
Datum: 21.08.1997
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 121 /96
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1997:0821.18U121.96.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 90 O 263/94

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 29. Mai 1996 verkündete Urteil des Landgerichts Köln - 90 O 263/94 - wird zurückgewiesen. Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zu tragen. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Entscheidungsgründe

- Die Berufung der Beklagten ist zulässig ; sie kann jedoch in der Sache keinen Erfolg haben. 1 2
- Die Klägerin begehrt den rechnerisch unstreitigen Kaufpreis von 12.900,-DM für 52 Tonnen Aluminiumhydroxid , die in zwei Partien gemäß Rahmenvertrag der Parteien vom 23.7.1993 bei ihr in Silofahrzeugen der Beklagten am 13.1.1994 und 25.1.1994 abgeholt und jeweils am Folgetag nach der Ankunft bei der Beklagten in deren Silo eingefüllt wurden. 3
- Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die dagegen gerichteten Berufungsangriffe , mit denen begehrt wird , unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Klage als unzulässig, hilfsweise als unbegründet abzuweisen, bzw. weiter hilfsweise verfahrensrechtlich, das Berufungsverfahren auszusetzen bis zur Entscheidung J 96- 11.984 des Kassationshofs Paris über die Revision der Beklagten gegen die Entscheidung 95001880 der Cour d'Appel Orléans vom 3.1.96, 4
- sind nicht begründet . 5
1. 6
- Die Klage ist zulässig . Das Landgericht hat seine internationale Zuständigkeit zu Recht bejaht . Diese ist allerdings nach Art. 19 des im Verhältnis zu Frankreich am 1.2.1973 in Kraft 7

getretenen Brüsseler Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.9.1968 in der Fassung vom 26.5.1989 (EuGVÜ) auch im Berufungsverfahren von Amts wegen zu prüfen . Wie die Beklagte richtig bemerkt , gilt § 512 a ZPO für die internationale Zuständigkeit nicht .

Die internationale Zuständigkeit des Landgerichts Köln ergibt sich aus Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ . 8
Danach können Personen mit Sitz in einem Vertragsstaat , wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden , in einem anderen Vertragsstaat vor dem Gericht des Ortes verklagt werden, an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre .

Wie in der angefochtenen Entscheidung zutreffend dargelegt, ist nach Art. 57 Abs.1 lit a des 9
Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11.4.1980 (CISG) der Sitz der Klägerin in Bergheim Erfüllungsort für die Verpflichtung der Beklagten zur Kaufpreiszahlung .

Die Beklagte behauptet auch nicht , daß insoweit ein anderer Erfüllungsort vereinbart wurde 10
oder sonst maßgeblich wäre .

Sie wendet ein , zwischen den Parteien sei eine still-schweigende 11
Gerichtsstandsvereinbarung zustande gekommen , weil die Klägerin der Einbeziehung der Allgemeinen Geschäfts-bedingungen der Beklagten in deren Auftragsschreiben nicht widersprochen habe .

Eine solche Gerichtsstandsvereinbarung würde allerdings nach Art. 17 EuGVÜ die 12
ausschließliche Zuständigkeit des nach dem unwidersprochenen Vorbringen der Beklagten in der Gerichts-standsklausel ihrer allgemeinen Kaufbedingungen bestimmten Handelsgerichts Orléans begründen .

Zu einer Einigung der Parteien über den Gerichtsstand ist es aber nicht gekommen . Die 13
Beklagte hat nicht davon ausgehen dürfen , daß die Klägerin mit der Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten in deren Auftragsschreiben einverstanden war. Denn sie hat der Auftragsbestätigung der Klägerin jeweils entnehmen können , daß diese ihre eigenen Geschäftsbedingungen zugrundelegen wollte, die unter Ziffer 14 dem Lieferer ein Wahlrecht zwischen dem Gerichtsstand an seinem Sitz oder an dem des Bestellers einräumen. Unstreitig wird auf der Vorderseite der jeweils an die Beklagte versandten Auf-tragsbestätigung auf die umseitig abgedruckten Allgemeinen Vertragsbedingungen verwiesen. Aus dem nunmehr vorgelegten Blankett ist ersichtlich, daß die Urschrift der Auftragsbe-stätigung anders als die Durchschriften auf dünnerem Papier den Abdruck der Bedingungen auf der Rückseite enthält. Die Beklagte hat entgegen ihrem Berufungsvortrag bereits bei Vertragsab-schluß feststellen können , daß die Allgemeinen Geschäfts-bedingungen der Klägerin die genannte Gerichtsstandsklausel enthalten . Denn es ist nicht anzunehmen , daß ihr entgegen den üblichen Gepflogenheiten lediglich Durchschriften der Auftrags-bestätigung übersandt wurden . Für das Gegenteil ist nichts dargetan , insbesondere hat die Beklagte die ihr zugegangenen Schriftstücke nicht vorgelegt .

Dies ist auch in dem in Frankreich anhängigen Schadensersatz-prozeß nicht geschehen. Aus 14
diesem Grunde hat bereits das Berufungsgericht (Cour d'Appel) Orléans in seinem Urteil vom 3.1.1996 - 95001880 - das Vorliegen einer Gerichtsstands-vereinbarung verneint . Zu einer abweichenden Beurteilung besteht aus den dargelegten Gründen keine Veranlassung.

2. 15

Eine Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung über die Revision der Beklagten gegen das vorgenannte Urteil des Berufungsgerichts Orléans ist nicht geboten.	16
Nach Art. 22 EuGVÜ kann, wenn bei Gerichten verschiedener Vertragsstaaten Klagen , die im Zusammenhang stehen , erhoben werden, das später angerufene Gericht das Verfahren aussetzen , solange beide Klagen im ersten Rechtszug anhängig sind . Letzteres ist hier nicht mehr der Fall . Die Aussetzung nach Art. 22 EuGVÜ liegt auch im Ermessen des Gerichts . Angesichts der Entscheidung des Berufungsgerichts Orléans , die nach dem Gesagten zutreffend erscheint , und der nicht abzusehenden Verfahrensdauer des Schadensersatzprozesses wäre eine Aussetzung untunlich .	17
Nach Art. 21 EuGÜV hat , wenn bei Gerichten verschiedener Vertragsstaaten Klagen wegen desselben Anspruchs zwischen denselben Parteien anhängig sind , das später angerufene Gericht das Verfahren von Amts wegen auszusetzen , bis die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht . Von einer Identität des Streitgegenstandes der wegen der Lieferungen vom 13. und 25. 1.1994 von der Beklagten bei dem Handelsgericht Orléans und von der Klägerin bei dem Landgericht Köln erhobenen Klagen ist jedoch nicht auszugehen .	18
Die Beklagte hat in ihrer Klageschrift allerdings nicht nur Schadensersatz gefordert , sondern auch beantragt , den Kauf rückgängig zu machen und die Lieferantin zur Rückzahlung des Kaufpreises zu verurteilen ("Prononcer la résolution de la vente de 75 tonnes d'hydrates d'alumine et ordonner le remboursement du prix versé , soit 103.000,- F.")	19
Der Antrag, die "résolution de la vente" auszusprechen , ist zwar nicht als negative Feststellungsklage zu deuten , die anders als nach deutschem autonomen Recht die Leistungsklage im Inland hindern würde (EuGHE 87,4861 = IPRax 98,157 ; Zöller / Geimer , ZPO 19. Aufl., Art. 22,23 GVÜ Rn 2). Denn er soll lediglich die Grundlage für die zugleich begehrte Verurteilung zur Rückzahlung des Kaufpreises schaffen . Es besteht aber Identität des Streitgegenstandes zwischen der Kaufpreisklage und dem Antrag auf Rückzahlung des Kaufpreises , weil damit jeweils das kontradiktorische Gegenteil begehrt wird (vgl. Zöller/Vollkommer, Vor § 322 ZPO Rn 21). Daß der Antrag auf Rückzahlung des Kaufpreises in dem in Frankreich anhängigen Verfahren weiter verfolgt wird, ist indessen nicht anzunehmen. Nach dem Akteninhalt und der von dem Prozeßbevollmächtigten der Beklagten in der mündlichen Verhandlung abgegeben Erklärung ist der Kaufpreis für die hier streitigen Lieferungen nicht gezahlt worden . Eine Rückzahlung des Kaufpreises kann deshalb nicht ernsthaft begehrt werden. Die Beklagte trägt auch nicht vor,daß diese Klage noch anhängig ist . Sie wäre im übrigen als rechtsmißbräuchlich anzusehen und nicht zu berücksichtigen , weil mit ihr eine unzulässige Umgehung der Aussetzungsbestimmungen des EuGVÜ bewirkt würde .	20
3.	21
Die Klage ist begründet . Der Klägerin steht gegen die Beklagte der geltend gemachte Kaufpreisanspruch über 12.900,-DM aus Art. 53 CISG zu .	22
Der Anspruch ist nicht nach Art. 81 CISG entfallen, denn die Beklagte ist zur Vertragsaufhebung gemäß Art. 49 Abs. 1 lit.a, 45 Abs.1 lit.a , 35 CISG nicht berechtigt . Voraussetzung dafür wäre, daß die gelieferte Ware in ihrer Qualität nicht den Anforderungen des Vertrages entsprochen hat und der Mangel innerhalb der Frist des Art. 39 CISG gerügt worden ist . Davon kann nicht ausgegangen werden .	23

Daß die Lieferung vom 25.1.1994 , die in Ermangelung anderweitiger Lagermöglichkeiten am 26.1.1994 in den Silo eingefüllt worden sein soll, mangelhaft gewesen ist, hat die Beklagte nicht substantiiert vorgetragen .

Nach ihren eigenen Angaben stellte die Beklagte bereits am 22.1.1994 Einschlüsse in ihrer Glasproduktion fest , die zu Brüchen führten , und rügte nach Mikroskopanalysen gegenüber der Vertreterin der Klägerin in Frankreich, der L. France S.a.r.l., am 26.1.1994 einen Mangel des gelieferten Materials. Damit kann das erst am 26.1.1994 in den Silo eingefüllte Material nicht gemeint gewesen sein. Am 27.1.1994 ließ die Beklagte im Beisein eines Gerichtsvollziehers Proben aus dem Silo entnehmen . Beim Umrühren bildeten sich dicke Klumpen ,die nach Durchsieben im Sieb verblieben , während eine Probe von mangelfreiem Aluminiumhydroxid beim Durchsieben keine Klumpen zurückließ und eine hellere Färbung aufwies . Die Beklagte hat dazu mit Schriftsatz vom 4.8.1995 vorgetragen , bei dem am 27.1.1994 überprüften Material habe es sich um Proben aus der Lieferung vom 14.1.1994 und aus dem Trichter , in dem die Rohstoffe vor ihrer Eingabe in den Ofen verwahrt werden , gehandelt. Daß das erst am 26.1.1994 in den Silo gefüllte Material bereits in den Trichter gelangt sein soll, wird von der Beklagten nicht behauptet und ist nicht ohne weiteres anzunehmen. Es kann folglich nicht davon ausgegangen werden , daß das am 27.1.1994 überprüfte und für mangelhaft befundene Material aus der Lieferung vom 25.1.1994 stammte.

25

Wenn diese Lieferung am 26.1.1994 in den Silo gefüllt worden ist , hat die Beklagte ihre Schadensminderungspflicht nach Art. 77 CISG verletzt, so daß ihr auch kein auf Befreiung von der insoweit bestehenden Kaufpreisverbindlichkeit gerichteter Schadensersatzanspruch zustehen kann .

26

Bezüglich der Lieferung vom 14.1.1994 hat die Beklagte einen Mangel ebenfalls nicht substantiiert vorgetragen . Das am 27.1.1994 aus dem Silo bzw. Trichter entnommene Material ist zwar unstreitig mangelhaft gewesen. Streitig ist aber , ob das entnommene Material aus der Lieferung vom 14.1.1994 bzw. überhaupt von der Klägerin stammt . Wenn sich teilweise fremdes Material in dem Silo befunden hätte , könnten zur Qualität des von der Klägerin gelieferten Materials keine Feststellungen mehr getroffen werden. Nach der von der Beklagten vorgelegten Liste über die Lieferungen in der Zeit vom Januar 1993 bis März 1994 , deren Richtigkeit unter Beweis gestellt ist, stammte das in dem fraglichen Zeitraum bezogene Material allerdings ausschließlich von der Klägerin. Die Behauptung der Klägerin, mit den von ihr gelieferten Mengen könne die Beklagte ihren Bedarf nicht gedeckt haben , ist nicht weiter substantiiert worden. Nach der erwähnten Liste sind im Dezember 1993 immerhin 26,26 Tonnen von der Klägerin bezogen worden . Auch wenn man deshalb unterstellt, daß sich in dem Silo nur Material der Klägerin befunden hat, ist aber nicht feststellbar, ob es sich bei der Probe um Material aus der Lieferung vom 14.1.1994 oder aus einer früheren Lieferung der Klägerin gehandelt hat . Frühere Lieferungen sind nicht als mangelhaft gerügt , Ansprüche insoweit nicht geltend gemacht worden.

27

Die Klägerin hat einen Mangel der streitigen Lieferungen auch nicht dadurch anerkannt, daß sie den Inhalt des von der Beklagten nach der Probeentnahme am 27.1.1994 entleerten Silos entgegengenommen hat . Ein solcher Mangel ist von ihr immer bestritten worden. Sie hatte der Beklagten bereits auf die Mängelrüge vom 26.1.1994 mit Telefax vom selben Tag mitgeteilt, ihr Rückstellmuster aus der Ladung vom 13.1.1994 sei einwandfrei . Bei Entgegennahme des in drei Silowagen zu ihr transportierten Materials hat sie darauf hingewiesen, daß es zwischen dem von ihr gelieferten Material und den aufgetretenen Problemen keine Verbindung gebe .

28

Mit dem Landgericht ist zudem von einer Verletzung der Rügepflicht auszugehen .

29

- Nach Art. 39 Abs.1 CISG verliert der Käufer das Recht, sich auf eine Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen, wenn er sie dem Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist nach dem Zeitpunkt, in dem er sie feststellt oder hätte feststellen müssen, anzeigt. Die Rügefrist beginnt deshalb mit dem Zeitpunkt, in dem der Käufer die Vertragswidrigkeit durch die ihm nach Art. 38 CISG obliegende Untersuchung der Ware feststellen kann. Nach Art. 38 Abs.1 CISG hat der Käufer die Ware innerhalb einer so kurzen Frist zu untersuchen oder untersuchen zu lassen, wie es die Umstände erlauben. Damit sind Untersuchungsfrist und Rügefrist hintereinander geschaltet und bilden gemeinsam die Gesamtfrist für die Mängelanzeige (v. Caemmerer/Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 2. Aufl., Art. 39 Rn 20; Honsell/ Magnus, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 1997, Art. 38 Rn 13). 30
- Der Käufer ist zu Untersuchungen nur im Rahmen des Zumutbaren und Üblichen verpflichtet, in jedem Fall hat aber eine angemessene handelsübliche und bei Gefahr hoher Mangelfolgeschäden besonders gründliche (Schwenzer a.a.O. Art. 38 Rn 13) Untersuchung stattzufinden, zu der, wenn es auf schwer überprüfbare Eigenschaften der Ware ankommt, auch Sachverständige einzuschalten sind (Magnus a.a.O. Rn. 15,17). Die Fristdauer hängt von den objektiven Umständen des Einzelfalles, vor allem von der Art der Ware und des Mangels sowie den Notwendigkeiten der Untersuchung ab. 31
- Für den Normalfall wird in Deutschland als Gesamtfrist ein Zeitraum von zwei Wochen befürwortet (Magnus a.a.O. Art. 38 Rn 22, 24, Art. 39 Rn 21). 32
- Grundsätzlich sind die Fristen aber großzügiger zu bemessen als nach der Rechtsprechung zu den §§ 377,378 HGB und dem früher geltenden Einheitlichen Kaufgesetz, und es ist im Interesse einer einheitlichen Auslegung den Traditionen der anderen Vertragsstaaten, die - wie gerade Frankreich - großzügige Fristen einräumen, Rechnung zu tragen, so daß als grober Mittelwert eher eine Monatsfrist anzusetzen sein dürfte (vgl. Schwenzer a.a.O. Art. 38 Rn 16, Art. 39 Rn 17). 33
- Eine solche Frist kann freilich nur für Waren gelten, bei denen keine Veränderung zu besorgen ist, die dem Zweck der Art. 38,39 CISG, schnell Klarheit darüber zu schaffen, ob ordnungsgemäß erfüllt wurde (Magnus a.a.O. Art. 39 Rn 4) und das notwendige Beweismaterial dafür zu sichern (Schwenzer a.a.O. Art. 38 Rn 4), zuwiderlaufen würde. Handelt es sich wie im vorliegenden Fall um Waren, die mit anderem gleichartigen Material vermischt werden, so daß nicht mehr ohne weiteres festgestellt werden kann, aus welcher Lieferung das gegebenenfalls mangelhafte Material stammt, ist eine Untersuchung der Ware vor der Vermischung geboten. Dies gilt ungeachtet dessen, daß sämtliches Material im Silo von der Klägerin stammen soll. Zum einen wird letzteres gerade bestritten, Klarheit über die Mangelhaftigkeit bzw. Mangelfreiheit des Materials der Klägerin insofern nicht erreicht. Zum anderen besteht die Untersuchungspflicht für jede Lieferung gesondert. Das von der Klägerin bezogene Aluminiumhydroxid hätte deshalb nach der Ankunft bei der Beklagten sofort untersucht werden müssen, bevor es in den Silo gefüllt wurde. 34
- Eine sofortige Untersuchung jeder Lieferung ist der Beklagten auch zumutbar gewesen. Denn es hat keines besonders aufwendigen Prüfungsverfahrens dazu bedurft. Der Mangel wäre bei bloßer Sichtkontrolle durch einen ohne weiteres zu bewerkstellenden Farbvergleich einer dem Silowagen zu entnehmenden Probe mit einer Probe mangelfreien Materials, die bei der Beklagten aufbewahrt werden konnte, durch Anfühlen oder Umrühren und Durchsieben der Probe aus dem Silowagen entdeckt worden. Nach dem Protokoll des Gerichtsvollziehers G. vom 27.1.1994 über die Untersuchung des dem Silo der Beklagten entnommenen Aluminiumhydroxid war die Probe dunkler gefärbt als das mit ihr verglichene mangelfreie 35

Material . Das Probematerial bildete beim Umrühren dicke Klumpen , die beim Gießen durch ein Sieb darin verblieben . Die Klumpen bildeten sich auch durch bloßes Zusammendrücken des Materials in der Hand. Die anwesenden Parteien - unter ihnen der Vertreter der Klägerin - waren sich einig, daß der Unterschied in der Färbung genauso offensichtlich war wie der Unterschied beim Anfühlen.

Es kann hiernach keine Rede davon sein, daß es sich um einen versteckten Mangel gehandelt hat, der nur durch mikroskopische und chemische Analysen festgestellt werden konnte, wie die Beklagte behauptet . Daß die Beklagte zur Analyse des produzierten Glases mehrere Tage benötigt hat , besagt nicht, daß eine solche Analyse erforderlich war, um Mängel des gelieferten Materials zu erkennen . Die Behauptung der Beklagten , aus der dunklen Färbung und Klumpenbildung könne nicht darauf geschlossen werden , daß das Aluminiumhydroxid zur Glasherstellung unbrauchbar ist , erfolgt in dieser dezidierten Form erstmals im Berufungsverfahren . Sie ist angesichts der Feststellungen des Gerichtsvollziehers auch nicht hinreichend substantiiert . In dessen Protokoll ist vermerkt, daß im Labor mehrere Posten Gläser mit Mängeln , die auf die Verwendung des untauglichen Aluminiumhydroxid zurückzuführen waren , in Augenschein genommen wurden und daß alle gezeigten Gläser einen Klumpen Aluminiumhydroxid enthielten. Es liegt auf der Hand , daß die Klumpenbildung des Rohmaterials zur Klumpenbildung in dem damit hergestellten Glas führt . Wenn die Beklagte , die als Glasproduzent hinreichend sachkundig ist, dies in Abrede stellen wollte, hätte es dazu einer nachvollziehbaren Erläuterung bedurft.

36

Daß eine Sichtkontrolle nur völlig ungewöhnliche Verschmutzungen offenbart hätte , läßt sich dem Schreiben der Klägerin vom 26.1.1994 nicht entnehmen. Dort wird lediglich mitgeteilt, daß die Transportfahrzeuge jeweils von den Mitarbeitern der Klägerin im Inneren auf Verunreinigungen in Augenschein genommen worden seien .

37

Die Untersuchungspflicht der Beklagten hat ungeachtet dessen bestanden, daß zuvor mangelfreie Ware geliefert worden war , daß die Klägerin Qualitätssicherungsanalysen durchführt und jeder Lieferung Rückstellmuster entnimmt. Eine Qualitäts-sicherungsvereinbarung , durch die sich die Beklagte von ihrer Untersuchungs- und Rügeobliegenheit freigezeichnet hätte (vgl. dazu Schwenzer a.a.O. Art. 38 Rn 29), wird nicht behauptet.

38

Hat nach dem Gesagten für die Beklagte die Pflicht bestanden, das von der Klägerin erhaltenen Aluminiumhydroxid sofort, nämlich vor Einfüllen in ihren Silo zu untersuchen , ist auch die sofortige Rüge des dabei entdeckbaren Mangels geboten gewesen. Im Zeitalter der Kommunikation per Telefax fällt bei der Bestimmung der Rügefrist der Zeitraum der Übermittlung nicht erheblich ins Gewicht . Die Rüge hätte deshalb ebenfalls vor dem Befüllen des Silos übermittelt werden können und übermittelt werden müssen, um das Recht zur Geltendmachung von Mängeln der Kaufsache zu erhalten . Die Rüge vom 26. 1.1994 war verspätet .

39

Eine Rückgängigmachung des Kaufvertrages durch Rücknahme des Materials wird von der Beklagten nicht mehr geltend gemacht. Da die Klägerin den Siloinhalt unter Hinweis darauf entgegen-genommen hat , daß es zwischen dem von ihr gelieferten Material und den aufgetretenen Problemen keine Verbindung gebe, kommt

40

- wie bereits vom Landgericht dargelegt - der Übernahme des Materials auch keine derartige rechtsgeschäftliche Bedeutung zu.

41

Der Kaufpreisanspruch entfällt schließlich nicht wegen der von der Beklagten erklärten Hilfsaufrechnung mit dem in Höhe der Kaufpreisforderung geltend gemachten Schadensersatzanspruch wegen Mängelfolgeschäden . Ein aufrechenbarer vertraglicher Schadensersatzanspruch aus Art. 45 Abs.1 lit.b , Art. 74 CISG, über den die angerufenen deutschen Gerichte analog Art. 6 Nr.3 EuGVÜ wegen der Konnexität mit der Klageforderung zu entscheiden haben (Kropholler , a.a.O. Art. 6 Rn.37), ist nach dem Gesagten nicht gegeben.

Die Berufung ist nach alledem unbegründet und mit der Kostenfolge aus § 97 Abs.1 ZPO zurückzuweisen. 43

Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 44

Berufungsstreitwert: 25.800,-DM (12.900,-DM Klageforderung + 12.900,- DM Hilfsaufrechnung) 45