

Az: VIII ZR 121/98  
Vorhergehendes Az:  
Gericht: BGH  
Datum: 24.03.1999

#### Tatbestand:

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Schadensersatz wegen angeblicher Fehler des im Jahre 1994 von dieser gelieferten und von der Firma ...GmbH - frühere Beklagte zu 2) - hergestellten schwarzen Rebwachses in Anspruch.

Der Rechtsstreit gegen die Herstellerfirma wurde vom Land-gericht Frankenthal (Pfalz) durch Beschluß vom 15. Mai 1997 (Bl. 440 f d.A.) an das örtlich zuständige Landgericht Itze-hohe verwiesen (3 0 201/97 LG Itzehohe). Dieses hat mit Urteil vom 21. November 1997 die gegen die ...GmbH gerichtete Klage abgewiesen (Bl. 596 ff d.A.).

Die Klägerin und die Beklagte standen über mehrere Jahre miteinander in Geschäftsbeziehungen.

Die Klägerin betreibt in ... eine Rebschule, die sich u.a. mit der Aufzucht und dem Handel von Schnittreben sowie mit Veredelungen befaßt. Zum Zweck der Veredelung verwendet sie ein spezielles Wachs, um das Austrocknen der Stecklinge und der jungen Reben zu verhindern und um die Infektionsgefahr zu verringern. Dieses Wachs, das die Klä-gerin zum Teil auch weiterverkaufte, bezog sie, wie schon seit einigen Jahren, von der Beklagten, die - was die Klägerin wußte - das Produkt nicht selbst herstellte. Die Be-klagte ihrerseits bezog das Wachs von der Firma ... Herstellerin des Wachses war seit mehreren Jahren die Firma ...

Die Beklagte befaßt sich schwerpunktmäßig mit der Anfertigung von speziellen landwirtschaftlichen Maschinen für den Weinbau, deren Vertrieb, wie auch mit dem Handel mit Reben. Daneben handelt sie - ebenso wie die Klägerin - mit Rebenzubehör, u.a . mit Rebwachsen. Außerdem betreibt der Inhaber der Beklagten eine Rebschule.

Mit Schreiben vom 18. Januar 1994 (Anlage K 1 zur Klage vom 17. November 1995) wandte die Klägerin sich - wie in den Vorjahren - an die Beklagte mit der Bitte um Unterbreitung eines Angebots für "ca. 5 000 kg Rebwachs schwarz". Bezugnehmend auf dieses Schreiben bot die Beklagte der Klägerin mit

Schreiben vom 21. Januar 1994 (K 2) 5 000 kg Rebwachs schwarz zu einem Preis von 5,43 DM je Kilogramm an. Schließlich bestellte die Klägerin bei der Beklagten am 31. Januar 1994 (K 3) zu dem angebotenen Preis 5 000 kg Rebwachs schwarz, das in zwei Partien (Ende Februar und Ende April) geliefert werden sollte.

Mit Rechnungen vom 18. Februar 1994, 11. April 1994 und 29. April 1994 (Bl. 72 - 74 d.A.) berechnete die Beklagte der Klägerin die Lieferung von 2 450 kg, 2 550 kg und 1 500 kg Rebwachs, schwarz 17638 zu dem vereinbarten Preis von 5,43 DM je Kilogramm. Auf der Rückseite der Rechnungen waren, wie auch bei früheren Geschäften, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten abgedruckt (Bl. 51 d.A.). Dort heißt es unter Ziffer 15:

"Beanstandungen können nur berücksichtigt werden, wenn sie bis spätestens innerhalb von 14 Tagen nach Ankunft der Ware unter Angabe der Gründe schriftlich beim Verkäufer vorliegen. Zur Überprüfung der Beanstandung ist die Ware unverzüglich auf Kosten des Käufers an den Verkäufer zurückzusenden. Der Käufer hat bei berechtigten Beanstandungen nur einen Anspruch auf Ersatz der fehlerhaften Teile oder, falls das ganze Werk fehlerhaft ist, auf Wandlung, sofern der Verkäufer nicht Ersatzlieferung in vollem Umfang zusagt. Alle weitergehenden Ansprüche, insbesondere auf Minderung oder Schadensersatz aller Art sind ausgeschlossen. Ersetzte Teile verbleiben beim Verkäufer."

Das an die Klägerin ausgelieferte Wachs hatte die Beklagte von der Firma ... bezogen. Diese wiederum hatte es bei der Herstellerin, der Firma ... in Auftrag gegeben. Die Lieferung erfolgte in der Originalverpackung in Säcken direkt von der Herstellerin zur Klägerin, ohne daß die Beklagte die Ware tatsächlich übernommen und geprüft hätte.

Die Klägerin verwendete das Wachs teilweise zur Behandlung ihrer eigenen Reben. Daneben veräußerte sie sowohl Wachs als auch Reben, die in ihrem Betrieb mit dem Wachs behandelt worden waren, an andere Rebschulen weiter, die wiederum ihrerseits eigene Reben mit dem Wachs behandelten und auch Kunden mit Reben belieferten, die mit Hilfe des Wachses zuvor veredelt worden waren (zur Veredelung und der Bedeutung des Behandelns der Reben mit Wachs/Paraffin vgl. Gutachten Dr. ..., Bl. 234 d.A.).

Im Jahre 1994 kam es in der Rebveredelung sowohl in ... als auch in der Bundesrepublik Deutschland zu erheblichen Schäden, wovon nicht allein die Verwender des streitgegenständlichen Wachses betroffen waren, sondern auch die hergestellten Konkurrenzprodukte mit der Handelsbezeichnung ...

Mit Schreiben vom 16. Juni 1994 (K 7) hat die Klägerin gegenüber der Beklagten die Mangelhaftigkeit des Wachses gerügt. Die Beklagte hat ihrerseits mit Schreiben vom 17. Juni 1994 Mängel gegenüber der Firma ... angezeigt (5 OH 14/94 LG Stade, Bl. 9). Die genaue Schadensursache wurde bei dem

Konkurrenzprodukt nicht abschließend geklärt, weil es zu einem außergerichtlichen Vergleich des Verstellers mit den Verwendern des Produktes kam. Durch den seinerzeit eingeschalteten Sachverständigen Dr. ... wurde festgestellt, daß die Schäden beim Rebwachs aus dem Produktionsjahr 1994 mit einer aggressiven Substanz im Zusammenhang stehen, welche das Produktionsjahr 1993 nicht aufgewiesen habe.

Die Klägerin hat vorgetragen: Das von der Beklagten gelieferte Rebwachs sei 1994 mangelhaft gewesen und habe zu erheblichen Schäden bei der Veredelung geführt. Sowohl bei ihr als auch bei ihren Kunden und deren Abnehmern habe das Wachs verheerende Auswirkungen auf die Reben gehabt. Die Wachstumsschicht sei bei einem Teil der Reben irreversibel abgestorben; bei einem anderen Teil der Reben sei es zwar noch zum Austreiben des Rebauges gekommen, das aber dann sofort wieder vertrocknet sei. Soweit einzelne Reben zunächst ausgetrieben hätten, seien bei diesen nach kurzer Zeit die Blätter welkelt und der Trieb dann gänzlich abgestorben.

Unter Berufung auf ein Gutachten des Dipl. Ing. ... vom 27. Oktober 1994 (K 4) sowie ein Gutachten des Sachverständigen Dipl. Ing. ... vom 28. Februar 1995 (5 OH 14/94 LG Stade, Bl. 104) hat die Klägerin ausgeführt, daß die negativen Resultate im Jahr 1994 eindeutig von dem von der Beklagten gelieferten Wachs herrührten. Vor allem seien chemische Unterschiede zu den von der Beklagten bereits in den Jahren davor gelieferten Produkten nachweisbar was sich aus dem Gutachten des Prof. Dipl. ... vom November 1994 (K 6) ergebe.

Die Beklagte habe 1994 ein anderes als das bestellte Rebwachs und damit ein Aliud geliefert. Die Bestellung vom 31. Januar 1994 sei im Lichte der Bestellung der vorangegangenen Jahre zu sehen. Hierzu blieb unstrittig, daß die Klägerin bereits mit Schreiben vom 7. Januar 1993 (K 15) eine Lieferung von "ca. 5 000 bis 6 000 kg Veredelungswachs schwarz wie Vorjahr" angefragt hatte. In dem vorangegangenen Jahr 1992 hatte die Beklagte ausweislich ihres Verkaufsprogramms (K 16) schwarzes Rebwachs mit der Spezifikationsnummer ... angeboten. Nachdem nunmehr ohne entsprechendes Hinweis Rebwachs mit einer anderen Nummer geliefert worden sei (17638), führe dieser Umstand bereits zu einer erheblichen Vertragsverletzung. Der Beklagten sei bekannt gewesen, daß es sich 1994 um ein anderes, noch unerprobtes Produkt gehandelt habe. Dies ergebe sich auch daraus, daß der Geschäftsführer der Beklagten im Sommer 1994 der Klägerin noch mitgeteilt habe, er habe einen Hinweis auf die Veränderung des Produkts nicht für erforderlich gehalten, da es sich um ein verbessertes Produkt handle.

Die Beklagte hafte auf Schadensersatz gemäß Art. 45 CISG. Eine Entlastung nach Art. 79 CISG komme nicht in Betracht. Infolge der mangelhaften Rebwachse sei ihr ein Schaden von 14 146 381,40 öS entstanden. Da sie von den Abnehmern auf Schadensersatz in Anspruch genommen werde, sei der Schaden nur zum Teil absehbar.

Die Firma ... (frühere Beklagte zu 2) sei als Herstellerin des Produkts ebenfalls zum Schadensersatz verpflichtet. Sie hafte sowohl nach Österreichischem Produkthaftungsgesetz als auch wegen unerlaubter Handlung.

Die Klägerin hat in 1. Instanz zuletzt beantragt:

1.

Die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin einen Betrag in deutscher Mark zu zahlen, der nach dem Umrechnungskurs am Tag der Zahlung ÖS 6 349 840,-- entspricht, die Beklagte zu 1 nebst 5 % Zinsen seit dem 29. September 1995, die Beklagte zu 2) nebst 5 % Zinsen ab Rechtshängigkeit,

hilfsweise,

ÖS 6 349 840,-- von der Beklagten zu 1) nebst 5 % Zinsen seit 29. September 1995 und von der Beklagten zu 2) nebst 5 % Zinsen ab Rechtshängigkeit zu zahlen;

2.

die Beklagte zu 1) über den DM-Betrag hinaus, der nach dem Umrechnungstag am Tag der Zahlung 6 349 840,-- ÖS entspricht, zu verurteilen, an die Klägerin einen weiteren Betrag in deutscher Mark zu zahlen, der nach dem Umrechnungskurs am Tag der Zahlung ÖS 7 796 541,40 entspricht, nebst 5 % Zinsen seit dem 29. September 1995,

hilfsweise an die Klägerin weitere ÖS 7 796 541,40 nebst 5 % Zinsen seit dem 29. September 1995 zu zahlen,

3.

festzustellen, daß die Beklagte zu 1) verpflichtet ist, der Klägerin allen weiteren Schaden zu ersetzen, welcher der Klägerin aus der Veredelung oder Veräußerung des ihr von der Beklagten im Jahre 1994 gelieferten Rebwachses schwarz entstanden ist und noch entstehen wird.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen.

Die ehemals Beklagte zu 2) hat die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts gerügt.

Die ehemals Beklagte zu 1) (jetzige Beklagte) hat geltend gemacht:

Bei den behaupteten Schäden handele es sich nicht um Wachstums-, sondern um Erfrierungsschäden. Jedenfalls sei die Kausalität nicht nachgewiesen.

Darüber hinaus seien aufgrund ihrer AGB's die geltend gemachten Schadensersatzansprüche ausgeschlossen. Im übrigen habe die Klägerin ihre sich aus Art . 39 CISG ergebende Rügeobliegenheiten verletzt.

Schließlich könne die Beklagte sich nach Art. 79 CISG entlasten. Soweit Wachs der Fa. ... bezogen worden sei, sei diese Firma seit vielen Jahren als Fachfir-ma für Rebwachse bekannt. Diese habe stets den Eindruck vermittelt, das Produkt selbst herzustellen. Erst im Beweis-sicherungsverfahren 5 OH 14/94 Landgericht Stade habe sie mitgeteilt, daß die Beklagte zu 2) der Produzent des Wach-ses sei. Es habe mit dem von ... bezogenen Wachs in den früheren Jahren auch nie Probleme gegeben. Das frag-liche Wachs für 1994 habe sie auch nicht durch Übersendung eines Musters in Auftrag gegeben. Ihr obliege auch keine Produktbeobachtungspflicht.

Der behauptete Schaden werde auch der Höhe nach bestritten. Insbesondere könne die Klägerin keinen Ersatz für Dritt- oder Viertschäden verlangen.

Das Landgericht hat Beweis erhoben gemäß Beweisbeschluß vom 25. April 1996, ergänzt durch Beschluß vom 25. Juli 1996 (Bl. 178, 221 d.A.) durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Dipl. Agr. Ing. Dr. ... (Bl. 233 ff d.A.) sowie dessen mündliche Erläuterung im Termin vom 27. Februar 1997 (Bl. 386 d.A.).

Es hat sodann die Klage gegen die Beklagte zu 1) durch Teilurteil vom 17. April 1996 abgewiesen, den Rechtsstreit gegen die Beklagte zu 2) mit Beschluß vom 15. Mai 1996 an das örtlich zuständige Landgericht Itzehoe verwiesen (Bl. 440 d.A.) und durch Schlußurteil vom selben Tag der Klägerin die Kosten des Verfahrens gegen die Beklagte zu 1) auferlegt (Bl. 442 ff d.A.).

Zur Begründung des die Klage abweisenden Teilurteils gegen die Beklagte hat die Kammer ausgeführt:

Der Klägerin stehe der geltend gemachte Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte schon dem Grunde nach nicht zu, weshalb auch der Feststellungsantrag abzuweisen sei.

Zwar habe die Beklagte die Mängel ordnungsgemäß i. S. von Art. 39 CISG gerügt (wird näher ausgeführt).

Der Anspruch sei auch nicht durch Nr. 15 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten ausgeschlossen. Dabei könne dahinstehen, ob die AGB im Verhältnis zur Klägerin überhaupt Vertragsbestandteil geworden seien. Der generelle Ausschluß von Schadensersatzansprüchen sei jedenfalls nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 ABGB unwirksam (wird weiter ausgeführt).

Es stehe auch fest, daß die Beklagte ihre Verkäuferpflicht i. S. von Art. 35 CISG verletzt habe, weil das Wachs bei der Übergabe mit einem wesentlichen Sachmangel behaftet gewesen sei. Das ergebe sich eindeutig aus dem Gutachten des Sachverständigen Dr. ... im Verbindung mit der mündlichen Erläuterung dieses Gutachtens (wird weiter ausgeführt).

Der Anspruch scheitere indes an Art. 79 Abs. 1 CISG, weil die Beklagte sich entlasten könne. Absatz 2 dieser Bestimmung komme nicht in Betracht, weil diese nur Fälle erfasse, in denen der Schuldner Dritte damit betraue, für ihn in eigener Verantwortung den Vertrag zu erfüllen. Hier seien die Dritten jedoch lediglich Zulieferer.

Auch bei Lieferung vertragswidriger Ware könne eine Entlastung nach Art. 79 Abs. 1 CISG in Betracht kommen, wenn Gründe die Vertragserfüllung verhinderten, die dem Schuldner weder objektiv anzulasten noch als vertragliches Risiko zuzuweisen seien. Diese Voraussetzungen lägen hier vor. Eine Vertragswidrigkeit des Wachses habe die Beklagte hier nicht in Rechnung stellen müssen, weil es in der Vergangenheit nie zu Schwierigkeiten mit diesem Wachs gekommen sei.

Die Hinderungsgründe lägen auch außerhalb des Einflußbereichs der Beklagten und hätten von dieser weder vermieden noch überwunden werden können. Art. 79 CISG erhebe die mangelnde Beherrschbarkeit eines Risikos zum allgemeinen Entlastungsprinzip. Für das auch der Klägerin bekannte Beschaffungsrisiko habe die Beklagte nicht einzustehen. Es gehe hier um verdeckte Mängel der von dritter Seite bezogenen Ware, für die der Verkäufer mangels Beherrschbarkeit nicht einstehen müsse, weil der Mangel auch bei der Anwendung derjenigen Untersuchungsmethoden, die einer vernünftigen Partei in der Lage des Verkäufers zugemutet werden könnten, nicht zu entdecken gewesen sei. Die schädigende Wirkung des Wachses hätte die Beklagte allenfalls durch groß angelegte Feldversuche erkennen können. Derart weitgehende und kostspielige Untersuchungen seien der Beklagten aber nicht zumutbar gewesen.

Eine Haftung nach Deliktsrecht komme schon deshalb nicht in Betracht, weil das CISG die speziellere Regelung sei. Im übrigen fehle es an einem Verschulden der Beklagten.

Das Produkthaftungsgesetz komme schon deshalb nicht zur Anwendung, weil die Beklagte nicht Herstellerin des streitgegenständlichen Produktes sei.

Gleiches gelte auch für das Österreichische Produkthaftungsgesetz.

Die Klägerin hat gegen dieses Teilurteil form- und fristgerecht Berufung eingelegt. Sie verfolgt die bezifferte Schadensersatzklage in vollem Umfange weiter und trägt dazu noch ergänzend vor:

Das Landgericht habe verkannt, daß es sich bei der Haftung nach dem CISG um eine gesetzliche Garantiehaftung für die Lieferung mangelfreier und vertragsgemäßer Ware handele. Die Kammer habe Art. 79 CISG verkannt und falsch angewendet. Sie habe sich mit den einzelnen Tatbestandsmerkmalen dieser Bestimmung nur unzureichend auseinandergesetzt. Insbesondere sei verkannt worden, daß es sich bei Mängeln des verkauften Vertragsgegenstandes um typischerweise der Verkäufersphäre zuzurechnende Umstände handele. Die Beklagte müsse für ihre Bezugsquelle einstehen. Hier gehe es nicht um externe Ursachen wie z. B. höhere Gewalt.

Im übrigen hätte das Landgericht jedenfalls Beweis durch die angebotenen Zeugen erheben müssen. Es habe verkannt" daß die Klägerin sich darauf berufen habe, daß das Wachs 94 aufgrund eines von der Beklagten vorgegebenen Musters hergestellt und entwickelt worden sei. Der Zeuge ... habe das schadhafte Wachs aufgrund der Analysedaten des von der Beklagten vorgegebenen Musters in Auftrag gegeben. Außerdem habe der Zeuge ... die Beklagte auf die erforderliche Prüfung für die spätere Verwendung bei Reben ausdrücklich hingewiesen. Der Beklagten sei auch die neue Zusammensetzung des Wachses bekannt gewesen.

Die schädigende Wirkung des Rebwachses hätte auch durch einen Feldversuch ohne weiteres festgestellt werden können. Aufgrund der Gesamtumstände sei der Beklagten ein solcher Anbauversuch auch durchaus zumutbar gewesen.

Das Landgericht verkenne durchweg die Beweislast im Rahmen des Art. 79 CISG. Darauf, ob eine Untersuchung schwierig sei, komme es nicht an. Chemischer Analysen hätte es nicht bedurft.

Die Klägerin habe das schwarze Rebwachs "wie in den Vorjahren" bestellt, weshalb sie auch davon ausgegangen sei, daß wiederum das gleiche Wachs geliefert werde.

Die Beklagte habe indes ein geändertes Rebwachs in Auftrag gegeben und geliefert. Schließlich habe die eigene Haftpflichtversicherung der Beklagten eine Haftung mit dem Hinweis abgelehnt, daß die Beklagte das Rebwachs gegenüber den Vorjahren kurzfristig und eigenmächtig verändert habe. Zwischenzeitlich habe die Beklagte sich mit der Haftpflichtversicherung indes geeinigt und auch eine Versicherungssumme in nicht bekannter Höhe als Entschädigung erhalten.

Hilfsweise berufe sie sich zur Begründung ihres Schadensersatzanspruchs auch darauf, daß die Beklagte ihr ein Aliud geliefert habe.

Bei der Prüfung der deliktischen Ansprüche habe das Landgericht verkannt, daß §§ 823 ff BGB neben den kaufrechtlichen Bestimmungen Anwendung finden würden. Weil das schädigende Rebwachs nach einem Muster der Beklagten angefertigt worden sei, habe diese durch das In-Verkehr-Bringen des

Rebwachses schuldhaft ihre Verkehrssicherungspflicht verletzt.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Frankenthal (Pfalz) vom 17. April 1997 die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin einen Betrag in DM zu zahlen, der nach dem Umrechnungskurs am Tag der Zahlung ÖS 14 146 348,40 entspricht, nebst 5 % Zinsen seit dem 29. September 1995,

hilfsweise,

ÖS 14 146 381,40 nebst 5 % Zinsen seit dem 29. September 1995 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung und führt ergänzend aus:

Sie habe sich auf ihren Lieferanten als anerkannten Spezialisten verlassen dürfen. Sie sei - was die Klägerin gewußt habe - nur Zwischenhändlerin gewesen.

Die Schadensursache für die Rebschäden sei nie geklärt worden. Es werde deshalb nach wie vor bestritten, daß die Schäden auf das fragliche Wachs zurückzuführen seien.

Das Landgericht habe unter Berücksichtigung aller Umstände auch die Bedeutung des Art. 79 CISG nicht verkannt, sondern die Vorschrift zutreffend angewandt. Die Klägerin überspanne die Anforderungen an den Zwischenhändler in unerträglicher Weise. Auch die Entlastungsformel des Art. 79 CISG schließe subjektive Elemente mit ein. Bei dem streitgegenständlichen Rebwachs habe es sich um eine Weiterentwicklung aus dem Jahre 1993 gehandelt, die schon 1993 beim Hersteller mehrfach untersucht worden sei. Dabei habe sich weder ein Mangel in der Zusammensetzung gezeigt noch habe das Produkt aggressive Fremdstoffe aufgewiesen.

Von dem weiterentwickelten Wachs sei der Beklagten am 16. Juli 1993 ein Muster übersandt worden, nämlich die Probe ... schwarz. Diese Probe weise, wie der erstinstanzliche Sachverständige festgestellt habe, den später vorhandenen aggressiven Fremdstoff ebensowenig auf wie die Rückstellmuster von dieser Probe, die von der Herstellerin aufbewahrt würden.

Das von der Beklagten dem Zeugen ... am 06. Juli 1993 übersandte Muster sei das Konkurrenzprodukt ... aus dem Produktionsjahr 1993 gewesen. Als Ursache für die streitgegenständlichen Schäden komme nach alledem nur eine aggressive Substanz in Betracht, welche ausschließlich auf das Produktionsjahr 1994 beschränkt gewesen sei und sich auch in dem Konkurrenzprodukt im Jahr



1994 befunden habe. Damit liege - von dem Nachweis der Kausalität einmal ausgehend - die Schadensursache völlig außerhalb jeglichen Einflußbereiches der Beklagten.

Die Beklagte habe dem Zeugen ... auch nie ein Muster zur Produktion 94 vorgegeben. Der Zeuge ... habe auch nicht auf das Erfordernis weiterer Untersuchungen hin-gewiesen.

Der Geschäftsführer der Klägerin habe selbst ein etwas geändertes Wachs gewünscht, das weniger klebe als das bisher verwendete.

Auch bei einem Vergleich des Wachses 94 mit den Wachsen aus den früheren Jahren hätte man die angeblichen Mängel nicht entdecken können.

Zur Schadenshöhe sowie zur Schadensursache sei nach wie vor darauf zu verweisen, daß das von der Klägerin geschilderte Schadensbild nicht auf einen Wachsschaden, sondern auf ganz andere Schadensursachen deute, wie Erfrierung, Überlagerung oder Austrocknung. Der Sachverständige habe sich insoweit in Widersprüche verwickelt. Für einen Erfrierungsschaden sei es typisch, daß zumindest die schlafenden Augen noch austreiben würden und der Schaden erst am Trieb auftrete. Das entspreche exakt dem von der Klägerin beschriebenen Schadensbild.

Auch habe die Klägerin für Rebschäden im Jahre 1994 eine staatliche Beihilfe erhalten.

Im Jahr 1996 habe der Ausfall bei der Klägerin wiederum 80 % betragen, wesentlich mehr als der durchschnittliche Ausfall.

Die Schadenshöhe sei allein unter Berufung auf Tabellen nicht schlüssig dargelegt. Keinesfalls könne die Klägerin Drittschäden geltend machen. Es fehle auch die Differenzierung zwischen Schäden in der Rebschule und solchen in den Jungfeldern.

Im übrigen sei eine Haftung, wie bereits in erster Instanz dargelegt, durch die AGB's der Beklagten ohnehin wirksam ausgeschlossen (wird näher ausgeführt).

Der Senat hat Beweis erhoben gemäß Beweisbeschuß vom 20. Januar 1998 (Bl. 587 ff d.A.) ergänzt durch den Beschluß in der Sitzung vom 10. März 1998 (Bl. 632 d.A.) durch Vernehmung der Zeugen ... Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 10. März 1998 (Bl. 628 ff d.A.) Bezug genommen.

Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf den Inhalt der beigezogenen Akten (vgl. Bl. 551 d.A.) verwiesen.

## **Entscheidungsgründe:**

Die zulässige Berufung der Klägerin hat einen vorläufigen Erfolg.

I.

Die bezifferte Schadensersatzklage, die allein noch Gegenstand des Berufungsverfahrens ist, ist dem Grunde nach gerechtfertigt; wegen der Höhe des Anspruchs bedarf es jedoch noch umfassender Beweiserhebungen, weshalb gemäß § 304 Abs. 1 ZPO ein Grundurteil zu erlassen war und in Anwendung des § 538 Abs. 1 Nr. 3 ZPO die Sache im übrigen an das Landgericht zurückzuverweisen war. Von der Möglichkeit eines Absehens von einer Zurückverweisung gemäß § 540 ZPO macht der Senat keinen Gebrauch, da dies im Hinblick auf die noch weitgehend offenen Fragen hinsichtlich der Höhe des geltend gemachten Schadens nicht sachdienlich erscheint.

II.

Der Klägerin steht ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte dem Grunde nach gemäß Art. 45 Abs. 1 b i.V.m. Art. 74 - 77 CISG zu, von dem die Beklagte sich auch nicht nach Art. 79 CISG entlasten kann.

Da sowohl die Bundesrepublik Deutschland als auch Österreich Mitgliedsstaaten des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG) sind, findet das Abkommen auf die streitgegenständlichen Kaufverträge über die Lieferung schwarzen Rebwaches für das Jahr 1994 gemäß den Rechnungen vom 18. Februar 1994, 11. April 1994 und 29. April 1994 gemäß Art. 1 CISG Anwendung.

Erfüllt der Verkäufer eine seiner Pflichten nach dem Vertrag oder nach dem UN-Übereinkommen nicht, so kann der Käufer vom Verkäufer gemäß Art. 45 Abs. 1 b i.V.m. Art. 74 - 77 CISG Schadensersatz verlangen.

1.

Gemäß Art. 74 CISG ist als Schadensersatz für die durch die Partei begangene Vertragsverletzung der der anderen Partei dadurch entstandene Verlust einschließlich des entgangenen Gewinns zu ersetzen, wobei dieser Schadensersatz den Verlust nicht übersteigen darf, den die vertragsbrüchige Partei bei Vertragsschluß als mögliche Folge der Vertragsverletzung vorausgesehen hat oder unter Berücksichtigung aller Umstände, die sie kannte oder kennen mußte, hätte voraussehen können. Die Ersatzpflicht hängt dabei nicht von einem Verschulden oder gar von dessen Schwere ab. Allerdings

eröffnet Art. 79 CISG dem Schuldner die Entlastungsmöglichkeit (Staudinger/Magnus, Wiener UN-Kaufrecht - 1994 - Art. 74 CISG Rdnr. 11 m.w.N.).

Grundsätzlich hat auch nach dem CISG der Gläubiger die tatsächlichen Voraussetzungen seines Schadensersatzanspruchs, nämlich Vertragsverletzung, Kausalität und Schadensumfang nachzuweisen. Daß der Schaden nicht voraussehbar war, muß hingegen der Schuldner beweisen (Staudinger/Magnus, aaO, 5 74 Rdnr. 62).

2.

Gemäß Art. 35 Abs. 1 CISG hat der Verkäufer Ware zu liefern, die in Menge, Qualität und Art sowie hinsichtlich Verpackung oder Behältnis den Anforderungen des Vertrages entspricht. Haben die Parteien - wie hier - nichts anderes vereinbart, so entspricht die Ware dem Vertrag nur, wenn sie sich für die Zwecke eignet, für die Ware der gleichen Art gewöhnlich gebraucht wird, Art. 35 Abs. 2 a CISG.

Art. 35 CISG legt die Pflichten fest, die den Verkäufer im Hinblick auf die Sachbeschaffenheit der Ware treffen. Erfüllt der Verkäufer seine Pflichten im Hinblick auf die physische Beschaffenheit der Ware nicht, so hat der Käufer - bei korrekter Rüge, Art. 38, 39 CISG - Ansprüche nach Art. 45 ff CISG. Die Einstandspflicht des Verkäufers scheidet in diesen Fällen nur aus, wenn - was hier nicht der Fall ist - der Käufer den Warenmangel kannte oder erkennen mußte, Art. 35 Abs. 3 CISG.

Mit der Qualität der Ware, die vorliegend von der Klägerin beanstandet wird, sind alle dem gelieferten Produkt selbst anhaftenden Eigenschaften gemeint, auch ihre Zusammensetzung. Hier haben die sachkundigen Vertragsparteien hinsichtlich der Beschaffenheit des geschuldeten und schließlich gelieferten schwarzen Rebwachses keine besonderen Festlegungen getroffen. Das war auch nicht erforderlich, weil der Verwendungszweck des Wachses beiden Parteien aufgrund der langjährigen Anwendung und ihrer laufenden Geschäftsbeziehungen bekannt war. Wie der Sachverständige Dr. ... eingangs seines schriftlichen Gutachtens vom September 1996 (Bl. 233 ff d.A.) nochmals im einzelnen nachvollziehbar dargelegt hat, werden Reben seit der Verwendung von Mulchfolie in den Rebschulen (1974) in der Regel mindestens einmal mit Paraffin (Rebwachs) behandelt. Eine erste Anwendung des Rebwachses erfolgt dabei unmittelbar nach dem Veredeln der Reben (sog. Braunparaffinierung). Dazu werden, was in Fachkreisen ebenfalls allgemein bekannt ist, Wachse mit einem relativ hohen Schmelzpunkt von ca. 68 Grad Celsius und mehr verwendet, wobei die Tauchtemperatur dann bei etwa 80 Grad Celsius liegt. Eine zweite Paraffinierung erfolgt in der Regel dann unmittelbar vor dem Ausschulen der Reben in die Rebschule. Dabei werden die grünen Triebe und der inzwischen gebildete Kallus

behandelt (sog. Grünparaffinierung). Für die zweite Behandlung sind zwei verschiedene Wachstypen gebräuchlich, nämlich einmal diejenige mit hohem Schmelzpunkt wie bei der Braunparaffinierung, zum anderen aber auch Paraffine mit einem niedrigeren Schmelzpunkt von unter 60 Grad Celsius. Eine dritte Paraffinierung erfolgt häufig vor der Pflanzung der Pfropfreben in den Weinberg. Auch dafür werden die Paraffine mit einem hohen Schmelzpunkt (65 Grad Celsius) verwendet.

Beiden Parteien war bekannt, daß das bestellte Rebwachs in der oben beschriebenen Weise zum Einsatz kommen sollte.

Das von der Beklagten 1994 gelieferte schwarze Rebwachs wurde den Anforderungen in der Praxis nicht gerecht und war deshalb nicht vertragsgemäß.

Wie sich aus dem gesamten vorliegenden Schriftverkehr ergibt, wird dies auch von der Beklagten nur halbherzig in Abrede gestellt. Die schriftliche Reklamation der Klägerin vom 16. Juni 1994 (K 7) hat die Beklagte zum Anlaß genommen, bereits am 17. Juni 1994 ihrerseits schriftlich bei der Firma ..., ihrem Lieferanten, unter Hinweis auf die bereits am Tag zuvor erfolgte fernmündlich Beanstandung zu reklamieren (5 OH 14/94, Bl. 9). Bereits am 8. August 1994 hat die Beklagte ein selbständiges Beweissicherungsverfahren gegen ... und die Firma ... in die Wege geleitet, mit der Behauptung, das von ihr bei bezogene schwarze Rebwachs Nr. ... im sei dergestalt mangelhaft, daß es bei Verwendung desselben aufgrund eines zu niedrigen Schmelzpunktes sowie aufgrund von Verunreinigungen zu abgestorbenen Trieben, Verbrennungen der Triebbasis und zu Kümmerwuchs der Jungreben komme.

Die Mangelhaftigkeit des von der Beklagten der Klägerin 1994 gelieferten schwarzen Rebwachses steht jedenfalls aufgrund der zahlreichen gutachterlichen Stellungnahmen hier zweifelsfrei fest. Andere Schadensursachen konnten von den Sachverständigen ausgeschlossen werden. Die groß angelegten Versuchsreihen haben, worauf der Sachverständige Dr. ... bei der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens (B1- 386 ff) nochmals unter Bezugnahme auf seine schriftliche Begutachtung hingewiesen hat, ergeben, daß andere Ursachen für die Schäden nicht in Betracht kommen. Die Beklagte hat noch in ihrer Berufungserwiderung eingeräumt, daß es in der Rebveredelung im Jahr 1994 zu erheblichen Schäden gekommen sei. Daß davon, wie sie geltend macht, nicht nur das streitgegenständliche, von der Firma ... produzierte Rebwachs, sondern auch ein Konkurrenzprodukt der Firma ..., mit der Handelsbezeichnung ..., betroffen gewesen sein soll, ist insoweit unbeachtlich. Unerheblich ist auch, ob bei dem Konkurrenzprodukt die konkrete Schadensursache abschließend (analytisch) geklärt werden konnte. Vieles spricht insoweit dafür, daß das Konkurrenzprodukt im Jahr 1994 mit einer aggressiven Substanz behaftet war, die das Vorjahresprodukt nicht aufwies und die auch in den späteren Jahren in den Rebwachsen nicht mehr enthalten war.

Die Beklagte trägt auf Seite 6 ihre Berufungserwiderung selbst vor, daß als Ursache für die streitgegenständlichen ,Schäden nur eine aggressive Substanz in Betracht komme. Wenn sie gleichwohl in anderem Zusammenhang wiederum die Ursächlichkeit des gelieferten Rebwachses für die Schäden leugnet, so ist dieses Bestreiten angesichts ihres sonstigen Vorbringens, ihres vorprozessualen Verhaltens sowie der Ergebnisse der inzwischen auch in weiteren Verfahren eingeholten Gutachten unsubstantiiert, mithin eine reine durch nichts belegte Spekulation bzw. eine wider besseres Wissen ins Blaue hinein aufgestellte Schutzbehauptung.

Angesichts des Beweisergebnisses sowie der insoweit übereinstimmenden Ergebnisse der einzelnen Begutachtungen auch in anderen Verfahren ist der Senat davon überzeugt, daß die bei der Klägerin bzw. deren Abnehmern eingetretenen Schäden auf das streitgegenständliche schwarze Rebwachs 94 zurückzuführen sind. Einer weiteren Beweiserhebung zur Ursächlichkeit des gelieferten Wachses für die geltend gemachten Schäden bedarf es nicht.

Mithin steht fest, daß die Beklagte ein fehlerhaftes Produkt geliefert hat. Damit ist von einer Vertragsverletzung im Sinne von Art. 35 CISG auszugehen.

Daß die Klägerin diese Mangelhaftigkeit des Wachses für den vorgesehenen Verwendungszweck bei der Annahme der Lieferung gekannt hatte oder hätte kennen müssen, ist nach den Ausführungen des Sachverständigen Dr. ... auszuschließen und wird von der Beklagten auch nicht behauptet.

Damit steht fest, daß die Beklagte vertragswidrige Ware geliefert hat und damit ihren vertraglichen Verpflichtungen im Sinne des Art. 45 CISG nicht nachgekommen ist. Die Klägerin kann daher grundsätzlich nach Art. 74 ff CISG von der Beklagten Schadensersatz fordern.

III.

Die Haftung der Beklagten ist, was bereits das Landgericht zutreffend festgestellt hat, auch nicht im Hinblick auf ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgeschlossen.

Gemäß Ziff. 15 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten hat der Käufer bei berechtigten Beanstandungen nur einen Anspruch auf Ersatz der fehlerhaften Teile oder,

falls das ganze Werk fehlerhaft ist, auf Wandlung, sofern der Verkäufer nicht Ersatzlieferung in vollem Umfange zusagt. Alle weitergehenden Ansprüche, insbesondere auf Schadensersatz aller Art, sind danach ausgeschlossen.

1.

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten sind nicht Vertragsinhalt geworden. Besondere Voraussetzungen für die Einbeziehung allgemeiner (standardisierter) Geschäftsbedingungen in den Vertrag stellt das CISG nicht auf. Die erforderlichen Regeln sind aus Art. 8 CISG zu entwickeln (Auslegung von Erklärungen und Verhalten). Geschäftsbedingungen einer Seite können deshalb schon aufgrund der Verhandlungen zwischen den Parteien oder der zwischen ihnen entstandenen Gepflogenheiten - Art. 8 Abs. 3 CISG - Bestandteil der Offerte sein. Im übrigen muß ein Hinweis auf Geschäftsbedingungen, die der Offerte nicht beigelegt sind, so deutlich sein, daß eine vernünftige Partei ihn versteht (v. Caemmerer/Schlechtriem, UN-Kaufrecht, 2. Aufl., Art. 14 Rdnr. 16). Darüber hinaus muß jedoch der Adressat auch in der Lage sein, ihren Inhalt kennenzulernen. Ein Rückgriff auf das vom IPR berufene nationale Recht, etwa § 2 AGB-Gesetz, wird für die Frage der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach herrschender und vom Senat geteilter Ansicht abgelehnt (Staudinger/Magnus, BGB, Wiener UN-Kaufrecht (1994) Art. 14 Rdnr. 40 m. w. N.). Es ist demnach durch Auslegung des Art. 8 CISG zu ermitteln, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen hier wirksam vereinbart wurden.

Das Angebot der Beklagten enthält keinerlei Hinweis auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Schon von daher können die AGB der Beklagten nicht Vertragsinhalt geworden sein.

2.

Im übrigen ist sehr zweifelhaft, ob nach deutschem Recht hier eine Einbeziehung in Betracht kommt. Auf Handelsgeschäfte zwischen Kaufleuten findet § 2 AGBG keine Anwendung (§ 24 Nr. 1 AGBG). Auch hier gelten aber AGB nur dann, wenn sie durch rechtsgeschäftliche Einbeziehung Vertragsbestandteil geworden sind (BGH NJW 92, 1232). Entscheidend ist, ob sich die vertragliche Einigung der Parteien auch auf die Einbeziehung der AGB des anderen Teils erstreckt, was, soweit erforderlich, durch Auslegung zu ermitteln ist, §§ 133, 157 BGB, 346 HGB. An einer ausdrücklichen Einbeziehung fehlt es hier. Für die Einbeziehung durch schlüssiges Verhalten ist erforderlich, daß der Verwender erkennbar auf seine AGB verweist und der Vertragspartner ihrer Geltung nicht widerspricht (BGHZ 117, 194). Die Verweisung muß das Klauselwerk klar und unzweideutig bezeichnen, damit der andere Teil in der Lage ist, sich vom Inhalt der AGB Kenntnis zu verschaffen (BGHZ 102, 304). Sie muß grundsätzlich während der Verhandlungen über den konkreten Vertrag erfolgen. Auch daran fehlt es hier. Der Hinweis auf frühere Geschäfte, frühere Rechnungen oder frühere Korrespondenz genügt grundsätzlich nicht (Palandt/Heinrichs, BGB, 56. Aufl., § 2 AGBG Rdnr. 24). Das soll auch dann gelten, wenn die beim früheren Geschäft in bezug genommenen AGB formularmäßig auch für künftige Verträge Geltung beanspruchen (BGHZ 117, 192; kritisch: Ruffert MDR 92, 922).

Allerdings ist anerkannt, daß bei ständiger Geschäftsverbindung, die eine gewisse Häufigkeit von Verträgen voraussetzt (BGH DB 73, 1393; OLG Hamburg NJW 80, 1233), durch wiederholte, auch für den flüchtigen Leser ohne weiteres

erkennbare Hinweise in den Rechnungen oder ähnlichen Unterlagen AGB zum Vertragsbestandteil werden (BGHZ 42, 55; NJW-RR 91, 571; Fischer BB 95, 2491; a. A. OLG Karlsruhe NJW-RR 93, 568). Das soll auch bei ausländischen Kunden gelten (OLG Köln VersR 94, 1496). Nicht genügen soll indes der bloße Hinweis auf der Rückseite der Rechnung (Hamburg ZIP 84, 1241), auch nicht der Hinweis in Lieferscheinen, da diese den für die Vertretung des Geschäftspartners zuständigen Personen in der Regel nicht bekannt werden (BGH NJW 78, 2243).

3.

Selbst wenn man von einer wirksamen, stillschweigenden Einbeziehung der AGB ausgehen sollte, ist der Kammer darin zu folgen, daß die AGB unwirksam sind, weil sie gegen § 9 AGBG verstoßen, indem sie Schadensersatzansprüche vollständig ausschließen, zumal die Haftung bei Geschäften nach dem UN-Kaufrecht gegenüber der BGB-Haftung für Sachmängel noch verschärft ist.

Zwar sind alle Rechte, die dem Käufer nach Art. 45 CISG zustehen, dispositiv und können deshalb auch durch Parteivereinbarung abbedungen werden (Art. 6 CISG). Die Frage der Zulässigkeit von Klauseln, durch die der Verkäufer sich von den Haftungsfolgen des Art. 45 CISG freizeichnet, in All-gemeinen Geschäftsbedingungen betrifft die "Gültigkeit" des Vertrages und ist im Einheitskaufrecht nicht geregelt (Art. 4 Satz 2 a CISG). Sie ist nach dem internationalprivatrechtlich maßgeblichen Vertragsstatut zu beantworten (v. Caemmerer/Schlechtriem, aaO, Art. 45 Rdnr. 67). Soweit demnach das AGBG anwendbar ist, ist Kontrollmaßstab i. S. von § 9 AGBG das Einheitskaufrecht, nicht das BGB (v. Caemmerer/Schlechtriem, aaO, Art. 45 Rdnr. 70 m. w. N.). Bei Maßgeblichkeit des deutschen AGB-Gesetzes dürfen Freizeichnungsklauseln deshalb nicht von den Grundwerten des als Leitbild fungierenden CISG abweichen (Staudinger/Magnus, aaO, Art. 45 Rdnr. 45). Bleibt der Vertrag - wie hier - aufrechterhalten, so muß der Käufer, wie Art. 50 CISG ergibt, für Vertragswidrigkeiten der Ware je-denfalls einen Ausgleich erhalten. Wie Art. 79 Abs. 5 CISG deutlich macht, sollen diese Ansprüche dem Käufer unter allen Umständen zustehen, so daß ihre Abbedingung ausscheiden muß (Staudinger/Magnus, aaO, Rdnr. 46 m. w. N.).

Jedenfalls der vollständige Ausschluß von Schadensersatzansprüchen ohne Einschränkung hinsichtlich des Verschuldens (Vorsatz, grobe Fahrlässigkeit) ist überraschend und daher unwirksam.

4.

Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, und was die Beklagte in 2. Instanz auch nicht weiter beanstandet, hat die Klägerin den Mangel des Rebwaxes mit ihrem Schreiben vom 16. Juni 1994 (K 6) auch rechtzeitig und ordnungsgemäß im Sinne der Art. 38, 39 CISG gerügt.

V.

Entgegen der Ansicht der Kammer scheidet eine Haftung der Beklagten nicht an Art. 79 CISG.

Gemäß Art. 79 CISG hat eine Partei für die Nichterfüllung einer ihrer Pflichten dann nicht einzustehen, wenn sie beweist, daß die Nichterfüllung auf einem außerhalb ihres Einflussesbereichs liegenden Hinderungsgrund beruht und daß von ihr vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte, den Hinderungsgrund bei Vertragsabschluß in Betracht zu ziehen oder den Hinderungsgrund oder seine Folgen zu vermeiden oder zu überwinden. Beruht die Nichterfüllung einer Partei auf der Nichterfüllung durch einen Dritten, dessen sie sich zur völligen oder teilweisen Vertragserfüllung bedient, so ist diese Partei von der Haftung nur befreit, wenn sie nach Absatz 1 selbst befreit ist und wenn der Dritte selbst ebenfalls nach Absatz 1 befreit wäre, sofern Absatz 1 auf ihn Anwendung fände.

1.

Nach dem Kaufübereinkommen hat jeder Vertragspartner für die Nichterfüllung seiner Pflichten - anders als nach deutschem Recht - unabhängig von einem Verschulden einzustehen.

Vorbild war dabei das englische und amerikanische Recht, wonach das gegebene Wort eingehalten werden muß. Jede Form der objektiven Nichterfüllung verpflichtet deshalb den Schuldner im allgemeinen zum Schadensersatz, ohne daß es auf den Grund der Nichterfüllung ankommt. Der Schuldner wird also nicht bereits durch den Nachweis entlastet, daß ihn kein Verschulden an der Nichterfüllung trifft (v. Caemmerer/Schlechtriem, aaO Art. 79, Rdnr. 6 CISG). Erst der Nachweis, daß die Nichterfüllung der Einwirkung eines dem Einfluß des Schuldners entzogenen Hinderungsgrundes zuzuschreiben ist, vermag den Schuldner zu entlasten. Dabei erhebt Art. 79 CISG die mangelnde Beherrschbarkeit eines Risikos zum allgemeinen Entlastungsprinzip (vgl. v. Caemmerer/Schlechtriem, aaO, Rdnr. 6). Dieser Leitgedanke, der schon für das Verständnis der entsprechenden Entlastungsklausel des Art. 74 EKG grundlegend war, kommt nun in Art. 79 CISG klar zum Ausdruck ("außerhalb ihres Einflussesbereiches liegender Hinderungsgrund = impediment beyond his control = empêchement indépendant de sa volonté").

Dabei darf die Beherrschbarkeit eines Risikos durch den Schuldner indes nicht völlig abstrakt und losgelöst vom Vertrag beurteilt werden. Die Beherrschbarkeit ist vielmehr ein -widerlegbares - Indiz dafür, daß es der Schuldner mit dem Vertragsschluß übernommen hat, für das Risiko und seine Überwindung einzustehen. Die besonderen Umstände, unter denen ein Vertrag geschlossen wird, sein konkludenter Inhalt und vollends ausdrückliche Vereinbarungen können die Einstandspflicht des Schuldners über die Grenze des Art. 79 CISG hinaus erweitern, aber auch beschränken (v. Caemmerer/Schlechtriem, aaO, Rdnr. 7 m. w. N.). Die noch im EKG vorhandene Verweisung auf den wirklichen



oder mutmaßlichen Parteiwillen wurde in Art. 79 CISG nicht übernommen. Grund dafür war, daß man sich um eine stärkere Objektivierung und Einengung der Entlastungsmöglichkeiten bemühte. Absatz 1 geht von einem objektiven Maßstab aus, der auf die Erkenntnis- und Handlungsmöglichkeit einer vernünftigen Partei in gleicher Lage abstellt. Grundsätzlich hat dabei jede Partei ihre Erfüllungsfähigkeit mit Abschluß des Vertrages garantiert. Nur ganz außergewöhnliche, von außen kommende Ereignisse -wie z. B. Naturereignisse oder Krieg - sind regelmäßig dem Schuldner nicht zuzurechnen.

Dabei ist nach überwiegender Ansicht, der sich der Senat anschließt, auch anerkannt, daß ein Hinderungsgrund auch auf einem Mangel der Ware beruhen kann (Herber/Czerwenka, Internationales Kaufrecht, Art. 79 Rdnr. 8; Staudinger/Magnus, aaO, Art. 79 Rdrrn. 12, 25; v. Caemmerer/Schlechtriem, aaO, Art. 79 Rdrrn. 12, 45). Zwar paßt der in Art. 79 CISG verwendete Begriff des Hinderungsgrundes (impediment) hauptsächlich auf ein Ereignis, das der Leistungstätigkeit des Schuldners Schranken setzt, insbesondere bei der Beschaffung der Ware. Gleichwohl hat sich die Auffassung durchgesetzt, daß auch bei Sachmängeln in ganz engen Grenzen eine Entlastungsmöglichkeit nicht völlig auszuschließen ist.

2.

Das Landgericht ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, daß nach herrschender Ansicht hier Art. 79 Abs. 2 CISG als Entlastungsvorschrift nicht anwendbar ist, weil die weiter eingeschalteten Dritten, die Firma ... und die frühere Beklagte zu 2), nicht als Subunternehmer der Beklagten eingeschaltet waren, auch wenn das Rebwachs ... eine Weiterentwicklung des in den Jahren davor produzierten Wachses darstellte.

Der Kammer ist - wie ausgeführt - auch darin, zu folgen, daß bei Produktmängeln Art. 79 CISG - wenn auch eingeschränkt ebenfalls Anwendung finden kann.

Die Kammer vertritt weiter die Ansicht, daß die Beklagte eine Vertragswidrigkeit des 1994 gelieferten Wachses als Zwischenhändlerin deshalb nicht in Rechnung stellen mußte, weil sie auch in der Vergangenheit das Wachs vom selben Lieferanten bezogen hatte und es dabei - insoweit unstrittig - bisher nicht zu Problemen gekommen war. Sodann meint die Kammer, daß der Hinderungsgrund für eine mangelfreie Lieferung von der Beklagten weder hätte vermieden noch überwunden werden können. Das der Beklagten obliegende Beschaffungsrisiko schließt grundsätzlich keine Garantie dafür ein, daß sich der Verkäufer selbst mangelfreie Ware beschaffen und liefern werde. Ursache für den Schaden seien letztlich verdeckte Mängel der von der Beklagten lediglich zu beschaffenden Gattungware. Nachdem die Schadensursache derzeit noch nicht einmal exakt feststehe, könne die Beklagte für den Mangel nicht verantwortlich gemacht werden, weil auch bei einer eigenen Untersuchungspflicht der Mangel nicht hätte entdeckt werden können. Feldversuche seien der Beklagten hier nicht zumutbar gewesen.

3.

Die gegen diese Auffassung von der Klägerin vorgebrachten Einwände sind begründet. Die Kammer hat in Anlehnung an v. Caemmerer/Schlechtriem die Anforderungen an den Entlastungsbeweis bei Sachmängeln von Gattungsware, die sich der Zulieferer zu beschaffen hat, nicht sehr hoch angesetzt. Es sprechen hier jedoch durchgreifende Gründe für eine Einstandspflicht der Beklagten und eine fehlende Entlastung nach Art. 79 CISG.

a) Der Schuldner muß zu seiner Entlastung dreierlei darlegen und beweisen:

aa) Ein Hinderungsgrund außerhalb seiner Einflußsphäre muß die Ursache der Nichterfüllung sein;

bb) der Hinderungsgrund mußte bei Vertragsabschluß nicht in Rechnung gestellt werden;

cc) der Hinderungsgrund und seine Folgen konnten von einem vernünftigen Schuldner weder vermieden noch überwunden werden.

Zu aa) : Wichtigstes Tatbestandsmerkmal des Abs. 1 ist ein Hinderungsgrund, der außerhalb des Einflußbereiches des Schuldners liegt. Das Erfüllungshindernis darf also nicht aus dem Verantwortungsbereich des Schuldners entstammen, sondern muß seiner Einflußsphäre entzogen sein. Maßgebend hierfür sind zunächst die vertragliche Risikoverteilung, Gebräuche und Gepflogenheiten.

Bei der Lieferung vertragswidriger Ware kommt eine Entlastung nach Art. 79 CISG nur in Betracht, wenn der Sachmangel durch unbeherrschbare Ereignisse verursacht ist. Die "normale" Vertragsgemäßheit garantiert der Verkäufer durch sein Leistungsversprechen. Ist er selbst Hersteller, muß er ohne Entlastungsmöglichkeit für Warenmängel durch Konstruktions- -oder Instruktionsfehler eintreten. Bei sogenannten Entwicklungsfehlern wird nach überwiegender Ansicht indes eine Entlastung in ganz engen Grenzen zugelassen (Staudinger/Magnus, aa0, Art. 79 Rdnr. 25). Beruht die Vertragswidrigkeit auf ungewöhnlichen und unbeherrschbaren, von außen kommenden Ereignissen (Beispiel: Terroristen impfen Apfelsinen mit Gift), dann ist der Verkäufer entlastet.

Auch wenn der Verkäufer nur Zwischenhändler ist, muß er seinem Abnehmer für die Ware grundsätzlich einstehen. Die Entlastung wird dann allerdings - ähnlich wie bei Entwicklungsfehlern - befürwortet, wenn Mängel trotz sorgfältiger Untersuchung für niemanden zu erkennen waren (Staudinger/Magnus, aa0, Rdnr. 26; großzügiger: v. Caemmerer/Schlechtriem, aa0, Rdnr. 47; dagegen: Huber JurBlatt 89, 284; vgl. auch Herber/Czerwenka, Internationales Kaufrecht,

Art. 79 Rdnr. 19).

Zu Recht rügt die Klägerin, daß das Landgericht ihren Vor-trag zur Herstellung des Wachses 94 nach einem von der Be-klagten vorgegebenen Muster falsch bzw. unvollständig ge würdigt hat. Die Klägerin hatte schon in erster Instanz in ihrem Schriftsatz vom 28. Februar 1996 (dort S. 9) vorge-tragen, daß das schadhafte Rebwachs nach einem seitens der Beklagten vorgelegten Muster hergestellt wurde (Bl. 114 d.A.). Wie die Beklagte im Termin vom 18. November 1997 (Bl. 551, 552 d. A.) eingeräumt hat, hat sie der Firma ... mit Schreiben vom 21. Juni 1993 (6 0 87/95 LG Frankenthal (Pfalz), Bl. 112) eine Probe des Rebwachses von ... mit dem Hinweis übersandt, daß dieses Wachs mit Abstand am meisten verwandt werde und sehr pflanzenverträglich sei. Sie hat ihren Lieferanten darum gebeten, ein Wachs mit den genannten Qualitätsmerkmalen in schwarzer Farbe herzu-stellen und eine baldige Rückantwort zu geben. Die Firma ... hat die Wachsprobe an die Firma ...GmbH als ihre Produzentin weitergeleitet. Dort wurden Ver-suche angestellt und ein dem Muster entsprechendes neues Produkt entwickelt. Das Ergebnis hat die Firma ... der Beklagten mit Schreiben vom 16. Juli 1993 (6 0 87/95 LG Frankenthal (Pfalz), Bl. 27) mitgeteilt. Damit steht fest, daß die Beklagte selbst die Neuentwicklung in Auftrag gegeben hatte, um gegenüber dem ...-Wachs auch weiterhin konkurrenzfähig zu sein.

Die Risiken, die mit der Änderung eines bewährten und bis-her von ihr vertriebenen schwarz eingefärbten Rebwachses verbunden waren, konnten der Beklagten, deren Inhaber selbst eine Rebschule betreibt und der über langjährige eigene Erfahrungen mit der Anwendung von Rebwachsen bei der Rebveredelung verfügt, nicht verborgen bleiben.

Angesichts dieser Umstände wäre eine Entlastung i.S. von Art. 79 CISG seitens der Beklagten nur dann denkbar, wenn sie sich darauf hätte verlassen können, daß durch die Firma ... oder die Herstellerfirma das neu entwickelte und mit im Vergleich zu dem bisher bezogenen schwarzen Reb-wachs geänderten Eigenschaften hergestellte Produkt, von der Herstellerseite, in jeder Hinsicht, auch was die Pflanz-verträglichkeit angeht, abschließend erprobt worden wäre. Das war hier nicht der Fall.

Durch das Schreiben des Zeugen ... vom 16. Juli 1993 (6 0 87/95 LG Frankenthal (Pfalz), Bl. 27) war die Beklagte darüber informiert worden, daß zwar ein äquivalentes Pro-dukt entwickelt worden sei, das sich bei Tauchversuchen ähnlich verhalte wie das Konkurrenzprodukt ... Die Be-klagte wurde in diesem Schreiben jedoch auch ausdrücklich darauf hingewiesen, daß über die Pflanzenverträglichkeit zur Zeit keine Angaben gemacht werden könnten. Insoweit wurde erklärt, daß das ein von der Beklagten durchzufüh-render Versuch zeigen müsse. Schließlich hat der Zeuge ... die Beklagte in dem Schreiben noch darum gebeten, ihm ihre Ergebnisse mit dieser neu entwickelten Wachstypen mit-zuteilen.

Daß dieses neue Produkt unerprobt war, insbesondere was die Pflanzenverträglichkeit betrifft, und dies die Beklagte bei ihren weiteren Entscheidungen über dessen Vertrieb in Rechnung stellen mußte, hat schließlich auch die Beweisaufnahme ergeben. Insbesondere gibt es nach der vom Senat durchgeführten Beweisaufnahme keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß der Zeuge ... der Beklagten entgegen seinem Anschreiben vom 16. Juli 1993 später - wahrheitswidrig - zugesichert hätte, die Pflanzenverträglichkeit des neu entwickelten Wachses doch noch untersucht zu haben.

Der Zeuge ... hat ausgesagt, daß der Firma ... (frühere Beklagte zu 2)) von dem Zeugen ... am 12. Juli 1993 eine neutrale Probe übergeben worden sei, mit der Bitte, ein vergleichbares Wachs herzustellen. Es handelte sich dabei um das dem Zeugen ... von der Beklagten überlassene Muster des Konkurrenzprodukts ... Damit war auch der Beklagten bekannt, daß das von den ... im Auftrag des Zeugen ... neu entwickelte bzw. neu hergestellte Rebwachs in seinen Eigenschaften nicht nur in physikalischer und chemischer Hinsicht mit den früheren, von ... bezogenen eingefärbten schwarzen Rebwachsen nicht identisch sein konnte, sondern vor allem auch in der Praxis noch völlig unerprobt war. Die Beklagte konnte schon nach den früheren Gepflogenheiten nicht erwarten, daß der Zeuge ..., von Beruf Anwendungstechniker, oder das für ihn produzierende petrochemische Unternehmen sich auch mit der Frage befassen würde, ob das neue Produkt bei seiner Anwendung auch in organischer Hinsicht das Wachstum der Stecklinge bzw. der Pfropfreben nicht nachteilig beeinflusst. Die Beklagte war sich darüber im klaren, daß das Rebwachs aus einem Naturprodukt hergestellt wurde und schon deshalb von Produzentenseite eine bestimmte Pflanzenverträglichkeit nicht gewährleistet werden konnte.

Der Zeuge ... hat überzeugend und glaubhaft dargelegt, wie sich die Beziehungen zwischen ihm und dem Geschäftsführer der Beklagten über die Jahre entwickelt hatten, vor allem, daß hinsichtlich der Anwendungstechnik und der damit verbundenen Wachstumsrisiken er selbst kein Fachmann war, sondern sich bei der (Weiter-)entwicklung der Rebwachse an den Wünschen seiner Abnehmer orientierte und sich auf deren spezifisches Fachwissen verließ. Der Zeuge hat auch glaubhaft bekundet, daß es lediglich Anfang der 70er Jahre in zwei Fällen auf Veranlassung der damaligen Wachsproduzentin zu Untersuchungen des neu entwickelten Rebwachses bei Weinbauinstituten gekommen sei. In der Folgezeit habe weder er noch der von ihm eingeschaltete Hersteller Untersuchungen der immer wieder neu oder weiter entwickelten Rebwachse auf ihre Pflanzenverträglichkeit veranlaßt. Dafür seien jeweils die Großabnehmer wie die Firma ... oder die Beklagte selbst verantwortlich gewesen. Der Zeuge hat diese Einschätzung nachvollziehbar und überzeugend damit begründet, daß von Herstellerseite es jeweils nur darum gegangen sei, Wachse mit bestimmten physikalischen Eigenschaften und Kennzahlen zu entwickeln, wie z. B. einem bestimmten Ölgehalt, einer vorgegebenen Viskosität,

einem bestimmten Schmelz- oder Erstarrungspunkt sowie einer bestimmten Penetration. Weitere Untersuchungen, etwa gasgrammographischer Art, seien in der Herstellerbranche für die zu unterschiedlichsten Verwendungszwecken bestimmten Wachse nicht üblich gewesen und von seiten der Auftraggeber auch in aller Regel nicht gefordert worden.

Damit war es schon generell nicht Sache der Herstellerseite, das jeweilige Produkt mit Blick auf seine konkrete Anwendung auf Pflanzenverträglichkeit zu untersuchen. Auch die Beklagte, die als Händlerin und Betreiberin einer eigenen Rebschule am besten Bescheid wußte, welche Anforderungen an Rebwachse zu stellen waren, und die den Wünschen ihrer Kunden entgegenkommen mußte, um den Markt nicht an die Konkurrenz zu verlieren, konnte deshalb nicht erwarten, daß das jeweils neu entwickelte Produkt sich bereits in der konkreten Anwendung aufgrund durchgeführter Feldversuche bewährt hatte. Auch in den Jahren vor 1993, 1994, als die Beklagte Wachs über den Zeugen ... von den ... bezog, durfte die Beklagte nicht davon ausgehen, daß diese Wachse sich bereits in der Praxis bewährt hätten.

Allein der Umstand, daß zu Anfang der Entwicklung von Rebwachsen, etwa Anfang der 70er Jahre, Hersteller mit entsprechenden Weinbauämtern praktische Untersuchungen bei der Anwendung vornahmen, konnte bei der Beklagten nicht die Annahme rechtfertigen, daß auch in den späteren Jahren, als sich die Anwendung von Rebwachs zur Veredelung von Stecklingen in der Praxis weitgehend durchgesetzt hatte, die Hersteller weiterhin jede kurzfristig gewünschte Neuentwicklung einer Praxiserprobung unterziehen würden.

Damit lag schon generell mit Rücksicht auf die gesamten, auch der Beklagten bekannten Umstände und im Hinblick auf die nur beschränkte Überprüfungsmöglichkeiten des in Norddeutschland ansässigen petrochemischen Herstellers der Hinderungsgrund i.S. von Art. 79 Abs. 1 CISG nicht außerhalb von dessen Einflußbereich.

Die Beklagte hätte deshalb bei der Bestellung des neu entwickelten schwarzen Rebwachses für 1994 in Rechnung stellen müssen, daß bei der praktischen Anwendung des neuen Produkts, jedenfalls was die Pflanzenverträglichkeit betrifft, eine praktische Erprobung noch aussteht und der Absatz des neuen Rebwachses deshalb mit erheblichen Risiken behaftet sein würde.

Damit hätte die Beklagte den Mangel vermeiden bzw. überwinden können. Sie hätte das neue Produkt auf seine Pflanzenverträglichkeit überprüfen müssen und dazu entweder selbst oder durch anerkannte Prüfstellen Pflanzversuche durchführen lassen müssen. Ihr Einwand, dazu sei sie schon aus technischer Sicht nicht in der Lage gewesen, ist unbegründet. Wie der Zeuge ... glaubhaft bekundete und was insoweit auch die Zeugin ... bestätigt hat, war es allein die freie Entscheidung der

Beklagten, für 1994 nicht mehr das im Jahr zuvor verwendete und erprobte schwarze Rebwachs, sondern bereits das neu entwickelte Produkt zu beziehen, von dem lediglich die physikalischen Daten bekannt waren.

Selbst bei Vertragsschluß zunächst noch als unvorhersehbar einzustufende Hinderungsgründe entlasten nach Art. 79 Abs. 1 CISG nicht, wenn der Schuldner sie oder ihre Folgen noch vermeiden oder überwinden kann. Der Schuldner muß auch nach Vertragsschluß alle ihm zumutbaren Anstrengungen unternehmen, den Vertrag dennoch ordnungsgemäß zu erfüllen.

Die Beklagte hat das neue Produkt im sog. Streckengeschäft völlig ungeprüft und ohne Hinweis auf die Änderung an die Klägerin weitergegeben. Ob bei einer Sichtkontrolle seitens der Beklagten die Konsistenz des Wachses, vor allem seine Griffigkeit, eine Abweichung zu früheren Lieferungen offenbart hätte, ist nicht allein maßgebend. Die Beklagte hätte entweder selbst Feldversuche durchführen können, wozu sie in der Lage gewesen wäre, oder jedenfalls solche Versuche der Klägerin unter Hinweis auf die fehlende Praxiserfahrung mit dem neuen Produkt nahelegen können.

Wenn der Klägerin wie in den Vorjahren das gewünschte Produkt ohne jeden Kommentar geliefert wird, durfte diese erwarten, es handele sich um dasselbe oder zumindest um ein gleichwertiges und erprobtes Produkt.

Wie der Geschäftsführer der Klägerin im Termin vom 10. März 1998 nochmals bestätigt hat, hatte er erstmals seit 2 Jahren ein von der Beklagten geliefertes schwarzes Rebwachs in seiner Rebschule ohne Beanstandungen eingesetzt. Bei der ersten Anwendung hat er jedoch aus Gründen der Vorsicht nur ca. ein Drittel der Rebfläche damit bearbeiten lassen und im übrigen zunächst das andersfarbige Wachs weiterverwandt. Er konnte mangels anderen Hinweises damit rechnen, daß auch das für 1994 bestellte Wachs die identischen Eigenschaften haben würde, zumal er aus der neutralen Beschriftung der angelieferten Säcke allein wegen einer vom Jahr zuvor abweichenden Nummer nicht auf ein verändertes Produkt schließen mußte.

Der Haftungsausschluß nach Art. 79 Abs. 1 CISG scheitert zumindest daran, daß der Geschäftsführer der Beklagten eine schon zuvor bei dem Zeugen ... erfolgte Bestellung über das alte schwarze Rebwachs wieder stornierte und stattdessen sich dahin entschied, bereits das neue noch unerprobte Wachs zu beziehen und an seine Kunden auszuliefern. Wie der Zeuge ... glaubhaft bekundet hat, wäre es ohne weiteres auch möglich gewesen, die Beklagte für 1994 noch mit dem gleichen Wachs zu beliefern, das bereits in den Jahren davor von ihm vertrieben wurde und bei dem es keinerlei Reklamationen gab.

Damit steht fest, daß die Beklagte keine Umstände nachgewiesen hat, die sie i.S. von Art. 79 Abs. 1 CISG entlasten könnten. Aus der Sicht einer vernünftigen Partei in gleicher Lage wie die Beklagte, also mit den gleichen Erkenntnis- und

Handlungsmöglichkeiten, hätte nach den gesamten Umständen hinreichend Gelegenheit und auch Veranlassung bestanden, das Risiko der Pflanzenverträglichkeit entweder durch entsprechende Feldversuche auszuschließen oder zu minimieren, zumindest aber die Klägerin darauf hinzuweisen, daß es sich um ein neu entwickeltes Produkt handelt, das in der Praxis noch unerprobt ist.

Darauf, welche Eigenschaften oder konkreten Inhaltsstoffe (in Betracht kommen insoweit insbesondere der geringe Schmelzpunkt und/oder ein Schadstoff) letztlich den Schaden verursacht haben, kommt es nicht an." Entscheidend ist, daß die Beklagte einen Ausnahmetatbestand i.S. des Art. 79 CISG, der gegenüber den Sachmängelbestimmungen des BGB nur in ganz eng begrenzten Ausnahmefällen eine Haftung auf Schadensersatz ausschließt, nicht hinreichend dargelegt bzw. nachgewiesen hat.

Die Einholung weiterer Gutachten zur Frage nach der konkreten Schadensursächlichkeit ist damit nicht geboten.

Ebensowenig war Beweis zu erheben über die durch die Beklagte im Termin vom 10. März 1998 aufgestellte bzw. konkretisierte Behauptung, "die biologische Untersuchung des Wachses in der Vergangenheit sei immer von der Herstellerseite und nicht von der Beklagten durchgeführt worden" (Bl. 639). Darauf, wer nach Einschätzung des benannten Zeugen für die Erprobung neuer Produkte in der Vergangenheit verantwortlich war und wie dies womöglich früher einmal bei einem anderen Hersteller gehandhabt wurde, kommt es im Rahmen der nach Art. 79 CISG statuierten Entlastungsmöglichkeiten des Verkäufers nicht an. Zumindest im Hinblick auf den schriftlichen Hinweis des Zeugen ... vom 16. Juli 1993 hätte die Beklagte hinreichend Veranlassung gehabt, dafür Sorge zu tragen, daß das neue Produkt ohne Anwendungsrisiken für ihre über die Neuentwicklung nicht informierten Abnehmer zum Einsatz kommen konnte. Entscheidend ist nicht, wie im Verhältnis der Beklagten zur Firma ... die Haftungsrisiken zu verteilen sind. Vorliegend geht es um das dem UN-Kaufrecht unterliegende Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und ihrem Lieferanten. Das mit dem neuen unerprobten Produkt verbundene Verwendungsrisiko war für die Beklagte aufgrund ihrer fachlichen Kompetenz sowie ihrer gesamten Vorkenntnisse jedenfalls nicht unbeherrschbar.

Die weiteren Beweisangebote der Beklagten konnten unbeachtet bleiben, weil sie sich nicht bzw. nicht hinreichend substantiiert mit der Frage befassen, ob die Beklagte unter Berücksichtigung der strengen Voraussetzungen des Art. 79 CISG ausnahmsweise darauf vertrauen durfte, das neu entwickelte Produkt sei von Herstellerseite auch auf eine gute Pflanzenverträglichkeit hin überprüft worden.

Damit hat die Klägerin dem Grunde nach Anspruch auf Ersatz des ihr im Jahre 1994 durch die Lieferung des mangelhaften schwarzen Rebwachses

entstandenen materiellen Schadens.

Was den Umfang des mangelbedingten Schadens angeht, ist die Sache noch nicht entscheidungsreif. Dazu bedarf es noch weiterer Feststellungen, insbesondere einer Beweisaufnahme über den Umfang des der Klägerin in ihrer eigenen Rebschule erlittenen Ausfalls an den zum Verkauf bestimmten Reben sowie der Inanspruchnahme der Klägerin für erlittene Schäden bei ihren Abnehmern an Setzreben bzw. der bei diesen nach Einsatz des schadhafte Waxes erlittenen Vermögenseinbußen.

Die Festsetzung des Wertes der Beschwer folgt aus § 546 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Der nach Schluß der mündlichen Verhandlung eingereichte, nicht nachgelassene Schriftsatz der Beklagten vom 24. März 1998 (Bl. 646 ff d.A.), der sich im wesentlichen in einer Wiederholung des bisherigen Vorbringens und der rechtlichen Würdigung des Sach- und Streitstandes erschöpft bzw. das Beweisergebnis vor dem Senat würdigt, gibt keine Veranlassung, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen, § 156 ZPO.