

CISG-online 1430	
Jurisdiction	Germany
Tribunal	Oberlandesgericht Hamm (Court of Appeal Hamm)
Date of the decision	12 November 2001
Case no./docket no.	13 U 102/01
Case name	<i>Memory modules case</i>

Tatbestand:

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zahlung des Kaufpreises für gelieferte Speicherbausteine sowie auf Erstattung von Anwaltsgebühren in Anspruch. 1

Die Parteien handeln mit Computerbauteilen. Sie standen miteinander in Geschäftsbeziehungen.

Nach einem vorangegangenen Telefongespräch zwischen dem Geschäftsführer der Beklagten und dem Mitarbeiter D[...] der Klägerin vom selben Tage bestellte die Beklagte bei der Klägerin mit Telefax vom 3.1.2000, 12.08 Uhr, Ortszeit H[...] 19.08 Uhr, mit dem Zusatz «bitte schnellstmöglich» je 1.000 Speichermodule zum Preis von 69 US-Dollar bzw. 138 US-Dollar pro Stück (Gesamtpreis 207.000 US-Dollar). 2

Die Speichermodule wurden zum Tagespreis gehandelt und unterlagen großen Preisschwankungen

Mit Telefax vom 4.1.2000, 19.28 Uhr Ortszeit H[...], erhielt die Klägerin eine Bestätigung des Kreditinstitutes der Beklagten, wonach an diesem Tag die Überweisung eines Geldbetrages zur Begleichung einer aus einer vorherigen Lieferung vom 28.12.1999 resultierende Forderung der Klägerin gegen die Beklagte veranlasst worden war. 3

Die Klägerin führte die Bestellung aus, indem sie die gekaufte Ware an die in H[...] ansässige Speditionsfirma O zur Bewirkung der Transporte an die Beklagte übergab. Die Ware und die Rechnung sowie die Frachtdokumente gingen bei der Beklagten am 7.1.2000 ein. 4

Am 7.1.2000, 17.17 Uhr Ortszeit Deutschland, übersandte die Beklagte der Klägerin per Telefax die Bestellung vom 3.1.2000, wobei «Bestellung bitte schnellstmöglich» durchgestrichen und das Schreiben mit dem Zusatz «cancelled» versehen war. Die Beklagte sandte zudem die gelieferten Module an das Zolllager zurück. 5

Die nunmehrigen erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Klägerin forderten mit Schreiben vom 29.01.2000 die Beklagte zum Ausgleich des Rechnungsbetrages bis zum 4.2.2000 auf. Anschließend führten sie diesbezüglich im Auftrage der Klägerin telefonisch eine Besprechung mit dem Mitarbeiter C[...] der Beklagten und später mehrfache Besprechungen 6

mit den zwischenzeitlich von der Beklagten mandatierten nunmehrigen erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Beklagten. Vertreten durch die Rechtsanwälte schlossen die Parteien am 16./17.02.2000 einen Zwischenvergleich dahin, dass die Beklagte die Ware entgegennehme, dafür zunächst einen Stückpreis von 39 bzw. 80 US-Dollar zahlen solle, wegen des Differenzbetrages zu dem in Rechnung gestellten Betrage sich die Parteien sodann noch auseinandersetzen würden. Aufgrund dieses Vergleichs zahlte die Beklagte am 6.3.2000 118.000 US-Dollar an die Klägerin.

Die Bevollmächtigten der Klägerin stellten dieser für ihre o.a. außergerichtlichen Tätigkeiten insgesamt Anwaltsgebühren von 5.385 DM in Rechnung; die Klägerin beglich die Gebührenforderung. Wegen der die Gebührenberechnung betreffenden Einzelheiten wird auf den Schriftsatz vom 3.4.2000 verwiesen.

7

Mit der Klage hat die Klägerin von der Beklagten die Zahlung des nach dem Zwischenvergleich noch offenen Rechnungsbetrages und Erstattung der o.a. Anwaltskosten verlangt.

8

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, dass der Kaufvertrag Bestand habe. Hierzu hat sie behauptet: Eine feste Lieferfrist hätten die Parteien nicht vereinbart. Zwar seien in der Vergangenheit Lieferungen an die Beklagte kurzfristig erfolgt, dies sei aber nur deshalb möglich gewesen, weil die von ihr, der Klägerin, mit der Fa. I[...] für Geschäfte mit der Beklagten abgeschlossene Kreditversicherung (Umfang 260.000 US-Dollar) nicht ausgeschöpft gewesen sei. Am 3.1.2000 sei eine Forderung über 199.500 US-Dollar von der Beklagten noch nicht beglichen worden, weshalb der Kreditrahmen für die neue Lieferung nicht ausgereicht habe. Die Beklagte habe von der Kreditversicherung und davon gewusst, dass eine Lieferung bestellter Ware nur dann möglich sei, wenn der Kreditrahmen hierdurch nicht überschritten werde. Der Zeuge D[...] habe am 4.1.2000 bei einem Telefongespräch mit dem Geschäftsführer der Beklagten auf die Lage hingewiesen. Nach Eingang der Zahlungsbestätigung am 4.1.2000 sei dann die Ware am 5.1.2000 an den Frachtführer übergeben und die Rechnung ausgestellt worden. Bis zur Rücksendung der Bestellung mit dem Vermerk «cancelled» habe die Beklagte nicht telefonisch Fristen gesetzt oder die Stornierung des Vertrages erklärt.

Die Klägerin hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 89.000 US-Dollar nebst 5% Zinsen seit dem 7.3.2000 sowie 5% Zinsen aus 207.000 US-Dollar für die Zeit vom 9.1.2000 bis zum 6.3.2000 zu zahlen,
2. die Beklagte darüber hinaus zu verurteilen, an sie 5.385,00 DM nebst 5% Zinsen seit dem 12.04.2000 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

9

Sie hat die Ansicht vertreten, den Vertrag wirksam aufgehoben zu haben.

Hierzu hat sie behauptet: Nach dem Inhalt des Vertrages habe eine Höchstlieferungsfrist von 2 bis 3 Tagen (Eingang der Ware) bestanden, wobei die Frachtdokumente sofort zuzusenden

gewesen seien. Bei dem Telefongespräch am 3.1.2000 habe ihr Geschäftsführer darauf hingewiesen, dass eine sofortige Lieferung erforderlich sei. Die Lieferung innerhalb der o.a. Frist sei wegen der hochspekulativen Preise branchenüblich, entspreche einem allgemeinen Handelsbrauch und auch den Gepflogenheiten der Parteien bei der Abwicklung ihrer Geschäfte in der Vergangenheit; die Beklagte hat diesbezüglich auf die Anlagen zum Schriftsatz vom 28.6.2000 verwiesen, aus denen die Abwicklung anderer Geschäfte über Computerteile hervorgeht.

Am 4. und 5.1.2000 habe ihr, der Beklagten, Geschäftsführer bei der Klägerin telefonisch nachgefragt, wo die Luftfrachtdokumente blieben, ihm sei durch Herrn D[...] erklärt worden, die Ware sei am 3.1.2000 zur Fracht aufgegeben worden. Bei dem Gespräch am 5.1.2000 (einem Mittwoch) habe ihr Geschäftsführer auch darauf hingewiesen, dass entweder die Ware oder die Versanddokumente noch an diesem Tage eingehen müssten, ansonsten könne der Preis nicht gehalten werden und über die Lieferung müsse dann neu verhandelt werden. Ihrem, der Beklagten, Mitarbeiter C[...] habe Herr D[...] in einem am Vormittag des 6.1.2000 geführten Telefonat erklärt, er habe am 3.1. bzw. 4.1.2000 die Ware sofort zur Luftfracht gegeben; Herr C[...] habe erklärt, dass bei Nichteingang der Frachtdokumente und der Ware noch an diesem Tage die Bestellung storniert würde, weil der Preis nicht zu halten sei. Herr C[...] habe bereits am 6.1.2000 per E-mail die Stornierung des Vertrages vorgenommen.

Die Beklagte hat im Übrigen die Angemessenheit der anwaltlichen Gebühren bestritten.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und zur Begründung ausgeführt, maßgeblich sei für die Rechtsbeziehungen der Parteien das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG). Die Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, gem. Art. 49 CISG vom Vertrag zurückzutreten, weil die bloße Überschreitung der Lieferzeit keine wesentliche Vertragsverletzung darstelle und eine angemessene Nachfrist nicht gesetzt worden sei. Die der Höhe nach angemessenen Anwaltsgebühren seien wegen der nicht rechtzeitigen Zahlung des Kaufpreises gem. Art. 61 Abs. 1, 74 Abs. 1 CISG von der Beklagten zu erstatten.

10

Gegen die Entscheidung des Landgerichts, wegen deren Einzelheiten auf Bl. 112–115 d.A. verwiesen wird, richtet sich die Berufung der Beklagten.

11

Die Beklagte nimmt Bezug auf ihren erstinstanzlichen Vortrag nebst Beweisanträgen und trägt ergänzend und vertiefend vor:

12

Die sofortige Übersendung der Frachtdokumente sei zur Kontrolle und Absicherung notwendig gewesen.

Der Kaufvertrag sei bereits mündlich bei dem Telefongespräch am 3.1.2000 geschlossen worden. Der Zeuge D[...] habe die sofortige Auslieferung zugesagt. Es werde weiterhin bestritten, dass die Auslieferung der Ware an den Frachtführer O[...] am 5.1.2000 um 24.00 Uhr erfolgt sei. Da der Zeuge D[...] mehrmals wahrheitswidrig mündlich zugesichert habe, dass die Ware bereits am 3.1. bzw. 4.1.2000 ausgeliefert worden sei, habe die Klägerin die Beklagte von einer früheren Nachfristsetzung abgehalten; sie könne sich deshalb nach Treu und Glauben nicht auf eine zu kurze Nachfrist berufen. Der Zeuge C[...] habe bereits am Vormittag des 6.1.2000 gegenüber dem Zeugen D[...] erklärt, dass der Vertrag storniert werde. Nach dem Inhalt des

Vertrages habe die Klägerin ihre Lieferfrist erst mit der Übergabe der Ware an die Fa. Quick Cargo Service in Deutschland erfüllt.

Anwaltsgebühren könnten nicht ersetzt verlangt werden, weil solche Kosten in den eigenen Pflichtenkreis des Gläubigers fielen.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

13

Sie verteidigt unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens das landgerichtliche Urteil.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivortrages und der Beweisantritte der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen C und D sowie durch Anhörung des Geschäftsführers T der Beklagten. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Inhalt des Berichterstattevermerks über den Senatstermin vom 12.11.2001 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet.

14

A.

15

Der Klägerin steht gegen die Beklagte aus dem Kaufvertrag gem. Art. 54, 58 Abs. 1, 59 Einheitliches UN-Kaufrecht (CISG) ein Anspruch auf Zahlung des Restkaufpreises von 89.000 US-Dollar zu.

I.

16

Die gegenständlichen Rechtsbeziehungen der Parteien bestimmen sich nach dem CISG.

Das Landgericht hat das CISG angewandt. Dies wird von den Parteien nicht angegriffen. Jedenfalls hierdurch haben die Parteien im Wege der Rechtswahl (Art 27 EGBGB) die Anwendung des CISG konkludent vereinbart (vgl. hierzu BGH NJW 1991, 1292, 1293).

17

Die Anwendung des CISG ist gem. Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG zudem auch zutreffend. Sowohl Deutschland als auch China sind Vertragspartner des CISG (vgl. Palandt/*Heldrich*, Rnr. 7 zu Art. 28 EGBGB). Es geht um einen Kaufvertrag über Waren, die Parteien haben ihre Niederlassungen in den o.a. Staaten. Die Ausnahmen des Art. 2 CISG liegen nicht vor.

18

- II. 19
 Zwischen den Parteien ist am 3.1.2000 ein Kaufvertrag zustande gekommen, wonach hinsichtlich der Lieferzeit nur «schnellstmöglich» bestimmt war.
- Gem. Art. 11 CISG kann ein Kaufvertrag formfrei geschlossen werden. Er erfordert zwei übereinstimmende Willenserklärungen der Vertragsparteien (Art. 14, 18 CISG). 20
- Die Klägerin hat ihr Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrages über die Speicherbausteine mündlich am Telefon über den Zeugen D[...] unterbreitet; dieses Angebot wurde durch die schriftliche Bestellung der Beklagten vom 3.1.2000 angenommen: 21
- Sowohl der Geschäftsführer der Beklagten als auch der Zeuge D[...] haben übereinstimmend angegeben, dass bei dem zweiten Telefongespräch Einigkeit über den Inhalt des Vertrages erzielt wurde. Die Klägerin unterbreitete ein Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages entsprechend den Vorstellungen der Beklagten.
- Allein notwendig zur Herbeiführung der Rechtsverbindlichkeit war auf Verlangen der Klägerin die dann erfolgte schriftliche Bestellung der Beklagten, die bezüglich der Lieferzeit nur den Vermerk «schnellstmöglich» enthielt. Eine Bestätigung dieser Bestellung durch die Klägerin war weder vorgesehen, noch entsprach sie den Gepflogenheiten der Parteien bei vorherigen Geschäften.
- III. 22
 Entgegen der Auffassung der Beklagten ist der Vertrag nicht gem. Art. 49 CISG aufgehoben; es fehlt an einem Aufhebungsgrund gem. Art. 49 Abs. 1 lit. a oder lit. b CISG.
1. 23
 Ein Aufhebungsgrund besteht gem. Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG, wenn der Verkäufer durch die Nichterfüllung seiner Pflichten eine wesentliche Vertragsverletzung begangen hat, wobei es gem. Art 79 Abs. 5 CISG unerheblich ist, ob der Verkäufer das Leistungshindernis zu vertreten hat.
- Trotz der speziellen Regelung über die Nachfristsetzung bei Nichtlieferung gem. Art 49 Abs. 1 lit. b CISG gilt Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG auch bei der Nichtlieferung, weil es Verträge mit genau bestimmten Leistungsfristen gibt, bei denen Nachfristsetzungen sinnlos wären (Schlechtriem/*Huber*, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 3. Aufl., Rnr. 5 zu Art. 49 CISG; Honsell/*Schnyder/Straub*, Kommentar zum UN-Kaufrecht, Rnr. 14 zu Art. 49 CISG m.w.N., auch unter Anführung der Gegenansicht). 24
- a) 25
 Die Beklagte kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die Klägerin die Lieferfrist überschritten und damit ihre vertraglichen Pflichten verletzt hat.
- aa) 26
 Die Klägerin schuldete gem. Art. 31 lit. a CISG die Aushändigung der Ware an den ersten Beförderer, nicht aber die Übergabe der Speichermodule in Deutschland.

Allein aus dem Umstand, dass die Ware in Deutschland einem bestimmten Beförderer übergeben werden sollte, kann entgegen der Auffassung der Beklagten nicht abgeleitet werden, dass die Leistungspflicht der Klägerin erst mit der Übergabe dort erfüllt sein sollte. Für die Anwendung des Art. 31 lit. a CISG spricht nicht nur der Umstand, dass in der Bestellung von der Beklagten angegeben wurde, dass und mit welchen Gesellschaften der Lufttransport zu erfolgen hatte (was nicht erforderlich gewesen wäre, wenn der Lufttransport in den Leistungsbereich der Klägerin fallen sollte), sondern auch die aus den Rechnungen der Klägerin ersichtlichen Lieferungsklauseln «FOB/FCA»; bei diesen handelt es sich um internationale und registrierte Lieferungsklauseln (sog. Incoterms), die nach ihrem Inhalt Art. 31 lit. a CISG entsprechen (vgl. Schlechtriem/Huber, Rnr. 78 zu Art. 31 CISG). Da bei den vorherigen Lieferungen der Klägerin an die Beklagte auf diese Klauseln immer wieder hingewiesen wurde, sind sie als Gepflogenheit der Parteien Vertragsbestandteil geworden; jedenfalls geht aus ihnen hervor, dass die Parteien keineswegs eine von der gesetzlichen Lieferpflicht des Art. 31 lit. a CISG abweichende Regelung getroffen haben.

27

bb)

Allerdings war die Klägerin nach den Gepflogenheiten der Parteien verpflichtet, ihre Leistung nach mitteleuropäischer Zeit spätestens an dem der schriftlichen Bestellung folgenden Tag durchzuführen.

28

Gem. Art. 33 lit. a CISG ist für die Lieferzeit primär maßgeblich, was im Vertrag bestimmt ist oder aufgrund des Vertrages bestimmt werden kann.

29

Hinsichtlich der Auslegung des Kaufvertrages gelten die Art. 7 f. CISG; danach können Vereinbarungen formfrei geschlossen werden (Art. 11 CISG), maßgeblich ist gem. Art. 8 Abs. 1 CISG der übereinstimmende Wille der Vertragsparteien und nicht eine davon abweichende objektive Erklärungsbedeutung (Schlechtriem/Junge, Rnr. 5 zu Art. 8 CISG). Bei der Auslegung des Vertrages sind gem. Art. 9 Abs. 1 CISG ergänzend primär die Gebräuche, mit denen sich die Parteien einverstanden erklärt haben, und Gepflogenheiten heranzuziehen, die zwischen ihnen entstanden sind. Erst sekundär gelten gem. Art. 9 Abs. 2 CISG internationale Gebräuche, die die Parteien kannten oder kennen mussten.

30

Aus der Aufstellung über die Abwicklung der vorangegangenen Verträge mit der Klägerin ergibt sich, dass die Frachtdokumente spätestens am Tage nach der Bestellung übersandt wurden, woraus folgt, dass zu diesem Zeitpunkt die Übergabe der Ware an den Frachtführer geschehen war, und die Auslieferung – mit Ausnahme einer Lieferung über den Jahreswechsel – spätestens binnen 3 Tagen erfolgte. Soweit Auftragschreiben in den Anlagen enthalten sind, sind diese zwar bezüglich der Lieferfrist nicht einheitlich; da aber unabhängig von der Bestimmtheit der Formulierung die Lieferungen innerhalb der o.a. Zeiten erfolgten, kann insgesamt festgestellt werden, dass kurzfristige Auslieferungen gem. dem Vorbringen der Beklagten zu den Gepflogenheiten der Parteien gehörten.

31

cc)

Jedoch darf sich die Beklagte nach den Geboten von Treu und Glauben, die auch im Rahmen des CISG Anwendung finden (vgl. Schlechtriem/Ferrari, Rnr. 49 f. zu Art. 7 CISG), nicht darauf

32

berufen, dass die Aushändigung der Ware an den ersten Beförderer erst am 5.1.2000 um 12.00 Uhr mittags I[...]Zeit geschah.

(1)

Der Senat folgt der den Sachvortrag der Klägerin bestätigenden Aussage des Zeugen D[...]. Dieser hat bekundet, die Beklagte habe auf seine telefonische Mitteilung vom 4.1.2000, wonach die Auslieferung wegen der noch ausstehenden Begleichung einer Altforderung und der damit verbundenen Überschreitung des Kreditlimits nicht erfolgen könne und eine Zahlungsbestätigung der Bank notwendig sei, zunächst eine eigene Zahlungsbestätigung und sodann eine ihres Kreditinstitutes per Telefax übermittelt. Die Bankbestätigung sei erst nach Dienstschluss H[...]Zeit eingegangen, weshalb sie ihm, dem Zeugen, am 5.1.2000 morgens vorgelegen habe. Nachdem auch die Bestätigung des Zahlungseingangs in H[...] vorgelegen habe, sei die Auslieferung der Ware um 12.00 Uhr mittags vorgenommen worden.

33

Der Senat hält die Aussage des Zeugen, der einen persönlich glaubwürdigen Eindruck hinterließ, für glaubhaft.

34

Zwar steht die Aussage im Gegensatz zu den Bekundungen des Geschäftsführers der Beklagten T[...]. Auch ist zu berücksichtigen, dass der Zeuge D[...] nach wie vor bei der Klägerin beschäftigt ist, weshalb bei ihm eine einseitige Interessenlage zu ihren Gunsten nahe liegt, die Auswirkungen auf den Inhalt der Aussage haben kann.

Gleichwohl bestehen aus den nachfolgenden Gründen keine vernünftigen Zweifel an der Richtigkeit seiner Bekundungen:

35

Die Angaben des Zeugen stimmt mit den äußeren Gegebenheiten überein. Unstreitig hatte die Beklagte die Altforderung der Klägerin am 3.1.2000 noch nicht beglichen und die Zahlung sowie die Zahlungsbestätigungen erst am 4.1.2000 veranlasst. Der Zeuge konnte Ablichtungen der Zahlungsbestätigungen vorlegen. Zudem spricht die Ausgangslage dafür, dass der Zeuge am 4.1.2000 telefonisch die Situation dem Geschäftsführer T[...] erklärte und eine Bankbestätigung anforderte. Denn die Klägerin hatte ein natürliches, vom Gewinnstreben getragenes Interesse an der Durchführung des Geschäftes, wenn das Hindernis der Kreditüberschreitung beseitigt war. Es bestand auch aus ihrer Sicht Handlungsdruck, weil entsprechend den Gepflogenheiten der Parteien das Geschäft schnell durchzuführen war. Es ist darüber hinaus kein Grund ersichtlich, warum der Zeuge gegenüber dem Geschäftsführer T[...] bei dem auch von diesem angegebenen Telefongespräch vom 4.1.2000 nicht den Anlass für die Auslieferungsverzögerung mitgeteilt haben soll.

Für die Auslieferung der Ware am 5.1.2000 um 12.00 Uhr mittags ist anzuführen, dass diese im Gegensatz zu einer um 24.00 Uhr von den Geschäftszeiten her nachvollziehbar ist. Die Angabe in den Versandunterlagen «12 pm» spricht nicht gegen die Angaben des Zeugen; der Dolmetscher für die englische Sprache hat im Senatstermin angegeben, dass «12pm» nicht eine gebräuchliche Bezeichnung für Mitternacht (24.00 Uhr) sei, er könne sie nicht einordnen. Es müsse sich um eine Bezeichnung handeln, die speziell in H[...] gebraucht werde.

36

Eine Auslieferung um 12.00 Uhr lässt sich zudem mit dem Vermerk in den Versandunterlagen in Übereinstimmung bringen, wonach die Fracht noch am 5.1.2000 durchgeführt werden

37

sollte («please arranged Today, 5th January 2000, shipment»), was offensichtlich nicht bei einer Übergabe der Module um 24.00 Uhr möglich gewesen wäre.

(2)

Da die Beklagte sich auf die Forderung der Klägerin einließ, als Voraussetzung für die Lieferung der Ware den Nachweis der Zahlung zu erbringen, darf sie sich nicht auf eine Lieferungsverzögerung berufen, weil sie sich dadurch entgegen den Geboten von Treu und Glauben im Widerspruch zu ihrem eigenen Verhalten begäbe.

38

Der Beklagten stand es frei, der Anforderung der Klägerin Folge zu leisten. Sie hätte genauso gut auf eine Lieferung noch am 4.1.2000 MEZ bestehen und für den Fall der Nichtlieferung die Aufhebung des Vertrages androhen können. Der Beklagten musste klar sein, dass unter Berücksichtigung der Zeitdifferenz von + 7 Stunden zwischen der MEZ und der Zeit in H[...] sowie der Geschäftszeiten der Klägerin eine Lieferung am 4.1.2000 nicht mehr möglich war. Gleichwohl ließ sie sich auf das Begehren der Klägerin ein und machte damit unmissverständlich deutlich, dass die bis dahin eingetretenen Lieferverzögerungen den Bestand des Vertrages nicht gefährdeten. Die Klägerin vertraute hierauf, indem sie nach Eingang der Bestätigungen die Ware aus der Hand gab. Sie nahm im Sinne der vertraglichen Vorgabe einer schnellstmöglichen Lieferung umgehend nach Vorlage der Zahlungsbestätigungen die Auslieferung der Speichermodule vor.

39

Die Beklagte setzt sich entgegen den Geboten von Treu und Glauben zu ihrem eigenen Verhalten, auf das die Klägerin vertraute und vertrauen durfte, in Widerspruch, wenn sie gleichwohl die Leistung am 5.1.2000 um 12.00 Uhr H[...]Zeit als Vertragsaufhebungsgrund beansprucht.

40

b)

Selbst wenn es – entgegen der oben dargelegten Auffassung des Senats – der Beklagten nicht verwehrt wäre, sich auf die Überschreitung der Lieferfrist zu berufen, besteht nicht ein Grund für eine Vertragsaufhebung gem. Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG; es fehlt jedenfalls an der notwendigen Wesentlichkeit der Vertragsverletzung, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat:

41

Gem. Art. 25 CISG ist eine Vertragsverletzung wesentlich, wenn sie für die andere Partei solchen Nachteil zur Folge hat, dass ihr im Wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen, es sei denn, dass die vertragsbrüchige Partei diese Folge nicht vorausgesehen hat und eine vernünftige Partei der gleichen Art diese Folge unter den gleichen Umständen auch nicht vorausgesehen hätte.

42

Eine wesentliche Vertragsverletzung wird dann angenommen, wenn die Vertragsparteien ein ausdrückliches Fixgeschäft vereinbart haben, weil in diesem Fall nach dem Willen der Parteien das Geschäft mit der Einhaltung der Lieferfrist stehen und fallen sollte (vgl. Schlechtriem/*Slechtriem*, Rnr. 18 zu Art. 25 CISG; Schlechtriem/*Huber*, Rnr. 5 zu Art. 49 CISG; *Kappus*, NJW 1994, 984, 985). Allgemein kann die Nichteinhaltung der Lieferfrist nur dann eine wesentliche Vertragsverletzung begründen, wenn die genaue Einhaltung des Liefertermins für den Käufer von besonderem Interesse ist, und zwar so, dass der Käufer lieber überhaupt keine Lieferung als eine verspätete haben will, und dass dies für den Verkäufer bei Vertragsabschluss

43

erkennbar ist (Schlechtriem/*Huber*, a.a.O.; ähnlich Honsell/*Schnyder*/*Straub*, Rnr. 26 zu Art. 49 CISG).

Die Parteien haben keinen ausdrücklichen Fixtermin vereinbart; auch nach dem Vorbringen der Beklagten wurde weder bei diesem Vertrag noch bei den vorherigen ausdrücklich vereinbart, dass die Einhaltung der Lieferfrist ausschlaggebend für den Bestand des Vertrages sei. Die Formulierung in der Bestellung «schnellstmöglich» weist ebenfalls nicht auf ein Fixgeschäft hin, weil sie nicht – etwa im Gegensatz zu der Formulierung «spätestens» – die ganz erhebliche Bedeutung der Einhaltung einer festen Lieferzeit unterstreicht.

44

Die Vereinbarung einer festen Lieferzeit allein genügt nicht, ein Fixgeschäft anzunehmen (vgl. Palandt/*Heinrichs*, 60. Aufl., Rnr. 2 zu § 361 BGB). Zu berücksichtigen ist hierbei, dass die Nichteinhaltung der Lieferfrist bereits Schadenersatzansprüche des Käufers wegen Verzuges gem. Art. 74 CISG auslöst; der Käufer ist bereits hierdurch geschützt. So hätte die Beklagte den ihr durch die zu späte Lieferung entstandenen Schaden geltend machen können.

45

Es bleibt nur der wirtschaftliche Hintergrund als Argument dafür übrig, dass die Einhaltung der Lieferfrist zentrale Bedeutung für den Bestand des Vertrages haben sollte. Nach dem Vorbringen der Beklagten sind die Speichermodule nicht etwa mit Saisonware vergleichbar, bei der die zu späte Lieferung dazu führt, dass die gesamte Ware nicht absetzbar ist. Vielmehr wird allein darauf abgestellt, dass die Module einen laufenden Marktpreis aufwiesen, der starken Preisschwankungen unterliege und sie, die Beklagte, die Belieferung ihrer Abnehmer schulde, die ebenfalls sofort zu erfolgen habe.

46

Das Landgericht hat zu Recht diesen Vortrag nicht für ausreichend angesehen.

47

Im Gegensatz zu einer Saisonware führt die Nichteinhaltung der Lieferfrist bei Waren mit starken Preisschwankungen nicht zwangsläufig dazu, dass diese nicht oder nur sehr eingeschränkt wirtschaftlich verwertbar sind. So ist es denkbar, dass sich eine zu späte Lieferung für den Käufer als wirtschaftlich vorteilhaft erweist, weil der Marktpreis zwischenzeitlich gestiegen ist. Dies ist auch bei Speichermodulen der Fall, was sich sowohl aus der Aussage des Zeugen C[...] als auch aus der Übersicht der Beklagten über die Entwicklung der Preise (vgl. Bl. 28 d.A., vom 8.11. auf den 10.11.1999) ergibt; in einem solchen Fall kann nicht davon die Rede sein, dass der Käufer lieber überhaupt keine als eine verspätete Lieferung wünscht. Bei zu späten Lieferungen besteht – wie bereits erwähnt – ein Schutz des Käufers darin, dass er seinen Verzugschaden geltend machen kann.

Die Auffassung der Beklagten, wonach gemäß der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 12.12.1990 (NJW 1991, 1292) ein Handelsbrauch dahin bestehe, dass bei einem Verkauf von Massengütern, die typischerweise starken Preisschwankungen unterlägen, von einem Fixgeschäft auszugehen sei, geht fehl.

48

Der Entscheidung liegt nicht ein vergleichbarer Sachverhalt zugrunde. Es ging um den Kauf von Saisonware (Winterkleidung) und der Aufnahme der Klausel «c & f» in den Vertrag. Der BGH hat in dem Urteil zudem nicht das Bestehen eines Handelsbrauches bezogen auf die o.a.

49

Klausel festgestellt, sondern die Sache aufgehoben und zurückverwiesen, weil das Berufungsgericht einer entsprechenden unter Beweis gestellten Behauptung der Beklagten nicht nachgegangen ist.

Es wird von der Beklagten weder behauptet noch unter Beweis gestellt, es gebe einen Handelsbrauch dahin, dass bei Speicherbauteilen Fixgeschäfte vorlägen; sie hat unter Beweisanspruch lediglich behauptet, dass eine sofortige Lieferung von Speicherbausteinen einem Handelsbrauch entspreche, jedenfalls zumindestens branchenüblich sei.

50

Die Beklagte muss sich letztendlich anrechnen lassen, dass sie es unterlassen hat, durch eine eindeutige Absprache mit der Klägerin, die ohne weiteres durch eine entsprechende Klausel in der Bestellung hätte dokumentiert werden können, die Wesentlichkeit der Einhaltung der Frist für den Bestand des Vertrages festzulegen.

51

2.

52

Es besteht auch kein Aufhebungsgrund gem. Art. 49 Abs. 1 lit. b CISG, selbst wenn – im Gegensatz zu der oben unter 1 a) dargelegten Auffassung des Senats – die Grundsätze von Treu und Glauben der Geltendmachung der Vertragsaufhebung nicht entgegen stünden.

Gem. der o.a. Vorschrift ist der Käufer zur Aufhebung des Vertrages berechtigt, wenn im Falle der Nichtlieferung der Verkäufer die Ware nicht innerhalb der vom Käufer nach Artikel 47 Abs. 1 S. 1 CISG gesetzten angemessenen Nachfrist liefert oder wenn er erklärt, dass er nicht innerhalb der so gesetzten Frist liefern wird.

53

Art. 49 Abs. 1 lit. b CISG gilt nur für den Fall der Nichtlieferung, wobei die Lieferverpflichtung durch Art. 31 CISG oder besondere Regelungen im Kaufvertrag bestimmt wird (Schlechtriem/Huber, Rnr. 18, 19 zu Art. 49 CISG).

54

a)

55

Nach den Angaben des Geschäftsführers T[...] hat dieser am 5.1.2000 morgens zwischen 9.00 Uhr bis 10.30 Uhr (also zwischen 16.00 Uhr bis 17.30 Uhr H[...] -Zeit) mit dem Zeugen D[...] gesprochen und verlangt, dass die Ware noch am 5.1.2000 in Deutschland verfügbar sein müsse.

Diese Nachfristsetzung war unwirksam. Denn – wie bereits dargelegt – schuldete die Klägerin lediglich die Übergabe der Ware an den Frachtführer, die zum Zeitpunkt des Telefonats bereits geschehen war.

56

Aus dem selben Grund vermochte auch das nach Aussage des Zeugen C[...] am 6.1.2000 von ihm ausgesprochene Verlangen nach Verfügbarkeit der Ware noch am 6.1.2000 keine Rechtswirksamkeit zu entfalten.

57

b)

58

Im Übrigen hat die für die Nachfristsetzung beweispflichtige Beklagte (vgl. zur Beweislast: Honsell/Schnyder/Straub, Rnr. 125 zu Art. 49 CISG) auch nicht bewiesen, dass am 5.1. und 6.1.2000 der Klägerin Nachfristen gesetzt wurden.

Den diesbezüglichen Angaben des Geschäftsführers T[...] und des Zeugen C[...] steht die Aussage des Zeugen D[...] gegenüber, wonach es am 5.1. und 6.1.2000 (H[...] -Zeit) zu keiner telefonischen Kontaktaufnahme mit der Beklagten gekommen war. 59

Die Beklagte konnte keine Dokumente vorlegen, aus denen sich die Richtigkeit ihres Vorbringens ergibt. So wurde kein Ausdruck der Email vorgelegt, in welchem die Stornierung des Vertrages ausgesprochen worden sein soll. Der Zeuge C[...] vermochte sich nicht daran zu erinnern, was in der Email stand. 60

Hätten die Telefongespräche tatsächlich am 5.1. oder 6.1.2000 stattgefunden, also zu einem Zeitpunkt, als die Speichermodule schon an den ersten Beförderer übergeben worden waren, hätte es sich für den Zeugen D[...] aufgedrängt, durch Kontaktaufnahme mit der Versandabteilung der Klägerin eine – offensichtlich versehentlich unterbliebene – Übermittlung der Versanddokumente zu veranlassen. Denn in dieser Lage war es für die Klägerin nur vorteilhaft, den Nachweis für die Übersendung der Ware zu erbringen. Tatsächlich sind die Originaldokumente aber erst mit der Ware bei der Beklagten eingegangen. 61

Hinsichtlich der o.a. Aussagen der Zeugen und der Angaben des Geschäftsführers T[...] zur zeitlichen Einordnung und dem Inhalt der Telefongespräche, die im laufenden Geschäftsbetrieb erfolgten, ist im Übrigen zu berücksichtigen, dass es sich nicht um besonders merkfähige Geschehnisse handelt. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass sich – wenn auch unbewusst – ein falsches Erinnerungsbild aufgebaut hat. 62

IV. 63
Unter Abzug der aufgrund des Zwischenvergleiches geleisteten 118.000 US-Dollar steht der Klägerin gegen die Beklagte noch eine Restforderung in Höhe von 89.000 US-Dollar zu.

V. 64
Die Hilfsaufrechnung in Höhe von 12.000 US-Dollar hat die Beklagte im Senatstermin fallen gelassen.

B. 65
Der Klägerin steht gegen die Beklagte zudem gem. Art. 61 Abs. 1 lit. b, 74 CISG ein Schadenersatzanspruch wegen der Anwaltsgebühren in Höhe von 5.385 DM zu.

I. 66
Die Beklagte hat haftungsbegründende Vertragsverletzungen i.S. Art. 64 Abs. 1 lit. b CISG begangen, indem sie sich unberechtigt vom Vertrag zu lösen versuchte und die Kaufpreisforderung trotz Fälligkeit gem. Art. 58 CISG nicht beglich.

II. 67
Die Kosten der außerprozessualen Rechtsverfolgung sind gem. Art. 74 CISG ersatzfähig, sofern es sich um sachlich gebotene Aufwendungen zur Rechtswahrnehmung handelt (Schlechtriem/*Stoll*, Rnr. 19 zu Art. 74 CISG m.w.N. unter Fn. 88).

Die Einschaltung der Anwälte war sachdienlich, um die Forderungen durchzusetzen. Es entsprach dabei auch einer interessengerechten Wahrnehmung des Anwaltsmandats mit Zustimmung der Klägerin Besprechungen mit der Gegenseite durchzuführen, die letztendlich zu dem wirtschaftlich vernünftigen Ergebnis des Abschlusses eines Zwischenvergleiches führten. **68**

III. **69**
In Übereinstimmung mit dem Landgericht hält der Senat die erhobenen Gebühren für angemessen.

1. **70**
Für ihre außergerichtliche Tätigkeit stand den Bevollmächtigten der Klägerin sowohl eine Geschäftsgebühr gem. § 118 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO als auch eine Besprechungsgebühr gem. § 118 Abs. 1 Nr. 2 BRAGO zu.

Die auf Seiten 2 und 3 des Schriftsatzes vom 3.4.2000 (Bl. 16, 17 d.A.) dargelegte Berechnung der Gebührenhöhe unter Berücksichtigung der teilweisen Anrechnung der Geschäftsgebühr auf die Prozessgebühr gem. § 118 Abs. 2 BRAGO ist rechnerisch nicht zu beanstanden. **71**

2. **72**
Die Festsetzung der beiden Rahmengebühren auf 10/10 bewegt sich im Rahmen des dem Anwalt gem. § 12 Abs. 1 BRAGO eingeräumten billigen Ermessens.

Die Vermögens- und Einkommensverhältnisse der Klägerin als Wirtschaftsunternehmen können als weit überdurchschnittlich eingestuft werden. Die Schwierigkeit der Sache ist ebenfalls im obersten Bereich einzuordnen, weil zur Bearbeitung die Einarbeitung in die Sonderrechtsmaterie des CISG notwendig war und der Fall auch vom Tatsächlichen her erhebliche Probleme beinhaltete. Der Umfang der Tätigkeit war bezüglich beider Gebührentatbestände weit überdurchschnittlich. So wurden mehrfach Besprechungen mit der Gegenseite geführt. Zu dem umfangreichen Streitstoff und die besondere Rechtsmaterie kam zeitlich und inhaltlich erschwerend hinzu, dass die Korrespondenz mit der Klägerin in englischer Sprache geführt werden musste. **73**

C. **74**
Die Zinsforderung besteht in dem vom Landgericht ausgeurteilten Umfang.

I. **75**
Die Parteien haben sich im Senatstermin im beiderseitigen Interesse auf einen Zinssatz in Höhe von 5% p.a. entsprechend § 352 HGB geeinigt.

II. **76**
Bezüglich der Kaufpreisforderung von zunächst 207.000 US-Dollar hat die Beklagte gem. Art. 78 CISG Zinsen ab Fälligkeit der Forderung zu leisten. Diese trat mit Ablauf der in der Rechnung vom 5.1.2000 festgelegten Zahlungsfrist von 3 Tagen ab Rechnungsdatum am 9.1.2000 ein.

III.

Bezüglich des Schadenersatzanspruchs ist gem. § 284 Abs. 1 BGB Verzug mit Zustellung des anspruchserhebenden Schriftsatzes am 12.4.2000 eingetreten.

77

D.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

78