

Az: 20 U 76/94
Vorhergehendes Az:
Gericht: OLG Celle
Datum: 24.05.1995

Tatbestand:

Der Kläger ist Ägypter und in [...] ansässig. Die Beklagte ist eine deutsche Firma, die mit gebrauchten Druckereimaschinen handelt. Der Kläger ist in der Druckereibranche tätig, handelt aber auch mit Druckereimaschinen. 1992 schlossen die Parteien einen mündlichen Vertrag, wonach die Beklagte dem Kläger mehrere Maschinen verkaufte, die der Kläger größtenteils vorher in den jeweiligen Druckereibetrieben, wo sie noch im Gebrauch waren, aber ausrangiert werden sollten, besichtigt hatte. Der genaue Inhalt des Vertrages ergibt sich aus dem Bestätigungsschreiben der Beklagten vom 16.02.1992 (Bl. 4).

Danach sollte die Beklagte neun Positionen liefern, wovon die ersten fünf Offset-Druckmaschinen zum Preise von 186.500 DM, 91.500 DM, 140.000 DM, 135.000 DM und 68.000 DM waren. Bei den weiteren Positionen handelte es sich um kleinere Maschinen bzw. Gerätschaften, nämlich bei Pos. 6 und 7 jeweils um einen Drucktiegel zum Preis von 10.000 bzw. 11.000 DM, bei Pos. 8 um eine Falzmaschine zum Preis von 13.000 DM und bei Pos. 9 um einen Leuchttisch zum Preis von 500 DM. Die erste Lieferung sollte die Pos. 1,2,5,6,7 und 8 beinhalten, die zweite Lieferung die Positionen 3,4 und 9. Die Maschinen sollten von der Beklagten generalüberholt werden. Der Gesamtpreis betrug 655.500 DM einschließlich des Seetransports und der Versicherung. Hiervon sollte der Kläger bis zur ersten Verschiffung insgesamt 350.000 DM zahlen, weitere 130.000 DM gegen Dokumente in [...], weitere 90.000 DM vor der zweiten Verschiffung und die letzten 85.000 DM wiederum gegen Dokumente in [...].

Der Kläger zahlte vor der ersten Verschiffung, die am 18.05.1992 erfolgte, insgesamt 464.500 DM. Verschifft wurden die drei Offset-Druckmaschinen Pos. 1,3 und 5, deren Preis insgesamt 394.000 DM ausmachte, so daß der Kläger schon 70.000 DM mehr bezahlt hatte. Der Kläger bat dringend, bei der ersten Verschiffung auch die Falzmaschine zusammen mit den beiden kleinen Maschinen (Anmerkung: Pos. 6,7 und 8), notfalls in einem zusätzlichen Container, mitzusenden (Bl. 170), was die Beklagte mit Fernschreiben vom 20.05.1992 jedoch mit der Begründung ablehnte, es sei so schnell nicht möglich gewesen, einen weiteren Container zu beschaffen (Bl. 172); der Kläger werde die drei kleinen Maschinen mit der zweiten Verschiffung erhalten.

Die zweite Verschiffung ließ dann jedoch auf sich warten. Am 25.09.1992 erklärte der Bevollmächtigte des Klägers, der Zeuge [...], der Beklagten telefonisch, wenn sie Lieferschwierigkeiten habe, benötige der Kläger die Maschinen nicht mehr, weil er sie seinerseits verkaufen wollte. Unter dem 01.10.1992 schrieb der Kläger dann unter Berufung auf die Lieferverzögerung bzw. Lieferschwierigkeiten der Beklagten, daß er sie von allen weiteren Lieferungen und Leistungen entbinden wolle und sie ihm für die bereits geleistete Überzahlung von 70.000 DM noch eine sofort zur Verfügung stehende Druckmaschine liefern solle (Bl. 47). Die Beklagte antwortete unter dem 1.10.1992, sie habe vergeblich versucht, die Maschinen der Pos. 2 und 4 zu besorgen, biete aber die drei kleinen Maschinen an (Bl. 48).

Der Kläger lehnte unter dem 22.10.1992 die Lieferung der drei kleinen Maschinen wegen Rücktritts seines eigenen Käufers ab (Bl. 49). Die Beklagte bedauerte daraufhin unter dem 28.10.1992, daß sie die drei kleinen Maschinen nicht mehr liefern solle, die sie bis zum heutigen Zeitpunkt komplett überholt in ihrem Lager bereitgehalten habe; sie bot ihm zugleich eine andere Offset-Druckmaschine und eine größere Falzmaschine an (Bl. 178). Der Kläger lehnte jedoch mit Schreiben vom 30.10.1992 diese Ersatzmaschinen ab und bat um Rückerstattung seiner Überzahlung von 70.000 DM (Bl. 51). Mit Anwaltschreiben vom 4.12.1992 setzte der Kläger der Beklagten dann eine Frist zur Lieferung der im Vertrag bezeichneten restlichen Maschinen bis zum 16.12.1992 und lehnte zugleich für den Fall, daß die Beklagte die Maschinen bis dahin nicht verschifft habe, die Annahme der restlichen Leistungen ab (Bl. 8).

Daraufhin stellte die Beklagte mit Schreiben vom 22.12.1992 die Pos. 4,6,7 und 8 gegen Vorauskasse des gesamten Kaufpreises zur Verschiffung zur Verfügung und unterbreitete ein Ersatzangebot für die Pos. 2 (Bl. 31). Der Kläger lehnte jedoch mit Anwaltschreiben vom 26.01.1993 mit der Begründung, daß er nur an einer Gesamtrestlieferung interessiert sei, die Lieferung ab, machte Schadenersatz wegen Nichterfüllung geltend und forderte die Beklagte zur Rückzahlung der 70.000 DM auf (Bl. 10). Mit Schreiben vom 03. und 11.02.1993 teilte die Beklagte dem Kläger mit, sie habe jetzt auch die Pos. 2 besorgen können und die Verschiffung sämtlicher Objekte könne kurzfristig erfolgen, sobald die Restsumme des Kaufpreises gezahlt sei (Bl. 29 f). Den Vergleichsvorschlag des Klägers, ihm nur die Maschine der Pos. 2 zu senden, lehnte sie wegen der hohen Kosten einer Einzelverschiffung dieser einen Maschine unter dem 17.02.1993 ab (Bl. 31). Mit Schreiben vom 26.07.1993 erklärte die Beklagte sich nochmals lieferbereit, verwies aber darauf, daß es ihr nicht zugemutet werden könne, den Ausgang eines eventuellen Prozesses abzuwarten und dann erst die Maschinen anderweitig zu veräußern (Bl. 26).

Im ersten Rechtszug hat der Kläger behauptet, es sei bei Vertragsschluß vereinbart worden, daß die erste Lieferung innerhalb von drei Monaten und die zweite Lieferung spätestens nach weiteren drei Monaten erfolgen solle. Diese Vereinbarung habe die Beklagte nicht eingehalten. Nach mehreren Mahnungen

habe er ihr mit dem Schreiben vom 04.12.1992 eine Frist zur Restlieferung mit Ablehnungsdrohung gesetzt. Da auch darauf die Lieferung nicht erfolgt sei, habe er dann mit Schreiben vom 26.01.1993 die Leistung abgelehnt und Rückzahlung seines Guthabens von 70.000 DM begehrt.

Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn 70.000 DM nebst 13 % Zinsen seit dem 13.02.1993 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat behauptet, bei Vertragsschluß sei dem Kläger klar gewesen, daß die Maschinen, die noch in Druckereibetrieben benutzt worden seien, nicht sofort geliefert werden könnten. Auch habe man zwischenzeitlich über die Lieferung anderer Maschinen verhandelt. Die Fristsetzung mit Ablehnungsdrohung des Klägers vom 04.12.1992 sei deshalb überraschend gekommen und die Frist zu kurz bemessen gewesen. Danach habe sie, die Beklagte, sämtliche Maschinen angekauft gehabt und sie dem Kläger auch angeboten. Inzwischen habe sie diese Maschinen allerdings zur Schadensminderung weiterverkauft. Das Landgericht hat gemäß Beweisbeschuß vom 20.04.1994 (Bl. 90 f) durch Vernehmung der Zeugen [...] und [...] Beweis erhoben. Wegen des Ergebnisses wird auf die Vernehmungsniederschrift vom 25.04.1994 verwiesen (Bl. 95 ff). Sodann hat das Landgericht durch Urteil vom 01.07.1994 der Klage - bis auf einen Teil der Zinsforderung - stattgegeben und zur Begründung ausgeführt, der Kläger sei wirksam von dem Vertrag zurückgetreten, nachdem die Beklagte in Lieferverzug geraten sei und er ihr mit dem Anwaltsschreiben vom 04.12.1992 ordnungsgemäß eine Frist mit Ablehnungsandrohung gesetzt habe (§ 326 BGB). Zum Verzug hat das Landgericht ausgeführt, daß sie durch die glaubhafte Aussage des Zeugen [...] erwiesen sei, daß nach den vertraglichen Vereinbarungen die erste Lieferung im Mai und die zweite im August habe erfolgen sollen und daß der Zeuge die Beklagte häufig schriftlich und mündlich gemahnt habe. Die Fristsetzung vom 04.12.1992 sei deshalb weder überraschend gekommen, noch sei die gesetzte Frist zu kurz bemessen gewesen. Die Beklagte habe die beiden wichtigsten Maschinen (Pos. 2 und 4) nicht liefern können. Da der Kläger auch dargelegt habe, daß er an der Lieferung der restlichen und kleineren Maschinen kein Interesse habe, sei er berechtigt, vom Kaufvertrag zurückzutreten, soweit dieser nicht bereits erfüllt sei.

Gegen dieses Urteil, das ihr am 13.07.1994 zugestellt worden ist, hat die Beklagte am 11.08.1994 Berufung eingelegt, die sie innerhalb verlängerter Frist am 17.11.1994 begründet hat und mit der sie ihren Antrag auf gänzliche Klageabweisung weiterverfolgt. Die Beklagte wiederholte im wesentlichen ihren erstinstanzlichen Vortrag. Insbesondere bestreitet sie weiterhin, daß feste Lieferzeiträume vereinbart worden seien, und meint dementsprechend, daß ihre am 03.02.1993 erreichte Lieferfähigkeit sich noch im vertraglichen Rahmen gehalten habe. Schon aus diesem Grund, aber auch deshalb, weil der Kläger vorleistungspflichtig gewesen sei, sei sie nicht in Verzug geraten. Sie bestreitet, daß, wie vom Kläger behauptet, die Lieferung der drei kleinen Maschinen (Pos. 6, 7 und 9) eilbedürftig gewesen sei. Die Beklagte beantragt, unter teilweiser

Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage in vollen Umfang abzuweisen. Der Kläger beantragt, die Berufung zurückzuweisen, hilfsweise, als etwaige Sicherheitsleistung die Bürgschaft einer Bank, die einem anerkannten Einlagensicherungsfonds angehört, oder eine öffentlichen Sparkasse zuzuleiten. Er stützt seinen Rückzahlungsanspruch nunmehr auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, den er sowohl wegen Verzuges der Beklagten (§ 325 BGB) als auch wegen nachträglicher von der Beklagten zu vertretender Unmöglichkeit der Lieferung (§ 325 BGB) verlangen könne. Die Beklagte sei infolge durch die Beweisaufnahme bewiesenen Liefertermine und der telefonischen Mahnungen des Zeugen Hassan, aber auch durch ihre mehrfachen Erklärungen, nicht erfüllen zu können, und schließlich durch ihre Forderung nach der vertraglich nicht vereinbarten Vorauszahlung in Verzug geraten. Außerdem habe sie sich durch den anderweitigen Verkauf der Maschinen die Leistung unmöglich gemacht. Die Beklagte erwidert, es habe nicht zur Unmöglichkeit der von ihr geschuldeten Leistung geführt, daß sie die ursprünglich verkauften Maschinen inzwischen anderweitig veräußert habe. Denn nachdem der Kläger mit seinem Schreiben vom 30.11.1992 die Lieferung weitere Maschinen abgelehnt habe, habe sie davon ausgehen dürfen, daß er die ursprünglich besichtigten Maschinen nicht mehr gewollt habe und sie diese anderweitig verkaufen dürfe. Unter diesen Umständen habe der Kläger bei seiner Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung vom 04.12.1992 dann nicht mehr Anspruch auf die im Kaufvertrag bezeichneten Maschinen, sondern nur noch auf Maschinen eines entsprechenden Typs gehabt.

Entscheidungsgründe

Die Berufung hat keinen Erfolg. Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht dem Rückzahlungsanspruch des Klägers stattgegeben.

1.

Da es sich hier, wo die Parteien ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben und außerdem eine Güterbewegung von einem Staat in den anderen erfolgen sollte, um einen Fall mit Auslandsberührung handelt, war zunächst zu prüfen, welches Recht auf die Vertragsabwicklung anzuwenden ist.

Es ist dies das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980 (UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods CISG). Dieses Übereinkommen ist auf Kaufverträge über Waren zwischen Parteien anzuwenden, die ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben, wenn diese Staaten Vertragsstaaten sind. (Art. 1 Abs 1 a CISG). Es handelt sich hier um einen Kaufvertrag, denn die Beschaffung der fertigen Maschinen stand im Vordergrund. Deren von der Beklagten ebenfalls geschuldete Werkstattüberholung ist als Nebenleistung anzusehen. Die Parteien haben ihre Niederlassungen in verschiedenen Staaten, nämlich in [...]. und [...]. und sind Vertragsstaaten. Das Übereinkommen ist für beide Länder auch so früh in Kraft

getreten, nämlich für [...] am 01.08.1988 und für [...] am 01.01.199 (von *Caemmerer/Schlechtriem/Herber*, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht - CISG - , 2. Aufl., Anhang I), daß der vorliegende Vertrag in seinen zeitlichen Geltungsbereich fällt. Das Übereinkommen findet nur auf Verträge Anwendung, die an oder nach dem Tag geschlossen worden sind, an dem das Übereinkommen für die in Art 1 Ab 1 a genannten Vertragsstaaten in Kraft tritt (Art. 100 Abs. 2). Der vorliegende Vertrag ist 1992 zustandegekommen.

Die Parteien haben die Anwendung des Übereinkommens auch nicht ausgeschlossen. Der Ausschluß ist grundsätzlich möglich (Art. 6), jedoch haben die Parteien von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht. Ausdrücklich haben sie das Übereinkommen ohnehin nicht abbedungen, aber auch ein stillschweigender Ausschluß ist nicht ersichtlich. Ein solcher liegt vor, wenn die Parteien ein abweichendes Kaufrecht für maßgeblich erklären (von *Caemmerer/Schlechtriem/Herber*, Art. 6 Rn. 14), also eine abweichende Rechtswahl treffen. Das ist hier nicht geschehen.

Der Kläger hat zwar in der Berufungsverhandlung die Ansicht geäußert, aus den Umständen des Vertragsschlusses ergäbe sich die Wahl des deutschen Rechts. Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden, da irgendwelche Anhaltspunkte für einen Rechtswahlwillen der Parteien, wie z.B. eine Gerichtsstandsklausel, eine Schiedsklausel oder eine Bezugnahme auf Vorschriften des deutschen Rechts, fehlen (vgl. Münchener Kommentar-*Firsching*, BGB, 2. Aufl., Art 27 EGBGB Rn 47 ff). Der Abschlußort des Vertrags und die Währung des Kaufpreises genügen nicht, ebensowenige wie die Sprache des Vertrages (*Palandt/Heldrich*, BGB, 54. Aufl., Art 27,28 EGBGB Rn 7), abgesehen davon, daß nicht feststeht, ob die Vertragsverhandlungen überhaupt in deutscher Sprache und nicht, wie zum Teil die nachfolgenden Korrespondenz, in englischer Sprache stattfanden.

Im übrigen könnte die Wahl des deutschen Rechts allgemein auch nicht als stillschweigender Ausschluß des Übereinkommens gewertet werden. Denn auch das CISG bildet einen Bestandteil der deutschen Rechtsordnung. Damit eine Abbedingung des CISG angenommen werden kann, müssen die Parteien ausdrücklich angegeben haben, daß sie das unvereinheitlichte Kaufrecht eines Landes angewendet wissen wollen. Die Ausschlußklausel muß etwa lauten: "Der Vertrag unterliegt dem Kaufrecht des deutschen BGB" (von *Caemmerer/Schlechtriem/Herber*, Art. 6 Rdn. 16 ff).

Auch eine nachträgliche Rechtswahl durch Prozeßverhalten ist hier nicht erfolgt. Zwar kann eine solche nach der ständigen Rechtsprechung des BGH dann angenommen werden, wenn die Parteien während eines Rechtsstreits übereinstimmend von der Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung ausgehen, vor allem durch Anführen ihrer Vorschriften (BGH NJW 1991, 1292, 1293). Jedoch muß ein solches Verhalten stets Ausdruck des gemeinsamen Willens sein, das ursprüngliche Vertragsstatut nachträglich anzuhängen. Die

Ansicht der Parteien, ein bestimmtes Recht sei kraft Gesetzes oder wegen anderer Umstände maßgeblich, reicht hierfür nicht aus (Münchener Kommentar-*Firsching* a.a.O. Rn. 52). Hier hat die Berufungsverhandlung ergeben, daß der Kläger entweder bis dahin nicht erkannt hatte, daß die Anwendung des deutschen Kaufrechts fraglich ist, oder aber gemeint hatte, die Parteien hätten bei Vertragsschluß das deutsche Kaufrecht gewählt. Sein Prozeßverhalten beruht also nicht auf einer bewußten Wahl des deutschen Kaufrechts, sondern auf der Rechtsmeinung, es sei ohnehin anwendbar. Anders als in dem vom BGB (a.a.O.) entschiedenen Fall zeigt hier auch die rügelose Hinnahme der Anwendung des deutschen Rechts durch das Landgericht kein auf Abänderung des ursprünglichen Vertragsstatuts gerichtetes Erklärungsbewußtsein der Parteien an. Denn das Landgericht hat sich mit der Frage, welches Recht anwendbar ist, überhaupt nicht befaßt; es hat also hierüber keine Entscheidung getroffen, welche die Parteien hätten rügen können. Ob dem Kläger ein Rückzahlungsanspruch zusteht, ist daher nach dem CISG zu beurteilen.

2.

Nach dem CISG ist der Rückzahlungsanspruch des Klägers begründet. Anspruchsgrundlage ist Art 81 Abs. 2, wonach eine Partei, die den Vertrag schon ganz oder teilweise erfüllt hat, Rückgabe des von ihr Geleisteten von der anderen verlangen kann, wenn der Vertrag aufgehoben wird. Dies ist hier geschehen, soweit die Beklagte den Vertrag nicht schon durch ihre Teillieferung (Pos. 1,3 und 5) erfüllt hatte.

2.1.

Bezüglich der drei kleinen Maschinen (Pos. 6,7 und 8) haben die Parteien den Vertrag einverständlich aufgehoben. Der Kläger teilte der Beklagten mit Schreiben vom 22.10.1992 (Bl. 34) mit, daß er diese drei Maschinen nicht mehr benötige, weil seine Abnehmer wegen der verzögerten Lieferung vom Kaufvertrag mit ihm zurückgetreten seien. Darauf antwortete die Beklagte unter dem 28.10.1992 (Bl. 178):

"Wir danken Ihnen für Ihr Schreiben vom 22.10.1992. Zu ihrem Punkt 1.) teilen wir Ihnen unser Bedauern mit, daß wir Ihnen die Maschinen nicht liefern sollen, die wir bis zum heutigen Zeitpunkt komplett überholt für Sie in unserem Lager bereitgehalten haben."

Im übrigen bot die Beklagte dem Kläger zwei Ersatzmaschinen an. Diese Erklärung, die jeden Widerspruch vermissen läßt, durfte der Kläger dahin verstehen, daß die Beklagte, wenn auch ungern, darauf verzichten wollte, daß er hinsichtlich der drei kleinen Maschinen seine vertragliche Abnahme- und Kaufpreiszahlungspflicht erfüllte, daß sie sich also in seinen Rücktritt schickte. Falls die Beklagte es anders gemeint und in Wirklichkeit die Absicht hatte, auf der Vertragserfüllung zu bestehen, hätte sie dem Kläger dies unmißverständlich mitteilen müssen (Art. 8 Abs. 2). Da sie einen solchen Hinweis unterließ, ist ihr

Schreiben vom 28.10.1992 als Einverständniserklärung mit der vom Kläger erklärten teilweisen Vertragsaufhebung auszulegen.

2.2.

Bezüglich der übrigen nicht gelieferten Maschinen (Pos. 2,4 und 9) ist der Vertrag durch einseitige Erklärung des Klägers aufgehoben worden. Spätestens durch Schreiben seines Anwalts vom 26.01.1993, mit dem er jegliche weitere Lieferung ablehnte und die Rückzahlung seines Kaufpreisvorschusses forderte, hat der Kläger sinngemäß die Aufhebung des Vertrages erklärt. Er war dazu auch berechtigt.

2.2.1.

Gemäß Art. 49 Abs. 1 b kann der Käufer die Aufhebung des Vertrages erklären, wenn im Falle der Nichtlieferung der Verkäufer die Ware nicht innerhalb der vom Käufer nach Art. 47 Abs. 1 gesetzten Nachfrist liefert oder wenn er erklärt, daß er nicht innerhalb der so gesetzten Frist liefern wird. Diese Vorschrift gilt auch dann, wenn der Verkäufer einen Teil der Ware schon geliefert hat, für die noch fehlenden Teile (Art. 51 Abs. 1). Der Kläger hatte der Beklagten in seinem Anwaltsschreiben vom 04.12.1992 erfolglos eine Nachfrist nach Art. 47 Abs. 1 gesetzt. Eine solche Fristsetzung ist möglich, wenn der Verkäufer seine Pflicht nach dem Vertrag nicht erfüllt (Art. 45 Abs 1 a).

Zu den Pflichten des Verkäufers gehört es, die Ware, wenn ein Zeitraum im Vertrag bestimmt ist, innerhalb dieses Zeitraums zu liefern (Art. 33 b). Diese Pflicht hatte die Beklagte verletzt. Denn sie hätte die noch fehlenden Maschinen spätestens im August 1992 liefern müssen. Die Beweiswürdigung des Landgerichts, wonach durch die Aussage des Zeugen Hassan erwiesen ist, daß für die erste Lieferung ein Zeitraum bis Ende Mai und für die zweite Lieferung ein solcher bis Ende August vertraglich vereinbart wurde, ist überzeugend. Der Kläger war deshalb zur Setzung einer Nachfrist berechtigt.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die gesetzte Frist zu kurz war. Der Kläger verlangte, vom Empfang seines Fristsetzungsschreibens vom 04.12. bis zum Fristablauf am 16.12.1992 gerechnet, Verschiffung binnen 11 Tagen.

Dieser Zeitraum war mit Rücksicht darauf, daß die Beklagte vom Fahrplan der Schiffe und vom Vorhandensein freier Ladekapazität abhängig war, für die Organisation einer Seefracht von [...] nach [...] möglicherweise zu kurz. Das würde die Fristsetzung aber nicht unwirksam machen, sondern lediglich die Frist auf einen angemessenen Zeitraum verlängert haben (*von Caemmerer/Schlechtriem/Herber*, Art. 47 Rn. 12). Am 26.01.1993, als der Kläger die Aufhebung des Vertrages erklärte, war jedenfalls eine ausreichend lange Zeit, nämlich mehr als 7 Wochen verstrichen. Der Kläger durfte auch die Aufhebung des Vertrages erklären, obwohl die Beklagte sich in der Zwischenzeit und möglicherweise fristgerecht teilweise lieferbereit erklärt hatte, indem sie mit Schreiben vom 22.11.1992 die Pos., 4,6,7 und 8 - wobei die letzteren drei schon

Gegenstand der vorangegangenen einverständlichen Teilaufhebung des Vertrags gewesen waren - , nicht dagegen die Pos. 2, für welche die Beklagte ein Ersatzangebot unterbreitete, und die Pos. 9, welche die Beklagte, wenn man ihrem Vortrag folgt, lediglich zu erwähnen vergaß, zur Verschiffung anbot.

Wäre dieses Angebot vertragsgerecht gewesen, so hätte einerseits der Kläger es nicht ablehnen dürfen, da er nicht dargelegt hat, daß eine weitere bloße Teillieferung eine wesentliche Vertragsverletzung dargestellt hätte und er deshalb wegen der immer noch fehlenden Pos. 2 (und unter Umständen 9) die Aufhebung des ganzen Vertrages erklären durfte (Art. 51 Abs. 2), und hätte andererseits die Beklagte nach dem auch das CISG beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 7 Abs. 1) möglicherweise bis zur Antwort des Klägers mit der Verschiffung dieser weiteren Teillieferung zuwarten dürfen.

Jedoch war ihr Angebot nicht vertragsgerecht. Denn die Beklagte verlangte zugleich Vorkasse des gesamten Kaufpreises für die von ihr angebotenen Maschinen. Diese Forderung war nicht berechtigt, weil der Vertrag vorsah, daß ein beträchtlicher Teil des Kaufpreises erst gegen Übergabe der Frachtdokumente zu entrichten war. Die vom Kläger mit Schreiben vom 26.01.1993 erklärte Vertragsaufhebung war daher berechtigt. Die nachfolgende Mitteilung der Beklagten vom 03.02.1993, daß sie jetzt auch die Pos. 2 liefern könne, kam zu spät, abgesehen davon, daß die Beklagte auch in diesem Schreiben wieder die unberechtigte Forderung nach vollständiger Vorauszahlung des Kaufpreises erhob.

2.2.2.

Lediglich ergänzend sei darauf hingewiesen, daß für den Fall, daß der Rückzahlungsanspruch des Klägers nicht bereits durch seine berechtigte Aufhebungserklärung vom 26.01.1993 entstanden wäre, dieser Rückzahlungsanspruch sich später insoweit, als die Beklagte die im Vertrag bezeichneten Maschinen inzwischen anderweitig veräußert hat, allein aus diesem Verkauf an Dritte ergeben hätte.

Denn im Eingeständnis der anderweitigen Veräußerung liegt die Anzeige, daß die Beklagte jetzt ihre Lieferpflicht überhaupt nicht mehr erfüllen kann. Eine solche Anzeige berechtigt den Kläger zur Vertragsaufhebung auch ohne vorherige Nachfristsetzung (*von Caemmerer/Schlechtriem/Herber* Art. 49 Rn. 6). Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beklagte sich nach der Abnahmeverweigerung des Klägers zu der anderweitigen Veräußerung gezwungen sah, um ihren Schaden zu mindern. Dies würde nichts daran ändern, daß der Kläger, da sie nicht mehr liefern kann, zur Vertragsaufhebung und Rückforderung des Kaufpreises berechtigt ist.

Der Ansicht des Beklagten, sie sei immer noch lieferfähig, weil der Kläger ohnehin keinen Anspruch auf die im Vertrag bezeichneten individuellen Maschinen, sondern nur Anspruch auf Lieferung vergleichbarer Stücke habe,

kann angesichts des klaren Wortlauts des Vertrages, in dem die Maschinen mit der Maschinennummer bezeichnet waren - soweit diese bei Pos. 4 fehlte, soll es sich nach dem eigenen Vortrag der Beklagten gleichwohl um ein bestimmtes Einzelstück gehandelt haben, das nur deshalb nicht besichtigt werden konnte, weil es in England stand-, und angesichts der Tatsache, daß der Kläger die Maschinen - mit Ausnahme von Pos. 4 besichtigt hatte, nicht gefolgt werden.

3.

Ebenfalls nur vorsorglich wird darauf hingewiesen, daß die Klage auch nach deutschem Kaufrecht begründet wäre. Der Rückzahlungsanspruch des Klägers würde sich bezüglich der Pos. 6,7 und 8 aus der diesbezüglichen Rücktrittsvereinbarung (§ 346 BGB) und im übrigen aus § 326 ergeben, wonach dann, wenn bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge ist, der andere Teil ihm zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen kann, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne, und nach Fristablauf berechtigt ist, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten. Der Kläger, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt hat, kann seine im voraus erbrachte Gegenleistung als Mindestschaden geltend machen.

Die Voraussetzungen des § 326 BGB sind erfüllt. Lieferverzug der Beklagten bestand spätestens seit dem unstreitigen Telefongespräch zwischen dem Zeugen [...] und Herrn .. am 25.09.1992, in welchem der Zeuge erklärte, wenn die Beklagte Lieferschwierigkeiten habe, so benötige der Kläger die Maschinen nicht mehr, weil er sie seinerseits verkaufen wolle. In der Erklärung, daß die Lieferung für den Kläger eilig sei, und der Ankündigung bzw. Androhung, daß der Kläger die Maschinen nicht mehr gebrauchen könne, wenn sie nicht alsbald geliefert würden, lag konkludent eine bestimmte und eindeutige Leistungsaufforderung und damit eine verzugsbegründete Mahnung. Die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung erfolgte im Anwaltschreiben vom 04.12.1992.

Als konkurrierende Anspruchsgrundlage greift bei denjenigen Positionen, bei denen es sich um einen Speziaeskauf handelte und die Beklagte die Maschine inzwischen anderweitig verkauft hat, § 325 Abs. 1 Satz 1 BGB ein, der einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung bei nachträglicher verschuldeter Unmöglichkeit vorsieht. Denn insoweit hat die Beklagte in zurechenbarer Weise ihr Unvermögen zur Leistung herbeigeführt, welches diesselben Rechtsfolgen hat wie die nachträgliche verschuldete Unmöglichkeit.

4.

Der Zinsanspruch des Klägers ergibt sich aus Art. 84 Abs. 1 CISG, wonach der Verkäufer, wenn er den Kaufpreis zurückzahlen hat, außerdem vom Tag der Zahlung an auf den Betrag Zinsen zahlen muß.

Für die Höhe der Zinsen, die im CISG nicht geregelt ist, ist das deutsche Recht maßgeblich. In Fragen, die im CISG geregelte Gegenstände betreffen, aber darin nicht ausdrücklich entschieden werden, sind in Ermangelung allgemeiner Grundsätze nach dem Recht zu entscheiden, das nach den Regeln des Internationalen Privatrechts anzuwenden ist. Da die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben, richtet sich das anzuwendene Recht nach dem Schwerpunkt des Vertrages, der dort zu vermuten ist, wo die Partei, welche die vertragscharakteristische Leistung zu erbringen hat, ihren Sitz hat (Art. 27 Abs. 1, 28 Abs. 2 EGBGB).

Beim Kaufvertrag obliegt die vertragscharakteristische Leistung, nämlich die Lieferung der gekauften Sache, dem Verkäufer, hier also der Beklagten, die in Deutschland ansässig ist. Nach § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB betragen die Verzugszinsen 4 %. Einen höheren Zinsschaden hat der Kläger wohl behauptet, trotz des Bestreitens der Beklagten aber nicht unter Beweis gestellt. Die Berufung der Beklagten dagegen, daß das Landgericht sie zur Rückzahlung verurteilt hat, war nach alledem zurückzuweisen.

5. Die Beklagte hat die Kosten ihrer erfolglosen Berufung zu tragen (§ 97 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus parr. 708 Nr. 11, 713 ZPO.