



# OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

Aktenzeichen: 23 U 2421/05  
13 HKO 2273/04 LG München I

Verkündet am 19.10.2006  
Die Urkundsbeamtin:

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

In dem Rechtsstreit

**Auto..... Pte. Ltd.,**

- Klägerin und Berufungsklägerin -  
Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte

gegen

**...Vertriebs GmbH,**

- Beklagte und Berufungsbeklagte -  
Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt  
wegen Forderung

erlässt der 23. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch den Vorsitzen-  
den Richter am Oberlandesgericht .....und die Richter am Oberlandesgericht .....  
und ..... aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21.09.2006 folgendes

## ENDURTEIL

- I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Endurteil des Landgerichts München I vom 15.02.2005 aufgehoben.
  
- II. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 445.974,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 09.10.2003 zu zahlen.
  
- III. Im Übrigen werden die Klage abgewiesen und die Berufung zurückgewiesen.
  
- IV. Von den Kosten des Verfahrens tragen die Klägerin 18% und die Beklagte 82%.
  
- V. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.  
Beide Parteien können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von jeweils 110% des aus diesem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.
  
- VI. Die Revision wird nicht zugelassen.

### Gründe:

I.

Die Klägerin fordert von der Beklagten die von ihr aufgrund mehrerer Fahrzeugbestellungen geleisteten Zahlungen zurück. Die Beklagte rechnet hiergegen mit Schadensersatzansprüchen auf.

Die Klägerin, die ihren Sitz in Singapur hat, beabsichtigte, hochwertige Fahrzeuge der Hersteller DaimlerChrysler, BMW und Porsche auf dem südostasiatischen Markt, insbesondere Singapur, zu vertreiben.

Zu diesem Zweck bestellte sie bei der Beklagten, die mit Kraftfahrzeugen handelt, im Juli und September 2002 insgesamt 15 Fahrzeuge der Marken Mercedes und Mercedes-AMG.

Mit E-Mail vom 25.07.2002 (Anlage GD1) bestätigte die Beklagte eine Bestellung der Klägerin von zwei Fahrzeugen des Typs Mercedes SL 500. Nach dieser Auftragsbestätigung sollte der Preis der Fahrzeuge der tagesgültige Listenpreis am Tag der Auslieferung zuzüglich 4.000,00 EUR Prämie und Überführungskosten von ca. 300,00 EUR je Fahrzeug sein und eine Anzahlung von 8.500,00 EUR pro Fahrzeug gezahlt werden. Mit E-Mail vom 02.12.2002 (Anlage GD1) zeigte die Beklagte an, dass die beiden Fahrzeuge nunmehr lieferbereit seien.

Mit E-Mail vom 30.09.2002 (Anlage GD2) bestätigte die Klägerin ferner die Bestellung von fünf Fahrzeugen des Typs SL ... AMG mit einer Prämie von 5.000,00 EUR je Fahrzeug, von je zwei Fahrzeugen der Typen Mercedes SL 350 und SL 500 und vier Fahrzeugen des Typs E ... AMG mit einer Prämie von je 1.500,00 EUR sowie eines Fahrzeug des Typs CL .. AMG mit einer Prämie von 3.000,00 EUR.

Als voraussichtlicher Liefertermin für diese Fahrzeuge wurden Zeiträume zwischen November 2002 und Mai 2003 angegeben.

Die Klägerin leistete für die vorgenannten Fahrzeuge am 03.10.2002 und am 04.11.2002 Anzahlungen von 32.000,00 EUR und 70.500,00 EUR. Des Weiteren zahlte sie am 28.04.2003 15.000,00 EUR auf zwei Fahrzeuge BMW ...an.

Ferner leistete die Klägerin am 10.01.2003 eine Zahlung in Höhe von 82.731,00 EUR und am 14.07.2003 Zahlungen in Höhe von insgesamt 241.859,00 EUR sowie am 11.09.2003 eine weitere Zahlung von 76.496,00 EUR. Die Beklagte räumt den Eingang von 82.680,00 EUR, 251.849,00 EUR sowie 76.445,00 EUR ein. Die Differenz zwischen den von der Klägerin behaupteten Zahlungen und den von der Beklagten zugestandenem Beträgen ist auf den Einbehalt von Auslandsüberweisungsgebühren der beteiligten Banken zurückzuführen.

Am 14.11.2002 (Anlage GD3) übersandte ein Mitarbeiter der Klägerin, der Zeuge Gol....., der Beklagten ein Schreiben, in dem es u.a. heißt: „wie bereits telefonisch besprochen uebersende ich Ihnen hiermit in der Anlage unsere Fahrzeugbestellung fuer o.g. Fahrzeugtyp.“

Im Folgenden werden 20 Fahrzeuge der Marke Porsche Cayenne für den indonesischen Markt, 5 für Singapur sowie ein weiteres ohne Bezeichnung des Bestimmungsortes mit Ausstattungsmerkmalen genannt. Angaben zum Preis, zu einer zusätzlichen Prämie und zu den zu leistenden Anzahlungen fehlten.

Mit Schreiben vom 21.11.2002 (Anlage GD 3) bestätigte die Beklagte die Bestellung vom 14.11.2002 und nannte als Fahrzeugpreis den deutschen Listenpreis am Tage der Lieferung zuzüglich 3.000,00 EUR Prämie sowie eine Anzahlung von 7.000,00 EUR je Fahrzeug. Die Beklagte forderte die Klägerin mit Schreiben 04.12.2002 zur Leistung der Anzahlungen auf (Anlage GD3/1). Die Klägerin leistete die geforderte Anzahlung nicht und teilte der Beklagten mit E-Mail vom 03.08.2003 (Anlage GD11) mit, dass ihr Mitarbeiter lediglich das Interesse an den Fahrzeugen ausgedrückt habe, aber die Anzahl der Fahrzeuge nie wirklich bestätigt worden sei und es an einem Vertrag über diese Fahrzeuge fehle.

In dem genannten Schreiben der Klägerin vom 14.11.2002 übersandte die Klägerin ferner eine Liste weiterer dringend benötigter Neufahrzeuge, unter anderem von zwölf Fahrzeugen des Typs BMW 520 i, und fragte nach, wann die Fahrzeuge der genannten Typen zu welchen Konditionen lieferbar sein. Die Beklagte wies in dem vorerwähnten Schreiben vom 21.11.2002 (GD3) daraufhin, dass der Preis je Fahrzeug der deutsche Listenpreis am Tage der Lieferung abzüglich 3% Rabatts sei und eine Anzahlung von 5.000,00 EUR je Fahrzeug erforderlich sei.

Die Beklagte bestätigte gegenüber der Klägerin ferner mit Schreiben vom 28.08.2003 (Anlage GD27) eine Bestellung von sechs Fahrzeugen des Typs Mercedes-Benz E 200 K zu einem Preis von 37.014,00 EUR je Fahrzeug.

Mit Schreiben vom 08.04.2003 (Anlage GD7) wies die Beklagte die Klägerin darauf hin, dass sie keine der avisierten Zahlungen erhalten habe. Ferner teilte sie mit, dass zwei Fahrzeuge des Typs SL 500, vier Fahrzeuge des Typs E 55 und drei Fahrzeuge des Typs SL 55 zur Abholung bereit stünden. Die Beklagte forderte die Klägerin auf, die genannten Fahrzeuge gemäß der beigefügten Pro-forma-Rechnungen bis spätestens zum 17.04.2003 zu bezahlen und die Anzahlungen für die 26 Fahrzeuge Porsche Cayenne und 12 Fahrzeuge BMW 520 i zu leisten.

Mit E-Mail vom 05.08.2003 (Anlage GD12) forderte die Beklagte die Klägerin auf, zusätzlich zu den bisher geleisteten Zahlungen sofort 134.594,00 EUR zu überweisen sowie für die drei Fahrzeuge des Typs E 55 und vier Fahrzeuge des Typs SL 55 ein Akkreditiv in Höhe von 686.647,00 EUR zu eröffnen und die Anzahlungen für die 26 Porsche Cayenne, die 12 BMW 520 i sowie einen BMW M3 in Höhe von insgesamt 247.000,00 EUR zu leisten.

Am 29.09.2003 teilte die Beklagte der Klägerin per E-Mail mit, dass ihr Lieferant mangels ausreichender Zahlung die sechs Mercedes-Benz E 200 K mittlerweile anderweitig verkauft habe, ebenso wie zwei SL 55 sowie zwei SL 350. Die bestellten AMG-Fahrzeuge stünden noch bereit.

Fällig seien Kaufpreise in Höhe von insgesamt 1.224.095,88 EUR zuzüglich Anzahlungen in Höhe von 247.000,00 EUR. Von diesem Betrag seien die Zahlungen in Höhe von 410.984,00 EUR abzuziehen, so dass noch eine Summe von 1.060.111,00 EUR zu zahlen sei.

Die Beklagte erläuterte mit Schreiben vom 08.10.2003 (Anlage GD15), dass sie bis 15.10.2003 bereit sei, unter der Bedingung vollständiger Kaufpreiszahlung einen BMW M3 sowie zwei Mercedes-Benz SL 500 zu versenden. Wenn die Zahlung nicht fristgerecht eingehe und das Akkreditiv nicht bedient werden könne, würden die Fahrzeuge anderweitig verwertet und die Minderpreise als Schadensersatz in Rechnung gestellt werden. Ferner erklärte sie, von sämtlichen anderen Kaufverträgen aus wichtigem Grund zurückzutreten und stellte als Schadensersatz die Differenz zwischen Einkaufspreis und Verkaufspreis in Höhe von 509.468,00 EUR in Rechnung.

Im Verlaufe des Rechtsstreits berechnete die Beklagte ihren Schaden mit unterschiedlichen Beträgen, zuletzt mit 709.809,58 EUR (Bl. 67 d.A., Anlage GD27).

Mit dieser Schadensersatzforderung hat die Beklagte gegen den Rückzahlungsanspruch der Klägerin aufgerechnet.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, dass sieben der bestellten Fahrzeuge vollständig bezahlt worden seien. Sie habe sich nicht in Verzug befunden. Konkrete Lieferangebote der Beklagten hätten nicht vorgelegen. Da der Beklagten kein Recht zum Rücktritt zugestanden habe, könne sie auch keine Schadenersatzansprüche geltend machen. Es seien im Übrigen lediglich Verträge über 15 Mercedes-Fahrzeuge zustande gekommen, Kaufverträge über 26 Porsche Cayenne und 12 BMW 520 i seien nicht wirksam vereinbart worden.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 545.586,00 EUR nebst Zinsen zu verurteilen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Sie hat geltend gemacht, für alle genannten Fahrzeuge seien wirksame Kaufverträge zu Stande gekommen. Die Klägerin habe keines der Fahrzeuge trotz wiederholter Rechnungsstellung und Mahnung bezahlt. Sie sei daher berechtigt gewesen, den Rücktritt von den Verträgen zu erklären. Durch das vertragwidrige Verhalten der Klägerin sei ihr ein Schaden in Höhe von 709.809,58 EUR entstanden.

Das Landgericht hat die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vom 09.11.2004 darauf hingewiesen, dass der von ihr behauptete Schaden bislang weder dargestellt noch in ausreichendem Umfang hierfür Beweis angeboten worden sei. Es hat sodann Termin zur Verkündung einer Entscheidung auf 01.02.2005 bestimmt und der Beklagten – ohne nähere Eingrenzung – eine Schriftsatzfrist bis spätestens 20.12.2004 gewährt.

Die Beklagte hat daraufhin mit Schriftsatz vom 14.12.2004 unter Bezugnahme auf den als Anlage GD27 vorgelegten Aktenordner ihren Schaden näher konkretisiert.

Ergänzend wird hinsichtlich des erstinstanzlichen Vorbringens auf die Feststellungen im dem angefochtenen Urteil Bezug genommen (§ 540 Satz 1 Nr. 1 ZPO).

Das Landgericht hat der Klägerin weder Gelegenheit gegeben, sich zu der Schadensdarlegung in Anlage GD27 zu äußern noch ist es vor seiner Entscheidung erneut in die mündliche Verhandlung eingetreten. Es hat vielmehr mit Endurteil vom 15.02.2005 die Klage abgewiesen, da die Beklagte gegen den Rückzahlungsanspruch der Klägerin mit ihren Schadenersatzansprüchen in vollem Umfang aufrechnen könne.

Die Klägerin habe unstreitig jeweils vier Fahrzeuge des Typs SL 55, SL 500 und AMG E 55 bestellt. Ferner habe sie 26 Fahrzeuge des Typs Porsche Cayenne bestellt. Aus der wechselseitigen Korrespondenz zwischen den Parteien, insbesondere aus der E-Mail vom 29.09.2003 ergebe sich, dass die Klagepartei mehrfach zu Zahlungen aufgefordert worden sei. Die Beklagte habe daher berechtigt den Rücktritt von sämtlichen Kaufverträgen erklärt. Durch Vorlage der Ein- und Verkaufsrechnungen sowie Rechnungen an neue Kunden nach Rücktritt hätten die Beklagten für die jeweiligen Fahrzeuge ihren entgangenen Gewinn bzw. Mindererlös nachgewiesen. Es werde insoweit auf die Anlage GD27 verwiesen.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin.

Die Klägerin macht geltend, dass es sich um eine Überraschungsentscheidung handle, da das Landgericht den neuen Vortrag der Beklagten, insbesondere die Anlage GD27, in seinem Urteil berücksichtigt habe, ohne die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen. Sie habe die Anlage GD27 nicht einmal erhalten. Rechtlich fehlerhaft sei es auch, dass das Landgericht den Nachweis des Schadens durch diese Anlage als geführt ansehe, obwohl dieser keinerlei Beweiswert zukomme.

Eine Aufrechnungsforderung der Beklagten bestehe nicht. Es lägen bereits die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch nicht vor, da die Beklagte zum Rücktritt nicht berechtigt gewesen sei. Das Landgericht habe keine wesentliche Vertragsverletzung gemäß Art. 74 CISG festgestellt. Der geltend gemachte Schaden sei im Übrigen bestritten worden. Die Beklagte habe den ihr obliegenden Nachweis nicht erbracht. Bezüglich der 26 Porsche Cayenne liege kein Vertrag vor, da die Auftragsbestätigung der Beklagten nur als Vertragsangebot anzusehen sei und die Klägerin dieses nicht angenommen habe.

Die Klägerin beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 545.586,00 EUR nebst Zinsen von 5% über dem Basiszinssatz seit dem 09.10.2003 zu verurteilen.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte vertritt die Auffassung, dass auf das Rechtsverhältnis nicht die Vorschriften des CISG anzuwenden seien, da dieses durch ihre AGB, die der Geschäftsführer der Klägerin erhalten habe, ausgeschlossen worden seien.

Die Klägerin habe im Übrigen kein Fahrzeug vollständig bezahlt. Sie habe die Klägerin immer wieder aufgefordert, die rückständigen Zahlungen zu erbringen. Der Klägerin seien auch mehrfach Nachfristen gesetzt worden.

Der geltend gemachte Schaden sei durch die in Anlage GD27 enthaltenen Unterlagen nachgewiesen. Hilfsweise werde mit einem pauschalierten Schaden in Höhe von 15% der Auftragssumme aufgerechnet. Die Berechtigung hierzu ergebe sich aus ihren AGB.

Eine Nachfristsetzung sei im Übrigen gar nicht erforderlich, da offenkundig gewesen sei, dass die Klägerin nicht leistungswillig oder -fähig gewesen sei.

Die behaupteten Verträge, insbesondere auch der über die 26 Porsche Cayenne, seien wirksam zustande gekommen.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Einvernahme des Zeugen Ha... aufgrund des Beweisbeschlusses vom 24.11.2005 (Bl. 182/184 d.A.) und des Zeugen Go... aufgrund Verfügung gemäß § 273 Abs. 2 ZPO vom 04.05.2006 (Bl. 244 d.A.). Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsprotokolle vom 16.03.2006 und 21.09.2006 verwiesen.

Ergänzend wird auf das Sitzungsprotokoll vom 29.09.2005 sowie die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätzen nebst Anlagen Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Berufung der Klägerin ist zum Teil begründet. Der Klägerin steht aufgrund der von der Beklagten erklärten Aufrechnung nur ein Rückzahlungsanspruch in Höhe von 445.974,00 EUR zu.

Die von der Klägerin hilfsweise beantragte Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landgericht kam nicht in Betracht. Zwar hat das Landgericht unter Verletzung des rechtlichen Gehörs und Verstoß gegen die Grundsätze des Beweiserhebungsverfahrens eine Überraschungsentscheidung getroffen. Die Voraussetzungen für eine Zurückverweisung lagen nach § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO jedoch nicht vor, da die notwendige Beweisaufnahme mit der Vernehmung von zwei Zeugen weder umfangreich noch aufwändig war.

1. Auf das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien sind die Vorschriften des CISG anwendbar, da auch Singapur, wo die Klägerin ihren Sitz hat, Vertragsstaat des Übereinkommens ist.

Die Vorschriften des CISG wurden nicht durch die AGB der Beklagten ausgeschlossen. Es kann daher offen bleiben, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen überhaupt Vertragsbestandteil geworden sind.

Nach Ziffer IX der AGB der Beklagten findet ausschließlich deutsches Recht unter Ausschluss der Bestimmungen des Einheitlichen Gesetzes über den internationalen Kauf beweglicher Sachen sowie über den Abschluss von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen Anwendung.

Das Einheitliche Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen vom 17.07.1973 und das Einheitliche Gesetz über den Abschluss von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen vom 17.07.1973 wurden zwar gemäß Art. 5 Abs. 1 des Gesetzes zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11.04.1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf sowie zur Änderung des Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 19.05.1956 über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßen- und Güterverkehr (CMR) vom 05.06.1989 (BGBl 1989 II S. 586) aufgehoben. Nach Art. 5 Abs. 2 dieses Gesetzes bleibt jedoch das Einheitliche Gesetz für Verträge, die Gegenstand des Einheitlichen Gesetzes über den internationalen Kauf beweglicher Sachen sind, maßgebend, sofern der Vertrag vor dem Tage geschlossen wird, an dem das Übereinkommen von 1980 für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft tritt. Das Einheitliche Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen sowie das Einheitliche Gesetz über den Abschluss von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen hat somit mit dem Inkrafttreten des CISG am 01.01.1991 nicht vollständig seine Bedeutung verloren. Die Beklagte hat in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen jedoch lediglich das EAG und EKG, nicht jedoch ausdrücklich auch das CISG ausgeschlossen.

Für die Auslegung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten ist deutsches Recht anwendbar, wenn man unterstellt, dass die AGB Vertragsbestandteil geworden sind. Zum einen ist in Ziffer IX der AGB die Anwendung deutschen Rechts vereinbart. Zum anderen ist deutsches Recht gemäß Art. 28 Abs. 2 EGBGB anwendbar, da die charakteristische Leistung, am Sitz des Verkäufers stattfindet (Palandt-Heldrich; BGB, 65. Auflage, Art. 28 EGBGB RN.9).

Gemäß § 305 c Abs. 2 BGB gehen Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu Lasten des Verwenders also der Beklagten. Nach Auffassung des Senats kann der ausdrückliche Ausschluss der Anwendung des EAG und des EKG nicht dahin gehend ausgelegt werden, dass nach dem Außerkrafttreten dieser Gesetze nunmehr die Vorschriften des CISG ausgeschlossen sein sollen. Wie bereits ausgeführt, haben das EAG und das EKG auf Altverträge ihre Bedeutung nicht vollständig verloren. Gerade im internationalen Verkehr ist für die ausländische Vertragspartei nicht ohne weiteres erkennbar, welche Vorschriften für den internationalen Warenkauf in Deutschland einschlägig sind. Es ist daher Sache des Verwenders ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass er auch eine Anwendung des CISG ausschließen möchte. In AGB verwendete Rechtsbegriffe sind in der Regel auch entsprechend der juristischen Fachbedeutung zu verstehen (BGHZ 5, 365, 367).

2. Der Klägerin steht dem Grunde nach gem. Art. 81 Abs. 2 CISG ein Anspruch auf Rückgabe des von ihr Geleisteten zu.  
Offenbleiben kann an dieser Stelle, ob die Beklagte zur Aufhebung sämtlicher mit der Klägerin geschlossenen Verträge oder nur zu einer teilweisen Aufhebung berechtigt war, da die Klägerin einer Aufhebung sämtlicher Verträge zumindest konkludent zugestimmt hat und somit jedenfalls eine übereinstimmende Vertragsbeendigung zu Stande gekommen ist.

Die Beklagte räumt ein, von der Klägerin 545.391,00 EUR erhalten zu haben. Soweit die Klägerin die Rückzahlung weiterer 195,00 EUR, die als Bankgebühren angefallen sind, fordert, besteht dieser weitergehende Anspruch nicht, da die Klägerin den Eingang bei der Beklagten nicht nachgewiesen hat. Die Kosten für die Überweisung hat grundsätzlich der Schuldner zu tragen.

3. Der Rückzahlungsanspruch der Klägerin ist jedoch durch die von der Beklagten erklärte Aufrechnung in Höhe von 99.417,00 EUR erloschen.  
Der Beklagten stehen in dieser Höhe Schadensersatzansprüche gemäß Art. 61 Abs. 1 lit.b CISG in Verbindung mit Art. 74 ff CISG zu. Weitergehende Schadensersatzansprüche bestehen dagegen nicht.
  - a) Bestellung von 13 Fahrzeugen des Typs Mercedes und Mercedes AMG (fünf SL 55 AMG, vier E 55 AMG, zwei SL 350 sowie zwei SL 500).

Der Beklagten steht ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 99.417,00 EUR wegen der Bestellung von vier E 55 AMG und drei SL 55 AMG zu.

Die Klägerin hat mit E-Mail vom 30.09.2002, (GD2) insgesamt 14 Fahrzeuge des Typs Mercedes und Mercedes AMG bestellt. Die Bestellung eines Fahrzeugs des Typs CL 55 wurde später storniert, so dass aufgrund der Auftragsbestätigung der Beklagten vom 30.09.2002 (GD2) letztlich ein Kaufvertrag über 13 Fahrzeuge zustande gekommen ist.

Die Parteien hatten sich dahin gehend geeinigt, dass Fälligkeit nach Vorliegen der Bereitstellungsanzeige und Mitteilung der Fahrgestellnummer seitens der Beklagten eintritt. Die Klägerin hat das Vorbringen der Beklagten zu dieser Fälligkeitsvereinbarung - auch nach entsprechendem Hinweis des Senats in seinem Aufklärungs- und Beweisbeschluss vom 24.11.2005 - nicht bestritten.

Da die Parteien eine - nach Art. 6 CISG zulässige - Parteivereinbarung über die Fälligkeit getroffen haben, findet Art. 58 CISG, der eine Zug-um-Zug-Leistung vorsieht, keine Anwendung. Die Klägerin war vielmehr nach Anzeige der Fahrgestellnummern und der Lieferbereitschaft zur Vorleistung verpflichtet.

Die Beklagte hat mit Schreiben vom 08.04.2003 (GD7) eine Nachfrist für die Zahlung von neun Fahrzeugen bis zum 17.04.2003 gesetzt. Der Kaufpreis dieser Fahrzeuge war zu diesem Zeitpunkt auch fällig.

Hinsichtlich der beiden Mercedes Benz SL 350 hat die Beklagte mit Schreiben und Pro-forma-Rechnungen vom 30.01.2003 (GD5 sowie GD27) ihre Lieferbereitschaft angezeigt sowie die Fahrgestellnummern mitgeteilt. Gleiches gilt hinsichtlich der beiden ebenfalls am 30.09.2002 bestellten Fahrzeuge Mercedes Benz SL 500 mit den Fahrgestellendnummern ..637 und ...932.

Mit Pro-forma-Rechnungen vom 10.02.2003 (GD6) hat die Beklagte hinsichtlich zweier Fahrzeuge Mercedes AMG E 55 Fahrgestellendnummern .....817 und ....583 der Klägerin übermittelt.

Mit Schreiben vom 08.04.2003 (GD7) hat die Beklagte nochmals die Fahrgestellnummern der oben in Ziffer 3a) genannten Fahrzeuge des Typs Mercedes Benz SL 500 mit den Fahrgestellnummern .. 554 und .... 873 und zweier Fahrzeuge Mercedes AMG E 55 mit den Fahrgestellendnummern ...817 und ....583 mitgeteilt sowie erstmals die Fahrgestellnummern zweier weiterer Mercedes AMG E 55 mit den Fahrgestellendnummern .....130 und ...014 und dreier Mercedes AMG SL 55 mit den Fahrgestellendnummern ...455, ...924 und ...349 übermittelt, ihre Lieferbereitschaft kundgetan und Zahlung bis spätestens 17.04.2003 gefordert.

Ferner hat die Beklagte mit Datum vom 08.04.2003 eine Pro-forma-Rechnung für ein weiteres Fahrzeug Mercedes AMG SL 55 mit der Fahrgestellendnummer .....996 an die Klägerin übersandt (GD7).

Zum Zeitpunkt der Nachfristsetzung vom 08.04.2003 (GD7) waren somit die Kaufpreise hinsichtlich der beiden Mercedes Benz SL 500 sowie zweier E 55 AMG mit den Fahrgestellendnummern ...817 und ....583 bereits fällig.

Ferner war der Kaufpreis für die beiden Mercedes Benz SL 350 fällig. Die Nachfristsetzung im Schreiben vom 08.04.2003 erstreckte sich aber nicht auf diese beiden Fahrzeuge.

Hinsichtlich weiterer zweier Fahrzeuge des Typs Mercedes AMG E 55 und dreier Mercedes AMG SL 55, die im Schreiben vom 08.04.2003 genannt sind, trat die Fälligkeit erst mit der in diesem Schreiben enthaltenen Bereitstellungsanzeige ein.

Es kann insoweit offen bleiben, ob eine Fristsetzung auch erst nach dem Fälligkeitstermin erklärt werden kann (MünchKommHGB/Benicke CISG Art. 47 Rn. 5 m.w.N.). Hier ist jedenfalls die Fälligkeit gemeinsam mit der Fristsetzung eingetreten. Es wäre ein bloßer Formalismus, wenn der Verkäufer gesonderte Schreiben fertigen müsste, um in einem die Fälligkeit zu schaffen und im nächsten, das in unmittelbarer zeitlicher Folge beim Schuldner eingehen könnte, erst die Nachfrist setzen dürfte. Der Schuldner wird durch eine gleichzeitige Schaffung von Fälligkeit und Nachfristsetzung zumindest dann nicht benachteiligt, wenn ihm eine ausreichende Frist zur Erfüllung gesetzt wird. Dies ist hier der Fall. Hinsichtlich der erst mit dem Fax vom 08.04.2003 fällig gestellten Kaufpreise verblieb noch eine Zahlungsfrist von neun Tagen. Die Vertragsaufhebung wurde sogar erst am 08.10.2003 erklärt.

Die Klägerin hat ihre Pflicht zur Kaufpreiszahlung gemäß Art. 62 CISG verletzt.

Allein für zwei der im Schreiben vom 08.04.2003 genannten Fahrzeuge des Typs Mercedes AMG E 55 AMG war ein Kaufpreis von jeweils 79.891,00 sowie für zwei weitere Fahrzeuge dieses Typs ein Kaufpreis von je 78.576,00 EUR fällig. Für die drei SL 55 AMG war ein Kaufpreis von jeweils 112.401,00 EUR zu zahlen, mithin für diese sieben im Schreiben vom 08.04.2003 genannten Fahrzeuge ein Kaufpreis von insgesamt 654.137,00 EUR.

Die Beklagte war daher zur Nachfristsetzung gemäß Art. 63 CISG berechtigt. Die Erklärung nach Art. 63 CISG muss keine Ablehnungsandrohung enthalten. Das Schreiben vom 08.04.2003 bringt aber hinreichend bestimmt zum Ausdruck, dass der Verkäufer auf Erfüllung innerhalb der Nachfrist besteht und genügt daher den Anforderungen des Art. 63 CISG (MünchKommHGB/Benicke CISG Art. 47 Rn. 5).

Die Beklagte muss sich jedoch daran festhalten lassen, eine Nachfrist nur für die im Schreiben vom 08.04.2003 aufgeführten Fahrzeuge gesetzt zu haben.

Von der am 14.07.2003 geleisteten Zahlung in Höhe von 251.849,00 EUR entfallen, wie oben ausgeführt, 81.732,00 EUR auf die beiden am 25.07.2002 bestellten Mercedes Benz SL 500, so dass für die weiteren Fahrzeuge ein Restbetrag in Höhe von 170.117,00 zur Tilgung verblieb.

Auch die weitere Zahlung der Klägerin vom 11.09.2003 in Höhe von 76.445,00 EUR, hinsichtlich der die Klägerin am 12.09.2003 (K17) eine Tilgungsbestimmung abgegeben hat, hat nicht genügt, um den fälligen Kaufpreis vollständig auszugleichen.

Da die Klägerin somit auch nach der Fristsetzung vom 08.04.2003 ihrer Verpflichtung zur vollständigen Kaufpreiszahlung nicht nachgekommen ist, war die Beklagte gemäß Art. 64 Abs. 1 lit. b CISG berechtigt, mit Schreiben vom 08.10.2003 die Aufhebung der Verträge zu erklären, hinsichtlich der sie Nach-

frist gesetzt hatte und gemäß Art. 61 Abs.1 lit. b CISG in Verbindung mit Art. 74 ff CISG Schadensersatz zu verlangen.

Obwohl zwischen Nachfristsetzung und Vertragsaufhebung ein Zeitraum von sechs Monaten lag, war die Vertragsaufhebung auch keineswegs verwirkt, da die Klägerin nicht davon ausgehen konnte, dass die Beklagte trotz weiter ausbleibender vollständiger Kaufpreiszahlung von ihren Rechten keinen Gebrauch mehr machen werde.

Die Schadensersatzpflicht beschränkt sich jedoch auf die im Schreiben vom 08.04.2003 genannten vier Fahrzeuge des Typs E 55 AMG und drei SL 55 AMG.

Wie dargelegt, waren zum Zeitpunkt der Vertragsaufhebungserklärung der Beklagten am 08.10.2003 die beiden Mercedes Benz SL 500 mit den Fahrgestellnummern ... 554 und ... 873 bereits vollständig bezahlt.

Hinsichtlich der beiden Fahrzeuge Mercedes Benz SL 350 sowie eines SL 55 AMG mit der Fahrgestellendnummern ....924 und eines weiteren E 55 AMG hat die Beklagte eine Nachfristsetzung nicht nachgewiesen.

Im dem Schreiben vom 08.04.2003 sind diese Fahrzeuge nicht genannt.

Zwar hat der Zeugen Ha... die Behauptung der Beklagten bestätigt, dass die Beklagte der Klägerin weitere mündliche Nachfristen gesetzt hat. Der Senat hält allerdings die Aussage des Zeugen Ha.. insoweit nicht für glaubhaft. Der Zeuge konnte eine einigermaßen brauchbare zeitliche Einordnung nicht vornehmen und hat sich teilweise hinsichtlich der zeitlichen Abfolge auch geirrt.

Er hat zwar dargetan, dass die Klägerin bis zur Erklärung des Rücktritts immer wieder unter Fristsetzung zur Zahlung aufgefordert wurde. Der Senat konnte sich aufgrund der vagen Erklärung des Zeugen aber weder ein Bild darüber machen, wann diese Erklärungen abgegeben worden sein sollen noch darüber, ob sie inhaltlich den Anforderungen des Art. 63 CISG entsprochen haben.

Der Senat folgt insoweit der Aussage des Zeugen Go..., der ausgeführt hat, dass die Beklagte bei seinem Besuch im Juni 2003 zwar auf Zahlungen gedrängt hat, es jedoch zwischen Juni und Oktober keine Nachfristen gab, sondern nur die Bitte der Beklagten, sich an das Vereinbarte zu halten.

Hierfür spricht auch, dass die Beklagte noch am 28.08.2003 einen weiteren Kaufvertrag mit der Klägerin über die Lieferung von sechs Mercedes E 200 geschlossen hat.

Der Senat hält den Zeugen Go.. für glaubwürdig. Während der Zeuge Ha.. noch bei der Beklagten beschäftigt ist, ist der Zeuge Go.. bei der Klägerin bereits im Juni 2005 ausgeschieden und hat am Ausgang des Rechtsstreits kein erkennbares Eigeninteresse.

Da kein Rahmenvertrag über die Lieferung von Fahrzeugen behauptet wurde, sondern lediglich Kaufverträge über einzelne Fahrzeuge vorliegen, stellen die ausgebliebenen Zahlungen für die oben genannten Fahrzeuge keine wesentliche Vertragsverletzung im Sinne von Art. 25 CISG dar, die es rechtfertigen könnte, auch ohne Nachfristsetzung eine Aufhebung aller Verträge zu verlangen.

Bei den beiden Fahrzeugen des Typs E 55 AMG mit den Fahrgestellendnummern ....817 und ..583 betrug der mit der Klägerin vereinbarte Kaufpreis je-

weils 85.576,00 EUR, bei den beiden weiteren Fahrzeugen des Typs E 55 mit den Fahrgestellnummern ..130 und ..014 jeweils 86.891,00 EUR. Bei allen vier Fahrzeugen war der Einkaufspreis jeweils 75.388,50 EUR. Für die zwei Fahrzeuge ergab sich daher ein entgangener Gewinn von je 10.187,50 EUR und für die beiden weiteren von je 11.502,50 EUR, insgesamt daher ein Schaden in Höhe von 43.380,00 EUR.

Für die fünf Fahrzeuge des Typs SL 55 AMG hat die Beklagte lediglich hinsichtlich der vier PKW mit den Fahrgestellnummern ...455, ...924, ...996 und ...349 einen Schaden nachgewiesen. Das fünfte Fahrzeug dieses Typs ist in der Schadensberechnung der Beklagten GD27 nicht genannt. Auch ist insoweit das Vorliegen der Fälligkeitsvoraussetzungen zum Zeitpunkt der Nachfristsetzung nicht dargetan. Für das Fahrzeuge mit der Fahrgestellnummer ...996 fehlt es an einer Nachfristsetzung, sodass die Beklagte nur für drei Fahrzeuge des Typs SL 55 AMG eine Schadensersatzanspruch geltend machen kann.

Der Schaden berechnet sich daher aus dem mit der Klägerin vereinbarten Kaufpreis für diese drei Fahrzeuge in Höhe von jeweils 120.901,00 EUR abzüglich des von der Beklagten gezahlten Einkaufspreises in Höhe von je 102.222,00 EUR, mithin einem entgangenen Gewinn je Fahrzeug von 18.679,00 EUR. Der Gesamtschaden hinsichtlich dieser Fahrzeuge beträgt somit 56.037,00 EUR.

Die Beklagte hat diese Schäden zur Überzeugung des Senats durch die Aussage des Zeugen Ha.. nachgewiesen. Dieser hat ausgeführt, dass er die in der Anlage GD27 genannten Mehr- und Mindererlöse an Hand seiner Unterlagen errechnet hat.

Der Senat hält die Aussage des Zeugen Ha... insoweit für glaubhaft. Anhaltspunkte dafür, dass er bezüglich der Schadensermittlung unwahre Angaben gemacht haben könnte, haben sich nicht ergeben. Der Zeuge konnte sich zwar hinsichtlich anderer Gegenstände seiner Befragung nur ungenau erinnern. Hinsichtlich der Schadensermittlung war seine Aussage jedoch überzeugend und in sich stimmig.

- b) Kaufvertrag über zwei Fahrzeuge Mercedes Benz SL 500 mit den Fahrgestellnummern ... 554 und ... 873.

Der Beklagten stehen bezüglich dieser Fahrzeuge keine Aufrechnungsansprüche zu.

Diese beiden Fahrzeuge wurden von der Klägerin unstreitig am 25.07.2002 (Anlage GD1) bestellt. Die Beklagte hat die Bestellung am selben Tag bestätigt.

Am 02.12.2002 zeigte die Beklagte hinsichtlich dieser Fahrzeuge ihre Lieferbereitschaft an (GD1 und GD27). Der Kaufpreis von 90.181,00 EUR sowie 91.231,00 EUR war damit nach der Vereinbarung der Parteien fällig geworden.

Nach unbestrittenem Vortrag der Beklagten war auch hinsichtlich dieser Fahrzeuge eine Fälligkeitsvereinbarung dahin getroffen worden, dass der Kauf-

preis bei Anzeige der Lieferbereitschaft und Mitteilung der Fahrgestellnummern vollständig zu entrichten war.

Diese beiden Fahrzeuge wurden von der Klägerin jedoch vollständig bezahlt, sodass eine Vertragsverletzung seitens der Klägerin nicht vorliegt.

Die Klägerin hatte unstreitig auf den Gesamtpreis von 181.412,00 EUR eine Anzahlung von 17.000,00 EUR geleistet, so dass zunächst noch ein Kaufpreis von 164.412,00 EUR offen war. Am 14.01.2003 hat die Klägerin an die Beklagte unstreitig eine weitere Zahlung in Höhe von 82.680,00 EUR geleistet (Anlage K7). Zu diesem Zeitpunkt war lediglich der Kaufpreis hinsichtlich der beiden genannten Fahrzeuge fällig. Da die Klägerin keine abweichende Bestimmung getroffen hatte, wurde diese Zahlung gemäß § 366 Abs. 2 BGB auf die fällige Schuld geleistet.

Hinsichtlich der Erfüllung ist nach Art. 28 Abs. 2 EGBGB deutsches Recht anwendbar (s.o.), da das CISG hierzu keine Regelung enthält.

Es war daher noch ein weiterer Teilbetrag in Höhe von 84.732,00 EUR offen. Diesen hat die Klägerin mit ihrer Zahlung vom 14.07.2003 in Höhe von 251.849,00 EUR vollständig geleistet.

Zu diesem Zeitpunkt waren zwar bereits die Kaufpreise für vier Fahrzeuge des Typs AMG E 55 und drei Fahrzeuge des Typs SL 55 fällig geworden. Da die Zahlung aber nicht ausreichte, sämtliche fällige Kaufpreise zu tilgen, und eine Tilgungsbestimmung der Klägerin fehlte, war die Zahlung zunächst nach § 366 Abs. 2 BGB auf die ältere Schuld anzurechnen. Entscheidend ist hierfür der Entstehungszeitpunkt. Dies war der Abschluss des Kaufvertrages am 25.07.2002.

Zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung der Beklagten vom 08.10.2003 (Anlage GD15) war daher der Kaufpreis hinsichtlich dieser beiden Fahrzeuge vollständig getilgt. Die Voraussetzungen für eine Vertragsaufhebung lagen somit nicht vor. Ein Schadensersatzanspruch gemäß Art. 61 Abs. 1 CISG kommt damit insoweit nicht in Betracht. Einen Verzögerungsschaden hat die Beklagte nicht dargetan.

Die Parteien haben auch nicht vorgebracht, dass sie einen Rahmenvertrag geschlossen haben. Anhaltspunkte hierfür sind auch nicht ersichtlich. Es handelt sich daher um einzelne Kaufverträge, deren rechtliches Schicksal gesondert zu bewerten ist.

Die Klägerin kann somit Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises verlangen, da die Parteien sich einig sind, dass die abgeschlossenen Verträge nicht durchgeführt werden und somit zumindest stillschweigend eine Vertragsaufhebung vereinbart wurde.

c) Sechs Fahrzeuge des Typs Mercedes E 200

Der Vertrag hinsichtlich dieser Fahrzeuge ist durch die Bestellung der Klägerin und die Auftragsbestätigung der Beklagten jeweils vom 28.08.2003 (Anlage GD27) zustande gekommen.

Mit Schreiben vom 16.09.2003 (Anlage GD13) hat die Beklagte der Klägerin zwar die Abholadresse hinsichtlich dieser Fahrzeuge mitgeteilt. Eine Anzeige der Fahrgestellnummern hat die Beklagte jedoch nicht vorgetragen. Die zwischen den Parteien vereinbarten Voraussetzungen für die Fälligkeit der Kaufpreisforderungen sind daher nicht eingetreten.

Eine Pflichtverletzung durch die Klägerin im Sinne von Art. 61 Abs. 1 lit. b CISG, die die Beklagte zur Vertragsaufhebung gemäß Art. 64 CISG und zum Schadensersatz gemäß Art. 74 ff CISG berechtigt hätte, lag damit nicht vor. Eine Fristsetzung ist ebenfalls nicht nachgewiesen. Die Bestellung dieser Fahrzeuge war erst nach der Fristsetzung vom 08.04.2003. Diese konnte sich daher auf diese Wagen nicht beziehen. Wie ausgeführt, ist die Aussage des Zeugen Ha.. nicht geeignet, den Nachweis für weitere Nachfristsetzungen zu führen.

Ferner lag weder ein Rahmenvertrag vor noch machte die unvollständige Zahlung des Kaufpreises anderer Fahrzeuge eine Nachfristsetzung entbehrlich.

d) Zwei Fahrzeuge des Typs BMW M3 CSL

Die Beklagte hat behauptet, der Verkaufsdirektor der Klägerin, der Zeuge Go., habe die beiden Fahrzeuge im März 2003 bei ihr telefonisch bestellt (Bl. 161 d.A.). Die Klägerin hat die Bestellung dieser Fahrzeuge in Abrede gestellt. Unstreitig hat die Klägerin jedoch für beide Fahrzeuge eine Anzahlung von jeweils 7.500,00 EUR geleistet. Da die Klägerin keine Umstände vorgetragen hat, weshalb sie auf einen gar nicht geschlossenen Vertrag Anzahlungen hätte geleistet haben sollen, sieht der Senat damit den Kaufvertragsschluss als nachgewiesen an.

Die Beklagte hat jedoch die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch gemäß Art. 61 in Verbindung mit Art. 74 ff CISG nicht dargetan.

Mit Schreiben vom 25.09.2003 (Anlage GD27) hat die Beklagte der Klägerin das Fahrzeug mit der Fahrgestellnummer JE .....535 in Rechnung gestellt und die Fahrgestellnummer mit Schreiben ihrer Schwestergesellschaft, der Firma Gl.. GmbH, mitgeteilt. Insoweit kann offen bleiben, ob die Beklagte darüber hinaus ausdrücklich die Lieferbereitschaft des Fahrzeugs hätte mitteilen müssen oder ob diese Mitteilung bereits konkludent in der Rechnungsübersendung enthalten ist. Gegen letztere Annahme spricht die Aussage des Zeugen Ha., wonach eines oder beide Fahrzeuge erst Ende 2003 fertig gewesen seien.

Der Zeuge Ha.. konnte jedenfalls nicht glaubhaft darlegen, dass auch hinsichtlich dieser Fahrzeuge eine Nachfrist gesetzt worden ist. Frühere Nachfristsetzungen wären insoweit unbehelflich, da jedenfalls nicht vor Mitteilung der Fahrgestellnummer am 25.09.2003 die Fälligkeit eingetreten ist. Es ist nicht nachgewiesen und auch nicht an Hand der Unterlagen erkennbar, dass nach diesem Zeitpunkt bis zur Aufhebungserklärung vom 08.10.2003 eine Nachfrist seitens der Beklagten gesetzt worden ist. Eine Nachfristsetzung war auch

nicht entbehrlich, da die Klägerin die Zahlung des Kaufpreises nicht endgültig und ernsthaft verweigert hatte.

Die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch gemäß Art. 61 Abs. 1 lit. b CISG sind somit nicht nachgewiesen.

Hinsichtlich des zweiten Fahrzeuges der Marke BMW M3 CLS hat die Beklagten weder vorgetragen, dass sie insoweit eine Rechnung gestellt hat noch dass sie ihre Lieferbereitschaft angezeigt und die Fahrgestellnummer mitgeteilt hätte. Auch in ihrer Schadensaufstellung (Anlage GD27) ist eine Fahrgestellnummer nicht enthalten. Der Kaufpreis dieses Fahrzeuges ist somit bereits nicht fällig geworden.

e) 12 Fahrzeuge der Marke BMW 520 i

Ein Schadensersatzanspruch der Beklagten scheidet bereits deshalb aus, weil ein Vertragsschluss hinsichtlich dieser Fahrzeuge nicht nachgewiesen wurde.

Die Beklagte macht geltend, die Klägerin habe diese Fahrzeuge im Schreiben vom 14.11.2002 (Anlage GD3) bestellt. Dies ist jedoch nicht der Fall. Das Schreiben vom 14.11.2002 enthält den Betreff „Fahrzeugbestellungen Porsche Cayenne S Rechtslenker (RHD)“. Weiter heißt es in diesem Schreiben: „wie bereits telefonisch besprochen übersende ich Ihnen hiermit in der Anlage unsere Fahrzeugbestellung für o.g. Fahrzeugtyp“. Im Anschluss daran werden Fahrzeuge der Marke Porsche Cayenne aufgeführt. Weiter heißt es: „nachstehend noch eine Liste weiterer dringend benötigter Neufahrzeuge“. Als solche werden 20 BMW X3, 12 BMW 520 i sowie VW Touareg 3.2 V6 aufgeführt und die Frage gestellt, wann diese zu welchen Konditionen lieferbar wären. Hierin liegt keine verbindliche Bestellung der BMW 520 i. Dies hat die Beklagte im Übrigen offenbar hinsichtlich der in diesem Schreiben genannten 20 BMW X3 und der unbezifferten Zahl der VW Touareg ebenso gesehen und bezüglich dieser Fahrzeuge keine Abnahme und Kaufpreiszahlung verlangt.

Zwar hat die Beklagte in ihrem Schreiben vom 21.11.2002 (Anlage GD3) nicht nur die Bestellung von 26 Fahrzeugen Porsche Cayenne bestätigt, sondern auch von 12 BMW 520 i. Diese „Bestätigung“ stellt mangels Antrags der Klägerin allerdings erst das Angebot zum Kaufvertragsabschluss dar. Die Beklagte hat nicht dargetan, dass die Klägerin in irgendeiner Weise diesem Angebot – und sei es auch konkludent – zugestimmt hätte.

Im Übrigen hat die Beklagte auch nicht dargetan, dass hinsichtlich dieser Fahrzeuge die Lieferbereitschaft angezeigt und die Fahrgestellnummern mitgeteilt wurden, so dass jedenfalls keine Fälligkeit hinsichtlich des Kaufpreises eingetreten ist.

Ein Schadensersatzanspruch steht der Beklagten daher insoweit nicht zu.

f) 26 Fahrzeuge des Typs Porsche Cayenne

Bezüglich dieser Fahrzeuge hat die Beklagte einen wirksamen Vertragsschluss nicht nachgewiesen. Die Klägerin hat einen solchen bestritten.

Zwar liegt eine „Bestellung“ hinsichtlich der genannten Fahrzeuge seitens der Klägerin mit Schreiben vom 14.11.2002 (Anlage GD3) vor. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist dem Schreiben auch nicht bloß zu entnehmen, dass es sich nur um eine unverbindliche Anfrage handelt. Vielmehr spricht die Klägerin in diesem Schreiben selbst von einer „Fahrzeugbestellung“. In diesem Schreiben der Klägerin sind jedoch weder der Kaufpreis noch die der Beklagten zu bezahlende Prämie noch die zu leistende Anzahlung aufgeführt. Diese Angaben finden sich erst in der Auftragsbestätigung der Beklagten vom 21.11.2002 (Anlage GD3). Dort wird als Kaufpreis für die Fahrzeuge der deutsche Listenpreis am Tage der Lieferung zuzüglich 3.000,00 EUR Prämie sowie eine Anzahlung von 7.000,00 EUR pro Fahrzeug verlangt.

Zwar kann auch ohne ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung gemäß Art. 55 CISG der bei Vertragsschluss allgemein für derartige Ware berechnete Kaufpreis als vereinbart angesehen werden. Dies setzt jedoch voraus, dass ein wirksamer Vertragsschluss stattgefunden hat (MünchKomm. HGB, Benicke, Art. 55 CISG, Rn. 3).

Nach Art. 14 CISG liegt ein annahmefähiges Angebot aber nur dann vor, wenn der Vorschlag ausdrücklich oder stillschweigend den Preis festsetzt oder die Festsetzung ermöglicht. Eine Festsetzung des Kaufpreises durch Hinweis auf den Listenpreis am Tag der Lieferung ist daher generell möglich. Ob aufgrund der beiden vorhergehenden Kaufverträge vom 25.07. und 30.09.2002 zwischen den Parteien generell ein solcher Listenpreis als stillschweigend vereinbart anzusehen ist, kann offen bleiben. Teil des Kaufpreises sollte nämlich auch eine Prämie in Höhe von 3.000,00 EUR sein. Hinsichtlich dieser hat die Beklagte behauptet, sie sei im Rahmen der telefonischen Vertragsverhandlungen abgesprochen worden. Dies hat die Klägerin bestritten.

Die Beklagte hat den ihr obliegenden Nachweis, dass tatsächlich bereits vorab eine telefonische Vereinbarung der zu zahlenden Prämie getroffen worden ist, nicht geführt.

Der Zeuge Ha.. hat dies zwar bestätigt. Der Senat konnte sich insoweit jedoch nicht von der Richtigkeit der Aussage überzeugen.

Der Zeuge Ha..hatte hinsichtlich der Bestellung der Porsche Cayenne keine brauchbare Erinnerung mehr. Dies ist auch insoweit nachvollziehbar, als die Vertragsverhandlungen nicht von ihm selbst, sondern vom Geschäftsführer der Beklagten, Herrn Voi., geführt wurden und er lediglich die Telefonate mitgehört haben will. Die eigentlichen Preisverhandlungen hat nach Angabe des Zeugen Ha...der weitere Geschäftsführer der Beklagten, Herr Dö., geführt. Der Zeuge Ha.. bestätigte zwar, dass der Mitarbeiter der Klägerin, Herr Go....., es akzeptiert habe, als Herr Dö... mitgeteilt habe, dass der Preis der bei Lieferung geltende Listenpreis zuzüglich 3.000,00 EUR sei. Die Aussage des Zeugen Ha.... zum Zustandekommen des Kaufvertrages über die Porsche Cayenne war allerdings stark widersprüchlich. Zunächst hatte der Zeuge ausgesagt, dass die Bestellung Anfang Winter 2003/2004 zustande gekommen sei. Sie sei parallel zur Bestellung der sechs Mercedes E 200 K gelaufen. Diese wurden allerdings tatsächlich bereits am 28.08.2003 bestellt (s.o.). Erst auf

Nachfrage hat der Zeuge dann erklärt, dass es richtig sei, dass die Auftragsbestätigung für die Porsche Cayenne Ende 2002 gewesen sei.

Der Zeuge hat letztlich auch nicht dargetan, dass die von ihm mitgehörten Telefonate über den Kaufpreis tatsächlich bereits vor der Bestellung der Klägerin vom 14.11.2002 lagen. Dagegen spricht im Übrigen auch, dass die Klägerin in diesem Schreiben zwar ausführt, dass sie „wie bereits telefonisch besprochen“ ihre Fahrzeugbestellung übersendet, mit keinem Wort jedoch auf angebliche Preisvereinbarungen eingeht. Auch im Schreiben der Beklagten vom 21.11.2002 bedankt sich die Beklagte lediglich für die Fahrzeugbestellung vom 14.11.2002 und bestätigt diese unter Nennung des Kaufpreises. Ein Hinweis darauf, dass der Kaufpreis bereits vorab telefonisch vereinbart worden ist, findet sich nicht.

Demgegenüber hat der Zeuge Go.. ausgeführt, dass er mit seinem Fax vom 14.11.2002 lediglich habe anfragen wollen, ob in der genannten Ausstattung und zu welchen Konditionen Liefermöglichkeit bestehe. Zwar habe es daneben Telefonate gegeben. In diesen sei es aber um die Frage gegangen, ob Rechtslenker lieferbar seien. Zwar sei auch angesprochen worden, dass ein nicht unerheblicher Aufpreis zu zahlen sei, über dessen Höhe sei aber nicht gesprochen worden. Für sie sei klar gewesen, dass nach Eingang der Auftragsbestätigung durch die Beklagte ein Vertrag dann zustande komme, wenn die Klägerin die geforderten Anzahlungen leiste. Der Geschäftsführer der Klägerin habe auch der Beklagten gegenüber keine Zusicherungen für Zahlungen gemacht.

Auf die Frage, ob die Klägerin von der Beklagten tatsächlich eine Vorschussrechnung erhalten hat, kommt es nach Auffassung des Senats – auch für die Glaubwürdigkeit des Zeugen Go.. – nicht entscheidend an. Selbst wenn dies entgegen der Einlassung des Zeugen der Fall gewesen sein sollte hält ihn der Senat für glaubwürdig und seine Aussage für glaubhaft. Der Zeuge hatte noch eine recht gute Erinnerung an den Sachverhalt und hat schlüssig und in sich stimmig ausgesagt.

Da somit wesentliche Vertragsbestandteile, nämlich vor allem die zu zahlende Prämie, erst mit dem Schreiben der Beklagten vom 21.11.2002 der Klägerin unterbreitet wurden, stellt erst dieses Schreiben das Angebot zum Kaufvertragsabschluss dar. Dieses wurde jedoch von der Klägerin weder stillschweigend noch ausdrücklich angenommen.

So hat die Klägerin dem von der Beklagten mit Schreiben vom 02.12.2002 (Anlage GD33) gemachten Vorschlag, die bereits für die Mercedes Benz SL 500 bezahlte Kautions von 17.000,00 EUR auf die für Porsche Cayenne zu zahlende Kautions anzurechnen, mit Schreiben vom 03.12.2002 (Anlage GD34) widersprochen.

Dem Schreiben der Beklagten vom 06.02.2003 (Anlage GD35) mit der Aufforderung, die Anzahlungen für die Porsche Cayenne in Höhe von 182.000,00 EUR zu zahlen, hat die Klägerin zwar nicht mit dem Hinweis, dass gar kein Vertrag zu Stande gekommen sei, widersprochen, die geforderten Anzahlungen hat sie jedoch ebenfalls nicht geleistet. Mit Schreiben vom 03.08.2003

(Anlage GD11) hat sie sodann erstmals der Auffassung der Beklagten, dass ein rechtswirksamer Vertrag zu Stande gekommen sei, ausdrücklich widersprochen. Eine Äußerung der Klägerin dahingehend, dass sie mit den von der Beklagten im Schreiben vom 21.11.2002 geäußerten Vertragsbedingungen einverstanden ist, liegt damit nicht vor.

Auch eine konkludente Vertragsannahme ist mangels entsprechendem schlüssigen Verhalten der Beklagten nicht gegeben.

Die Beklagte kann damit für diese Fahrzeuge ebenfalls keinen Schadensersatzanspruch geltend machen. Es kann daher offen bleiben, ob insoweit eine Fristsetzung nach Fälligkeit der Kaufpreise vorgelegen hat oder eine solche aufgrund der Erklärungen der Klägerin vom 03.08.2003, dass gar kein Kaufvertrag zu Stande gekommen sei, entbehrlich war. Offenbleiben kann auch, ob der von der Beklagten behauptete und von der Klägerin bestrittene Schaden überhaupt eingetreten ist.

### III.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92, 708 Nr. 10, 711, 709 Satz 2 ZPO.

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Der Senat wendet gesicherte Rechtsprechungsgrundsätze auf den Einzelfall an und nimmt die Auslegung vertraglicher Vereinbarungen vor, der keine Bedeutung über den Einzelfall hinaus zukommt.

Die Rechtssache hat weder eine grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.

Vorsitzender Richter

Richter

Richter