

Nachschlagewerk: ja
 BGHZ: nein
 BGHR: ja

EKG Art. 40, 49 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2, 56, 57

- a) Zu den Voraussetzungen des "gewöhnlich geforderten Preises" i.S. von Art. 57 EKG.
- b) Fehlt es im Anwendungsbereich des EKG sowohl an einer Kaufpreisvereinbarung als auch an einem "gewöhnlich geforderten Preis" (Art. 57 EKG), so ist der Kaufvertrag unwirksam; § 316 BGB ist weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar.
- c) Die Parteien eines dem EKG unterliegenden Kaufvertrages können vereinbaren, daß der Kaufpreis erst nach Empfangnahme und Billigung der Kaufsache durch den Käufer fällig ist.
- d) Der Käufer einer einheitlichen, aus mehreren hintereinandergeschalteten und einander ergänzenden Maschinen bestehenden Fabrikationsanlage ist hinsichtlich der Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch wegen vertragswidriger Beschaffenheit einer Maschine nach Art. 49 Abs. 2 Satz 2 EKG nicht auf den Kaufpreisteil beschränkt, der sich auf die beanstandete Maschine bezieht.
- e) Der Verkäufer, der die vertragswidrige Beschaffenheit der Kaufsache kennt oder grob fahrlässig nicht kennt (Art. 40 EKG), kann sich auch nicht auf die Versäumung der Jahresfrist des Art. 49 Abs. 1 EKG durch den Käufer berufen.

BGH, Urt. v. 27. Juni 1990 - VIII ZR 122/89 - OLG München
 LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

39

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 122/89

URTEIL

Verkündet am:
27. Juni 1990
Kanik
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma V [REDACTED] c [REDACTED]-p [REDACTED] F [REDACTED], Inhaber
Frank F [REDACTED], M [REDACTED]-E [REDACTED]-Straße [REDACTED], G [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und von [REDACTED] -

gegen

D [REDACTED]-P [REDACTED] s.r.l. GmbH italienischen Rechts, vertreten durch
den Geschäftsführer Luigi G [REDACTED], Via I [REDACTED],
I-[REDACTED] V [REDACTED] ([REDACTED]),

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

WI

39

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 27. Juni 1990 durch
den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Brunotte,
Dr. Zülch, Dr. Paulusch und Dr. Hübsch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
München vom 24. Februar 1989 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten des
Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Beklagte kaufte im März 1984 von der in Italien ansässigen Klägerin eine Anlage zur Herstellung und Verpackung von Erfrischungstüchern zum Preis von 210 Mio. Lit.. Die Anlage besteht aus zwei Blöcken: einer automatischen Maschine Modell LINEBIPACK 300 S und einer automatischen Verpackungsmaschine Modell HAYSSEN RT 113. Nach Lieferung und Montage der Anlage im April 1985 stellte sich alsbald heraus, daß der erste Maschinenblock nicht in der Lage war, die in ihn eingelegten Tücher exakt abzuzählen und zur Weiterverarbeitung in Kassetten abzulegen. Die Beklagte rügte dies sogleich gegenüber den Monteuren, dem Techniker P [REDACTED] und dem Geschäftsführer G [REDACTED] der Klägerin.

Es fanden dann über mehrere Monate hinweg Nachbesserungsversuche der Klägerin statt, die erfolglos blieben. Nach der Behauptung der Beklagten mußte sie, um die Anlage in Betrieb zu halten, eine zusätzliche Arbeitskraft abstellen, die die herausfallenden Tücher nachzuzählen und in die Beförderungskassetten einzulegen hatte. Am 23. September 1985 suchten G [REDACTED] und P [REDACTED] die Beklagte auf. Dabei kamen die Parteien überein, daß die Klägerin noch einen dritten Maschinenblock liefern sollte, der den beiden anderen vorangeschaltet werden sollte. Dies bestätigte die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 24. September 1985 u.a. wie folgt (in deutscher Übersetzung):

"1) D [REDACTED] (= Klägerin) verpflichtet sich, an V [REDACTED] (= Beklagte) einen Apparat zum Abrollen,

Schneiden und Falten der Taschentücher zu liefern, mit automatischer Einführung in die Behälter der (vorhandenen) Maschine.

2) D[REDACTED] wird diesen Apparat schnellstmöglich herrichten, nicht später als bis 30.10.85 und die Versuche werden dann auf der Maschine bis zum 30.11.85 durchgeführt.

D[REDACTED] garantiert, daß alle Unannehmlichkeiten (Fehler), welche während der am 23.9. durchgeführten Versuche festgestellt wurden, mit dem neuen Apparat beseitigt werden.

3) Wir sind überein gekommen, daß der Preis für die neue Apparatur abgestimmt wird nach den Versuchen.

4) V[REDACTED] verpflichtet sich heute noch, 24.9.85, die Zahlung des Restbetrages für den Auftrag (der gelieferten Maschine), d.h. Lire 69.000.000 freizugeben."

Unter dem 21. Oktober 1985 richtete die Beklagte ein Fernschreiben an die Klägerin, mit dem sie auf Verlangen ihrer Leasing-Bank die Klägerin um folgende "Garantie" bat (in deutscher Übersetzung):

"1. - Die Maschine wird zum 30.11.85 für eine normale Produktion funktionieren, wie in der Bestätigung vom 9.3.84, entweder mit einem Abwickelapparat (wie im

Brief vom 24.9.85 bestätigt) oder mit einem Verteiler (ursprünglich vorgesehenes und geliefertes Gerät mit vorgefalteten Tüchern).

Wir unsererseits sind einverstanden, wenn die Leistung in der Produktion bei 60 Paketen per min. liegt und der Ausschuß bei maximal 3 % während der Produktion.

2. - Sie geben uns eine Garantie, daß Sie die Maschine zurücknehmen wie sie ist und uns alle geleisteten Zahlungen sowie die bis jetzt entstandenen Unkosten bis spätestens 31.12.85 zurückbezahlen, falls die Inbetriebnahme wie unter 1) beschrieben nicht stattgefunden hat."

Die Klägerin antwortete mit Fernschreiben vom
22. Oktober 1985 (wiederum in deutscher Übersetzung):

"1) Wir garantieren Ihnen, wie durch H. G. [REDACTED] bereits bei seinem Besuch am 23.9.85 gesagt, daß mit der neuen Anlage, welche auf die Maschine montiert wird, Sie eine Produktion von 60 Paketen per min. und maximal 3 % Ausschuß während der Produktion erreichen können.

2) Wir verpflichten uns die Maschine zurückzunehmen wie sie ist und Ihnen die bis jetzt geleisteten Zahlungen zu bezahlen."

Im November 1985 leistete die Beklagte den auf den Kaufpreis von 210 Mio. Lit. noch offenen Restbetrag von 69 Mio. Lit..

Mit Telex vom 6. März 1986 setzte der Anwalt der Beklagten der Klägerin für das ordnungsgemäße Funktionieren der Anlage eine Frist bis 20. März 1986 und kündigte an, daß gegebenenfalls Schadensersatzansprüche geltend gemacht würden. Die Klägerin antwortete mit einem umfangreichen Fernschreiben vom 13. März 1986, in dem sie die Vorgeschichte der Vereinbarung über die Fertigung und Lieferung des dritten Maschinenblocks aus ihrer Sicht schilderte und die Übergabe "der funktionsfähigen Anlage bis Ende März" in Aussicht stellte, "nachdem wir zuvor deren perfektes Funktionieren in unserem Werk festgestellt haben". Weiter heißt es in diesem Fernschreiben: "Für die Realisierung der Maschine wurde keine finanzielle Belastung der Firma V [REDACTED] (= Beklagte) vereinbart. Nach erfolgter Realisierung und bei Funktionieren der Anlage sollten die Kosten einvernehmlich festgelegt und zwischen den beiden beteiligten Firmen aufgeteilt werden."

Den dritten Maschinenblock lieferte und montierte die Klägerin schließlich am 23. und 24. April 1986. Gleichzeitig stellte sie der Beklagten eine Rechnung mit Datum vom 9. April 1986 über 24 Mio. Lit. aus. Auch der dritte Maschinenblock war zunächst nicht in der Lage, die Papiertaschentücher so zu falten, zuzuführen, zu schneiden und zu zählen, daß es zu der Stückzahl von 60 Verpackungen pro Minute kam. Das Zählwerk funktionierte nicht, und die Tücher fielen in

wechselnder Anzahl neben die Transportkassetten. Diese Mängel rügte die Beklagte gegenüber den Technikern und dem Geschäftsführer der Klägerin noch am 23. April 1986. Der Anwalt der Beklagten verlangte gegenüber dem Geschäftsführer der Klägerin am folgenden Tag, daß die Anlage spätestens am 15. Mai 1986 in Betrieb genommen werden könne mit einer anschließenden Garantiezeit von sechs Monaten ab "Abnahme". Mit einem undatierten Telex Nr. 844 teilte die Klägerin gegenüber dem Rechtsanwalt der Beklagten mit (in deutscher Übersetzung):

"Wir nehmen Bezug auf den Besuch unserer Techniker vom 23.04. und auf die am 24.04.86 getroffenen telefonischen Vereinbarungen zwischen unserem Herrn G [REDACTED] und Herrn F [REDACTED] um Ihnen folgendes zu bestätigen:

1. Unsere Techniker werden am 05.05.86 zur (Beklagten) zurückkommen, um die Anlage endgültig in Gang zu setzen.
2. Die Abnahme derselben wird am 15.05.86 erfolgen.
3. Die Garantie für die ganze Linie wird ab 15.05.86 für 6 Monate laufen."

Auch nach dem 15. Mai 1986 lief die Anlage noch nicht einwandfrei. Zu einer Nachbesserung durch die Klägerin kam es letztmals am 9. oder 10. April 1987. Dabei unterzeichnete der Inhaber der Beklagten ein in italienischer Sprache abgefaßtes Schriftstück, in dem die Montagezeit der Techniker

der Klägerin am 9. und 10. April 1987 verzeichnet ist, und das u.a. folgenden weiteren Text hat (deutsche Übersetzung):

"Montage der Abwickelanlagengruppe. Die Maschine funktioniert regulär mit einer Zähltoleranz von 2 - 3 Tüchern."

Später hat die Beklagte die gesamte Anlage der Firma K [REDACTED] P [REDACTED] GmbH zur Nutzung überlassen, nach ihrer Behauptung aufgrund eines Leasingvertrages, nach Behauptung der Klägerin hat sie die Anlage verkauft.

Die Klägerin verlangt Zahlung des Kaufpreises für den dritten Maschinenblock von 24 Mio. Lit. gemäß der Rechnung vom 9. April 1986 sowie Begleichung des nach Grund und Höhe unstreitigen Kaufpreises für eine weitere, nicht mit der bisher erwähnten Anlage zusammenhängende Verpackungsmaschine von 18,6 Mio. Lit. gemäß Rechnung vom 8. Oktober 1986, jeweils nebst Zinsen. Die Kaufpreisforderung von 24 Mio. Lit. bestreitet die Beklagte dem Grund und der Höhe nach; zumindest sei die Forderung noch nicht fällig. Ferner meint sie, die Voraussetzungen für die mit den Fernschreiben vom 21. und 22. Oktober 1985 vereinbarte Rücknahme der gesamten Anlage (Blöcke 1 bis 3, Gesamtpreis 210 Mio. Lit. + 24 Mio. Lit. = 234 Mio. Lit.) seien eingetreten. Dies stehe der Geltendmachung des restlichen Kaufpreises entgegen. Darüber hinaus habe die Klägerin die Anlage zurückzunehmen und den bereits erhaltenen Kaufpreis von 210 Mio. Lit. zurückzahlen. Hilfsweise macht sie Minderung des Kaufpreises für

die Gesamtanlage um 35 % (von 234 Mio. Lit.) = 81,9 Mio. Lit. geltend und rechnet weiter hilfsweise mit einem entsprechenden Rückzahlungsanspruch auf, hilfsweise dazu beruft sie sich insofern auf ein Zurückbehaltungsrecht. Weiterhin macht sie Schadensersatz in Höhe von 56.160 DM geltend. Diesen Anspruch begründet sie damit, daß sie wegen der mangelhaften Funktion der zunächst gelieferten Blöcke 1 und 2 von April 1985 bis April 1986 eine zusätzliche Arbeitskraft sowie von der Lieferung des 3. Blocks an zwei weitere Mitarbeiter habe abstellen müssen. Sie verlangt Ersatz ihrer Kosten für die Zeit von April 1985 bis April 1987 auf der Basis eines Stundensatzes von 18 DM. Mit diesem Anspruch erklärt die Beklagte weiter hilfsweise die Aufrechnung und macht insoweit auch ein Zurückbehaltungsrecht geltend. Schließlich erklärt sie noch die Aufrechnung mit einem Anspruch auf teilweise Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 66 Mio. Lit. für Block 1 und 2 mit der Begründung, die Klägerin habe anstatt der vereinbarten Verpackungsmaschine HAYSEN eine solche des Modells CAVANNA, die nur halb so viel koste, geliefert. Gegenüber der Kaufpreisforderung von 18,6 Mio. Lit. rechnet die Beklagte mit denselben Forderungen auf und macht außerdem ein Zurückbehaltungsrecht geltend.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten blieb erfolglos. Mit der Revision erstrebt sie weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht führt aus: Zwischen den Parteien sei ein Kaufvertrag über die im April 1986 gelieferte und mit 24 Mio. Lit. in Rechnung gestellte Verpackungsmaschine zustande gekommen, der dem Einheitlichen Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen (EKG) unterliege. Die Beklagte sei mit der Lieferung der Maschine einverstanden gewesen, die der Vervollkommnung der im Frühjahr 1985 gelieferten Verpackungsanlage habe dienen sollen. Die Maschine sei nicht als Teil jener Anlage anzusehen, sondern als ein zusätzlicher Block, der die ursprüngliche Anlage optimieren sollte. Mit ihrer zumindest konkludenten Einverständniserklärung habe die Beklagte schlüssig einen Kaufvertrag geschlossen. Daß die Verpackungsmaschine nicht kostenlos geliefert werden sollte, ergebe sich aus dem Schreiben der Klägerin vom 24. September 1985. Über einen bestimmten Preis hätten sich die Parteien zwar nicht geeinigt. Nach Art. 57 EKG müsse aber die Beklagte den Preis zahlen, den die Klägerin im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gewöhnlich gefordert habe. Die Beklagte habe nicht behauptet, daß dies für den verlangten Preis von 24 Mio. Lit. nicht zutreffe. Unbeachtlich sei für Art. 57 EKG, ob der geforderte Preis angemessen sei. Dieser Anspruch sei fällig. Selbst wenn sich die Parteien darauf geeinigt hätten, daß die Bezahlung erst nach einer Abnahme der Anlage durch die Beklagte habe erfolgen sollen, liege eine zumindest schlüssig erfolgte Abnahme aber - abgesehen von der inhaltlich allerdings bestrittenen Abnahmeerklärung vom 9./10. April 1987 - darin, daß sie die gesamte Verpackungsanlage einem Dritten zur Benutzung über-

lassen habe. Eine Herabsetzung des Kaufpreises nach Art. 46 EKG komme nicht in Betracht. Nach der Behauptung der Beklagten sei nicht der Wert der im April 1986 gelieferten Maschine, sondern der Wert der im Frühjahr 1985 bezogenen Anlage gemindert. Im übrigen sei die Geltendmachung des Anspruches aus Art. 46 EKG nach Art. 49 EKG ausgeschlossen. Die Beklagte habe nach ihrem Vortrag die angebliche Mangelhaftigkeit der Maschine sofort nach Lieferung gerügt. Damit habe sie ihre Rechte spätestens im Sommer 1986 verloren. Art. 40 EKG greife nicht ein, da die Beklagte nicht dargetan habe, daß die Klägerin die behauptete Vertragswidrigkeit bewußt oder grob fahrlässig verschwiegen habe. Der Beklagten stehe auch kein Zurückbehaltungsrecht wegen eines Rückzahlungsanspruches zu. Die angebliche Rückzahlungsvereinbarung vom 21./22. Oktober 1985 habe unter der Bedingung gestanden, daß die Anlage nicht in Betrieb genommen werden könne. Inzwischen sei die Anlage jedoch abgenommen worden. Ebenso habe die Beklagte gegenüber der unstreitigen Klageforderung aus der Lieferung der Verpackungsmaschine, die am 8. Oktober 1986 mit 18,6 Mio. Lit. in Rechnung gestellt worden sei, kein Zurückbehaltungsrecht. Der Beklagten stünden schließlich auch keine Gegenansprüche zu, mit denen sie gegen die Kaufpreisforderungen für die beiden Verpackungsmaschinen aufrechnen könne. Einen Kaufpreisrückzahlungsanspruch habe sie nicht, da die Bedingung für die Rückabwicklung des Vertrages über die erste Lieferung der Verpackungsanlage nicht eingetreten sei. Herabsetzung dieses Kaufpreises könne sie nicht verlangen, da dem Art. 49 EKG entgegenstehe. Die Voraussetzungen des Art. 49 Abs. 2 EKG lägen nicht vor, da sich der Gegenanspruch der Beklagten auf die bereits bezahlte

Lieferung vom Frühjahr 1985 beziehe. Art. 49 EKG hindere auch die Aufrechnung mit einer Schadensersatzforderung wegen des Einsatzes von zusätzlichen Arbeitskräften. Die Aufrechnung mit einem Rückzahlungsanspruch wegen der behaupteten Überzahlung für die angebliche Lieferung einer Maschine CAVANNA anstelle der Maschine HAYSEN sei gemäß § 530 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen. Diese Aufrechnung sei erstmals im Berufungsverfahren geltend gemacht worden. Die Klägerin habe darin nicht eingewilligt, die Geltendmachung der Aufrechnung sei auch nicht sachdienlich.

II. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung überwiegend nicht stand.

1. Kaufpreis für den am 23. April 1986 gelieferten dritten Maschinenblock (24 Mio. Lit.):

a) Ohne Rechtsfehler und von der Revision unbeanstandet geht das Berufungsgericht davon aus, daß sich die Parteien über den Erwerb des von der Klägerin herzustellenden und zu liefernden dritten Maschinenblocks durch die Beklagte geeinigt haben.

Eine bestimmte Preisvereinbarung haben die Parteien dabei aber nicht getroffen. Aus Nr. 3 des Schreibens der Klägerin vom 24. September 1985 und aus ihrem späteren Fernschreiben an den Anwalt der Beklagten vom 13. März 1986 - beide von der Beklagten unwidersprochen - geht vielmehr hervor, daß die Parteien den Kaufpreis erst später nach Ablieferung des dritten Blocks und bei Funktionieren der

Gesamtanlage unter Feststellung und Aufteilung der der Klägerin entstandenen Kosten einvernehmlich festlegen wollten. Hierzu ist es indessen nicht gekommen. Das Berufungsgericht hat daher als Grundlage für den Kaufpreisanspruch Art. 57 EKG herangezogen. Danach hat der Käufer den Preis zu zahlen, den der Verkäufer im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gewöhnlich gefordert hat, wenn der geschlossene Kaufvertrag den Preis weder selbst bestimmt noch für dessen Bestimmung Vorsorge trifft. Die Revision rügt aber mit Erfolg, daß das Berufungsgericht die Voraussetzungen dieser Bestimmung rechtsfehlerhaft bejaht hat:

Richtig ist zwar, daß die Parteien für die Bestimmung des bei Vertragsschluß offen gebliebenen Kaufpreises keine ausreichende Vorsorge getroffen haben (Art. 57 EKG). Bei der Vereinbarung über die spätere Preisbestimmung, wie sie sich aus den erwähnten Schreiben bzw. Fernschreiben vom 24. September 1985 und 13. März 1986 ergibt, sind alle wesentlichen Preisbemessungsfaktoren offen geblieben, insbesondere, welche Kosten in welcher Höhe und ob auch ein Gewinn der Klägerin berücksichtigt werden sollten. Praktisch lief diese Abrede darauf hinaus, daß sich die Parteien später noch einmal zusammensetzen und über den Preis sprechen wollten. Eine derart unbestimmte Absprache stellt keine ausreichende Vorsorge für die Preisbestimmung dar.

Die weitere Annahme des Berufungsgerichts, der von der Klägerin berechnete Betrag von 24 Mio. Lit. stelle den "gewöhnlich geforderten" (Art. 57 EKG) Preis dar, entbehrt jedoch der tatsächlichen Grundlage. Weder den ausdrücklichen

Feststellungen des Berufungsgerichts noch den im Berufungsurteil in Bezug genommenen Schriftsätzen können Darlegungen der Klägerin entnommen werden, daß der Betrag von 24 Mio. Lit. der gewöhnlich geforderte Kaufpreis für den dritten Maschinenblock sei. Eine derartige Behauptung kann insbesondere auch nicht der Bezugnahme auf die der Beklagten übersandte Rechnung vom 9. April 1986 über 24 Mio. Lit. entnommen werden. Nicht zweifelsfrei ist bereits, ob überhaupt in der kommentarlosen Übersendung einer Rechnung für gelieferte Waren ohne vorherige Preisvereinbarung die stillschweigende Erklärung liegt, der Rechnungsbetrag sei der gewöhnlich geforderte Preis. Eine solche Wertung liegt vor allem dann fern, wenn es sich - wie möglicherweise auch hier bei dem von der Klägerin hergestellten dritten Maschinenblock - um eine Einzelanfertigung handelt, für die ein gewöhnlicher Preis jedenfalls in Form von Preislisten o.ä. regelmäßig nicht existiert (vgl. Dölle/von Caemmerer, Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht, 1976, Art. 57 EKG Rdn. 15). Unabhängig davon aber kann die bloße Übersendung der Rechnung vom 9. April 1986 hier deswegen nicht als Forderung des "gewöhnlichen Preises" gewertet werden, weil die Parteien, wie bereits dargestellt, zuvor vereinbart hatten, daß der Preis für den dritten Maschinenblock zwischen ihnen noch ausgehandelt werden sollte. Vor dem Hintergrund dieser Absprache konnte die Beklagte als Empfängerin der Rechnung den darin genannten, in keiner Weise näher erläuterten Preis allenfalls als Verhandlungsangebot der Klägerin, nicht jedoch als Mitteilung des "gewöhnlichen Preises" i.S. von Art. 57 EKG auffassen.

Aufgrund des derzeitigen Prozeßstoffes besteht jedoch die vom Berufungsgericht unter Verstoß gegen § 286 ZPO nicht in Betracht gezogene Möglichkeit, daß sich die Parteien stillschweigend auf den von der Klägerin verlangten Preis von 24 Mio. Lit. für den dritten Maschinenblock geeinigt haben. Es ist weder ausdrücklich festgestellt noch aus der von den Parteien vorgelegten und in Bezug genommenen Korrespondenz ersichtlich, daß die Beklagte gegen den fakturierten Betrag vorprozessual jemals Einwendungen erhoben hat. Andererseits wollte sie den dritten Maschinenblock aber behalten (vgl. dazu auch unter b bb). Es erscheint daher nicht ausgeschlossen, daß sie an der Kaufvereinbarung festhalten und den von der Klägerin verlangten Preis akzeptieren wollte. Hiermit muß sich das Berufungsgericht als Tatrichter auseinandersetzen und - ggf. nach ergänzendem Sachvortrag - die erforderlichen Feststellungen treffen.

Zu diesem Zweck war das Berufungsurteil insoweit aufzuheben und der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. In der erneuten Verhandlung hat die Klägerin ferner Gelegenheit zur Darlegung, ob und in welcher Höhe ein gewöhnlicher Preis für den dritten Maschinenblock (Art. 57 EKG) existiert. Bestand ein solcher nicht und haben sich die Parteien auch nicht auf den Rechnungsbetrag von 24 Mio. Lit. geeinigt, so ist der Kaufvertrag mangels ausreichender Preisbestimmung unwirksam. Zwar könnte im unvereinheitlichen deutschen Kaufrecht bei einer vergleichbaren Sachlage gem. § 316 BGB der Verkäufer zur Kaufpreisbestimmung berechtigt sein (BGH, Urteil vom 6. Mai 1988 - V ZR 32/87 = WM 1988, 1383, 1385 = BGHR BGB § 316 Formbedürftigkeit 1 m.w.Nachw.).

Im vorliegenden, dem EKG unterliegenden Fall ist dies jedoch nicht der Fall. In den Entwürfen für das Einheitliche Kaufrecht war zunächst ein aus dem skandinavischen Kaufgesetz übernommenes Preisbestimmungsrecht des Verkäufers vorgesehen. Dieses wurde aber in späteren Entwürfen beseitigt und der dann auf der Haager Konferenz von 1964 in Art. 57 aufgenommenen Lösung der Vorzug gegeben (vgl. im einzelnen Dölle/von Caemmerer aaO Art. 57 EKG Rdn. 6 ff). Aufgrund dieser Entstehungsgeschichte verbietet sich die Heranziehung des Rechtsgedankens des § 316 BGB im Anwendungsbereich des EKG (Dölle/von Caemmerer aaO Rdn. 15; Mertens/Rehbinder, Internationales Kaufrecht, 1975, Art. 57 EKG Rdn. 9). Sollte also die erneute Verhandlung ergeben, daß es sowohl an einem gewöhnlich geforderten Preis als auch an einer späteren stillschweigenden Preisvereinbarung fehlt, so wäre die auf Zahlung von 24 Mio. Lit. gerichtete Klage schon aus diesem Grunde abzuweisen.

b) Sollte das Berufungsgericht hingegen nach erneuter Verhandlung eine rechtliche Grundlage für den hier behandelten Teil des Klaganspruches feststellen, so ist die Auseinandersetzung mit den weiteren Revisionsangriffen gegen seine Entscheidung geboten. Hierzu sind aufgrund des derzeitigen Sachstandes folgende Bemerkungen veranlaßt:

aa) Das Berufungsgericht unterstellt, der Kaufpreis für den dritten Maschinenblock habe vereinbarungsgemäß erst nach dessen Abnahme fällig sein sollen. Dabei hat es ersichtlich nicht die in Art. 56 und 65 EKG geregelte Abnahme, die - ähnlich wie in § 433 Abs. 2 BGB - in der bloßen körper-

lichen Ansichnahme der Ware besteht, sondern eine weitergehende billigende Empfangnahme, etwa wie die Abnahme im Werkvertragsrecht, im Auge. Eine derartige Vereinbarung ist auch im Anwendungsbereich des EKG möglich (Dölle/von Caemmerer aaO Art. 56 Rdn. 13).

Das Berufungsgericht meint, eine Abnahme durch die Beklagte sei mittlerweile erfolgt. Die dagegen gerichteten Revisionsangriffe sind nach dem gegenwärtigen Verfahrensstand jedenfalls im Ergebnis unbegründet. Die Klägerin hat die Fotokopie eines auf den 9. April 1987 datierten Schriftstücks vorgelegt, das die Beklagte unterzeichnet hat und in dem eine solche Abnahmeerklärung beurkundet worden ist. Als Privaturkunde begründet das Schriftstück damit den vollen Beweis dafür, daß die Beklagte die darin enthaltene Abnahmeerklärung abgegeben hat (§ 416 ZPO). Daß die Unterschrift vom Inhaber der Beklagten stammt, stellt diese nicht in Abrede. Sie behauptet lediglich, ihr Inhaber könne sich nicht erinnern, daß das Schriftstück im Zeitpunkt der Unterzeichnung die hier maßgeblichen Angaben ("die Maschine funktioniert regulär mit einer Zähltoleranz von 2 - 3 Tüchern") enthalten habe. Nach § 440 Abs. 2 ZPO wird jedoch vermutet, daß dieser Text echt ist, weil die Echtheit der Unterschrift unstreitig ist. Die Echtheitsvermutung legt der Beklagten den Beweis auf, daß der darüberstehende Text nachträglich und ohne ihren Willen eingefügt worden ist (BGHZ 104, 172, 176 f; BGH, Urteil vom 17. April 1986 - III ZR 215/84 = NJW 1986, 3086, 3087 unter 2 d). Dies hat die Beklagte nicht einmal eindeutig behauptet, geschweige denn dafür Beweis angetreten. Sie macht insoweit nur geltend, als Datum der

Unterschrift sei der 9. April 1987 angegeben, während gleichzeitig die Leistung von Arbeitsstunden vom 10. April 1987 bestätigt werde. Dies beseitigt die Vermutungswirkung hinsichtlich der Abnahmeerklärung aber nicht. Die von der Beklagten hervorgehobene Diskrepanz im Datum kann auch darauf beruhen, daß das Unterschriftsdatum am 9. April 1987 geschrieben, die Unterschrift aber erst am folgenden Tage vollzogen worden ist.

bb) Entgegen der Auffassung der Revision kann jedenfalls beim derzeitigen Verfahrensstand auch noch nicht davon ausgegangen werden, daß der Kaufvertrag - seine Wirksamkeit unterstellt - aufgrund der mit den Fernschreiben vom 21. und 22. Oktober 1985 getroffenen Vereinbarung wieder aufgehoben worden ist. Ohne Rechtsfehler und von der Revision unbeanstandet sieht das Berufungsgericht in dieser Übereinkunft einen aufschiebend bedingten Aufhebungsvertrag, wobei die Bedingung darin bestand, daß die gesamte Anlage am 30. November 1985, dem ursprünglich vorgesehenen Tage ihrer Inbetriebnahme nach Installierung des dritten Blocks, nicht fehlerfrei produziere. Nach Verschiebung des Liefertermins für den dritten Block wurde diese Frist durch Vereinbarung vom 23. April 1986 bis zum 15. Mai 1986 verlängert. Am 15. Mai 1986 arbeitete die Anlage unstreitig noch nicht einwandfrei, so daß die Bedingung an sich eingetreten und der Kaufvertrag über die gesamte Anlage damit aufgehoben war. Dies hat das Berufungsgericht verkannt, was die Revision an sich mit Recht rügt. Die angefochtene Entscheidung zu diesem Punkt kann jedoch aus anderen Gründen zutreffen. Nach den bisherigen Feststellungen ist nämlich nicht auszu-

schließen, daß die Parteien den Aufhebungsvertrag seinerseits später stillschweigend wieder aufgehoben haben. Die Beklagte hat nach dem 15. Mai 1986 bis zum Prozeßbeginn niemals die Rücknahme der Anlage und Rückzahlung des bis dahin gezahlten Kaufpreises verlangt; vielmehr hat die Klägerin im Einverständnis mit der Beklagten die Nachbesserung der Anlage bis zum 9. April 1987 fortgesetzt. Darin kann der gemeinsame Wille der Parteien zum Ausdruck gekommen sein, entgegen der vorher getroffenen Absprache an dem Kaufvertrag festzuhalten. Dafür spricht auch, daß die Beklagte die Anlage später einem Dritten zur Nutzung überlassen hat. Mit dieser Möglichkeit wird sich, soweit es darauf noch ankommt, das Berufungsgericht auseinanderzusetzen haben.

cc) Ohne Erfolg sind die Revisionsangriffe aufgrund des augenblicklichen Sachstandes auch insoweit, als sie sich gegen die Verneinung eines gesetzlichen Anspruchs der Beklagten auf Aufhebung des Kaufvertrages (Artt. 41 Abs. 1 b, 43, 44 Abs. 2 Satz 2 EKG) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Artt. 41 Abs. 1 c, 44 Abs. 2 Satz 2, 46 EKG) durch das Berufungsgericht richten. Die Entscheidung des Berufungsgerichts zu diesem Punkt erweist sich derzeit jedenfalls deswegen als richtig, weil die Beklagte die fortdauernde Mangelhaftigkeit der Anlage über den 10. April 1987 hinaus nicht dargetan hat. Wie zuvor dargelegt (1 b aa), ist davon auszugehen, daß die Beklagte am 9. oder 10. April 1987 die Abnahme der Anlage vorgenommen und bescheinigt hat, sie funktioniere regulär mit einer Zähltoleranz von zwei bis drei Tüchern. Nach dieser Erklärung hätte es der substantiierten Darlegung bedurft, daß gleichwohl auch nach dem

10. April 1987 noch Funktionsstörungen vorlagen. Zwar findet sich im Vorbringen der Beklagten die Formulierung, die Anlage habe "niemals ordnungsgemäß funktioniert". Diese pauschale Wendung kann sich nach ihrem Zusammenhang aber auch auf die unstreitigen Funktionsmängel bis zum April 1987 beziehen. Jedenfalls aber reicht sie angesichts der am 9. oder 10. April 1987 abgegebenen Erklärung über die Funktionstauglichkeit der Maschinenanlage nicht zur Darlegung von auch nach diesem Zeitpunkt bestehenden Mängeln aus. Dies gilt um so mehr, als noch weitere Umstände dafür sprechen, daß mit der letzten Nachbesserung im April 1987 die Mängel der Anlage behoben waren. So hat die Beklagte in der Folgezeit bis zum Eingang der Klagerwiderung (9. Juni 1988) keine Fehler mehr gerügt und ebensowenig irgendwelche Gewährleistungsansprüche geltend gemacht. Dazu paßt auch, daß sie Schadensersatz für die Abstellung von Arbeitskräften an der Anlage (vgl. dazu im folgenden unter dd) nur für die Zeit bis April 1987 verlangt. Schließlich hat sie die gesamte Anlage einer dritten Firma zur Nutzung überlassen, was die Annahme nahelegt, daß die Anlage ordnungsgemäß betrieben werden konnte. - Die gesetzlichen Ansprüche auf Vertragsaufhebung und Herabsetzung des Kaufpreises setzen aber voraus, daß die Kaufsache nach wie vor vertragswidrig ist (Art. 44 Abs. 2 Satz 2 EKG).

Ergibt allerdings die erneute Verhandlung, daß die Anlage auch jetzt noch Mängel aufweist, dann kann die Beklagte zur Vertragsaufhebung und zu Minderung berechtigt sein. Dies könnte sie dem hier behandelten Teil des Klageanspruchs trotz Versäumung der Jahresfrist des Art. 49 Abs. 1 EKG noch

einredeweise gem. Art. 49 Abs. 2 Satz 2 EKG entgegenhalten (vgl. hierzu näher im folgenden unter dd aaa).

dd) Der Revision ist hingegen einzuräumen, daß das Berufungsurteil auch insoweit nicht frei von Rechtsfehlern ist, als es das Erlöschen des - hier unterstellten - Kaufpreisanspruchs für den dritten Maschinenblock durch Aufrechnung der Beklagten mit Schadensersatzansprüchen verneint.

aaa) Einen Schadensersatzanspruch leitet die Beklagte zunächst daraus her, daß sie in dem Zeitraum von April 1985 bis April 1987 zusätzliches Personal einsetzen mußte, um die Funktionsstörungen der Maschinenblöcke auszugleichen; sie begehrt Ersatz der ihr hierdurch entstandenen Kosten.

Ein solcher Ersatzanspruch kann ihr nach den Artt. 41 Abs. 2, 82 EKG zustehen. Der Vortrag der Beklagten über die anfänglichen Mängel der Anlage ist nicht bestritten. Damit lag eine Vertragswidrigkeit nach Art. 33 Abs. 1 e EKG vor, denn die Anlage besaß nicht die für den im Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend vorgesehenen besonderen Gebrauch erforderlichen Eigenschaften. Die Beklagte hat weiter vortragen, die Mängel jeweils sogleich u.a. gegenüber dem Geschäftsführer der Klägerin angezeigt zu haben (Art. 39 EKG). Daß sie den Schadensersatzanspruch nicht innerhalb der Jahresfrist des Art. 49 Abs. 1 EKG gerichtlich (BGH, Urteil vom 8. Juli 1987 - VIII ZR 210/86 = WM 1987, 1254, 1255 unter II 2 a bb = BGHR EKG Art. 49 Abs. 1 Ausschlußfrist 1) geltend gemacht, sondern erst in der Klagerwiderung zur Aufrechnung gestellt hat, schadet ihr entgegen der Ansicht

des Berufungsgerichts nicht. Nach Art. 49 Abs. 2 Satz 2 EKG könnte sie die Aufrechnung trotz des Fristablaufs dem Anspruch auf den noch nicht gezahlten Kaufpreis einredeweise entgegenhalten:

Das Berufungsgericht hält diese Vorschrift für unanwendbar, weil sich der Schadensersatzanspruch der Beklagten "auf die bereits bezahlte Lieferung im Frühjahr 1985" - also die zunächst gelieferten Blöcke 1 und 2 - beziehe. Hierbei übersieht es zunächst, daß die Beklagte Schadensersatz für die Zeit bis April 1987 und damit auch für einen Zeitraum verlangt, in dem bereits der Ende April 1986 gelieferte dritte Maschinenblock installiert war. Abgesehen davon begegnet die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte sei zur Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen gem. Art. 49 Abs. 2 Satz 2 EKG insoweit nicht berechtigt, als diese aus der Mangelhaftigkeit der im April gelieferten Blöcke 1 und 2 hergeleitet werden, schon im Ansatz Bedenken. Ersichtlich geht es dabei davon aus, die Parteien hätten zwei selbständige Kaufverträge über zwei verschiedene Kaufgegenstände (Blöcke 1 und 2 einerseits und Block 3 andererseits) geschlossen. Dabei hat es aber, wie die Revision zutreffend rügt, wesentliche Teile des unstreitigen Sachverhalts nicht berücksichtigt (§ 286 ZPO). Nach dem vorprozessualen Schriftwechsel sollte der Block 3 zur Mängelbeseitigung und zur Optimierung der Anlage geliefert werden. Auch nach Installierung von Block 3 handelte es sich um eine Maschinenkombination, die nach wie vor demselben Zweck, nämlich der Produktion und Verpackung von Erfrischungstüchern, diene. Die Fälligkeit des noch offenen Kaufpreises für den

dritten Block haben die Parteien von dem Funktionieren der gesamten Anlage abhängig gemacht. Dementsprechend haben sie, wie bereits erwähnt, mit den Fernschreiben vom 21. und 22. Oktober 1985 zunächst die Rücknahme der gesamten Anlage durch die Klägerin vereinbart, falls die Installation des dritten Blocks zu keinen befriedigenden Ergebnissen führe. Dies alles legt die Annahme nahe, daß die Parteien die gesamte aus den drei Blöcken bestehende Anlage als einheitlichen unteilbaren Kaufgegenstand ansahen und behandeln wollten (vgl. dazu für das unvereinheitlichte deutsche Recht BGH, Urteile vom 7. März 1990 - VIII ZR 56/89 = WM 1990, 987, 990 - zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen - und vom 27. Juni 1990 - VIII ZR 72/89 - ebenfalls zur Veröffentlichung vorgesehen - unter II 1 e der Entscheidungsgründe) und daß die Vereinbarung über die Lieferung des dritten Blocks keinen neuen Kaufvertrag, sondern eine Erweiterung und Ergänzung des ursprünglichen Kaufvertrages darstellte. Dies hätte zur Folge, daß für die Gesamtanlage ein einheitlicher Kaufpreis geschuldet wurde. Ist das aber der Fall, dann wäre die Beklagte nicht gehindert, dem eingeklagten Restkaufpreis für den dritten Block nach Art. 49 Abs. 2 Satz 2 EKG auch Schadensersatzansprüche aufgrund von Mängeln der Blöcke 1 und 2 entgegenzuhalten (vgl. für den ähnlichen Fall des § 479 BGB auch BGH, Urteil vom 7. Oktober 1987 - VIII ZR 255/86 = WM 1987, 1460). Mit dieser Möglichkeit wird sich das Berufungsgericht - soweit es darauf ankommt - auseinandersetzen und, ggf. nach weiterem Sachvortrag der Parteien, die erforderlichen Feststellungen, auch zu den sonstigen Voraussetzungen und zur Höhe des Schadensersatzanspruches, treffen müssen. - Soweit die Aufrechnung mit dem

Schadensersatzanspruch auch nach der erneuten Verhandlung an Art. 49 EKG scheitert, wird ggf. nach Art. 40 EKG zu berücksichtigen sein (vgl. dazu im folgenden unter 2 a).

bb) Weiter hat die Beklagte die Aufrechnung erklärt mit einem Anspruch auf Rückzahlung eines Kaufpreisanteils von 66 Mio. Lit. für die Maschine HAYSSEN, weil ihr stattdessen eine Maschine des Typs CAVANNA geliefert worden sei. Das Berufungsgericht hat die Aufrechnung gem. § 530 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen, weil die Klägerin nicht eingewilligt habe und die Geltendmachung im anhängigen Verfahren nicht sachdienlich sei. Angesichts der durch die Aufhebung und Zurückverweisung geänderten Prozeßlage muß das Berufungsgericht über die Frage der Sachdienlichkeit der Aufrechnung - soweit es darauf ankommt - erneut befinden und ggf. die Voraussetzungen auch dieses Anspruches prüfen.

2. Der weitere Kaufpreisanspruch von 18,6 Mio. Lit. für die im Oktober 1986 gelieferte Verpackungsmaschine "Rollpack 50/100" ist als solcher außer Streit. Die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit Ansprüchen aufgrund der vertragswidrigen Beschaffenheit der im April 1985 und April 1986 gelieferten Erfrischungstücher-Herstellungs- und -verpackungsanlage hält das Berufungsgericht für nicht begründet. Auch insoweit hält seine Entscheidung den Revisionsangriffen nicht stand.

Ein Kaufpreisrückzahlungsanspruch der Beklagten als Folge der erklärten Minderung bzw. Vertragsaufhebung (Artt. 78, 81 EKG; für die Minderung vgl. BGH, Urteil vom

5. Juli 1989 - VIII ZR 423/88 = WM 1989, 1535, 1537 unter 2 b = BGHR EKG Art. 78 Abs. 2 Kaufpreisherabsetzung 1) besteht zwar nach dem gegenwärtigen Sachstand nicht. Sollten demgegenüber aufgrund der erneuten Verhandlung derartige Ansprüche doch zu bejahen sein (vgl. oben 1 b cc a.E.), so könnte die Beklagte sie wegen Versäumung der Frist des Art. 49 Abs. 1 EKG und weil der Einredeerhalt nach § 49 Abs. 2 Satz 2 EKG hier ausscheidet, nur unter den Voraussetzungen des Art. 40 EKG geltend machen (vgl. dazu im einzelnen im folgenden unter a).

Soweit das Berufungsgericht einen vertraglichen Rückzahlungsanspruch (oben 1 b bb), für den Art. 49 EKG nicht gelten würde (BGH, Urteil vom 8. Juli 1987 - VIII ZR 210/86 = WM 1987, 1254, 1255 unter II a bb = BGHR EKG Art. 49 Abs. 1 Ausschlußfrist 1), verneint, kann seine Entscheidung, wie bereits ausgeführt, jedenfalls mit der gegebenen Begründung nicht aufrecht erhalten werden.

Vor allem aber ist das Berufungsurteil insoweit nicht frei von Rechtsfehlern, als es die hilfsweise auch gegen diesen Teil des Klaganspruchs zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzansprüche der Beklagten verneint:

a) Den Schadensersatzanspruch wegen zusätzlichen Personalaufwandes (oben 1 b dd aaa) läßt das Berufungsgericht, wie ausgeführt, an Art. 49 EKG scheitern. Daran ist richtig, daß die Beklagte, wie ebenfalls bereits ausgeführt, diesen Anspruch nicht innerhalb der Jahresfrist des Art. 49 EKG gerichtlich geltend gemacht hat und daß die einredeweise

Geltendmachung gemäß Art. 49 Abs. 2 Satz 2 EKG ausscheidet, weil der hier behandelte Teil des Klaganspruches und der Gegenanspruch der Beklagten zweifelsfrei aus verschiedenen Kaufverträgen hergeleitet werden. Das Berufungsgericht hat jedoch mit unzutreffender Begründung die Anwendbarkeit von Art. 40 EKG verneint. Hiernach kann sich der Verkäufer, der die Vertragswidrigkeit der Kaufsache kennt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennt (vgl. BGH, Urteil vom 5. Juli 1989 aaO), nicht auf den Mangel der Untersuchung und Anzeige (Artt. 38, 39 EKG) und folglich auch nicht auf den Ablauf der daran anknüpfenden Jahresfrist berufen (OLG Köln MDR 1980, 1023; Dölle/Stumpf aaO Art. 49 EKG Rdn. 3; Mertens/Rehbinder aaO Art. 49 EKG Rdn. 5; Staub/Koller, Großkomm. HGB, 4. Aufl. 1985, Rdn. 435 vor § 373; Beß, Die Haftung des Verkäufers für Sachmängel und Falschlieferungen im Einheitlichen Kaufgesetz, 1971, S. 139). Das Berufungsgericht meint, im Streitfall fehle es an einem mit Beweisangebot versehenen Vortrag der Beklagten, daß die Klägerin die Vertragswidrigkeit gekannt oder grob fahrlässig nicht gekannt habe. Dies rügt die Revision mit Erfolg. Die Klägerin selbst hat vorgetragen, sie habe in ihrem Werk vor Absendung jeweils "Probelaufe mit den Maschinen" durchgeführt; hinsichtlich des dritten Maschinenblocks hat sie dies in ihrem Fernschreiben vom 13. März 1986 wiederholt. Bestanden aber die von der Beklagten vorgetragenen und bei der Inbetriebnahme sogleich aufgefallenen Mängel, so konnten sie der Klägerin bei dem Probetrieb kaum anders als aufgrund grober Fahrlässigkeit verborgen geblieben sein (vgl. dazu BGH, Urteil vom 5. Juli 1989 aaO).

Deshalb muß die angefochtene Entscheidung auch hinsichtlich des Klaganspruchs von 18,6 Mio. Lit. (Kaufpreis für die Maschine "Rollpack 50/100") aufgehoben werden. Das Berufungsgericht muß die Frage der zumindest grob fahrlässigen Unkenntnis der Klägerin unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen erneut prüfen.

b) Hinsichtlich der vom Berufungsgericht nicht zugelassenen Aufrechnung der Beklagten mit einem Anspruch auf Rückzahlung von 66 Mio. Lit. wegen Lieferung einer anderen als der bestellten Maschine (Modell CAVANNA anstatt HAYSEN) wird auf die obigen Ausführungen unter 1 b bb verwiesen.

3. Die ebenfalls vom Berufungsgericht zu treffende Entscheidung über die Kosten der Revision hängt vom endgültigen Ausgang des Rechtsstreits ab.

Wolf

Dr. Brunotte

Dr. Zülch

Dr. Paulusch

Dr. Hübsch ist in Urlaub und deshalb an der Unterschriftsleistung verhindert.

Wolf