 CISG) das von ihr bezogene Milchpulver mit lipasebildenden Mikroorganismen oder inaktiven Lipasen durchsetzt war.
- a) 135
 Wie sich aus den Ausführungen unter B.I.2.a) im Einzelnen ergibt, kann im Nachhinein nicht festgestellt werden, worauf der in Algerien festgestellte ranzige Geschmack des Milchpulvers und der Milch beruhen, insbesondere ob die zu den sensorischen Veränderungen führende Kausalkette durch inaktive Lipasen ausgelöst wurden, die bereits bei der Ablieferung vorhanden waren, oder ob nachträglich eine Kontamination mit lipasebildenden Mikroorganismen erfolgte und erst hierdurch Oxydationsprozesse in Gang gesetzt wurden.
- Erst recht muss bei dem in Aruba/Niederländische Antillen zu Speiseeis verarbeiteten Milchpulver offen bleiben, worauf die Geschmacksveränderungen beruhen. 136
- b) 137
 Der gesetzlich ihr obliegenden Vortrags- und Beweislast wurde die Klägerin insoweit auch nicht durch ein Verhalten der Beklagten enthoben, da diese bezüglich der mit dem Frachter Tozeur in Algier angelieferten und nach Aruba verschifften Milchpulverlieferung keine Maßnahmen ergriffen hat, die zu einer Beweislastumkehr oder zu Beweiserleichterungen hätten führen können.
2. 138
 Ob die Klägerin etwaige Gewährleistungsrechte ohnehin wegen einer Verletzung ihrer Untersuchungs- und Rügeobliegenheit (Art. 39, 38 CISG) verloren hätte, kann dahinstehen.
- C. 139
 Der Zinsanspruch folgt dem Grunde nach aus Art. 78 CISG, wobei allerdings hinsichtlich des Anspruchs auf Erstattung der Reisekosten eine Verzinsung erst ab dem Zeitpunkt zu erfolgen hat, zu dem die Klägerin ihren Schaden mit dem am 30.09.1998 zugegangenen Schreiben vom 15.09.1998 (Anl. K 25) erstmals darlegte.
- Die – im CISG nicht geregelte – Zinshöhe richtet sich nach § 352 HGB als dem nach dem Schuldrechtsstatut maßgebenden Recht (vgl. *Roßmeier*, RIW 2000, 407 [412 ff.]; *Piltz*, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 412; *Reinhart*, IPRax 1991, 376 [377 f.]; OLG Düsseldorf IPRspr. 1994 Nr. 27; OLG München IPRspr. 1994 Nr. 30; Schiedsspruch der Handelskammer Hamburg RIW 1996, 766 [771]; a.A.: *Neumayer*, RIW 1994, 99 [106]; weitere Nachweise in: *Berger*, *RabelsZ* 1997, 313 [331 ff.]). 140

D.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

141