

Az: 7 U 1720/94
Vorhergehendes Az:
Gericht: OLG München
Datum: 08.02.1995

Tatbestand:

Die Klägerin, ein italienisches Handelsunternehmen, hat in der ersten Instanz von der Beklagten, Gläubigerin einer von einer italienischen Bank gestellten Bankgarantie, verlangt, es zu unterlassen, die Bank in Anspruch zu nehmen; im Berufungsverfahren verlangt sie Rückzahlung der Garantiesumme und Schadensersatz.

Zwischen der Klägerin und der Beklagten, einer deutschen Auto-Vertriebs GmbH, wurde am 09.03.1992 ein Kaufvertrag über die Lieferung von 11 Pkw der Marke C zum Kaufpreis von 419.587,69 DM geschlossen. Gegenstand der Vereinbarung war u. a. auch die Stellung einer Sicherheit durch die Klägerin in Form einer Bankgarantie. Die im Zusammenhang mit dem Kaufvertragsabschluß getroffenen weiteren Absprachen sind zwischen den Parteien streitig.

Am 18.03.1992 übernahm der gegenüber der Beklagten eine Bankgarantie über 55.000,--. In der Urkunde heißt es bzgl. der Leistung der Garantie:

"Nach Erhalt ihrer ersten schriftlichen Aufforderung, die darlegt daß der Käufer nicht seinen Zahlungsverpflichtungen wie sie vereinbart wurden entsprochen hat. Im Fall der Inanspruchnahme reichen Sie bitte Ihre Forderung durch Ihre Bank unter Beifügung dieses Dokuments und einer Kopie der unbezahlten Rechnung ein....." (Anl. K 10),

wobei in der Urkunde einleitend festgestellt ist, daß die Zahlungsvereinbarung eine Bankgarantie von 55.000,-- DM vorsieht, um die Zahlung der Ware abzudecken.

Die Laufzeit der Garantie war bis 15.11.1992 befristet.

Mit Schreiben vom 14.04.1992 teilte die Beklagte aufgelistet und detailliert Ausstattung und Preise von 11 Kfz der Marke C mit. Die Lieferzeit war in diesem Schreiben mit "ca. Juli, August, September, Oktober" angegeben; ferner nimmt das Schreiben Bezug auf die nach dem Vorschlag des Gesellschafters der Klägerin gestellte Garantie (Anl. B 11).

Entsprechend der von der Beklagten in diesem Schreiben gewünschten Bestätigung übersandte die Klägerin der Beklagten unter teilweiser handschriftlicher Änderung der hierin enthaltenen Vorschläge das Original mit Unterschrift und Stempel versehen zurück (Anl. K 9); in Abweichung der von der Beklagten festgelegten Lieferzeit bestimmte sie, daß "alle Fahrzeuge ca. Juli, August (120 Tage sind ausreichend) - unwiderruflich bis 15. August - vorgezogene Lieferung der dringenden Fahrzeuge im Juli möglich" geliefert werden sollten.

Hinsichtlich sechs der im Schreiben vom 14.04.1992 aufgelisteten Fahrzeuge äußerte die Klägerin nachfolgend Änderungswünsche bezüglich Typs und Ausstattung. Entsprechende Fahrzeuge bot die Beklagte am 13.08., 20.07. - Liefertermin August/September (B 6) und 30.09.1992 (B 7) an.

Mit Schreiben vom 18.08.1992 teilte die Beklagte der Klägerin mit, daß insgesamt 5 Cs entsprechend der im Schreiben vom 14.04.1992 festgelegten Merkmale zur Lieferung bereit seien (B 2).

Unter Bezugnahme auf dieses Schreiben, sowie der Angebote der Beklagten vom 13.08.1992 und 20.07.1992 forderte die Klägerin am 14.09.1992 die Beklagte auf, die Fahrzeuge zur Abholung durch ein Transportunternehmen zur Verfügung zu stellen. Dieses Antwortschreiben enthält insgesamt aufgelistet 10 C-Fahrzeuge (B 3).

Am 08.10.1992 wandte sich die Beklagte an die Klägerin mit dem Hinweis, daß erneut 6 Fahrzeuge zur Lieferung bereit seien und in den nächsten Tagen die übrigen von der Klägerin bestellten Fahrzeuge eintreffen würden; zugleich bat sie die Klägerin mitzuteilen, wann diese beabsichtige, ein Transportfahrzeug zu schicken. Die entsprechenden Dokumente seien vorzubereiten (B 4).

In Erwiderung teilte die Klägerin am 23.10.1992 mit, daß angesichts starker Wechselkursänderungen Lire/Mark die Abholung "bis heute nicht ausgeführt werden könnte." Zugleich bat sie die Beklagte "bei ihrem Lieferanten zu versuchen, die Lieferung der Fahrzeuge hinauszuschieben in Erwartung einer Normalisierung der Situation" (B 5). Mit Schreiben vom 02.11.1992 ließ die Beklagte durch die den unter Vorlage von 11 auf den 15.10.1992 datierten Rechnungen zur Einlösung der Garantie gem. der Garantie vom 17.03.1992 auffordern. Anfang November 1992 bestellte die Beklagte sämtliche Fahrzeuge bei den Vorlieferanten ab.

Mit Anwaltschreiben vom 08.09.1993 forderte sie erneut die Auszahlung des Betrages und drohte Klageerhebung an.

Die Auszahlung durch die Bank war bei Klageerhebung im anhängigen Verfahren noch nicht erfolgt. Die Einlösung der Garantie teilte die Bank der Klägerin am 05.01.1994 mit.

Bereits am 19.05.1993 hatte die Klägerin beim R. in X. Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung gem. Art. 700 c. p. c. gestellt mit dem Ziel "insbesondere dem B. die Anordnung zu erteilen, der Bürgschaft über den Wert von 55.000,-- DM nicht nachzukommen, die er seinerzeit im Namen und Auftrag der Klägerin zugunsten der Beklagten geleistet hatte." Zur Begründung ihres Antrags hat die Klägerin darauf verwiesen, die garantierende Bank habe eine Auszahlung am 30.12.1992 in Aussicht gestellt; eine Auszahlung habe zu unterbleiben, da die Beklagte den Kaufvertrag mit der Klägerin nicht erfüllt habe (B 8/B 9).

Die Klägerin hat ihren gegen die Einlösung der Bankgarantie gerichteten Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte damit begründet, daß die zwischen den Parteien für die Geltendmachung der Garantie vereinbarten Voraussetzungen nicht erfüllt seien.

Die von dem B. abgegebene Erklärung habe nach der kaufvertraglichen Vereinbarung der Parteien Schadensersatzansprüche der Beklagten im Fall der Nichtabnahme bzw. Nichtzahlung der Fahrzeuge sichern sollen. Der Anspruch auf Inanspruchnahme der Garantie habe jedenfalls erst dann entstehen sollen, wenn die Beklagte den Besitz der Fahrzeuge mittels Angabe der Fahrgestellnummer auf pro forma - Rechnung nachwies und die Klägerin trotz dieses Nachweises den Kaufpreis nicht bezahle. Bzgl. der Lieferung der streitgegenständlichen Fahrzeuge sei als Liefertermin nach Maßgabe des Schreibens vom 14.04.1992 der 15.08.1992 als unwiderruflich letzter Liefertermin fest vereinbart worden. Eine Liefermöglichkeit sei in der vereinbarten Form von der Beklagten nicht nachgewiesen worden; tatsächlich seien die Fahrzeuge auch nicht vorrätig gewesen, insbesondere nicht zu dem fest vereinbarten Liefertermin; eine Abnahmeverpflichtung nach dem 15.08.1992 habe für die Klägerin daher nicht mehr bestanden.

Bzgl. der beim B. eingereichten Rechnungen handele es sich um Scheinrechnungen mittels deren die Beklagte nicht gerechtfertigte finanzielle Vorteile betrügerisch habe erlangen wollen.

Das Vorgehen der Beklagten sei rechtsmißbräuchlich. Zu Recht habe der B. bisher die Einlösung der Garantie - deren Beurteilung dem italienischen Recht unterliege - im Hinblick auf die Mängel im Verhältnis der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung zwischen den Parteien verweigert, allerdings im Hinblick auf die Klagedrohung seitens der Beklagten am 08.09.1993 die Klägerin aufgefordert, die Garantiesumme bereitzustellen. Dem geltend gemachten Unterlassungsanspruch in der vorliegenden Klage stehe anderweitige Rechtshängigkeit im Hinblick auf das einstweilige Verfügungsverfahren in Italien nicht entgegen.

Die Klägerin hat beantragt:

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines Ordnungsgeldes von DM 5,-- bis zu DM 500.000,-- an dessen Stelle im Fall der Uneinbringlichkeit einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten tritt, oder eine Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu Vollziehen an dem Geschäftsführer für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung gem. § 890 ZPO, zu unterlassen, die Bankgarantie des B., Filiale X. vom 18.03.1992 über 55.000.- - DM in Anspruch zu nehmen.

Die Beklagte hat beantragt:

Die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat im Hinblick auf das von der Klägerin in Italien betriebene Verfahren den Einwand anderweitiger Rechtshängigkeit geltend gemacht und behauptet, hinsichtlich beider Verfahren seien die gleichen Parteien beteiligt.

Sie hat im übrigen den Standpunkt vertreten, der B. sei aufgrund des mit der Beklagten zustand gekommenen Garantievertrages verpflichtet, der Zahlungsaufforderung ohne Prüfung der die Rechtsbeziehung der Parteien betreffenden Umstände nachzukommen. Zudem stehe der Beklagten auch der Anspruch auf Auszahlung der Garantiesumme zu. Die von der Klägerin bestellten Fahrzeuge seien lieferbar gewesen; ein Fixtermin 15.08.1992 sei zwischen den Parteien nicht vereinbart worden. Insoweit sei ausschließlich der Inhalt des Schreibens vom 14.04.1992 maßgeblich ohne die Änderungen der Klagepartei; das Schreiben sei als Auftragsbestätigung bzgl. vorangegangener Verhandlungen zu verstehen.

Mit Fax vom 18.08.1992 und Schreiben vom 08.10.1992 habe sie der Klägerin die Lieferung von 5 der bestellten Cs, die zur Auslieferung bereit gestanden hätten, zur Abholung angeboten. Der Liefernachweis durch pro forma-Rechnungen mit Fahrgestellnummern sei zwischen den Parteien nicht vereinbart worden. Die Abholung dieser Fahrzeuge sei trotz der Ankündigung, ein Transportunternehmen zu beauftragen seitens der Klägerin ebenso unterblieben wie die gemäß ihrer Angebote bereitgestellten Fahrzeuge. In der Folgezeit habe die Klägerin mehrfach telefonisch um Hinauschiebens des Liefertermins gebeten, schließlich mit Schreiben vom 23.10.1992. Unverzüglich nach Erhalt dieses Schreibens habe die Beklagte der Klägerin mitgeteilt, daß die Fahrzeuge unverzüglich abgeholt werden müssten, ebenso wie die weiteren bestellten und zur Lieferung stehenden Fahrzeuge. Eine Abnahme habe die Klägerin jedoch verweigert. Angesichts der Abnahme - und Zahlungsverweigerung sei die Beklagte im Hinblick darauf, daß sie die Fahrzeuge zum Teil mit erheblichen Nachlässen habe verkaufen müssen wegen des ihr entstandenen Schadens von mindestens 55.000,-- DM zum Einfordern der Garantiesumme berechtigt gewesen.

Das Landgericht hat die Klage als unzulässig abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, durch das vorliegende Verfahren sei doppelte Rechtshängigkeit im

Hinblick auf das in Italien von der Klägerin anhängig gemachte Verfahren gegeben. Die Möglichkeit widersprechender Entscheidungen bei identischem Streitgegenstand sei gegeben, da das einstweilige Verfügungsverfahren in Italien jederzeit in ein Hauptsacheverfahren überführt werden könne.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung.

Angesichts der Auszahlung der Garantiesumme durch den B. und der hierdurch eingetretenen Erledigung der erstinstanziell erstrebten Unterlassung beansprucht sie nunmehr die Rückzahlung der ausbezahlten Summe von 55.000, -- DM zuzüglich Zinsen aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung. Zur Begründung wiederholt sie im wesentlichen ihr erstinstanzielles Vorbringen, wonach ein Anspruch der Beklagten auf Auszahlung des Betrages nicht bestanden habe, die Auszahlung somit ohne rechtlichen Grund erfolgt sei.

Sie vertritt die Auffassung, die Klage auf Unterlassung sei zulässig gewesen. Das Erstgericht habe die Frage der anderweitigen Rechtshängigkeit unzutreffend beurteilt. Zwischenzeitlich sei das Verfügungsverfahren in Italien am 27.09.1993 eingestellt und archiviert worden.

Der Unterlassungsanspruch sei auch begründet gewesen. Insoweit seien die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien maßgeblich. Da sich die Beklagte vertragswidrig verhalten habe, habe die Klägerin die Nichtinanspruchnahme der Garantie verlangen können.

Die Klägerin macht in zweiter Instanz ferner einen Schadensersatzanspruch i. H. von 62.044,-- DM geltend. Zur Begründung trägt sie vor, die Beklagte habe durch die Nichtauslieferung der bestellten Fahrzeuge am 15.08.1992 bzw. unzumutbare Verzögerung der Lieferung eine wesentliche Vertragsverletzung begangen, die die Klägerin zur Vertragsaufhebung berechtigte; diese werde nunmehr erklärt (Schriftsatz 17.02.1994). Der ihr durch die Nichterfüllung entgangene Gewinn errechne sich aus dem in 11 Kaufverträgen mit Abnehmern vereinbarten Kaufpreis, abzüglich der Einkaufspreise der Klägerin und der Transport- und Zulassungskosten. Bzgl. der Berechnung im einzelnen wird auf Bl. 64 d. A. verwiesen.

Die Klägerin beantragt:

I. Das Urteil des Landgerichts München I vom 08.11.1993 wird aufgehoben.

II. Die Beklagte wird verurteilt an die Klägerin DM 130. 284, - - - - - neben 18 % Zinsen aus DM 58. 240, - - - - - seit 05.01.1994 sowie aus DM 62.044,-- seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

Die Beklagte beantragt:

I. Die Berufung wird als unzulässig verworfen.

Hilfsweise: Die Berufung wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hält die Berufung für unzulässig. Eine Beschwer der Klägerin als Rechtsmittelvoraussetzung sei nicht gegeben, da sich die Hauptsache vor der Berufungseinlegung erledigt habe.

Die Berufung verstoße zudem gegen § 99 Abs. 1 ZPO.

Die Klage auf Unterlassung sei auch unzulässig gewesen. Die Einrede der Rechtshängigkeit greife im Hinblick auf das italienische Verfügungsverfahren durch. Die Unterlassungsklage sei auch unbegründet gewesen. Die Voraussetzungen der Bankgarantie seien erfüllt gewesen.

In der nunmehrigen Geltendmachung des Zahlungsanspruchs/Schadensersatzanspruchs liege eine unzulässige Klageänderung.

Die Beklagte vertritt die Auffassung, ein Anspruch der Klägerin aus - nach deutschem Recht zu beurteilender - ungerechtfertigter Bereicherung sei nicht begründet.

Bereits am 09.03.1992 sei bei Abschluß des Kaufvertrages Liefer- und Abnahmezeit von Juli bis spätestens Oktober 1992 fest vereinbart worden, wobei für den Fall, daß die Klägerin die Fahrzeuge nicht bis Ende Oktober 1992 abnehmen würde, eine dann fällige Vertragsstrafe von 5.000,-- DM abgesprochen gewesen sei. Der Lieferzeitpunkt sei von der Beklagten im Schreiben vom 14.04.1992 nochmals bestätigt worden.

Die Festlegung der 5. 000, -- DM pro Fahrzeug sei unter dem Gesichtspunkt, daß dies in etwa dem Gewinn der Beklagten aus dem Verkauf inclusive Aufwendungen entspreche erfolgt, wobei ein Nachweis bzgl. der Höhe für die Vertragsstrafe als nicht notwendig vereinbart worden sei. Zur Sicherung dieses Anspruchs habe die Bankgarantie gedient. Aufgrund der Abnahmeverweigerung durch die Klägerin mit Schreiben vom 23.10.1992 sei der Vertragsstrafenanspruch auch sofort fällig geworden.

Vorsorglich trägt die Beklagte vor, daß ihr aufgrund der Verweigerung der rechtzeitigen Abnahme der Klägerin ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns von 54.109,30 DM (netto) entstanden sei. Nachdem die Klägerin die Abnahme verweigert habe, seien sämtliche Fahrzeuge, die bereits verbindlich bestellt worden seien, Anfang November 1992 wieder abbestellt worden. Der geltend gemachte Gewinnverlust errechne sich aus der Differenz zwischen dem Einkaufspreis und dem zwischen den Parteien vereinbarten Verkaufspreis.

Schadensersatzansprüche der Klägerin seien im Hinblick darauf, daß ein Fixtermin nicht vereinbart worden sei, nicht begründet; zudem habe die Klägerin zumindest auf die Einhaltung eines solchen Termins erkennbar keinen Wert gelegt.

Eine Befugnis den Vertrag aufzuheben stehe der Klägerin nicht zu; eine angemessene Nachfrist zur Einhaltung von Lieferterminen habe sie nicht gesetzt.

Die von der Klägerin behauptete Schadenshöhe bestreitet sie. Vorsorglich erhebt sie die Vorhersehbarkeitseinrede.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung hat teilweise Erfolg. Die Klägerin kann von der Beklagten den aus der Bankgarantie erhaltenen Betrag verlangen; ein Schadensersatzanspruch steht ihr nicht zu.

I.

Die Berufung der Klägerin ist zulässig.

1.

Eine Beschwerde als Rechtsmittelvoraussetzung liegt vor. Der Inhalt der angefochtenen Entscheidung weicht von den Anträgen der Klägerin in erster Instanz ab. Diese formelle Beschwerde, auf die es allein ankommt, entfällt nicht dadurch, daß sich die Hauptsache zwischen den Instanzen erledigt (*Thomas-Putzo* ZPO 10. Auflage § 91 a RdNr. 28; BGH NJW RR 92, 1032 ff; *Gottwald* NJW 76, 2250 ff.).

Die Klägerin hat diese Beschwerde mit ihrer Berufung auch geltend gemacht. Sie hat vorgetragen, entgegen der Auffassung des Landgerichts sei der Unterlassungsanspruch zulässig und begründet gewesen.

Da die Beschwerde in der Hauptsache besteht, findet § 99 ZPO keine Anwendung (*Thomas-Putzo* a. a. O.).

2.

Die Zulässigkeit der Berufung entfällt auch nicht dadurch, daß die Klägerin nachdem zwischenzeitlich Zahlung der Garantiesumme durch den erfolgt ist, nunmehr Rückzahlung von der Beklagten aus ungerechtfertigter Bereicherung bzw. Schadensersatz verlangt.

a)

Gem. § 254 Nr. 3 ZPO kann die Klägerin eine im Laufe des Rechtsstreits eintretenden Veränderung klagebegründender Umstände dadurch Rechnung tragen, daß sie unter Beibehaltung des ursprünglichen Klagegrundes ihren Klageantrag der neuen Sachlage anpast, ihn insbesondere auf Folgeansprüche umstellt, die sich aus der eintretenden Veränderung ergeben (*Thomas-Putzo a. a. O.* § 264 RdNr. 7).

b)

Der zunächst geltend gemachte Anspruch auf Unterlassung setzt sich bei gleichbleibendem Klagegrund in einem (möglichen) Anspruch auf Rückerstattung des (möglicherweise) nicht geschuldeten Betrages fort; der Unterlassungsanspruch ist nur Ausfluß des Rechts der Klägerin von der Beklagten als Gläubigerin der Bankgarantie zu verlangen, daß sie die garantierende Bank aus der Garantieverpflichtung entläßt, wenn der durch die Garantie gesicherte Anspruch nicht besteht und auch nicht mehr entstehen kann, d. h. ein die Auszahlung rechtfertigender Grund in den Beziehungen nicht besteht.

II.

Auch die Klage ist zulässig.

1.

Der Zulässigkeit der Klage steht entgegen der Auffassung des Erstgerichts, das durch klageabweisendes Prozeßurteil entschieden hat, das von der Klägerin vor dem R.in X. mit Antrag vom 19.03.1993 anhängig gemachte Eilverfahren gem. Art. 700 c. p. c. nicht entgegen.

Gem. Art. 21 EuGVÜ hat sich das später angerufene Gericht für unzuständig zu erklären, wenn bei Gerichten in verschiedenen Vertragsstaaten wegen desselben Anspruchs Klagen zwischen denselben Parteien anhängig gemacht werden. Ob Parteiidentität im Verfahren vor dem italienischen Gericht besteht - wie die Beklagte behauptet - erscheint angesichts des Antrags vom 19.03.1993 zweifelhaft. Das kann jedoch dahingestellt bleiben; denn auch die Anhängigkeit des einstweiligen Verfügungsverfahrens zwischen denselben Parteien gem. Art. 700 c. p. c. in Italien steht der Klage gem. Art. 21 EuGVÜ nicht entgegen. Art. 21 ff. EuGVÜ wollen widersprechende Entscheidungen in der Hauptsache vermeiden, nicht aber vorläufige Maßnahmen verhindern (*Kropholler, Europ. Zivilrecht* 4. Aufl. Art. 24 RdNr. 7); sie gelten jedoch nicht für Anordnungen im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes.

Gem. Art. 700 i. V. m. 669, 163 c. p. c. kann nach italienischem Recht auch bei Anhängigkeit eines Antrages auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung nur durch Einreichung einer Klageschrift ein Klageverfahren eingeleitet werden. Erst mit

der Einleitung des Klageverfahrens wäre dann die Frage der Rechtshängigkeitsperre zu prüfen. Klageerhebung ist in Italien aber unstreitig nicht erfolgt.

III.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung auf Herausgabe des aus der Bankgarantie erlangten Betrages nebst Zinsen.

1.

Für den geltend gemachten Rückzahlungsanspruch ist deutsches Recht maßgeblich. Die Parteien haben zwar einen Kaufvertrag über die Lieferung von Fahrzeugen von Deutschland nach Italien geschlossen, auf den das Einheitliche UN-Kaufrecht anwendbar ist (vgl. unten III 2 b aa). Die Sicherung von Verkäuferrechten durch Bankgarantie und ihre Abwicklung im Verhältnis der Parteien betrifft jedoch nur im UN-Kaufrecht (im folg.: CISG) nicht geregelte Fragen, deren Beantwortung sich nach den allgemeinen Vorschriften des nach dem Internationalen Privatrechts anzuwendenden Recht richtet (vgl. v. Caemmerer/Schlechtriem Komm zum Einheitlichen UN-Kaufrecht 2. Aufl. Art. 4 Rd.Nr. 6).

Gem. Art. 28 EGBGB gilt - da die Parteien eine Rechtswahl vorliegend nicht getroffen haben - das Recht des Staates in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, ihre Hauptniederlassung hat. Die Beklagte, Verkäuferin der streitgegenständlichen Waren, hat ihre Niederlassung in Deutschland; der Vertrag unterliegt gem. Art. 28 Abs. 2 i. V. m. Art. 32 EGBGB deutsches Recht. Das Vertragsstatut gilt auch für die Rückabwicklung aufgrund einer Leistungskondition (Art. 32 Abs. 1 Nr. 5; *Palandt* 54. Aufl. Art. 28 RdNr. 8).

.

2.

Durch die Zahlung der Bank auf die Bankgarantie ist die Beklagte auf Kosten der Klägerin ungerechtfertigt bereichert (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB).

a)

Die Beklagte hat die Zahlung der Garantiesumme auf Kosten der Klägerin erlangt. Zwar hatte sich die Bank verpflichtet "auf erstes Anfordern" an die Beklagte zu zahlen. Hierbei wurde sie aber im Auftrag der Klägerin, die die Stellung der Sicherheit veranlaßt hatte und die auch als Hauptschuldnerin von der Bank in Rückgriff genommen wird, tätig.

b)

Die Beklagte hat die Bezahlung der Garantiesumme ohne Rechtsgrund erlangt.

Im Verhältnis zur Klägerin stand ihr aus dem geschlossenen Liefervertrag kein Anspruch auf die Garantiesumme zu. Weder bestand im Zeitpunkt der

Inanspruchnahme der Garantie der behauptete Anspruch auf Vertragsstrafe noch Anspruch auf Schadensersatz wegen Gewinnverlusts, der durch die Bankgarantie gesichert werden sollte, noch ist ein Anspruch nachträglich entstanden.

aa)

Ob die Beklagte zur Inanspruchnahme der Garantiesumme berechtigt war, bestimmt sich nach der zwischen den Parteien getroffenen Kaufvertragsvereinbarung, wobei sich die Frage, welche Erfüllungs- oder Schadensersatzansprüche der Beklagten zustanden oder zustehen nach dem CISG richtet; denn das streitgegenständliche Kaufgeschäft wurde zwischen Parteien abgeschlossen, die ihre Niederlassungen in Deutschland bzw. Italien haben, somit in Staaten, die bei Abschluß des streitgegenständlichen Geschäfts im März 1992 Vertragsstaaten i. S. des UN-Übereinkommens waren.

Demgegenüber unterliegt die Beurteilung der behaupteten Vertragsstrafenvereinbarung nicht dem CISG, das hierüber keine Regelung enthält sondern gem. Art. 28 II i. V. m. Art. 32 IPR deutschem Recht (v. *Caemmerer/Schlechtriem* a. a. O. Art. 79 RdNr. 15).

bb)

Ein die Inanspruchnahme der Garantie rechtfertigender Vertragsstrafenanspruch der Beklagten bestand am 02.11.1992 nicht.

Darlegungs- und beweispflichtig für das Entstehen und die Fälligkeit der durch die Bürgschaft gesicherten Hauptforderung ist die Beklagte, die sich gegen das auf § 812 BGB gestützte Verlangen der Klägerin wendet (BGH NJW 89, 1607).

Den Beweis hat die Beklagte nicht geführt.

Eine Vereinbarung der Parteien vom 09.03.1992, wonach die Klägerin 5.000, -- DM pro Kfz als Vertragsstrafe dann verwirkt haben sollte, wenn die streitgegenständlichen Fahrzeuge von ihr nicht spätestens im Oktober 1992 abgeholt werden würden und die Garantie zur Sicherung des Vertragsstrafenanspruchs bestellt worden ist, ist zur Überzeugung des Senats nach den Zeugenaussagen und unter Berücksichtigung des Inhalts der von den Parteien vorgelegten Urkunden nicht bewiesen.

Die Zeugin S., nach ihren Angaben seinerzeit Verkaufssekretärin bei der Beklagten, hat ausgesagt, bei den Kaufverhandlungen am 09.03.1992 sei zwischen den Parteien die Zahlung von 5.000,-- DM pro bestellten Kfz besprochen worden und zwar für den Fall, daß die Klägerin die Fahrzeuge nicht bis Oktober 1992 abholt. Dieser Betrag sei dann von dem Kaufpreis abzuziehen gewesen. Vorauszahlungen seien bei Geschäften der Parteien üblich und von der Beklagten als Sicherheit jeweils deswegen verlangt worden, weil die Fahrzeuge entsprechend den Ausstattungswünschen der Klägerin bestellt

worden seien. Diese Sicherheit sei bei dem streitgegenständlichen Geschäft in Form einer Bankgarantie zu leisten gewesen.

Aus der Aussage der Zeugin ergibt sich nach der Auffassung des Senats, daß - entsprechend der üblichen Geschäftspraxis zwischen den Parteien - die Beklagte durch Vorauszahlung grundsätzlich sicherstellen wollte, daß die nach den Vorstellungen der Klägerin bestellten Fahrzeuge von dieser vollständig bezahlt werden würden. Ausschließlich diese Anzahlungsverpflichtung sollte aber durch die Bankbürgschaft gesichert sein, sofern die Abholung zu dem in Aussicht genommenen Termin im Oktober 1992 nicht erfolgen würde.

Soweit die Zeugin S. erklärt hat, für den Fall der Nichtabholung der Fahrzeuge hätte der Betrag der Beklagten verbleiben sollen, rechtfertigt dies nicht die Annahme, daß eine Vertragsstrafe vereinbart worden ist. Nach dem Gesamtinhalt der Aussage kann diese Erklärung nur dahingehend verstanden werden, daß nach dem Verständnis der Zeugin der Betrag dann der Beklagten verbleiben sollte, wenn es ausschließlich im Risikobereich der Klägerin liegenden Gründen nicht zur Vertragsdurchführung kommen sollte. Daß der Betrag allerdings bei Nichtabholung der Fahrzeuge im Oktober 1992 als Vertragsstrafe der Beklagten verbleiben sollte, ist angesichts der insoweit eindeutigen Aussage der Zeugin, wonach nur eine Vorauszahlung auf den Kaufpreis gesichert war, nicht bewiesen.

Daß seitens der Klägerin eine Anzahlung zu leisten war, wobei die Begleichung des Kaufpreisrestes bei Übergabe der Fahrzeuge erfolgen sollte, hat auch der Zeuge T. bestätigt. Die von der Beklagten behauptete Vertragsstrafen-Vereinbarung wird auch durch den Inhalt der von den Parteien vorgelegten notariellen Urkunde, sowie den Inhalt der zwischen den Parteien vorprozessual geführten Korrespondenz nicht belegt.

Der Wortlaut der Garantieerklärung des B. vom 18.03.1992 (Anl. K 10) enthält keinen Hinweis darauf, daß sich die Bank für einen Vertragsstrafenanspruch verbürgt hätte. Vielmehr knüpft die Garantieerklärung das Auslösen der Zahlungspflicht daran, daß die Klägerin als Käuferin der Cs. "ihren Zahlungsverpflichtungen wie sie vereinbart worden sind" nicht entsprochen hat. Aus der Tatsache, daß der Bank die Nichtzahlung durch Vorlage unbezahlter Rechnungen nachzuweisen war, ist zu schließen, daß sich die Bank für die Zahlung des Kaufpreises verbürgt hat und insoweit die Voraussetzungen für eine Zahlungsverpflichtung festgelegt waren.

Auch der Inhalt des Schreibens der Beklagten vom 14.04.1992 (Anl. B 2) spricht dafür, daß mit der Garantie Zahlungsansprüche der Beklagten aus dem Kaufgeschäft gesichert werden sollten. Unter "conditioni di pagamento", d. h. eindeutig den Zahlungsbedingungen zugeordnet, ist festgehalten, daß auf Vorschlag des Geschäftsführers der Klägerin "Zahlung in Form einer Garantie im Wert von 55.000, -- DM geleistet werden sollten, mit Fälligkeit im November

1992". Eine Vertragsstrafe ist nicht erwähnt, was angesichts der Bedeutung für die Beklagte nahe gelegen hätte.

Schließlich hat sich die Beklagte im Schreiben vom 12.11.1992 (Anl. B 13), mit der sie die Inanspruchnahme der Bankgarantie gegenüber der Klägerin begründet hat, auf eine vereinbarte Vertragsstrafe nicht berufen.

c)

Auch von der Beklagten - vorsorglich - geltend gemachte Schadensersatzanspruch, der durch die Garantie gesichert sein sollte, ist nicht begründet.

Einen Schadensersatzanspruch leitet die Beklagte allein daraus her, daß die Klägerin ihre Abnahmepflicht gem. Art. 60 CISG verletzt habe und ihr aufgrund dieser Vertragsverletzung ein Gewinnverlust in Höhe der Differenz zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis entstanden sei. Andere aus der Verzögerung der Abnahme entstandene Schäden - Aufwendungsersatz o. ä. - macht sie nicht geltend.

aa)

Der Anspruch der Beklagten auf Ersatz entgangenen Gewinns gem. Art. 61 Abs. 1 b), Abs. 2 CISG i. V. m. Art. 74 ff. CISG ist nicht begründet.

Ihrer Verpflichtung, durch gebotene Maßnahmen den Schaden zu vermindern, ist die Beklagte nicht nachgekommen, was zum Verlust ihres Schadensersatzanspruchs führt (Art. 77 CISG).

Gem. Art. 53 CISG schuldete die Klägerin die Abnahme der streitgegenständlichen Fahrzeuge unter der Voraussetzung vertragsgemäßen Verhaltens der Beklagten. Gem. Art. 31 CISG hatte die Beklagte aufgrund der Vereinbarung der Parteien die Fahrzeuge in G. zur Verfügung zu stellen. Soweit die Klägerin darüberhinaus vorgetragen hat, die Beklagte sei vertraglich verpflichtet gewesen, ihr die pro-forma Rechnungen mit den jeweiligen Fahrgestellnummern der bereit gestellten Fahrzeuge zu übermitteln, was die Beklagte bestritten hat, hat sie den zulässigen Beweis für eine entsprechende Absprache nicht angeboten. Die Vernehmung des Geschäftsführers der Klägerin als Zeuge kommt nicht in Betracht, da die Beklagte insoweit ihr Einverständnis nicht erklärt hat.

5 der C-Fahrzeuge entsprechend der Spezifikation im Schreiben vom 14.04.1992 (Anl. K 9) hat die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 18.08.1992 (Anl. B 2) zur Abholung angeboten, wobei - nach unstrittigem Sachvortrag der Beklagten - die Fahrzeuge bei den Vorlieferanten der Beklagten zur Verfügung standen. Nachdem die Klägerin - unstrittig - bzgl. der weiteren 6 C nachfolgend auch vom Typ und Ausstattung Änderungswünsche geäußert hat (vgl. Schreiben vom 14.09.1992, Anl. B 3), betreffend 4 C2 und 1 C1 hat die Beklagte mit Schreiben

vom 08.10.1992 (Anl. B 4) die Auslieferungsmöglichkeit mitgeteilt und um Mitteilung des Abholtermins gebeten.

Mit der Bereitstellung der Fahrzeuge am Ort ihrer Niederlassung ist die Beklagte ihren Verpflichtungen nach Art. 31 CISG aber nachgekommen; gem. Art. 53 CISG war die Klägerin zur Abholung und Zahlung verpflichtet.

bb)

Die Klägerin kann insoweit nicht begründet einwenden, eine Verpflichtung zur Abnahme habe angesichts des zwischen den Parteien fest vereinbarten Termins "unwiderruflich 15.08.1992" nicht bestanden.

Der Kaufvertrag über die Lieferung der 11 C wurde am 09.03.1992 zwischen den Parteien abgeschlossen. Hierbei wurden die Anzahl der zu liefernden Fahrzeuge, der Kaufpreis und die Stellung der Bankgarantie bereits vereinbart. Die Lieferzeit war nach Aussage der Zeugin S. bis Oktober 1992 in Aussicht genommen.

Die von der Beklagten mit Schreiben vom 14.04.1992 (Anl. K 9) vorgenommene noch notwendige Spezifikation der Fahrzeuge (Art. 65 CISG) sowie die Angabe der Lieferzeit "ca. Juli/August/September/Oktober 1992" beinhaltet eine gem. 29 CISG zulässige Vertragsergänzung, die der Annahme durch die Klägerin bedurfte (Art. 18 ff. CISG). Soweit die Klägerin in dem maßgeblichen Schreiben vom 10.04.1992 - gegenbestätigend - die Lieferzeit abgeändert hat, stellt dies eine Ablehnung des Angebots der Beklagten und ein Gegenangebot dar, welches von dem Angebot der Beklagten wesentlich abweicht. Insoweit bedurfte es der Annahme durch die Beklagte (Art. 19 CISG). Eine Annahme des von der Klägerin vorgegebenen Liefertermins ist jedoch seitens der Beklagten nicht erfolgt.

cc)

Nichtabnahme der Fahrzeuge durch die Klägerin innerhalb angemessener bzw. vertraglich vorgesehener Frist nach vertragsgemäßer Zurverfügungstellung der Fahrzeuge durch die Beklagte stellt eine Pflichtverletzung dar, die grundsätzlich Schadensersatzansprüche der Beklagten gem. Art. 61 Abs. 1 b i. V. m. Art. 74 CISG begründet.

Der geltend gemachte Schaden ist von der Klägerin gleichwohl nicht zu ersetzen, da es die Beklagte unterlassen hat, der geltend gemachten Gewinneinbuße durch angemessene Maßnahmen zu begegnen.

Als schadensmindernde Maßnahme kommt die Wahrnehmung bestimmter vertraglicher Rechte in Betracht (vgl. v. *Caemmerer/Schlechtriem* a.a.O. Art. 77 RdNr. 5), sofern dies unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien geboten erscheint. Diese Schadensminderungspflicht hat die Beklagte aber wie sich aus ihrem eigenen Vorbringen ergibt, dadurch verletzt, daß sie es

unterlassen hat, die Rechte gem. Art. 61 Abs. 1 a CISG gegenüber der Klägerin nach Erhalt des Schreibens vom 23.10.1992 auszuüben.

Die - unstreitig unterbliebene - Ausübung dieser Rechtsbehelfe - Vertragsaufhebung nach Nachfristsetzung - war vorliegend deswegen geboten, weil die Klägerin mit Schreiben vom 23.10.1992 ihre grundsätzliche Abnahmebereitschaft zum Ausdruck gebracht hat, die sie auch im vorliegenden Rechtsstreit bestätigte; eine Abnahmeverweigerung wie sie die Beklagte behauptet ergibt sich aus dem eindeutigen Inhalt des Schreibens vom 23.10.1992 nicht. Zudem war die Beklagte bezüglich des Kaufpreises in Höhe eines Teilbetrages von 55. 000, -- DM durch die von der Klägerin gestellte Bankbürgschaft bereits gesichert. Zudem bestand das Recht der Beklagten, aus der verzögerten Abnahme etwa entstehende Aufwendungen von der Klägerin verlangen zu können (Art. 61 Abs. 1 b, Abs. 2 CISG). Angesichts dieser Umstände konnte die Beklagte die Möglichkeit durch Nachfristsetzung die Erfüllung des Kaufvertrages und die Realisierung des Gewinns nicht achtlos verstreichen lassen, um nach der bereits Anfang November 1992 vorgenommenen Abbestellung der Fahrzeuge nunmehr das gesamte Leistungsdefizit zu reklamieren. Zwar war die Beklagte nicht verpflichtet, diese Rechtsbehelfe tatsächlich auszuüben; bei der Schadensberechnung muß sie sich jedoch so behandeln lassen, als ob sie die aus der Sicht eines verständigen Ersatzberechtigten nach Treu und Glauben zumutbaren Maßnahmen gegriffen hätte (v. *Caemmerer/Schlechtriem* a. a. O. Art. 77 RdNr. 9), also so, als ob, Leistung und Gegenleistung aus dem Vertrag vom 09.03.1992 erbracht worden wären und die geltend gemachten Gewinneinbuße nicht entstanden wäre.

IV.

Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin in Höhe 62.040,-- DM ist nicht begründet; insoweit war die Berufung zurückzuweisen.

Die Voraussetzungen gem. Art. 45 Abs. 1 b, Abs. 2 i. V. m. Art. 49 Abs. 1 a, Art. 25 CISG sind nicht erfüllt.

Wesentliche Vertragsverletzungen der Beklagten, die die Klägerin mit der Nichteinhaltung eines fest vereinbarten Liefertermins - unwiderruflich 15.08.1992 - bzw. mit einer übermäßigen Verzögerung der Lieferung begründet hat, liegen nicht vor; ein Recht der Klägerin, aus diesen Gründen sofort die Aufhebung des Vertrags zu erklären und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, besteht nicht.

1.

Auf die Nichteinhaltung des Liefertermins - unwiderruflich 15.08.1992 - kann sich die Klägerin bereits deswegen nicht berufen, weil - wie dargelegt (vgl. Ziff. III) - eine Vereinbarung über diesen Termin nicht wirksam zustandegekommen ist. Zudem erscheint zweifelhaft, ob die Nichteinhaltung eine wesentliche Vertragsverletzung i. S. d. Art. 25 CISG darstellen würde, da die Klagerin

nachfolgend durch die Aufforderung an die Beklagte, die Fahrzeuge zum Abtransport bereitzustellen, zu erkennen gegeben hat, daß die Einhaltung des Termins für sie nicht von derartiger Bedeutung war, daß ihr Interesse an der Vertragsdurchführung damit "steht und fällt" (vgl. v. Caemmerer/Schlechtriem a. a. O. Art. 49 RdNr. 5).

2.

Die Klägerin kann sich auch nicht darauf berufen, die Lieferung seitens der Beklagten habe sich in einem Ausmaß verzögert, daß von einer wesentlichen Vertragsverletzung auszugehen sei, die der Klägerin die Rechte aus Art. 49 Abs. 1 a CISG gewähre.

Aus dem Schreiben der Beklagten vom 18.08.1992 (Anl. B 2) ergibt sich nämlich - wie dargelegt -, daß 5 von der Klägerin bestellten Pkw zur Abholung bereit standen. Weitere 6 Fahrzeuge, hinsichtlich deren die Klägerin - unstreitig - nachfolgend Änderungswünsche geäußert hatte, und zwar - wie durch das Schreiben 14.09.1992 (Anl. B 3) belegt ist - erst im Juli bzw. im August 1992, hat die Beklagte die Bereitstellung am 08.10.1992 mitgeteilt. Eine der Beklagte anzulastende Lieferverzögerung, die als wesentliche Vertragsverletzung zu werten wäre, liegt daher nicht vor.

3.

Da - unstreitig - eine Lieferung der Fahrzeuge seitens der Beklagten überhaupt nicht erfolgt ist, ergibt sich hieraus zwar ein Recht der Beklagten auf Vertragsaufhebung, mit der Folge, daß geleistete Zahlungen an sie zurück zuerstatten sind (Art. 81 Abs. 2). Ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann die Klägerin jedoch gleichwohl nicht begründet geltend machen.

Eine Auslieferung der von der Beklagten bestellten Fahrzeuge durch die lieferbereite Klägerin unterblieb, nachdem die Klägerin "eine Abholung bis heute" aufgrund von Währungsschwankungen Lira/Mark unterlassen hat, allerdings ihr Interesse am Erhalt der Fahrzeuge zum Ausdruck gebracht hatte. Grund der Nichtauslieferung war somit eine zur Herbeiführung des Leistungserfolgs nötige Mitwirkungshandlung der Klägerin selbst. Daß sie in der Folgezeit die Beklagte zur Lieferung der Pkw aufgefordert hätte - etwa nach Stabilisierung der Währungsverhältnisse - hat sie nicht behauptet; dafür, daß die Beklagte die Lieferung endgültig verweigert hätte, bzw. - trotz der zwischenzeitlich erfolgten Abbestellung - völlig außerstande gewesen wäre, die Fahrzeuge dennoch der Klägerin innerhalb angemessener Frist zur Verfügung zu stellen, ergibt sich nichts. Angesichts dieser Situation würde es aber Treu und Glauben widersprechen, wenn die Klägerin nunmehr, nachdem sie zunächst selbst die Nichterfüllung verursacht und mit der Aufhebung des Vertrags eines weiteren Erfüllungsverlangen ca. 2 1/2 Jahre zugewartet hat, Rechte aus der Nichterfüllung herleiten würde. In entsprechender Anwendung des

Rechtsgedanken des Art. 80 CISG wären Schadensersatzansprüche jedenfalls verwirkt (v. *Caemmerer/Schlechtriem* a. a. O. Art. 49 RdNr. 35).

V.

1.

Der Zinsanspruch der Klägerin bestimmt sich nach Art. 84 CISG. Zwar hat die Klägerin ihren Anspruch auf § 812 BGB gestützt, der nach deutschem Recht zu beurteilen wäre; tatsächlich liegt der Forderung jedoch ein Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung des von der Beklagten bereits vereinnahmten Kaufpreises zugrunde. Für den Zinsanspruch ist demzufolge der Sitz der Beklagten maßgeblich (v. *Caemmerer/Schlechtriem* a. a. O. Art. 84 RdNr. 13). Zinsen waren demzufolge gem. § 352 HGB mit 5 % seit Erhalt der Zahlung durch die Beklagte zuzusprechen. Art. 1284 Abs. 1 c. c. (10 %) findet in keinem Fall Anwendung. Zinsen i. H. v. 18 %, die die Beklagte bestritten hat, hat die Klägerin nicht bewiesen.

2.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 708 Nr.10, 711, 546 Abs. 2 ZPO.