

CISG-online 7282	
Jurisdiction	Germany
Tribunal	Oberlandesgericht Köln (Court of Appeal Cologne)
Date of the decision	06 February 2025
Case no./docket no.	8 U 38/23
Case name	<i>Protective masks case VII</i>

Gründe:

I.

1

Die Beklagte führte ab dem 27.03.2020 bis Ende April 2020 ein sog. Open-House-Verfahren zur Beschaffung von Schutzmaterial für die COVID-19-Pandemie durch. Ein solches Verfahren ist dadurch gekennzeichnet, dass anders als in ausschreibenden Vergabeverfahren keine Auswahlentscheidung getroffen wird und alle «Bieter» den Zuschlag für ihr Gebot zu den vorgegebenen Vertragsbedingungen erhalten.

Am 27.03.2020 veröffentlichte die Beklagte die Auftragsbekanntmachung mit der Referenznummer [...] im «Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union» für das europäische öffentliche Auftragswesen sowie in dessen Online-Version «Tenders Electronic Daily» zur Beschaffung von Schutzausrüstung. Am 08.04.2020 erfolgte eine Berichtigung/Bekanntmachung über Änderungen oder zusätzliche Angaben.

2

Die Auftragsbekanntmachung enthielt unter Ziffer II.2.4) «Beschreibung der Beschaffung» auszugsweise folgenden Passus:

3

«[...] Das Vertragssystem beginnt ab sofort zu laufen und endet mit Ablauf des 08.04.2020. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass spätester Liefertermin der 30.04.2020 innerhalb der üblichen Geschäftszeiten der G[...] KG, V[...] -straße. [...] in [...] H[...], ist. [...]

Für alle Angebote gelten die gleichen Bedingungen. Individuelle Vertragsverhandlungen werden nicht durchgeführt. Insbesondere sind die vorgegebenen Preise zu akzeptieren. Die Anforderungen an die einzelnen Produktgruppen und die jeweiligen Preise sind in der Leistungsbeschreibung aufgeführt. Die Leistungsbeschreibung ist Bestandteil der Auftragsunterlagen, die bei der in Abschnitt I.3 (Kommunikation) dieser Auftragsbekanntmachung genannten Adresse abrufbar sind.» [...]

Die ausgeschriebenen Vertragsbedingungen sahen ausschnittsweise folgende Regelungen vor (im Folgenden als Open-House-Vertrag [OHV] bezeichnet):

«§ 2 Vertragsbestandteile

2.1.

Folgende Unterlagen und Bestimmungen sind in Ergänzungen der Regelungen dieses Vertrages Bestandteile des Vertragsverhältnisses:

- a. die Leistungsbeschreibung mit den Stückpreisen für die einzelnen Produktgruppen [...]

§ 3 Leistung/Lieferung [...]

3.2

Die Lieferung der Produkte hat an die G[...] KG, V[...] -straße. [...] in [...] H[...], während der üblichen Geschäftszeiten zu erfolgen, die üblichen Geschäftszeiten sind von dem AN bei der G[...] KG zu erfragen. Die Lieferung ist der G[...] KG in Textform mit einer Frist von mindestens drei Kalendertagen vor dem Liefertermin anzukündigen. Spätester Liefertermin ist der 30.04.2020 innerhalb der Geschäftszeiten gemäß S. 1. Bei Nichteinhaltung des spätesten Liefertermins entfallen die gegenseitigen Pflichten der Vertragspartner; eine verspätete Lieferung stellt keine Erfüllung des Vertrages durch den AN dar (absolutes Fixgeschäft).

§ 4 Vergütung

4.1

Die Vergütung richtet sich nach der vom AN gelieferten Menge und dem in der Leistungsbeschreibung (Anlage 1) für die vertragsgegenständliche Produktgruppe festgelegten Netto-Stückpreis zzgl. der gesetzlichen Umsatzsteuer. [...]

§ 5 Zahlung

5.1

Der AG zahlt die vereinbarte Vergütung bargeldlos binnen einer Woche nach erfolgter Lieferung und Eingang einer den Vorschriften des Umsatzsteuerrechts entsprechenden Rechnung bei der G[...] KG, V[...] -straße [...] in [...] H[...], auf das von dem AN angegebene Konto.

5.2

Jede Zahlung erfolgt unter dem Vorbehalt des Anspruchs auf Rückerstattung wegen nicht oder mangelhaft erbrachter Leistungen. Der AN kann sich gegenüber einer berechtigten Rückforderung des AG nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen. Ist der Zahlungseingang bei dem AG nicht innerhalb von 7 Kalendertagen nach Zugang eines Rückforderungsschreibens festzustellen, befindet sich der AN spätestens ab diesem Zeitpunkt mit seiner Rückzahlungsverpflichtung in Verzug und hat an den AG Verzugszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB zu zahlen. [...]

§ 7 Laufzeit des Vertrages/sonstige Vereinbarungen

7.3

Der ausschließliche Gerichtsstand für alle Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag ist E[...].

7.3 [sic – Ziffer doppelt vergeben]

Dieser Vertrag unterliegt dem Recht der Bundesrepublik Deutschland unter Ausschluss der Kollisionsnormen des internationalen Privatrechts. Die Vertragsdurchführung hat ausschließlich in deutscher Sprache zu erfolgen.

7.4

Sollten Bestimmungen dieses Vertrages ganz oder teilweise unwirksam oder undurchführbar sein oder ihre Wirksamkeit oder ihre Durchführbarkeit später verlieren, so wird hierdurch die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen dieses Vertrages nicht berührt. Das gilt auch, sobald sich herausstellen sollte, dass der Vertrag eine Regelungslücke enthält. Anstelle der unwirksamen oder undurchführbaren Bestimmung oder zur Ausfüllung der Regelungslücke soll eine angemessene Regelung gelten, die, soweit rechtlich möglich, dem am nächsten kommt, was die Vertragspartner gewollt haben oder nach dem Sinn und Zweck dieses Vertrages gewollt hätten, sofern sie es bei Abschluss des Vertrages oder bei der späteren Aufnahme einer Bestimmung bedacht hätten. [...]»

Die in der Leistungsbeschreibung festgelegten Nettopreise beliefen sich auf 4,50 EUR pro FFP2-Maske. 5

Die Klägerin unterbreitete unter dem 08.04.2020 gegenüber der Beklagten 45 Angebote über die Lieferung von insgesamt 4.310.000 KN95-Masken. Mit Zuschlagsschreiben der für die Beklagte handelnden Generalzolldirektion vom 10.04.2020 – per E-Mail vom selben Tage übersandt – wurde der Klägerin hierauf der Zuschlag im Open-House-Verfahren erteilt. 6

In der E-Mail der Generalzolldirektion vom 10.04.2020 wurde zudem um die Beachtung einer beigefügten Checkliste gebeten, in der es u.a. hieß: 7

«1.3. Aufforderung zur Avisierung:

Bis spätestens 24 Stunden vor der Anlieferung hat eine Avisierung an die Mailadresse G[...].com zu erfolgen. Die folgenden Merkmale sind zu avisieren:

- Artikelart
- Stück je Artikel
- Zertifikate der Artikel (falls vorhanden)
- Lieferschein
- Datum sowie voraussichtliche Uhrzeit der Anlieferung
- Anzahl Paletten
- Anzahl Pakete je Palette

- Stück je Paket
- Falls vorhanden: morphologische Daten

Falls die Avisierung nicht frühzeitig stattfindet, kann die Ware nicht entgegengenommen werden. Die Rechnungen, Lieferscheine und Frachtdokumente sind bei der Anlieferung mitzuführen.»

Zur Abwicklung des Vertrages bediente sich die Beklagte der G[...] KG («G[...]»), im weiteren Verlauf des Verfahrens sodann auch der R[...] I[...] GmbH (nachfolgend «R[...]») sowie B[...] - U[...].

8

Die Klägerin kündigte per E-Mail vom 11.04.2020 an, am 14.04.2020 insgesamt 380.000 Masken bei G[...] anliefern zu wollen; per E-Mail vom 13.04.2020 übersandte die Klägerin ergänzend zu ihrer E-Mail vom 11.04.2020 die Lieferscheine. Mit E-Mail vom 14.04.2020 teilte G[...] der Klägerin für den 14.04.2020 und 15.04.2020 Anlieferslots zu, wobei G[...] erklärte, aufgrund der Kurzfristigkeit der Avisierung müsse mit Wartezeiten gerechnet werden. Zu einer Anlieferung von Masken kam es zu den vorgenannten Zeiten sodann nicht – wobei die Gründe hierfür zwischen den Parteien streitig sind.

9

Am 15.04.2020 verschickte die Generalzolldirektion an die Lieferanten im Open House Verfahren eine E-Mail, die in Anlage 1 ein Merkblatt mit «verpflichtend einzuhaltenden Lieferstandards im Open-House Verfahren» enthielt, in denen es u.a. hieß:

10

«2. Avisierungsprozess:

- Die Anmeldung der Lieferung muss möglichst frühzeitig, spätestens aber 3 Werktage vor dem geplanten Anliefertag an [...]@G[...].com, unter Angabe einer Telefonnummer und einer Mailadresse, erfolgen
- Die Anlieferslots werden nach Eingang der Abmeldung vergeben
- Sollte an einem geplanten Anliefertag kein Slot mehr verfügbar sein, wird die Anlieferung auf einen späteren Zeitpunkt verlegt
- Wird ein Anlieferslot nicht eingehalten, wird ein neuer Anliefertermin vergeben
- Dabei sind folgende Informationen mitzuteilen:
 - Ob es sich um eine «Open-House» Anlieferung handelt
 - Anliefernde Spedition, inklusive aller Kfz-Kennzeichen
 - Lieferschein (lesbar)
 - Gesamtanzahl der Paletten pro Fahrzeug
 - Anzahl Pakete pro Palette und Inhalt je Paket (Art und Anzahl der Artikel)
 - Informationen des Herstellers (Herstellername, vorhandene Zertifikate)
- Sie erhalten im Anschluss eine Nummer und ein Zeitfenster zur Anlieferung
- Bei einer Gesamtliefermenge von über 5 Mio. Stück des anzuliefernden Artikels ist eine vorherige Abstimmung über die Modalitäten der Anlieferung erforderlich.

Falls keine Avisierung vorliegt oder der Anlieferstermin nicht eingehalten wird, wird die Ware nicht entgegengenommen.»

Anlage 2 zur E-Mail der Generalzolldirektion vom 15.04.2020 war ein als «FAQ Open-House Prüftechnik» bezeichnetes Papier mit Antworten des BMG auf häufig gestellte Fragen (frequently asked questions). Hierin hieß es auszugsweise:

11

«4. In welchen Fällen ist eine Sonderzulassung nach § 11 Abs. 1 MPG für filtrierende Halbmasken nach FFP2 im Rahmen des Open-House Auftrags erforderlich?

Eine Sonderzulassung ist notwendig für alle filtrierenden Halbmasken, für die kein Zertifikat nach der PSA-Verordnung (EU) 2016-425 vorliegt. [...]

Derzeit dürfen PSA, die kein Zertifikat gemäß PSA-VO haben, für den Zeitraum der Coronakrise auch als Medizinprodukte in Deutschland in Verkehr gebracht werden. Dazu bedarf es aber zuvor einer Sonderzulassung gemäß § 11 Abs. 1 MPG durch das BfArM.»

Mit E-Mails vom 15.04.2020 und 16.04.2020 wandte sich die Klägerin an die Generalzolldirektion und führte aus, dass sie Masken angeboten habe, welche dem Chinesischen Standard CNAS [...] KN95 entsprächen, die chinesischen Hersteller indes nicht die nunmehr geforderten CE Zertifikate der Klasse EU 2016-425 besäßen. Dabei hieß es in der E-Mail vom 16.04.2020 auszugsweise:

12

«Auf Grund der gestrigen Anweisung haben wir zunächst die Produktion drosseln müssen und den Versand und die Buchung von Frachtkapazitäten zurückstellen müssen.

Weiterhin haben wir den Versand von Testmustern vorbereitet. Morgen werden wir uns bemühen das mögliche Zulassungsverfahren nach § 11 Abs. 1 MPG zu prüfen und nach Möglichkeit zu beantragen.

Ich gehe davon aus dass durch diese Anforderung für uns die Liefertermine 30.04.2020 nur zum Teil erreicht werden können.

Um weiteren Schaden auf das nötigste zu minimieren bitte ich um Mitteilung wie vorzugehen ist.»

Am 19.04.2020 schickte die Generalzolldirektion sodann eine weitere E-Mail an alle Lieferanten im Open-House-Verfahren mit Anhängen, so auch an die Klägerin. Darin hieß es in der Anlage «Nachtrag zu Anlage 2 FAQ Open-House-Prüftechnik» auszugsweise:

13

«In Anlage 2 muss *Punkt 4* nun lauten:

4. In welchen Fällen ist eine Sonderzulassung nach § 11 Abs. 1 MPG für filtrierende Halbmasken nach FFP2 im Rahmen des Open-House Auftrags erforderlich?

Mit Inkrafttreten der «Verordnung zur Beschaffung von Medizinprodukten und persönlicher Schutzausrüstung bei der durch das Coronavirus SARS-CoV-2 verursachten Epidemie» am 9. April 2020 ([https://www.p\[...\].pdf](https://www.p[...].pdf)) entfällt eine Verpflichtung des Anbieters in entsprechenden Beschaffungsverfahren zur Beantragung bzw. zum Nachweis einer Sonderzulassung.

Die Prüfung der Zertifikate im Zusammenhang mit Ihrem Angebot werden, ebenso wie die weiteren Prüfungen, über die Sie informiert wurden, vom TÜV durchgeführt. Bitte legen Sie die Zertifikate daher bei der Anlieferung Ihrer Ware bei, damit sie zeitnah zur Prüfung herangezogen werden können.»

Mit E-Mail vom 19.04.2020 wandte sich die Klägerin erneut an die Generalzolldirektion und machte im Wesentlichen geltend, bislang sei eine Vorlage von Zertifikaten nicht erforderlich gewesen, die Vorlage solcher Zertifikate werde voraussichtlich die Lieferzeit verlängern. Mit E-Mail vom 22.04.2020 meldete sich das BMG bei der Klägerin und erklärte, Zertifikate seien nicht erforderlich, die gelieferte Ware werde vom TÜV geprüft, auch wenn keine Zertifikate oder Nachweise beigefügt seien.

14

Bereits zuvor, mit E-Mail vom 19.04.2020, hatte die Klägerin eine Lieferung von 100.000 Masken für den 20.04.2020 bzw. den Folgetag avisiert. In Reaktion hierauf bot G[...] der Klägerin einen Slot am 21.04.2020 an. In einer weiteren E-Mail vom 20.04.2020 bat die Klägerin zudem um eine Nummer für weitere 100.000 Masken. G[...] teilte hierfür einen Slot am 22.04.2020 zu. Die Klägerin ließ die für den 21.04.2020 und 22.04.2020 vergebenen Slots für die Anlieferung von jeweils 100.000 Schutzmasken unter Hinweis auf (Flug-)verspätungen verstreichen.

15

Am 22.04.2020 bat die Klägerin per E-Mail um Daten für die Anlieferung von insgesamt 300.000 FFP2-Masken gemäß drei der E-Mail beigefügten Lieferscheine für eine Anlieferung am 30.04.2020, 23:45 Uhr. Abgestimmt wurden in der Folge zwei Slots am 30.04.2020 um 23:00 Uhr. G[...] teilt sodann mit, dass die Termine ab 20:00 Uhr leider abgesagt worden seien; anstelle der zuvor angebotenen und bereits bestätigten Termine am 30.04.2020 um 23:00 Uhr bot G[...] zwei Termine am 30.04.2020 um 04:00 Uhr morgens an, was der Klägerin zu früh war. Die Klägerin bat den Logistikdienstleister um Alternativen.

16

Mit E-Mail vom 23.04.2020 kündigte die Klägerin zudem die Lieferung von weiteren insgesamt 700.000 Masken gemäß Lieferscheinen 24–25, 28–29 und 30–31 an. Abgestimmt wurden im Folgenden zwei Slots am 28.04.2020 für die Lieferung von insgesamt 300.000 Masken gemäß den Lieferscheinen 28 und 29, ein Slot am 30.04.2020 für die Lieferung von insgesamt 200.000 Masken gemäß den Lieferscheinen 30 und 31 und ein Slot am 30.04.2020 für die Lieferung von insgesamt 200.000 Masken gemäß den Lieferscheinen 24 und 25.

17

Mit per E-Mail vom 23.04.2020 übersandter Präsentation «BMG TFPSA Open House-Kommunikation für die Logistikpartner» vom 22. April 2020 – auch bekannt als «Flatten the Curve»-Präsentation – kommunizierte die Beklagte gegenüber den eingebundenen Logistikern R[...] und G[...], die Lieferungen zeitlich und örtlich zu entzerren. Dabei wurden die Logistikpartner explizit darauf hingewiesen, Anlieferungen nicht abzulehnen, wenn diese vertragsgemäß angekündigt worden seien und dem Auftragnehmer die Anlieferung bis zum

18

30.04.2020 möglich gewesen wäre. Mit einer E-Mail vom 23.04.2020 mit dem Betreff «Open House-Verfahren zur Lieferung von Schutzausrüstung – wichtige Hinweise zur Avisierung» kündigte die Beklagte gegenüber allen Auftragnehmern an, aufgrund der hohen Zahl an geplanten Anlieferungen «den gesamten Prozess um[zu]strukturieren und [zu] erweitern». Konkret bedeute dies, dass neben G[...] R[...] als zweiter Logistikpartner einsteige und neben H[...] weitere Lager in den Prozess aufgenommen würden.

G[...] teilte daraufhin der Klägerin für die am 22.04.2020 angekündigte Lieferung von insgesamt 300.000 Masken gemäß den Lieferscheinen 21–23 Anlieferlots für den 02.05.2020 um 13:00 Uhr zu. Die Klägerin fragte bei G[...] an, ob statt der beiden Lieferslots am 02.05.2020 jeweils um 13:00 Uhr auch ein späteres Fenster möglich sei. G[...] bot daraufhin für die Anlieferung zwei neue Slots am 05.05.2020 jeweils um 17:00 Uhr an.

19

Im Folgenden teilte die Klägerin mit, dass der Slot am 28.04.2020 zur Lieferung von 150.000 Masken gemäß Lieferschein 28 «freigemacht» werden könne, weil die Ware «es nicht in den Flieger geschafft habe» und stattdessen erst am 29.04.2020 in einem anderen Flieger sei. Hierfür bat die Klägerin um einen Termin am 30.04.2020 so spät wie möglich oder um einen der neuen Termine ab dem 05.05.2020. G[...] bot der Klägerin daraufhin mit E-Mail vom 27.04.2020 für die Anlieferung von insgesamt 300.000 Masken gemäß den ursprünglichen Lieferscheinen 21–22 sowie gemäß Lieferschein 23 zwei neue Slots am 05.05.2020 jeweils um 17:00 Uhr an. Außerdem bot sie als Ersatz für den Slot am 28.04.2020 um 23:00 Uhr zur Lieferung von 150.000 Masken gemäß Lieferschein 28 einen neuen Slot am 29.04.2020 um 10:00 Uhr an. Die Klägerin bestätigte diese Verschiebung der beiden Slots zur Lieferung von insgesamt 300.000 Masken gemäß den beiden ursprünglichen Lieferscheinen 21–22 sowie gemäß Lieferschein 23 vom 02.05.2020 um 13:00 Uhr auf den 05.05.2020 um jeweils 17:00 Uhr. Hinsichtlich der weiteren Verschiebung der Anlieferung von 150.000 Masken gemäß Lieferschein 28 am 28.04.2020 um 23:00 Uhr auf einen späteren Termin teilte die Klägerin mit, dass der insofern vorgeschlagene Termin am 29.04.2020 um 10:00 Uhr zu früh sei, da der Flieger erst morgens in Frankfurt lande. Daher bat sie um einen späten Termin am 30.04.2020 und schlug alternativ vor, einen der freigewordenen Slots vom 02.05.2020 um 13:00 Uhr für diese Lieferung zu verwenden.

20

G[...] teilte der Klägerin Nummern für die neuen Lieferslots am 05.05.2020 für die Lieferung von insgesamt 300.000 Masken gemäß den beiden ursprünglichen Lieferscheinen 21–22 und gemäß Lieferschein 23 mit. Überdies bestätigte sie die Verschiebung der Lieferung von 150.000 Masken gemäß Lieferschein 28 vom 28.04.2020 auf den 02.05.2020 Uhr und bat hierzu die Klägerin um Rückbestätigung. Diese bestätigte den neuen Lieferslot für 150.000 Masken gemäß Lieferschein 28 am 02.05.2020 um 13:00 Uhr. Außerdem fragte die Klägerin bei G[...] zur Änderbarkeit von Lieferscheinen nach:

21

«Kann sich ein Lieferschein noch ändern? Ich hab ehrlich gesagt keine Ahnung ob alles heil aus der Luft frucht kommt ggf. müssen wir neu kombinieren um auf die jeweilige Vertragsmenge zu kommen. Wir haben 4 Hersteller und jeder hat andere Packeinheiten bzw. einheiten in den Kartons.»

G[...] wies der Klägerin eine Nummer für den neuen Lieferslot für 150.000 Masken gemäß Lieferschein 28 am 02.05.2020 zu. Außerdem schrieb sie zum Thema «Lieferscheine»: **22**

«Sie können die Lieferscheine spätestens 1–2 Tage vor dem Liefertag uns nachreichen.»

Mit E-Mail vom 27.04.2020, 23:26 Uhr, schrieb der Geschäftsführer der Klägerin an G[...] auszugsweise: **23**

«anbei die noch fehlenden Avise.

[...]

Ausserdem habe ich teils für schon vorhandene Avise nochmal die Lieferscheine überarbeiten müssen und alle nochmal anbei.

Zu besseren Übersichtlichkeit habe ich alles und die noch NEU benötigten Slots in eine Excel anbei gepackt + Lieferscheine beigelegt. [...]»

Der E-Mail waren eine Excel-Tabelle und insgesamt 46 Lieferscheine über eine Gesamtliefermenge von 4.530.000 Schutzmasken beigelegt. Dabei waren die Lieferscheine 21 und 22 geändert und enthielten jeweils 30.000 Masken mehr als vorher. **24**

Am 30.04.2020 änderte die Klägerin die Lieferscheine 21 und 22 erneut. Unter Lieferschein 21 sollten nun 50.000 weniger und unter Lieferschein 22 nun 60.000 mehr Masken geliefert werden. Insgesamt war für die Slots am 05.05.2020 die Lieferung von 370.000 Masken angekündigt. Tatsächlich lieferte die Klägerin an diesem Tag aber nur 220.000 Masken, d.h. 150.000 weniger Masken als angekündigt. **25**

Ebenso lieferte die Klägerin am 11.05.2020 weniger Masken an, als vorher einmal angekündigt gewesen waren. Einen geänderten Lieferschein 31, der statt über 100.000 Masken nur noch über 50.000 Masken ausgestellt war, übersandte die Klägerin am 07.05.2020 an G[...]. Der für diesen Slot ebenfalls relevante Lieferschein 30 umfasste unverändert 100.000 Masken. Entsprechend dem geänderten Lieferschein lieferte die Klägerin am 11.05.2020 insgesamt 150.000 Masken an, also 50.000 weniger, als ursprünglich einmal angekündigt gewesen waren. **26**

Die Klägerin lieferte hiernach in der Zeit vom 28.04.2020 bis 11.05.2020 – nach dem in zweiter Instanz nunmehr unstreitig gewordenen Vortrag der Klägerin – insgesamt 870.000 Masken, im Einzelnen: **27**

- am 28.04.2020 unter der Nummer [...] 200.000 Schutzmasken,
- am 30.04.2020 unter der Nummer [...] 150.000 Schutzmasken,
- am 02.05.2020 unter der Nummer [...] 150.000 Schutzmasken,
- am 05.05.2020 unter der Nummer [...] 220.000 Schutzmasken,

- am 11.05.2020 unter der Nummer [...] 150.000 Schutzmasken.

Die Klägerin erstellte hierzu Rechnungen, die von der Beklagten im Folgenden auch beglichen wurden.

Für die weiteren 3.240.000 Masken teilte G[...] der Klägerin weder für den 30.04.2020 noch für einen späteren Zeitpunkt Lieferslots zu.

28

Mit E-Mail vom 15.05.2020 bat der Geschäftsführer der Klägerin unter Verweis auf seine E-Mail vom 27.04.2020 um Zuteilung weiterer Lieferslots. Konkret hieß es dort:

29

«Hallo Frau S[...], ich will auf gar keinen Fall drängeln, wir sind hier sehr gut ausgelastet. Aber auch ausschließen das Sie unsere Slots vergessen haben. In der beiliegenden Mail habe ich um neue noch benötigte Slots gebeten. Bisher haben wir die noch nicht erhalten. Wie Immer ist und H[...] am liebsten. Am besten zu Zeiten wo man nicht ewig wartet. Hat letzts 4 h gedauert dort. Danke und Viele Grüße»

G[...] reagierte hierauf mit E-Mail vom gleichen Tag und teilte mit, die Angelegenheit zur rechtlichen Prüfung dem BMG zur Prüfung übergeben zu haben:

30

«Sehr geehrte Herr Y[...], ich teile Ihnen dann hiermit auch gerne schriftlich mit, dass ich alle Transporte Ihrer Auftragsgeber dem BMG zur rechtlichen Prüfung übergeben habe. Dieser prüft und wird dann den Unternehmen die am Open-House Verfahren mitgewirkt haben mitteilen, wie die rechtlichen Konsequenzen Ihrer nicht erfolgten Lieferungen und mangelhafter, unvollständiger Avisierungen mit fehlerhafter Lieferbereit sind. Mit freundlichen Grüßen / Kind regards T[...] C[...]

Mit anwaltlichem Schreiben vom 30.06.2020 wandte sich die Klägerin an die Beklagte und forderte sie erfolglos zur Zuteilung von Lieferslots auf.

31

Zu einer weiteren Maskenlieferung kam es letztlich nicht. Die Beklagte erklärte am 23.07.2020 den Rücktritt von den zwischen der Klägerin und der Beklagten geschlossenen Verträgen hinsichtlich nicht gelieferter «3.432.000» Schutzmasken. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die mit E-Mail vom 27.04.2020 übersandten Dokumente nicht die Kriterien erfüllten, welche an eine ordnungsgemäße Avisierung gestellt würden. Da es sich bei dem vorliegenden Open-House-Vertrag um ein Fixgeschäft handele, könnten nur solche Lieferungen berücksichtigt werden, welche ordnungsgemäß und spätestens am 27.04.2020 avisiert worden seien. Daher seien weitere Lieferungen abzulehnen.

32

In erster Instanz hat die Klägerin, anwaltlich vertreten durch die Streithelferin, – soweit in der Berufungsinstanz noch von Bedeutung – im Rahmen einer Teilklage Kaufpreisansprüche über die Lieferung von insgesamt 3.440.000 Masken zu einem Preis in Höhe von 4,50 EUR netto zzgl. USt. geltend gemacht, wobei sie für jeden Vertrag die anteilige Zahlung von 13% des Kaufpreises in Höhe für die noch nicht abgenommenen Masken Zug-um-Zug gegen die Lieferung und Übereignung eines jeweils entsprechenden noch nicht angelieferten Teils von 13% der insgesamt 3.440.000 Masken verlangt hat – insgesamt mithin die Zahlung eines

33

Betrags in Höhe von 2.394.756,- EUR brutto (13% von 18.421.200,- EUR brutto) Zug-um-Zug gegen die Lieferung von 447.200 Masken.

Sie hat hierzu im Wesentlichen die Auffassung vertreten, dass sie mit der E-Mail vom 27.04.2020 die Lieferung ordnungsgemäß angekündigt habe. Die Angebote der Lieferungen hätten inhaltlich und formal ihren vorherigen Angeboten von Lieferungen entsprochen, auf welche ihr ohne jede Beanstandung, insbesondere ohne Forderung einer Zuordnung der Lieferscheine zu den einzelnen Open-House-Verträgen, Lieferslots zugeteilt worden seien. Das sei sowohl vor als auch nach der Formulierung der «verpflichtend einzuhaltenden Lieferstandards im Open-House Verfahren», die die Beklagte ohnehin nach Vertragsschluss nicht einseitig als verbindlich festlegen könne, geschehen, sodass sich die Beklagte widersprüchlich verhalte. Durch ihre Avisierungs-E-Mail habe die Klägerin die erforderliche Lieferbereitschaft angezeigt und sei bereit gewesen, jede Terminvorgabe der Beklagten bzw. ihrer Logistiker möglich zu machen. Die Klägerin sei lieferfähig gewesen, weil sie seit Jahren über beste Handelskontakte nach China und über hinreichende Liquidität verfüge und sich die Menge von 4,31 Mio. Masken bei ihren Lieferanten vertraglich gesichert gehabt habe. Die Klägerin hat zudem die Ansicht vertreten, dass der von der Beklagten erklärte Rücktritt mangels erforderlicher Fristsetzung unwirksam sei. Zur Aufhebung des Vertrags sei eine Nachfristsetzung erforderlich gewesen. Ein Fixgeschäft sei nicht wirksam vereinbart worden. Jedenfalls sei durch die nachträglichen Verschiebungen der Lieferslots ein etwaiger Fixcharakter des Geschäfts wieder aufgehoben worden. Dem Rücktritt stünde zudem entgegen, dass die Beklagte sich insoweit treuwidrig verhalte. Die Beklagte habe bei einer Vielzahl von Vertragsverhältnissen mit anderen Lieferanten Maskenlieferungen auch noch zu späteren Zeitpunkten – bis zum Februar 2021 – akzeptiert.

34

Die Beklagte – die erstinstanzlich für den Fall der Klageabweisung hilfsweise widerklagend beantragt hat, festzustellen, dass der Klägerin gegen die Beklagte kein Anspruch auf Zahlung in Höhe von 10.628.604,- EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 8. Mai 2020 Zug um Zug gegen Lieferung und Übereignung weiterer 2.984.800 FFP2/KN95-Schutzmasken zusteht – hat die Ansicht vertreten, der von ihr erklärte Rücktritt sei wirksam. Es habe an einer rechtzeitigen ordnungsgemäßen Avisierung der weiteren Masken gefehlt. Die E-Mail vom 27.04.2020 nebst Anlagen erfülle u.a. mangels Angabe zu Liefermenge und Lieferdatum nicht die Kriterien, die an eine ordnungsgemäße Avisierung gemäß den vertraglichen Bestimmungen, der übersandten Checkliste zur Anlieferung und den verpflichtend einzuhaltenden Lieferstandards zu stellen seien. Für G[...] sei es anhand der E-Mail vom 27.04.2020 nicht möglich gewesen, weitere Slots zu vergeben. Zudem hat die Beklagte behauptet, dass die Klägerin zum 30.04.2020 nicht lieferbereit bzw. lieferfähig gewesen sei, was sich daran zeige, dass sie bereits den für den 22.04.2020 vergebenen Slot für die Anlieferung von 100.000 Schutzmasken wegen Verspätungen streichen ließ und die zugeteilten Slots nicht vollständig bediente.

35

Wegen des näheren Sach- und Streitstandes bis zur Entscheidung in erster Instanz und der erstinstanzlich gestellten Anträge wird gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO auf das Urteil des Landgerichts Bezug genommen.

36

Das Landgericht hat mit Urteil vom 02.08.2023 die Klage abgewiesen und auf die Widerklage der Beklagten festgestellt, dass der Klägerin gegen die Beklagte kein Anspruch auf Zahlung in Höhe von 15.983.604,- EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 08.05.2020 Zug um Zug gegen Lieferung und Übereignung weiterer 2.984.800 FFP2/KN95-Schutzmasken zustehe. Der Klägerin stünde der geltend gemachte Kaufpreisanspruch unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt zu. Auf die Verträge zwischen der Klägerin und der Beklagten sei das CISG anwendbar. Durch die Rücktrittserklärung der Beklagten vom 23.07.2020 sei der Vertrag aufgehoben worden. Die Aufhebung des Vertrages befreie beide Parteien von ihren Vertragspflichten (Art. 81 Abs. 1 CISG). Ein Aufhebungsgrund habe vorgelegen. Gemäß Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG könne der Käufer die Aufhebung des Vertrages erklären, wenn die Nichterfüllung einer dem Verkäufer nach dem Vertrag oder diesem Übereinkommen obliegenden Pflicht eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt. Das sei hier der Fall. Die Klägerin sei nach Ziff. 3.2 des Vertrags zu einer Lieferung spätestens zum 30.04.2020 verpflichtet gewesen. Diese Pflicht habe sie verletzt; sie habe nicht geliefert. Der Annahme einer Vertragspflichtverletzung stehe nicht entgegen, dass es der Beklagten oblegen habe, der Klägerin Anlieferslots zuzuteilen, um ihr die Anlieferung zu ermöglichen, und die Beklagte der Klägerin keine Anlieferslots zuteilte. Denn nach § 3.2 S. 2 des Vertrags sei «Die Lieferung [der Produkte] in Textform mit einer Frist von mindestens drei Kalendertagen vor dem Liefertermin anzukündigen.» Eine ordnungsgemäße Lieferankündigung fehle hier. Dabei komme es nicht darauf an, ob, wie die Beklagte meint, auch eine «Checkliste zur Anlieferung» sowie «verpflichtend einzuhaltenden Lieferstandards» maßgeblich gewesen seien, woran allerdings Zweifel bestünden, da diese Vorgaben von der Beklagten einseitig und nach Vertragsschluss gemacht worden seien. Schon aus dem jeweiligen Vertrag folgten bestimmte Voraussetzungen für die Lieferankündigung. Aus dem Erfordernis der Lieferankündigung folge sodann zwanglos, dass erkennbar sein müsse, auf welchen konkreten Vertrag sich die Ankündigung beziehe. Diesen Anforderungen genüge die E-Mail der Klägerin vom 27.04.2020 nicht. Eine eindeutige Zuordnung der Ankündigung vom 27.04.2020 zu einem oder mehreren Verträgen sei nicht möglich. Angaben dazu, auf welchen der 45 Kaufverträge die Klägerin leisten wollte, fehlten in der E-Mail selbst und in den Anlagen. Die beigelegten Lieferscheine enthielten keine Angaben, die eine eindeutige Zuordnung zu den Kaufverträgen zuließen. Zudem übersteige ihre Anzahl (46 Stück) jedenfalls die Zahl der geschlossenen Kaufverträge (45), sodass nicht einmal sicher davon ausgegangen werden könne, dass sich jeweils ein Lieferschein auf jeweils einen Vertrag bezieht. Hinzu komme, dass sie über eine Gesamtliefermenge von 4.530.000 Masken ausgestellt worden seien, die 45 Kaufverträge indes nur 4.310.000 Masken umfassen. Zuzugestehen sei der Klägerin, dass ihr auf die E-Mails vom 19. und 20. April 2020 Lieferslots zugeteilt worden sei. Insoweit unterschieden sich die darin gemachten Angaben allerdings von denen der E-Mail vom 27.04.2020. Denn am 19. und 20. habe die Klägerin die Liefermenge und eine Wunschlieferzeit mitgeteilt. Ferner überschritten diese Liefermengen noch nicht die kontrahierte Gesamtmenge der 45 Verträge, sodass sicher anzunehmen gewesen sei, dass die Lieferungen auf (irgend-)einen der geschlossenen Verträge erfolgen sollten. Die Nichtlieferung zum spätesten Liefertermin stelle eine wesentliche Vertragsverletzung dar. Lieferverzug stelle eine wesentliche Vertragsverletzung dar, wenn erkennbar sei, dass die genaue Einhaltung des Liefertermins für den Käufer von besonderem Interesse ist, was jedenfalls bei ausdrücklicher Vereinbarung eines Fixgeschäfts der Fall sei. Ein solches

Fixgeschäft liege hier vor. Die Klausel des § 3.2 des Open-House-Vertrags sei als wirksame Vereinbarung eines relativen Fixgeschäfts auszulegen. Die Fixabrede sei nicht deshalb unwirksam, weil sie im Vertragstext als «absolutes Fixgeschäft» ausgewiesen ist. Dabei handele es sich um eine unschädliche Falschbezeichnung. Denn aus dem Vertragstext und den Umständen gehe klar hervor, dass das Verstreichenlassen des Liefertermins keine «Unmöglichkeit» im Rechtssinne zur Folge haben würde. Dementsprechend stehe der Annahme eines relativen Fixgeschäfts nicht das Verbot der «geltungserhaltenden Reduktion» unzulässiger AGB-Klauseln entgegen. Es gehe nicht um die Aufrechterhaltung eines zulässigen Kerns einer unzulässigen Gesamtregelung, sondern um die Auslegung des Vertrages. Die Klausel im Vertrag sei weder überraschend (§ 305c BGB) noch unangemessen benachteiligend (§§ 307, 310 BGB). Soweit die Abrede zur Folge habe, dass die Vertragsaufhebung ohne vorherige Fristsetzung zulässig ist, bestehe bereits kein entgegenstehendes gesetzliches Leitbild des CISG, von dem abgewichen werde. Denn die Nachfristsetzung sei nach dem CISG zwar möglich. Einen gesetzlich vorgesehenen Vorrang der Nacherfüllung aufgrund Nachfristsetzung enthalte das CISG aber nicht. Im vorliegenden Fall habe auch ein erkennbares Bedürfnis für die Vereinbarung des Fixgeschäfts auf Seiten der Beklagten bestanden. Die Beklagte habe ein Bedürfnis nach schneller Abwicklung der Anlieferungen und Weitergabe an die bedürftigen Stellen gehabt. Hierdurch rechtfertige sich der Ausschluss einer Nachfristsetzung.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung, mit welcher sie lediglich ihren Zahlungsanspruch gemäß Klageantrag zu 1. weiterverfolgt, insofern allerdings von einem Vorgehen im Wege der Teilklage absieht und nunmehr mit dem Antrag zu 1. Zahlung der gesamten ihrer Ansicht nach noch offenen Kaufpreisansprüche in Höhe von 18.421.000,- EUR über die Lieferung von insgesamt 3.440.000 Masken geltend macht. Dabei stellt sie den Antrag nunmehr unbedingt und verlangt lediglich hilfsweise die Verurteilung Zug-um-Zug gegen die Lieferung und Übereignung der Masken. Zur Begründung führt die Klägerin aus, das Landgericht sei rechtsfehlerhaft von einer wirksamen Vertragsaufhebung der Beklagten ausgegangen. Der Beklagten habe kein Vertragsaufhebungsgrund zur Seite gestanden. Die versuchte Vertragsaufhebung sei ohne vorherige Nachfristsetzung durch die Beklagte i.S. von Art. 47, 49 Abs. 1 lit. b CISG erfolgt. Die Vertragsaufhebung sei außerdem erfolgt, ohne dass die Klägerin den Vertrag der Parteien i.S. von Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG wesentlich verletzt habe. Zwar habe sie die Maskenlieferungen nicht bis zum 30.04.2020 erbracht. Indes habe die Beklagte für 3.240.000 Masken unstreitig keine Lieferslots zugeteilt, zu denen eine Anlieferung möglich gewesen wäre, und damit ihre Verkäuferpflichten verletzt. Entgegen der Ansicht des Landgerichts habe die Klägerin die Lieferungen ordnungsgemäß angekündigt. Dass die Klägerin eine geringfügige Übermenge avisiert habe, stehe einer im Übrigen ordnungsgemäßen Lieferankündigung nicht entgegen. Denn alle von der Klägerin vertraglich geschuldeten Lieferungen seien am 27.04.2020 ordnungsgemäß angekündigt worden. Eine Zuordnung zu den einzelnen Verträgen sei nicht erforderlich gewesen; die Lieferankündigung vom 27.04.2020 habe sich eindeutig auf alle 45 Lieferverträge, die die Klägerin mit der Beklagten im Open-House-Verfahren geschlossen hatte, bezogen; ohnehin sei sie nach § 3.2 S. 2 OHV nicht dazu verpflichtet gewesen, bei der Lieferankündigung überhaupt Lieferscheine mitzuschicken. Ungeachtet dessen stelle die Nichtlieferung zum 30.04.2020 jedenfalls keine wesentliche Vertragsverletzung dar. Der in den Open-House-Verträgen in Ziff. 3.2 genannte «späteste Liefertermin» am 30.04.2020 stelle keine Fixabrede dar.

38

Ziff. 3.2 Satz 4 der Open-House-Verträge sei wegen Verstoßes gegen zwingendes AGB-Recht nicht wirksam zu vereinbaren gewesen. Zudem sei die Beklagte zum Termin am 30.04.2020 nicht annahmefähig gewesen, weswegen eine Nichtlieferung nicht als wesentliche Vertragsverletzung angesehen werden könne. Auch in den beiden Zu-wenig-Anlieferungen am 05.05.2020 und am 11.05.2020 im Umfang von insgesamt 200.000 Masken sei keine «Vertragsverletzung» i.S. des UN-Kaufrechts zu erblicken. Die Klägerin habe in Ansehung der vorherigen Korrespondenz mit G[...] ihre Ware zwischen verschiedenen Slots verschieben können und habe zu den genannten Lieferterminen noch 24 Slotanfragen offengehabt, im Rahmen derer die 200.000 Masken noch hätten angeliefert werden können. Die Klägerin habe deswegen ohne Vertragsverletzung auch später noch liefern dürfen. Überdies seien die Liefertermine am 05.05.2020 und am 11.05.2020 keine Fixtermine gewesen, weil schon ursprünglich in den Open-House-Verträgen kein Fixgeschäft wirksam vereinbart worden sei, und weil die Parteien den «spätesten Liefertermin» vom 30.04.2020 einvernehmlich in den Mai verschoben hatten, ohne dabei Fixabreden zu treffen. Der geltend gemachte Zahlungsanspruch stünde ihr nunmehr auch unbedingt zu, da durch den Vertragsbruch der Beklagten am 23.07.2020 sowohl ihre in § 5.1 des Open-House-Vertrags an sich vereinbarte Vorleistungspflicht als auch der Zug-um-Zug-Einwand entfallen sei. Der Zinsanspruch ergebe sich aus Art. 78 CISG. Nachdem die Kaufpreisforderung durch die ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung der Beklagten («Rücktritt») am 23.07.2020 einredefrei fällig geworden sei, befinde sich die Beklagte seit dem 24.07.2020 in Schuldnerverzug.

Zudem hat die Klägerin mit der Berufungsbegründung ihre Klage um den Klageantrag zu 2. erweitert. Insofern begehrt die Klägerin aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG) eine weitere Zahlung für noch nicht abgenommene Masken in Höhe von 1.178.100,- EUR, dies hilfsweise Zug um Zug gegen Lieferung von weiteren 220.000 FFP2-Masken. Erst im Nachhinein sei der Klägerin bekannt geworden, dass eine andere Open-House-Lieferantin, die D[...] GmbH, eine angekündigte Übermenge problemlos habe anliefern dürfen. Die D[...] GmbH habe nach Ankündigung einer Übermenge von 546.000 Masken nicht nur Anlieferslots für die kontrahierte Ware erhalten, sondern die Beklagte, vertreten durch G [...], habe sogar die angekündigte Übermenge bereitwillig angenommen. Die Klägerin sei im Verhältnis zur D[...] GmbH schlechter behandelt worden, ohne dass dies durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt gewesen wäre. Mit Schriftsatz vom 07.10.2024 hat die Klägerin ergänzend vorgetragen, auch in einem weiteren Parallelfall, namentlich im Fall der Open-House-Lieferantin M[...] GmbH, habe die Klägerin eine nicht kontrahierte Übermenge an Schutzmasken abgenommen und bezahlt. Es habe sich demnach nicht um einen Einzelfall gehandelt.

Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 24.01.2024 der Streithelferin den Streit verkündet. Die Streithelferin hat mit Schriftsatz vom 12.04.2024 den Beitritt zum Rechtsstreit auf Seiten der Klägerin erklärt.

Bezüglich der in erster Instanz erhobenen Eventualwiderklage der Beklagten vom 02.05.2023 haben die Parteien den Rechtsstreit im Berufungsverfahren übereinstimmend für erledigt erklärt, die Beklagte im Schriftsatz vom 23.10.2024, die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 09.01.2025. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat

39

40

41

am 09.01.2025 hat die Beklagte zudem eine neue Hilfswiderklage erhoben und insofern im Wege der Stufenklage einen Auskunftsanspruch gestellt.

Die Klägerin und die Streithelferin beantragen insofern nunmehr,

42

die Beklagte unter Abänderung des angefochtenen Urteils wie folgt zu verurteilen:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin EUR 18.421.200,00 nebst Zinsen in Höhe von neun Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24.07.2020 zu zahlen.

Hilfsweise für den Fall, dass der Senat die Beklagte zur Zahlung i.H. von EUR 18.421.200,00 nur Zug um Zug gegen Lieferung von 3.440.000 FFP2-Masken verurteilt: Es wird festgestellt, dass die Beklagte sich im Annahmeverzug befindet mit der Annahme von 3.440.000 FFP2-Masken, die der folgenden Leistungsbeschreibung entsprechen:

a) Produktgruppe

**Preis pro
Stück (€)
netto**

FFP2 Masken

Beschreibung:

- Atmungsaktives Design, das nicht gegen den Mund zusammenfällt (z.B. Entenschnabel, becherförmig)
- Versetzen mit einer Metallplatte an der Nasenspitze
- Kann wiederverwendbar* (aus robustem Material, das gereinigt und desinfiziert werden kann) oder Einwegartikel sein

4,50

Normen/Standards:

- Atemschutzgerät «N95» gemäß FDA Klasse II, unter 21 CFR 878.4040, und CDC NIOSH, oder «FFP2» gemäß EN 149 Verordnung 2016/425 Kategorie III oder gleichwertige Normen, auch KN95 (CHN)

2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin weitere EUR 1.178.100,00 nebst Zinsen in Höhe von neun Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24.07.2020 zu zahlen.

Hilfsweise für den Fall, dass der Senat die Beklagte zur Zahlung i.H. von weiteren EUR 1.178.100,00 nur Zug um Zug gegen Lieferung von weiteren 220.000 FFP2-Masken verurteilt: Es wird festgestellt, dass die Beklagte sich im Annahmeverzug befindet mit der Annahme von weiteren 220.000 FFP2-Masken, die der im Hilfsantrag Ziff. 1.) genannten Leistungsbeschreibung entsprechen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Ferner beantragt sie,

hilfsweise, für den Fall, dass sie verurteilt wird, im Wege einer Stufenklage

1. die Klägerin zu verurteilen, der Beklagten Auskunft über den Verbleib der von der Klägerin für die Beklagten bestimmten Ware, insbesondere über einen etwaigen Verkauf und Verkaufserlös sowie über etwaige entstandene angemessene Kosten für die Erhaltung und Verkauf zu erteilen;
2. die Richtigkeit der Auskünfte gemäß Ziffer 1 an Eides statt zu versichern;
3. den Erlös aus dem Verkauf abzüglich etwaiger entstandene angemessener Kosten der Erhaltung und des Verkaufs an die Beklagte zu zahlen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil und wendet sich überdies gegen die geänderten Klageanträge. Ausgehend von einer Anwendbarkeit des CISG vertritt sie weiterhin die Ansicht, dass sie auch ohne Nachfristsetzung die Vertragsaufhebung habe erklären können. Durch die Nichtlieferung am 30.04.2020 habe wegen mitgeteilter und erkennbarer Terminwesentlichkeit eine wesentliche Vertragsverletzung i.S.d. Art. 25 CISG vorgelegen. Ungeachtet dessen hätten die Parteien in Ziff. 3.2 ein wirksames Fixgeschäft vereinbart. Die Klausel sei nicht wegen Verstoßes gegen zwingendes AGB-Recht unwirksam. Die Erklärung der Vertragsaufhebung sei auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Beklagte der Klägerin keine weiteren Lieferslots zugeteilt habe. Denn wegen der nicht ordnungsgemäßen Avisierung der Klägerin sei dieses Unterlassen gerechtfertigt gewesen. Zudem wäre ein solches Unterlassen nicht kausal für die nicht rechtzeitige Lieferung der Schutzmasken gewesen, da die Klägerin zum 30.04.2020 ohnehin nicht lieferfähig gewesen sei. Jedenfalls bestehe kein unbedingter Kaufpreisanspruch, da die Vorleistungspflicht der Klägerin auch bei unwirksamer Vertragsaufhebungserklärung weiterhin bestehe. Zumindest aber stehe der Beklagten die Einrede nach Art. [...] Abs. 2 CISG i.V.m. Art. 58 Abs. 1, 71 Abs. 1, 85 S. 2, 86 Abs. 1 S. 2 CISG zu. Ungeachtet dessen sei die Klageforderung wegen eines Verstoß gegen das gesetzliche Verbot nach § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 3 VO PR Nr. 30/53 unschlüssig, der im Open-House-Vertrag vereinbarte Kaufpreis pro FFP2-Maske i.H. von 4,50 EUR netto verstoße ausweislich des als Anlage K3 zur Klageschrift vorgelegten Berichts des Bundesrechnungshofs vom 16.06.2021 gegen § 1 Abs. 3 VO PR Nr. 30/53, da er den zulässigen Höchstpreis übersteige. Die Klägerin sei ihrer insofern bestehenden Darlegungs- und Beweislast für die Angemessenheit des Preises nicht nachgekommen. Der mit dem Klageantrag zu 2. geltend gemachte Zahlungsanspruch hinsichtlich 220.000 vertraglich nicht geschuldeter Schutzmasken aus Art. 3 Abs. 1 GG sei bereits prozessual nicht zu berücksichtigen. In die Klageerweiterung werde nicht eingewilligt. Diese sei zudem auch nicht sachdienlich. Der vermeintliche Anspruch beruhe auf einem völlig neuen Sachverhalt in einem fremden Lieferverhältnis und sei in den wesentlichen Punkten präkludiert. Abgesehen davon bestehe der Anspruch materiell-rechtlich nicht, da schon keine willkürliche Ungleichbehandlung der Klägerin seitens der Beklagten vorgelegen habe.

Mit nach der mündlichen Verhandlung vom 09.01.2025 eingegangenem, nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 28.01.2025 hat die Klägerin zu dem in der mündlichen Verhandlung von der Beklagten gestellten Hilfswiderklage Stellung genommen.

45

Mit ebenfalls nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 29.01.2025 hat die Beklagte weiter zur Sach- und Rechtslage vorgetragen und beantragt, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen sowie im Falle der Stattgabe der Berufung die Revision zuzulassen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 09.01.2025 Bezug genommen.

II.

46

Auf die zulässige Berufung war das angefochtene Urteil wie aus dem Tenor ersichtlich abzuändern. Hinsichtlich des Klageantrags zu 1. ist die Berufung weitestgehend – mit Ausnahme eines geringen Teils des Zinsanspruchs – begründet. Im Übrigen – insbesondere hinsichtlich des Klageantrags zu 2. – ist die Berufung zurückzuweisen. Die Anschlussberufung der Beklagten in Gestalt der in der Berufungsinstanz erhobenen Hilfswiderklage war als unzulässig zu verwerfen.

1.

47

Sofern die Klägerin ihren Klageantrag zu 1. in der Berufung teilweise abgeändert hat, unterfällt dies §§ 525 Satz 1, 264 Nr. 2 ZPO und ist damit zulässig.

Die Erhöhung der bisherigen Teilklage auf nunmehr den vollen Kaufpreisbetrag ist in der zweiten Instanz noch zulässig, weil darin keine Klageänderung, sondern nur eine Erweiterung des Klageantrags in der Hauptsache i.S. von §§ 525 Satz 1, 264 Nr. 2 ZPO zu sehen ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine solche Erweiterung des Klageantrags gemäß §§ 525 Satz 1, 264 Nr. 2 ZPO auch in der Berufungsinstanz noch unbeschränkt zulässig (vgl. BGH, Urteil vom 22.04.2010 – IX ZR 160/09, NJW-RR 2010, 1286).

48

Der Erhöhung des Zahlungsantrags steht auch nicht entgegen, dass die Beklagte einen über den Teilklageantrag hinausgehenden Betrag bereits in der ersten Instanz zum Gegenstand einer negativen Feststellungswiderklage gemacht. Denn eine solche negative Feststellungswiderklage begründet keine Rechtshängigkeitssperre i.S. von § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO für eine später erhobene, kontradiktorische Leistungsklage (vgl. BGH, Urteil vom 20.01.1989 – V ZR 173/87, juris Rn. 15).

49

Der Zulässigkeit der Berufung steht auch nicht entgegen, dass mit den angekündigten Berufungsanträgen zunächst – sodann aber im Schriftsatz vom 07.10.2024, Bl. 5090 d.A. OLG – wörtlich nicht beantragt worden war, die Eventualwiderklage abzuweisen. In Ansehung der Erweiterung des Klageantrags auf die gesamte im Streit stehende Kaufpreissumme besteht kein Zweifel daran, dass (auch) die Abänderung des Tenors in Bezug auf die Hilfswiderklage angegriffen werden sollte.

50

Auch die Änderung des Klageantrags zu 1. insofern, als nunmehr unbedingt Zahlung verlangt wird statt wie bisher Zug um Zug Verurteilung, unterfällt §§ 525 Satz 1, 264 Nr. 2 ZPO und ist damit zulässig.

51

2.

52

Der Klägerin steht der mit dem Klageantrag zu 1. geltend gemachte Anspruch auf Kaufpreiszahlung in Höhe von 18.421.200,- EUR (brutto) aus Art. 53 CISG i.V. mit den 37 noch nicht erfüllten Open-House-Verträgen zu.

a)

53

Auf die Verträge zwischen der Klägerin und der Beklagten ist aus den zutreffenden Gründen des landgerichtlichen Urteils das CISG anwendbar.

Das CISG findet vorliegend Anwendung, weil seine Regelungen als völkerrechtliche Vereinbarungen, die unmittelbar anwendbares innerstaatliches Recht geworden sind, maßgeblich sind, vgl. Art. 3 Nr. 2 EGBGB. Seine autonomen Anwendungsvoraussetzungen sind erfüllt. Gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG ist das CISG anwendbar, wenn die Parteien ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben und diese Staaten Vertragsstaaten sind. Dies ist gegeben. Die Klägerin hat ihre Niederlassung in Tschechien, die Beklagte in Deutschland. Die Bundesrepublik Deutschland ist seit dem 01.01.1991 Vertragsstaat, Tschechien seit dem 01.01.1993 (s. https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status). Der Anwendungsbereich des CISG ist eröffnet, da es sich bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertragswerk um einen internationalen Warenkauf handelt.

54

Die Parteien haben die Geltung des CISG nicht abbedungen. Zwar herrscht auch im Anwendungsbereich des CISG Vertragsfreiheit, d.h. die Parteien können vereinbaren, dass das CISG gerade keine Anwendung finden soll (Art. 6 CISG), was dann zur Anwendung des allgemeinen Kaufrechts des nach dem IPR berufenen nationalen Rechts führt. An einer solchen Vereinbarung fehlt es hier aber. Das gilt sowohl für den Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags als auch danach.

55

Einen ausdrücklichen Ausschluss enthalten die Vertragsklauseln nicht; diese verhalten sich in keiner Weise zu der Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit des CISG. Ein (konkludenter) Ausschluss des CISG folgt auch nicht aus der Vereinbarung der Anwendung deutschen Rechts in § 7.3 des Vertrags, wonach der Vertrag dem Recht der Bundesrepublik Deutschland unter Ausschluss der Kollisionsnormen des internationalen Privatrechts unterliegt. Das CISG stellt keine Kollisionsnormen des internationalen Privatrechts dar, sondern vereinheitlichtes Sachrecht. Eine Vereinbarung über die Anwendbarkeit des deutschen Rechts, wie hier, schließt das CISG nicht aus (BGH, Urteil vom 07.12.2017 – VII ZR 101/14, juris Rn. 38).

56

Die Parteien haben das CISG auch nicht nachträglich ausgeschlossen. Dies kommt in Betracht, wenn die Parteien übereinstimmend, in Kenntnis der Existenz und etwaigen Anwendbarkeit des CISG, ausdrücklich auf das im BGB und HGB enthaltene Kaufrecht bzw. dessen Gewährleistungsrecht Bezug nehmen und im Gerichtsverfahren darauf basierend argumentieren (vgl. BeckOGK/Wagner, 1.8.2022, CISG Art. 6 Rn. 14). Der Annahme einer konkludenten Abwahl des CISG ist dabei grundsätzlich zurückhaltend zu begegnen. Gemäß Art. 8 Abs. 2 CISG muss aus Sicht einer vernünftigen Person ein Abwahlwille erkennbar sein.

57

Hierzu bedarf es eines eindeutigen, unmissverständlichen, unzweideutigen Hervortretens des beiderseitigen Abwahlwillens (OLG Hamm, Urteil vom 02.04.2009 – 28 U 107/08, juris Rn. 56 m.w.N.; Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Ferrari*, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 7. Aufl. 2019, Art. 6 CISG Rn. 18 m.w.N.). Nach diesen Maßstäben kann ein hinreichend eindeutiger Abwahlwille vorliegend nicht angenommen werden. Hierfür genügt insbesondere nicht, dass die Parteien in erster Instanz bis zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 19.10.2022 auf Grundlage des nationalen unvereinheitlichten Sachrechts argumentiert haben, weil daraus alleine ein Abwahlwille nicht erkennbar ist. Beruht das Vorbringen der Parteien auf der Basis des unvereinheitlichten Rechts auf der irrigen Annahme, dieses gelte ohnehin, fehlt das Erklärungsbewusstsein und ein Ausschluss des CISG liegt nicht vor (MüKoBGB/*Huber*, 8. Aufl. 2019, CISG Art. 6 Rn. 23). In zweiter Instanz wird die Anwendbarkeit des CISG im Übrigen von keiner der Parteien mehr in Frage gestellt.

b)

58

Der Anspruch auf Kaufpreiszahlung aus Art. 53 CISG i.V. mit dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Open-House-Verträgen ist entstanden. Auf die Auftragsbekanntmachung der Beklagten vom 27.03.2020 hat die Klägerin unter dem 08.04.2020 insgesamt 45 Angebote über die Lieferung von insgesamt FFP2-Masken gemacht. Mit Schreiben vom 10.04.2020 ist durch die Generalzolldirektion der Zuschlag erteilt worden.

Aus dem in der Leistungsbeschreibung festgelegten Preis von 4,50 EUR netto pro FFP2-Maske ergibt sich hinsichtlich der nicht erfüllten 37 Verträge über 3.440.000 Masken die geltend gemachte Klageforderung in Höhe von 18.421.200,- EUR brutto.

59

Rechnerisch ist der geltend gemachte Zahlungsanspruch zutreffend – und auch unstreitig. Die Beklagte stellt in zweiter Instanz unstreitig, dass am 05.05.2020 nur 220.000 und nicht 228.000 Schutzmasken (bzw. insgesamt 870.000 und nicht 878.000 Masken) durch die Klägerin angeliefert worden sind.

c)

60

Der der Klägerin aus Art. 53 CISG i.V. mit dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Open-House-Verträgen zustehende Anspruch auf Kaufpreiszahlung ist durch den von der Beklagten erklärten «Rücktritt» nicht entfallen. Die als Vertragsaufhebungserklärung im Sinne des Art. 26 CISG auszulegende Erklärung hat den Vertrag mangels Nachfristsetzung nicht wirksam im Sinne des Art. 81 Abs. 1 CISG aufgehoben.

aa)

61

Mit Schreiben vom 23.07.2020 hat die Beklagte zwar den «Rücktritt» von mit der Klägerin geschlossenen Kaufverträgen erklärt. Diese Erklärung ist als Erklärung der Vertragsaufhebung i.S.d. Art. 49 Abs. 1 CISG auszulegen. Die Erklärung vom 23.07.2020 ist eindeutig – auch wenn sie sich der Gesamtmenge nach nicht auf die insgesamt noch im Streit stehenden 3.440.000, sondern nur zu 3.432.000 Masken verhält. Die Beklagte geht der Erklärung nach ausdrücklich von «45 Einzelverträgen über eine Gesamtliefermenge von 4.310.000 FFP2 Masken» und einer Lieferung von 878.000 FFP2-Masken aus und erklärt dementsprechend hinsichtlich der übrigen 3.432.000 FFP2-Masken den «Rücktritt». Dies kann bei verständiger Würdigung nur

dahingehend verstanden werden, dass sämtliche noch nicht erfüllten Kaufverträge aufgehoben werden sollten.

bb)

Ein Aufhebungsgrund gemäß Artt. 45 Abs. 1, 49 CISG war jedoch nicht gegeben. Weder hat die Beklagte nach Art. 49 Abs. 1 lit. b CISG eine Frist zur Nachlieferung gesetzt noch lag eine wesentliche Vertragsverletzung der Klägerin im Sinne des Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG vor.

62

(1)

Ein Vertragsaufhebungsgrund im Sinne des Art. 49 Abs. 1 lit. b CISG greift vorliegend nicht. Zwar hat Klägerin die restlichen 3.440.000 FFP2-Masken nicht an die Beklagte geliefert. Die Beklagte hat indes unstreitig zu keiner Zeit vor der Vertragsaufhebungserklärung vom 23.07.2020 gegenüber der Klägerin eine Nachfrist i.S. von Art. 47 Abs. 1 CISG gesetzt.

63

(2)

Entgegen der Annahme des Landgerichts waren zum Zeitpunkt der Vertragsaufhebung auch nicht die Voraussetzungen des Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG erfüllt. Hiernach steht dem Käufer ein Aufhebungsrecht immer dann zu, wenn der Verkäufer eine seiner Pflichten nicht erfüllt hat und darin eine wesentliche Vertragsverletzung im Sinne des Art. 25 CISG zu sehen ist. Hieran fehlt es vorliegend.

64

(a)

Zwar könnte vorliegend eine Nichterfüllung von Seiten der Klägerin angenommen werden. Unstreitig hat die Klägerin die hier streitgegenständlichen Masken nicht bis zum 30.04.2020 geliefert, gleichwohl § 3.2 OHV eine Lieferung spätestens bis zum 30.04.2020 vorschreibt. Der Grundhaftungstatbestand der Nichterfüllung setzt zunächst voraus, dass der Verkäufer objektiv hinter dem übernommenen Pflichtenprogramm zurückbleibt. Die kausale Rückführung auf ein Verhalten des Verkäufers spielt ebenso wie Zurechnungsgesichtspunkte keine Rolle. Weiterhin setzt die Nichterfüllung kein Verschulden oder irgendwelche andere vom Verkäufer zu vertretende Umstände voraus (BeckOGK/Hartmann, 1.5.2024, CISG Art. 45 Rn. 9, 10; Staudinger/Ulrich Magnus [2018] CISG Art. 49 Rn. 8).

65

(b)

Die Nichtlieferung bis zum 30.04.2020 stellt indes keine wesentliche Vertragsverletzung im Sinne des Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG dar.

66

Dabei kann dahinstehen, ob – wie die Klägerin meint und was zwischen den Parteien streitig ist – die Beklagte auf die Avisierungsmail der Klägerin vom 27.04.2020 sowie die weitere Nachfrage per E-Mail vom 15.05.2020 im Sinne des Art. 80 CISG verpflichtet war, der Klägerin Anlieferungsslots zuzuteilen oder aber – wie das Landgericht ausgeführt hat – der Beklagten die Nichtzuteilung weiterer Lieferslots nicht angelastet werden kann, da dies (lediglich) darauf zurückzuführen sei, dass die Klägerin ihrerseits wiederum ihrer Pflicht aus § 3.2 S. 2 des Vertrags zur rechtzeitigen Ankündigung der Lieferung mit einer Frist von drei Kalendertagen vor dem Liefertermin nicht entsprochen habe, weil die E-Mail vom 27.04.2020 keine ordnungsgemäße Lieferankündigung dargestellt habe. Ob letzteres zutreffend ist – was in der Berufung umfassend diskutiert wird – kann dahinstehen, da es auf diese Frage nicht streitentscheidend ankommt. Es fehlt auch im Falle einer Nichterfüllung der Vertragspflichten

67

mangels ordnungsgemäßer Avisierung an einem Vertragsaufhebungsgrund im Sinne des Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG.

(aa)

Gemäß Art. 25 CISG ist eine von einer Partei begangene 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 Person der gleichen Art diese Folge unter den gleichen Umständen auch nicht vorausgesehen hätte.

Die bloße Nichteinhaltung eines Liefertermins stellt in der Regel keine wesentliche Vertragsverletzung dar. Ein Aufhebungsrecht entsteht nur nach fruchtlosem Ablauf einer angemessenen Nachfrist gemäß Art. 49 Abs. 1 lit. b (Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Müller-Chen, 7. Aufl. 2019, CISG Art. 49 Rn. 5).

Wesentlichkeit läge nur dann vor, wenn sich aus dem Vertrag (beim Fixgeschäft oder just-in-time Geschäft) oder den Umständen (z.B. Verkauf von Saisonware) ergibt, dass der Käufer an der Einhaltung des Liefertermins ein besonderes Interesse hat (Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Müller-Chen, 7. Aufl. 2019, CISG Art. 49 Rn. 5). Regelmäßig stellt es eine wesentliche Vertragsverletzung dar, wenn der Verkäufer bei einem Fixgeschäft den Liefertermin nicht einhält (Staudinger/Ulrich Magnus [2018] CISG Art. 49 Rn. 10).

(bb)

Ein solche Vereinbarung eines Fixgeschäfts ist in § 3.2 OHV zwar grundsätzlich zu ersehen. Dort heißt es wörtlich:

«Spätester Liefertermin ist der 30.04.2020 innerhalb der Geschäftszeiten gemäß S. 1. Bei Nichteinhaltung des spätesten Liefertermins entfallen die gegenseitigen Pflichten der Vertragspartner; eine verspätete Lieferung stellt keine Erfüllung des Vertrages durch den AN dar (absolutes Fixgeschäft).»

Die vorgenannte Klausel ist indes unwirksam, da sie die Klägerin unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB benachteiligt.

(aaa)

Das CISG hat Vorrang vor dem nationalen Recht. Allerdings reicht dieser Vorrang nur soweit, wie das CISG selbst eine abschließende Regelung enthält. Nach Art. 4 S. 1 CISG regelt das Übereinkommen ausschließlich den Abschluss des Kaufvertrags und die aus ihm erwachsenen Rechte und Pflichten des Verkäufers und des Käufers. Art. 4 S. 2 CISG sieht vor, dass, soweit in diesem Übereinkommen nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, es insbesondere nicht die Gültigkeit des Vertrags oder einzelner Vertragsbestimmungen betrifft.

Wesentlicher Regelungsgegenstand des CISG ist mithin der Vertragsschluss (inklusive AGB-Einbeziehungskontrolle) sowie der Umfang der Rechte und Pflichten der Parteien (Art. 4 S. 1 CISG). Das CISG enthält mit den Art. 14 bis 24 abschließende Regelungen zum Vertragsabschluss, sodass ein Rückgriff auf nationale Vorschriften der Einbeziehungskontrolle

(also insbesondere § 305 Abs. 2 BGB) unzulässig ist. Die Voraussetzungen der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen richten sich vielmehr ausschließlich nach dem CISG.

Nach nationalem Recht bestimmen sich hingegen Fragen der Wirksamkeit des Vertrages (inklusive AGB-Inhaltskontrolle), Geschäftsfähigkeit, Stellvertretung, Verjährung und Eigentumsfragen (vgl. *Stoffels*, AGB-Recht, 5. Aufl. 2024, Rn. 250, 251).

Für nicht geregelte Fragen ist gem. Art. 7 Abs. 2 CISG dasjenige nationale Recht anzuwenden, das nach den allgemeinen Regeln des IPR – also insbesondere den Art. 3, 4 Rom I-VO – berufen ist. Nach Art. 3 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO unterliegt der Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht. Dies ist vorliegend gemäß § 7.3 des Vertrags, wonach der Vertrag dem Recht der Bundesrepublik Deutschland unter Ausschluss der Kollisionsnormen des internationalen Privatrechts unterliegt, deutsches Recht.

(bbb)

Soweit die Beklagte die Ansicht vertritt, es sei vorliegend keine AGB-rechtliche Prüfung vorzunehmen, da es sich bei der Festlegung der Lieferverpflichtung als Fixgeschäft nicht um allgemeine Geschäftsbedingungen handle, kann dem nicht gefolgt werden. Die fragliche Regelung ist in § 3.2 des Vertragsformulars enthalten und wurde damit für eine Vielzahl von Verträgen seitens der Beklagten vorgegeben.

(ccc)

Für die Auslegung von Vertragserklärungen steht als allgemeine Regel Art. 8 CISG zur Verfügung. Danach gilt in erster Linie das – für den Empfänger erkennbar – Gewollte, danach der Inhalt, wie ihn «eine vernünftige Person der gleichen Art wie die andere Partei sie unter den gleichen Umständen aufgefasst hätte». Die Auslegungsregeln des Art. 8 CISG gelten dabei für alle Bestimmungen eines dem CISG unterfallenden Vertrages, also auch für solche, die CISG-fremde Materien betreffen oder im CISG nicht vorgesehene Zusatzpflichten festlegen (vgl. *Staudinger/Ulrich Magnus* [2018] CISG Art. 8 Rn. [...]).

Nach diesen Maßstäben ist die in den Sätzen 3 und 4 des Open-House-Vertrages enthaltene Regelung: «Spätester Liefertermin ist der 30.04.2020 innerhalb der Geschäftszeiten gemäß S. 1. Bei Nichteinhaltung des spätesten Liefertermins entfallen die gegenseitigen Pflichten der Vertragspartner; eine verspätete Lieferung stellt keine Erfüllung des Vertrages durch den AN dar (absolutes Fixgeschäft).», eindeutig und keiner weiteren Auslegung zugänglich. § 3.2 S. 4 OHV legt ausdrücklich fest, dass mit dem in § 3.2 S. 3 OHV vorgegebenen Liefertermin ein «absolutes Fixgeschäft» vereinbart sein sollte, und nennt dessen Rechtsfolgen. Diese im deutschen autonomen Sachrecht entwickelte Rechtsfigur wird angenommen, wenn die Einhaltung der Leistungszeit nach dem Vertragszweck und der gegebenen Interessenlage für den Gläubiger derart wesentlich ist, dass – wie auch in § 3.2 S. 4 des Open-House-Vertrages beschrieben – eine verspätete Leistung keine Erfüllung mehr darstellt. Der Wortlaut der Regelung ist insoweit eindeutig, da nicht nur das Fixgeschäft ausdrücklich als ein «absolutes Fixgeschäft» benannt, sondern darüber hinaus auch die sich im deutschen autonomen Sachrecht ergebenden Rechtsfolgen beschrieben werden. Angesichts dieses klaren Wortlautes ist diese Regelung von vornherein aus sich heraus und auch im Kontext mit den anderen in den Vertragsbedingungen des Open-House-Vertrages schriftlich fixierten

Regelungen keiner weiteren Auslegung zugänglich. Der Umstand, dass im Anwendungsbereich des CISG nicht – wie im deutschen Sachrecht – zwischen einem absoluten und einem relativen Fixgeschäft unterschieden wird, ist dabei ohne Relevanz. Die Beschreibung der Rechtsfolge bei Nichtlieferung bis zum 30.04.2020 ist eindeutig – es sollen die gegenseitigen Pflichten der Vertragspartner entfallen.

(ddd)

Wie oben ausgeführt, ist für die Inhaltskontrolle sodann deutsches autonomes Recht anzuwenden. Entsprechend richtet sich die Beurteilung nach § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB, wonach Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam sind, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, was im Zweifel anzunehmen ist, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird nicht zu vereinbaren ist. Zu beachten ist dabei, dass bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit das gesetzliche Leitbild dem CISG zu entnehmen ist (Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Ferrari*, 7. Aufl. 2019, CISG Art. 4 Rn. 20).

80

Nach diesen Maßstäben ist die von der Beklagten verwendete Klausel wegen unangemessener Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam. Die im deutschen autonomen Sachrecht entwickelte Rechtsfigur des «absoluten Fixgeschäfts», bei dessen Vorliegen die Versäumung des Liefertermins die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit durch automatisches Entfallen der wechselseitigen vertraglichen Pflichten nach sich zieht, ist dem CISG als solche unbekannt. Bei Nichterfüllung der vertraglichen Pflichten durch den Verkäufer ermöglicht Art. 45 lit. a CISG vielmehr (lediglich) die Vertragsaufhebung gemäß Art. 49 CISG. Diese setzt neben der Nichterfüllung durch den Käufer wiederum voraus, dass diese entweder eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt (Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG) oder die gemäß Art. 47 Abs. 1 CISG gesetzte Nachfrist fruchtlos verstrichen ist (Art. 49 Abs. 1 lit. b CISG). Beide Voraussetzungen werden durch § 3.2 S. 4 OHV unterlaufen (vgl. Senatsurteil vom 09.01.2025 – 8 U 46/23, juris).

81

Eine Nachfristsetzung ist unter der Prämisse der in § 3.2 S. 4 OHV getroffenen Regelung schon nicht erforderlich. Die gegebene Vertragssituation bedingt bei Nichteinhaltung des Liefertermins aber auch keine wesentliche Vertragsverletzung. Diese ist in Art. 25 CISG näher beschrieben und liegt nur dann vor, wenn sie für die andere Partei einen solchen Nachteil zur Folge hat, dass ihr im Wesentlichen entgeht, was sie hätte nach dem Vertrag erwarten dürfen, es sei denn, dass die vertragsbrüchige Partei diese Folge nicht vorausgesehen hat und eine vernünftige Person der gleichen Art diese Folge unter den gleichen Umständen auch nicht vorausgesehen hätte. Dem ist als Grundprinzip zu entnehmen, dass Vertragsauflösungen und -rückabwicklungen strengen Voraussetzungen unterliegen und im Zweifel zurückzudrängen sind; der Vertragserhaltung soll der Vorrang eingeräumt werden (vgl. BGH, Urteil vom 03.04.1996 – VIII ZR 51/95, CISG-online 135 Rn. 21; BGH, Urteil vom 24.09.2014 – VIII ZR 394/12, NJW 2015, 867: «Rückabwicklung soll dem Käufer nur als letzte Möglichkeit [ultima ratio] zur Verfügung stehen»; vgl. ferner Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Schroeter*, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 7. Aufl. 2019, Art. 25 CISG Rn. 22 m.w.N.). Dementsprechend ist die bloße Nichteinhaltung der Lieferfrist regelmäßig keine wesentliche Vertragsverletzung, weil anderenfalls das Erfordernis der Nachfristsetzung unterlaufen würde

82

(vgl. Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Müller-Chen, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 7. Aufl. 2019, Art. 49 CISG Rn. 5 m.w.N.). Daraus folgt wiederum, dass eine einseitige Bestimmung des Liefertermins als wesentlich in AGB nicht stets als wirksam anzusehen ist (vgl. Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Schroeter, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 7. Aufl. 2019, Art. 25 CISG Rn. 108 m.w.N.). Zieht man ferner in Betracht, dass die Vertragsaufhebung während einer gesetzten, noch laufenden Nachfrist wegen Art. 47 Abs. 2 CISG selbst dann nicht möglich ist, wenn es sich um eine wesentliche Vertragsverletzung handelt (vgl. Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Müller-Chen, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 7. Aufl. 2019, Art. 47 CISG Rn. 14), wird deutlich, dass die formelhafte «Anordnung» der Rechtsfolgen eines absoluten Fixgeschäfts im Sinne des deutschen Zivilrechts durch den AGB-Verwender nur in absoluten Ausnahmefällen möglich sein wird.

Ein solcher Ausnahmefall ist unter Berücksichtigung der konkreten Interessenlage nicht gegeben, da – für alle Beteiligten ersichtlich und vorhersehbar – die Pandemie nicht mit Ablauf der Lieferfrist endete und daher das Vertragsinteresse der Beklagten auch über den vereinbarten Liefertermin hinaus fortbestand (Senatsurteil vom 09.01.2025 – 8 U 46/23, juris; vgl. zum deutschen autonomen Sachrecht: OLG Köln, Urteil vom 21.06.2024 – 6 U 112/23, NJW 2024, 2183; OLG Köln, Urteil vom 19.07.2024 – 6 U 101/23, BeckRS 2024, 17342). Dass dies der Fall war, zeigt – wie die Beklagte selbst vorträgt – der Umstand, dass auch nach dem vertraglich bestimmten Liefertermin noch Lieferungen erfolgten, welche die Beklagte annahm. Vorliegend nahm auch die Klägerin in Abstimmung mit dem Logistikdienstleister der Beklagten Lieferungen am 02.05., 05.05. und 11.05.2020 vor. Die Beklagte akzeptierte die Lieferungen an diesem Termin.

83

Dass die Entgegennahme von Lieferungen nach dem vertraglich vereinbarten Liefertermin nur aus logistischen Gründen zur Entzerrung des zum Ende der Frist aufgelaufenen Lieferstaus erfolgt sein sollen, ändert entgegen der Auffassung der Beklagten nichts daran, dass objektiv keine Sachlage vergleichbar z.B. einem Just-in-time-Geschäft bestand. Vielmehr hatte die Beklagte ganz offensichtlich auch nach dem 30.04.2020 ein Interesse am Erhalt von Lieferungen. Anderenfalls hätte sie nach diesem Termin liegende Lieferungen abgelehnt. Die Versäumung des Liefertermins hatte dementsprechend keinen Nachteil zur Folge, welcher dazu geführt hätte, dass der Beklagten im Wesentlichen entgangen wäre, was sie hätte nach dem Vertrag erwarten dürfen. Eine Versäumung des Liefertermins war daher nicht wesentlich i.S.d. Art. 25 CISG, so dass § 3.2 S. 4 OHV unter beiden Gesichtspunkten – Verzicht auf Nachfristsetzung und Lösung vom Vertrag bei nicht wesentlicher Vertragsverletzung – gegen das gesetzliche Leitbild des Art. 49 Abs. 1 CISG verstößt (vgl. Senatsurteil vom 09.01.2025 – 8 U 46/23, juris).

84

Darüber hinaus verlangt Art. 49 Abs. 1 CISG auch bei wesentlicher Vertragsverletzung stets eine Aufhebungserklärung des Käufers. Die Vertragsaufhebung tritt nie – selbst bei objektiver Unmöglichkeit – kraft Gesetzes oder vertraglicher Regelung ein. Dies war eine bewusste Entscheidung der Verfasser des CISG (vgl. Staudinger/Magnus [2018], Art. 49 CISG Rn. 5, 23; Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Müller-Chen, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 7. A. 2019, Art. 49 CISG Rn. 23). Auch aus diesem Grund liegt ein Verstoß von § 3.2 S. 4 OHV gegen das gesetzliche Leitbild des CISG vor, weil die Vorschrift auf das Erfordernis einer Erklärung

85

verzichtet und die bloße Nichteinhaltung der Lieferfrist für das Entfallen der Vertragspflichten hinreichen lässt.

Diese formularmäßige Vertragsgestaltung benachteiligt die im Open-House-Verfahren beteiligten Lieferanten unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, weil mit ihr die Kerngrundsätze des Vertragsaufhebungsrechts des CISG umgangen werden. Die Regelung des § 3.2 S. 4 OHV statuiert eine vollständige Freistellung sowohl von dem Erfordernis einer Fristsetzung zur Nachlieferung als auch der Abgabe einer Vertragsaufhebungserklärung, indem sie die wechselseitigen vertraglichen Pflichten nur aufgrund der Nichteinhaltung des Termins automatisch entfallen lässt. Eine derart weitreichende Rechtsfolge ist im kaufmännischen Verkehr unter Geltung des CISG in der vorliegenden Sachverhaltsgestaltung nicht wirksam in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbar, weil sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar ist. Das CISG räumt nach dem Gesagten der Vertragserhaltung einen äußerst hohen Stellenwert ein und stellt die Vertragsaufhebung unter vergleichsweise strenge Voraussetzungen (vgl. Staudinger/*Magnus* [2018], Art. 49 CISG Rn. 4; rechtsvergleichend Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Müller-Chen*, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 7. Aufl. 2019, Art. 49 CISG Rn. 51 ff.). Es verlangt daher stets die Setzung einer Nachfrist oder eine wesentliche Vertragsverletzung. Eine vollständige Abweichung von diesen Voraussetzungen stellt eine einseitige Benachteiligung der Lieferanten dar, die nicht durch berechnete Interessen der Beklagten gerechtfertigt ist. Deren Interesse, vor dem Hintergrund der Pandemielage kurzfristig Schutzmasken beschaffen zu können, wäre namentlich durch die Setzung einer – ggf. kurzen – Nachfrist nicht beeinträchtigt worden. Die beklagenseits angeführten, erheblichen logistischen Aufwände führen nicht zu einer anderen Bewertung. Denn diese resultierten aus der hohen Resonanz auf die Ausschreibung und damit letztlich aus der Wahl des Open-House-Verfahrens als Beschaffungsmaßnahme und lagen somit ausschließlich in der Sphäre der Beklagten. Für die Lieferanten war im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mangels Einblicksmöglichkeit nicht ansatzweise erkennbar, dass und welche Probleme sich bei der Abwicklung stellen würden (vgl. bereits Senatsurteil vom 09.01.2025 – 8 U 46/23, juris; zum deutschen autonomen Sachrecht: OLG Köln, Urteil vom 21.06.2024 – 6 U 112/23, NJW 2024, 2183; OLG Köln, Urteil vom 19.07.2024 – 6 U 101/23, BeckRS 2024, 17342). Die Wahl des Open-House-Verfahrens aufgrund des, wie die Beklagte vorgetragen hat, vor dem Hintergrund der pandemiebedingt eingeschränkten Verfügbarkeit von Schutzausrüstung auf dem Weltmarkt überragenden Interesses an einer äußerst schnellen Eindeckung zu attraktiven, markt- und konditionsangemessenen Preisen brachte aufgrund der Verfahrensgestaltung vielmehr auch Nachteile mit sich. Diese Nachteile kann die Beklagte nicht formularmäßig auf die Lieferanten abwälzen. Aus diesem Grund kann auch die zwischen den Parteien streitige Ordnungsgemäßheit der Avisierung der Lieferung keine wesentliche Vertragsverletzung darstellen.

d)

Die Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, die nicht gesetzte Nachfrist durch die Beklagte bzw. durch die von der Beklagten eingeschalteten Logistiker sei nicht ursächlich dafür, dass die Klägerin der Beklagten die hier streitgegenständlichen 3.440.000 Schutzmasken nicht lieferte. Die von der Beklagten in diesem Zusammenhang

86

87

aufgestellte Behauptung, die Klägerin sei zum 30.04.2020 ohnehin nicht lieferfähig gewesen, ist streitig; die Klägerin trägt durchgehend vor, zum 30.04.2020 lieferfähig gewesen zu sein.

Eine fehlende Lieferfähigkeit der Klägerin zum 30.04.2020 ergibt sich dabei nicht – wie die Beklagte meint – aus dem insofern unstreitigen Umstand, dass die Klägerin schon vor dem 30.04.2020 Lieferslots für Schutzmasken erhalten hat, die sie im Folgenden nicht bedient hat. Die Klägerin war nach dem Open-House-Vertrag nicht verpflichtet, sämtliche ihr angebotenen Anlieferslots zu bedienen. Ein belastbarer Schluss betreffend eine bestehende oder fehlende Lieferfähigkeit zum 30.04.2020 lässt sich daraus nicht ziehen.

88

Auch aus dem unstreitigen Umstand, dass die Klägerin am 05.05.2020 und am 11.05.2020 weniger Schutzmasken angeliefert hat, als für diese Tage angekündigt war, lässt sich nicht der Rückschluss ziehen, die Klägerin wäre – wenn ihr nach Ablauf des 30.04.2020 eine Nachfrist gesetzt worden wäre – nicht lieferfähig gewesen. In Ansehung der stattgehabten – durch die «Flatten-the-Curve»-Präsentation vom 22.04.2020 von der Beklagten im Übrigen auch so gewollten – Praxis der zeitlichen Entzerrung der Lieferungen durch die Zuteilung von Lieferslots nach dem 30.04.2020 musste die Klägerin bei Durchführung der Lieferungen am 05.05. und 11.05.2020 nicht davon ausgehen, keine weiteren Lieferslots zur Anlieferung mehr zu erhalten.

89

Entgegen der Darstellung der Beklagten ergibt sich auch nicht aus dem Vortrag der Klägerin in der Berufungsbegründung vom 04.12.2023, dort Seite 22, dass die Klägerin zum 30.04.2020 nicht lieferfähig gewesen wäre. Dieser Vortrag, wonach die Klägerin nach ihrem eigenen Vortrag am 16.05.2020 insgesamt 200.000 Masken importiert hat, die für die Beklagte bestimmt gewesen sind bzw. am 23.07.2020 weitere 3.500.000 Masken abflugbereit in China bereitlagen, verhält sich nicht zu einer (fehlenden) Lieferfähigkeit zum 30.04.2020. Erst recht lässt sich daraus nicht ableiten, dass die Klägerin selbst bei unterstellter Nachfristsetzung der Beklagten nicht hätte rechtzeitig liefern können. Wie die Klägerin sich im Falle einer Nachfristsetzung, verhalten hätte, ist völlig offen und kann nicht durch bloß hypothetische Erwägungen unterstellt werden. So ist zu berücksichtigen, dass es der Klägerin etwa auch möglich gewesen wäre, sich zur Einhaltung einer Nachfrist anderweitig Masken zu beschaffen, um ihren Verkäuferpflichten zu entsprechen.

90

e)

Soweit die Beklagte sich erstmals in der Berufungsinstanz – mit Schriftsatz vom 30.12.2024 – unter Verweis auf die von Klägerin als Anlage K3 zur Klageschrift vorgelegten Bericht des Bundesrechnungshofs vom 16.06.2021 darauf beruft, die geltend gemachte Klageforderung sei wegen eines Verstoß gegen das gesetzliche Verbot nach § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 3 VO PR Nr. 30/53 unschlüssig, der im Open-House-Vertrag vereinbarte Kaufpreis pro FFP2-Maske i.H. von 4,50 EUR netto verstoße ausweislich des vorgenannten Berichts gegen § 1 Abs. 3 VO PR Nr. 30/53, da er den zulässigen Höchstpreis übersteige, hat ihr Vorbringen keinen Erfolg.

91

aa)

Der erstmals mit Schriftsatz vom 30.12.2024 erfolgte Tatsachenvortrag der Beklagten zur angeblichen Höchstpreisüberschreitung unter Bezugnahme auf den Bericht des

92

Bundesrechnungshofs ist bereits unbeachtlich; er ist neu und als solcher verspätet im Sinne des § 531 Abs. 2 ZPO.

Der Vortrag ist neu im Sinne des § 531 Abs. 2 ZPO. Zwar ist zutreffend, dass die Klägerin den Bericht des Bundesrechnungshofs bereits erstinstanzlich als Anlage K3 vorgelegt hat. Diese Vorlage erfolgte indes nicht im Zusammenhang mit der Behauptung eines etwaigen Verstoßes gegen VO PR Nr. 30/53. Die Klägerin referenzierte auf den Bericht des Bundesrechnungshofes nur in den sachlichen Kontexten erstens des sog. «Logistik-Sourcing» und zweitens der Verkäufe an Bundesländer und Kassenärztliche Vereinigungen sowie der Kaufmannseigenschaft des Bundes. Vortrag dazu, dass der vereinbarte – bzw. von der Beklagten angebotene – Preis den zulässigen Höchstpreis überschreitet, ist mithin erstmals seitens der Beklagten mit Schriftsatz vom 30.12.2024 erfolgt.

93

Die Beklagte kann auch nicht mit Erfolg geltend machen, der Vortrag sei zuzulassen, weil er einen Gesichtspunkt betreffe, der vom Gericht des ersten Rechtszugs erkennbar übersehen bzw. für unerheblich gehalten worden sei, § 531 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Zwar sind zwingende Preisvorschriften von Amts wegen zu berücksichtigen. Wie ausgeführt, fehlte es hierzu in erster Instanz indes an jeglichem Vortrag. Das Gericht ist aber nicht gehalten, rechtshindernde Einwendungen zu prüfen, die nicht im Ansatz vorgetragen sind. Ein Verstoß gegen das zwingende Preisrecht ist von den Gerichten von Amts wegen nur zu beachten, sofern er sich aus dem tatsächlichen Vortrag der Parteien ergibt (vgl. BGH, Urteil vom 13.09.2001 – VI ZR 380/00, NJW-RR 2002, 159 zum Preisrecht nach der HOAI).

94

Entsprechend ist der neue Vortrag auch nicht gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 2 ZPO wegen eines Verfahrensmangels zuzulassen. Das Gericht war nicht gemäß § 139 ZPO gehalten, auf die Darlegung von Einwendungen hinzuwirken, für deren Eingreifen es keine greifbaren Anhaltspunkte hat.

95

Die Beklagte kann sich insoweit auch nicht mit Erfolg darauf berufen, sie gehe davon aus, dass es der Klägerin obliege, darzulegen und zu beweisen, dass der geltend gemachte Kaufpreis den gesetzlichen Vorgaben entspreche, andernfalls sei ihr ein Hinweis zu erteilen. Nach ständiger Rechtsprechung trägt die Darlegungslast für einen Verstoß gegen das Preisrecht nach allgemeinen Grundsätzen derjenige, der aus diesem Verstoß günstige Rechtsfolgen ableitet (vgl. BGH, Urteil vom 13.09.2001 – VII ZR 380/00, NJW-RR 2002, 159 für das Preisrecht der HOAI; OLG Köln, Urteil vom 22.04.2015 – 11 U 94/14, NJW 2015, 2046 zum SchwarzArbG; LG Bonn, Urteil vom 18.12.2013 – 1 O 465/12, NZBau 2014, 390 zu § 1 Abs. 3 VO PR Nr. 30/53). Der Senat ist gemäß § 139 ZPO nicht gehalten, auf derart allgemeine Darlegungs- und Beweislastregeln hinzuweisen.

96

Der von der Beklagten gehaltene Sachvortrag ist dabei auch streitig. Zwar stellt die Klägerin den Inhalt des in Bezug genommenen Berichts des Bundesrechnungshofs als solches nicht in Abrede, und damit auch nicht, dass das von der Beklagten hervorgehobene Diagramm – aus dem sich die Höchstpreisüberschreitung ergeben soll – dergestalt vom Bundesrechnungshof erstellt worden ist. Gleichwohl bestreitet die Klägerin mit Schriftsatz vom 06.01.2025 (qualifiziert) die Behauptung, der Preis von 4,50 EUR überschreite den Höchstpreis im Sinne der VO PR Nr. 30/53.

97

bb)

98

Ungeachtet dessen ergeben sich aus dem Vortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 30.12.2024 in tatsächlicher Hinsicht keine Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen die Regelungen der VO PR Nr. 30/53.

Fragen des Eingreifens eines gesetzlichen Verbots sind als Gültigkeitsfragen gemäß Art. 4 S. 2 CISG dem nationalen unvereinheitlichten Recht überlassen (vgl. Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Ferrari*, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 7. Aufl. 2019, Art. 4 CISG Rn. 18), d.h. vorliegend kraft Rechtswahl dem deutschen autonomen Zivilrecht. Anwendung findet gemäß § 12 Abs. 2 der aktuellen Fassung der VO PR Nr. 30/53 die VO PR Nr. 30/53 in der bis zum Ablauf des 31.03.2022 geltenden Fassung (im Folgenden: VO PR Nr. 30/53 a.F.), weil das streitgegenständliche Open-House-Verfahren vor dem 01.04.2022 stattfand.

99

Ein Verstoß gegen des § 1 Abs. 3 VO PR Nr. 30/53 a.F. ist nicht substantiiert dargelegt. Aus dem von der Klägerin als Anlage K3 zur Klageschrift vorgelegten Bericht des Bundesrechnungshofs vom 16.06.2021 lassen sich die seitens der Beklagten vorgetragenen Schlussfolgerungen nicht ziehen.

100

Gemäß § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 a.F. sind für marktgängige Leistungen, von denen bei der Beschaffung von FFP2-Masken auszugehen ist, insoweit vorrangig (vgl. § 1 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 a.F.) die verkehrsüblichen Preise als Maßstab heranzuziehen (s. *Berstermann*, Öffentliche Auftragspreiseverordnung, 2. Aufl. 2019, § 4 PreisV Rn. 2 ff.).

101

Diese lassen sich dem Bericht des Bundesrechnungshofs entgegen der Auffassung der Beklagten allerdings nicht ansatzweise entnehmen. Die beklagtenseits aus dem Bericht herangezogenen Balkendiagramme stellen zwar einen Durchschnittswert aus verschiedenen Beschaffungsmaßnahmen dar. Allerdings bezieht sich der Bericht nur auf Beschaffungsmaßnahmen des Bundes. Beschaffungsmaßnahmen der Länder geschweige denn ein Beschaffungsgeschehen im privatwirtschaftlichen Sektor betrachtet der Bericht nicht. Insoweit bleibt schon unklar, welcher Markt(teil) als Vergleichsmaßstab dienen soll.

102

Selbst wenn man nur den Bericht des Bundesrechnungshofs heranziehen wollen würde, ließen sich aus den dort mitgeteilten Werten keine belastbaren Rückschlüsse auf einen verkehrsüblichen Preis ziehen. Dies schon deshalb nicht, weil die angegebenen und verglichenen Preise unterschiedliche Leistungen umfassen. Die Preise im Open-House-Verfahren enthielten sämtliche Frachtkosten, während dies bei den anderen aufgeführten Beschaffungsmaßnahmen wie Direktbeschaffung, Logistik-Sourcing etc. nicht der Fall war. Eine konkrete Aufschlüsselung erfolgt nicht, so dass eine Vergleichbarkeit der Preise nicht gegeben ist und ein Durchschnittswert nicht als Vergleichsmaßstab dienen kann.

103

Der Vortrag der Beklagten enthält über die Darstellung der aus dem Bericht des Bundesrechnungshofs übernommenen, aus den genannten Gründen nicht aussagekräftigen Diagrammen und die Behauptung, es liege ein Verstoß vor, hinaus keine konkreten Tatsachen, welche die Annahme eines Verstoßes gegen die VO PR Nr. 30/53 a.F. tragen würde. Das als Beweis angebotene Sachverständigengutachten stellt sich insoweit als Versuch eines Ausforschungsbeweises dar.

104

Soweit die Beklagte geltend macht, der vereinbarte Kaufpreis habe, selbst wenn er verkehrüblichen Preisen i.S.d. § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 noch entsprochen habe, jedenfalls entgegen § 5 Abs. 1 Nr. 2 VO PR Nr. 30/53 die Selbstkostenpreise der Klägerin überschritten, verkennt sie die Systematik der VO PR Nr. 30/53. Gemäß § 1 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 a.F. ist Marktpreisen grundsätzlich der Vorzug vor Selbstkostenpreisen zu geben. Hieraus folgt nicht etwa ein freies Wahlrecht des öffentlichen Auftraggebers, sondern ein Rangverhältnis dergestalt, dass zulässig nur der jeweils ranghöchste Preistyp ist (vgl. *Gabriel/Krohn/Neun*, Handbuch Vergaberecht, 4. Aufl. 2024, § 21 Rn. 45 f.). Zwar können Selbstkostenpreise gemäß § 5 Abs. 1 PreisV 30/53 a.F. ausnahmsweise vereinbart werden, wenn Marktpreise nicht feststellbar sind, eine Mangellage vorliegt oder der Wettbewerb auf Anbieterseite beschränkt ist und die Preisbildung dadurch nicht nur unerheblich beeinflusst wird (vgl. *Gabriel/Krohn/Neun*, Handbuch Vergaberecht, 4. Aufl. 2024, § 21 Rn. 50). Zum maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses (vgl. *Gabriel/Krohn/Neun*, Handbuch Vergaberecht, 4. Aufl. 2024, § 21 Rn. 49) ging die Beklagte nach ihrem eigenen Vortrag – bis zum Eingang des Schriftsatzes vom 30.12.2024 – aber von marktangemessenen Preisen aus. Eine Alternativität zwischen zwei möglichen Unwirksamkeitsgründen, wie der Vortrag der Beklagten suggeriert, besteht dementsprechend nicht.

105

f)

Der Anspruch auf Kaufpreiszahlung ist unbedingt durchsetzbar.

106

Der Kaufpreisanspruch der Klägerin ist fällig. Die ursprünglich zwischen den Parteien in § 5.1 des Open-House-Vertrages vereinbarte Vorleistungspflicht der Klägerin ist nachträglich entfallen. Die Beklagte hat mit Schreiben vom 23.07.2020 den «Rücktritt» erklärt und damit zum Ausdruck gebracht, nicht am Vertrag festhalten und die ihr obliegende Leistung nicht erbringen zu wollen. Damit entfällt die Vorleistungspflicht der Klägerin (vgl. Senatsurteil vom 09.01.2025 – 8 U 46/23, juris Rn. 110 ff.; vgl. zum deutschen autonomen Recht: OLG Köln, Urteil vom 19.07.2024 – 6 U 101/23, BeckRS 2024, 17342). Solange der Verkäufer sich weder mit der (unberechtigten) Aufhebungserklärung des Käufers einverstanden erklärt, noch seinerseits die Vertragsaufhebung erklärt, besteht der Vertrag fort. Auch muss der Verkäufer in dieser Situation nicht zunächst selbst leisten, weil der Käufer die Nichterfüllung durch den Verkäufer durch die unberechtigte Verweigerung der Erfüllung selbst veranlasst hat und daher gemäß Art. 80 CISG nicht schutzwürdig ist (vgl. BeckOGK/*Hartmann*, Stand 01.05.2024, Art. 49 CISG Rn. 65; MüKo/*Huber*, BGB, 9. Aufl. 2024, Art. 49 CISG Rn. 74; Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Müller-Chen*, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 7. Aufl. 2019, Art. 49 CISG Rn. 48 f.; wohl auch Staudinger/*Magnus* [2018], Art. 49 CISG Rn. 29).

107

Die Beklagte kann sich aus demselben Grund nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht stützen. Das CISG kennt zwar ein aus Artt. 58, 71, 80, 81 Abs. 2 S. 2, 85 S. 2 und 86 Abs. 1 S. 2 CISG entnommenes allgemeines Zurückbehaltungsrecht (vgl. Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Mohs*, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 7. Aufl. 2019, Art. 58 CISG Rn. 27 m.w.N.). Allerdings greift auch insoweit Art. 80 CISG ein, weil die Beklagte durch die unberechtigte Vertragsaufhebung die nicht vorgenommene Nachlieferung durch die Klägerin verursacht hat. Jedenfalls aber folgt dies aus dem Rechtsgedanken von Treu und Glauben, Art. 7 Abs. 1 CISG. Angesichts der Tatsache, dass der Käufer durch die unberechtigte Erklärung der Vertragsaufhebung in der Regel seinen Unwillen zur Erbringung der Leistung deutlich zum

108

Ausdruck gebracht hat, ist dem Verkäufer die Berufung auf das Fehlen der Fälligkeit des Kaufpreisanspruchs unter Berufung auf Treu und Glauben (Art. 7 Abs. 1 CISG) zu versagen (vgl. MüKoBGB/Huber, 9. Aufl. 2024, CISG Art. 49 Rn. 74).

3.

109

Der Klägerin steht gegen die Beklagte gemäß Art. 78 CISG zudem ein Anspruch auf Verzugszinsen auf die Kaufpreisforderung in Höhe von neun Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus EUR 18.421.200,00 zu, dies allerdings nicht seit dem 24.07.2020, sondern erst ab dem 31.07.2020.

Art. 78 CISG gewährt einen Zinsanspruch für fällige Geldforderungen ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit (vgl. Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Bacher, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 7. Aufl. 2019, Art. 78 CISG Rn. 7 ff. m.w.N.). Dies ist aufgrund der in § 5.1 OHV vereinbarten gestaffelten Vorleistungspflichten eine Woche nach der unberechtigten Vertragsaufhebung der Fall gewesen (vgl. Senatsurteil vom 09.01.2025 – 8 U 46/23, juris; OLG Köln, Urteil vom 19.07.2024 – 6 U 101/23, BeckRS 2024, 17342), mithin ab dem 30.07.2020, da die Beklagte die unberechtigte Vertragsaufhebung mit Schreiben vom 23.07.2020 erklärt hatte.

110

Da das CISG keine eigenen Regelungen zur Zinshöhe enthält, richtet sich diese nach dem Vertragsstatut. Das ist hier gemäß § 7.3 der Lieferverträge i.V. mit Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Rom I-VO das unvereinheitlichte deutsche Recht. Die Zinshöhe bestimmt sich, weil es sich bei der Kaufpreisforderung um eine «Entgeltforderung» aus einem Rechtsgeschäft handelt, an dem kein Verbraucher beteiligt war, gemäß § 288 Abs. 2 BGB. Sie beträgt damit neun Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.

111

4.

112

Soweit die Klägerin mit ihrem erstmals in der Berufung gestellten Antrag zu 2. Zahlung in Höhe von weiteren 1.178.100,- EUR nebst Zinsen verlangt, war die Berufung als unbegründet zurückzuweisen. Die mit dem Antrag 2. geltend gemachte Klageerweiterung auf Zahlung von weiteren 1.178.100,- EUR ist unzulässig. Bei diesem neuen Antrag handelt es sich um eine nachträgliche Klageänderung (und -häufung), welche im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von § 533 ZPO zulässig ist. § 533 ZPO setzt voraus, dass der Gegner in die Klageänderung einwilligt oder das Gericht diese für sachdienlich hält und die Klageänderung auf Tatsachen gestützt werden kann, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor.

a)

113

Eine Einwilligung in die Klageänderung gemäß § 533 Nr. 1 Alt. 1 ZPO liegt nicht vor. Die Beklagte hat mit Berufungserwiderungsschriftsatz vom 11.04.2024 ausdrücklich erklärt, dass sie in die Klageänderung in Form der Klageerweiterung nicht einwilligt.

b)

114

Die Klageänderung ist auch nicht sachdienlich im Sinne des § 533 Nr. 1 Alt. 2 ZPO.

Die Beurteilung der Sachdienlichkeit erfordert eine Berücksichtigung, Bewertung und Abwägung der beiderseitigen Interessen. Maßgebend ist der Gedanke der

Prozesswirtschaftlichkeit, für den es entscheidend darauf ankommt, ob und inwieweit die Zulassung der Klageänderung zu einer sachgemäßen und endgültigen Erledigung des Streits zwischen den Parteien führt, der den Gegenstand des anhängigen Verfahrens bildet, und einem anderenfalls zu erwartenden weiteren Rechtsstreit vorbeugt; in einem solchen Fall steht es der Sachdienlichkeit nicht entgegen, dass durch die Zulassung der Klageänderung in der Berufungsinstanz neue Parteierklärungen und Beweiserhebungen notwendig werden und die Erledigung des Rechtsstreits dadurch verzögert wird. Auch fehlt es an der Sachdienlichkeit einer Klageänderung in der Berufungsinstanz nicht deshalb, weil der Beklagte im Fall ihrer Zulassung eine Tatsacheninstanz verliert. Zu verneinen ist die Sachdienlichkeit regelmäßig nur dann, wenn ein völlig neuer Prozessstoff in den Rechtsstreit eingeführt werden soll, bei dessen Beurteilung das Ergebnis der bisherigen Prozessführung nicht verwertet werden kann (BGH, Urteil vom 27.01.2012 – V ZR 92/11, BeckRS 2012, 5392 Rn. 15, m.w.N.).

Letzteres ist hier der Fall. Der Antrag zu 2. fördert nicht das Ziel, den sachlichen Streitstoff im Rahmen des anhängigen Rechtsstreits auszuräumen, sondern eröffnet einen vollkommen neuen Streitpunkt. Denn die Klägerin stützt ihr mit dem Antrag zu 2. geltend gemachtes Begehren ausdrücklich nicht auf vertragliche Ansprüche – wie sie mit dem Antrag zu 1. geltend gemacht werden. Sie macht vielmehr ausschließlich einen Anspruch aus Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG geltend und behauptet hierzu eine vermeintliche Ungleichbehandlung im Verhältnis zu zwei anderen Maskenlieferanten in Bezug auf die Entgegennahme von avisierten Übermengen. Ein enger Sachzusammenhang zwischen den Anträgen zu Ziff. 1. und Ziff. 2. ist daher nicht zu ersehen. Weder die tatsächlichen noch die rechtlichen Ausführungen aus der ersten Instanz sind für eine Entscheidung über den Antrag zu 2. im Ansatz verwertbar.

115

c)

Ungeachtet dessen ist die in § 533 Nr. 2 ZPO genannte weitere Voraussetzung neben der Sachdienlichkeit für die Zulässigkeit der Klageänderung, nämlich, dass diese auf Tatsachen gestützt werden kann, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat, nicht erfüllt. Denn vorliegend stützt die Klägerin ihren Antrag zu 2. ausschließlich auf neue Tatsachen, welche erstinstanzlich nicht vorgetragen wurden. Diese wurden – anders als die Klägerin meint – auch nicht «ansatzweise» durch Vorlage der Anlage K26 als Anlage zur Klageschrift vorgetragen. Der nunmehr streitrelevante Tatsachenvortrag ergibt sich daraus nicht. Gleiches gilt hinsichtlich des Umstands, dass die Beklagte zu der Lieferantin M[...] GmbH in den Anlagenkonvoluten B26 und B27 Lieferscheine samt Wareneingangsbestätigung vorgelegt hat.

116

Auch ein Zulassungsgrund nach § 531 Abs. 2 ZPO ist nicht gegeben. Ein solcher wird weder substantiiert vorgetragen noch ist er zu ersehen. Insbesondere kann sich die Klägerin nicht mit Erfolg auf eine fehlende Nachlässigkeit im Sinne des § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO berufen. Denn der in den Anlagen DLA 252 bis 261 vorgelegte E-Mail-Verkehr, aus welchen die Klägerin ihren neuen Vortrag maßgeblich herleitet, lag unstreitig bereits vor der letzten mündlichen Verhandlung in erster Instanz vor. Die Klägerin hätte die behauptete Ungleichbehandlung mithin bereits in erster Instanz äußern können.

117

Die neuen Tatsachen sind zudem in wesentlichen Punkten streitig. So bestreitet die Beklagte etwa, dass – wie die Klägerin behauptet – es gängige Verwaltungspraxis gewesen sei,

118

sämtliche gelieferte Übermengen zu bezahlen. Soweit die Klägerin zur Untermauerung ihres Vortrags zum Bestehen einer allgemeinen Verwaltungspraxis eine E-Mail der Generalzolldirektion vom 15.05.2020 an den damaligen Referatsleiter im BMG vorlegt, so wird seitens der Beklagten bestritten, dass es eine allgemeine Empfehlung von N[...] oder eine Verwaltungspraxis der Beklagten gab, vertraglich nicht vereinbarte Mehrmengen zu bezahlen.

In diesem Sinne bestreitet die Beklagte auch etwa, dass sie – wie die Klägerin behauptet – die Lieferung einer Übermenge durch die D[...] GmbH billigte, bereitwillig abnahm und bezahlte, und trägt vor, sie habe die Übermenge mit Teilrücktrittserklärung vom 09.07.2020 ausdrücklich zurückgewiesen, habe keine Zahlung getätigt und die D[...] GmbH aufgefordert, auch etwaige Mehrlieferungen abzuholen.

119

Ferner bestreitet die Beklagte, dass sie die von von M[...] GmbH gelieferte Übermenge ordnungsgemäß bezahlt habe. Die Beklagte habe mit der Lieferantin M[...] GmbH einen Rechtsstreit über einen die Begründetheit eines Teils der von der M[...] GmbH geltend gemachten Forderung geführt. Dieser Rechtsstreit sei schließlich durch einen Vergleich beendet, dessen Inhalt vertraulich ist. Jedenfalls stimme es keinesfalls, dass die Beklagte die Übermenge anstandslos akzeptiert und bezahlt habe.

120

5.

121

Die Anschlussberufung der Beklagten – in Gestalt der in der Berufungsinstanz erhobenen Hilfswiderklage – war als unzulässig zu verwerfen.

Die von der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 09.01.2025 mündlich zu Protokoll gestellten Anträge sind bei sachgerechtem Verständnis dahingehend auszulegen, dass die Beklagte im Wege der Anschlussberufung Hilfswiderklage erhoben hat. Die Erhebung einer (Hilfs-)Widerklage in zweiter Instanz setzt eine (zulässige) Berufung oder Anschlussberufung des Beklagten voraus (vgl. BGH, Urteil vom 04.02.2015 – VIII ZR 175/14, NJW 2015, 1296 Rn. 15; BGH, Urteil vom 07.12.2007 – V ZR 210/06, NJW 2008, 1953; Musielak/Voit/Ball, 21. Aufl. 2024, ZPO § 533 Rn. 18; MüKoZPO/Rimmelspacher, 6. Aufl. 2020, ZPO § 533 Rn. 37; Stein/Jonas/Althammer, 23. Aufl. 2018, ZPO § 533 Rn. 9; Saenger, ZPO, 10. Aufl. 2023, § 533 Rn. 9).

122

Eine solche Anschließungserklärung kann bei verständiger Würdigung in der mündlichen Antragstellung erkannt werden. Die Anschließungserklärung und Begründung bedürfen gemäß § 524 Abs. 1 S. 2 ZPO zwar grundsätzlich der Schriftform. Das setzt in der Regel einen vom Berufungsanwalt eigenhändig unterschriebenen Schriftsatz voraus. Eine Erklärung in mündlicher Verhandlung wird allerdings regelmäßig dann als ausreichend angesehen, wenn das Gericht – wie vorliegend – die Erklärung zu Protokoll zugelassen hat (MüKoZPO/Rimmelspacher, 6. Aufl. 2020, ZPO § 524 Rn. 44).

123

Die hiernach eingelegte Anschlussberufung war indes verfristet und daher als unzulässig zu verwerfen. Nach § 524 Abs. 2 S. 2 ZPO ist die Anschlussberufung nur zulässig bis zum Ablauf der dem Berufungsbeklagten gesetzten Frist zur Berufungserwiderung. Diese Frist war zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 09.01.2025 bereits abgelaufen, nachdem der Beklagten mit der Vorsitzendenverfügung vom 06.12.2023 bzw. den weiteren

124

Vorsitzendenverfügungen vom 13.12.2023 und 18.03.2024 eine Berufungserwiderungsfrist bis zum 12.04.2024 einschließlich gesetzt worden ist.

6.

125

Das Vorbringen der Beklagten mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 29.01.2025 gibt keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, § 156 ZPO.

a)

126

Die Voraussetzungen für eine Wiedereröffnung nach § 156 Abs. 2 ZPO – insbesondere § 156 Abs. 2 Nr. 2 ZPO – sind nicht gegeben.

Der Senat war – entgegen der von der Beklagten im Schriftsatz vom 30.12.2024 geäußerten Ansicht – nicht gehalten, der Beklagten einen richterlichen Hinweis nach § 139 ZPO dazu zu erteilen, ob «der Senat (auch) in diesem Verfahren beabsichtigt, sich der Rechtsprechung des 6. Senats des OLG Köln anzuschließen und in diesem Fall auch um Mitteilung der rechtlichen Erwägungen, inwieweit die Feststellungen des 6. Senats zum BGB auf den vorliegenden CISG-Fall aus Sicht des Senats übertragbar sind.» Hierzu ist zu konstatieren, dass der Senat in der mündlichen Verhandlung in der Parallelsache 8 U 46/23 nicht – wie von der Beklagten vorgetragen – allgemein geäußert hat, sich der Rechtsauffassung des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln anschließen zu wollen. Er hat vielmehr ausdrücklich geäußert, in der Sache von der Anwendbarkeit des CISG auszugehen und auf dieser Grundlage zum selben Ergebnis zu kommen wie der 6. Zivilsenat (vgl. insofern die Ausführungen im Senatsurteil vom 09.01.2025 – 8 U 46/23, juris). Gleichermaßen hat sich der Senat in der mündlichen Verhandlung am 09.01.2025 geäußert.

127

Entgegen der im Schriftsatz vom 30.12.2024 geäußerten Auffassung der Beklagten war der Senat auch nicht gehalten, wegen des erstmals in diesem Schriftsatz erfolgten Vortrags zu einem Verstoß gegen die sich aus der VO PR Nr. 30/53 a.F. ergebenden Preisvorschriften die mündliche Verhandlung aufzuheben und neuen Termin anzuberaumen, um der Beklagten weitere Gelegenheit für Sachvortrag zu ermöglichen. Die Beklagte hatte während des bereits seit dem Jahr 2022 anhängigen Rechtsstreits ausreichend Gelegenheit, entsprechenden Sachvortrag zu halten. Der insoweit anlassgebende Bericht des Bundesrechnungshofs – der aus der Sphäre der Beklagten stammt – liegt bereits seit Juni 2021 vor.

128

Eine Hinweispflichtverletzung liegt auch nicht darin begründet, dass der Senat – entgegen der insofern von der Beklagten im Schriftsatz vom 30.12.2024 geäußerten Bitte – nicht explizit darauf hingewiesen hat, dass der Beklagten obliegt, darzulegen und zu beweisen, dass der geltend gemachte Kaufpreis gegen die gesetzlichen Vorgaben verstößt. Wie bereits ausgeführt, entspricht es ständiger Rechtsprechung, dass derjenige die Darlegungslast für einen Verstoß gegen das Preisrecht trägt, der aus diesem Verstoß günstige Rechtsfolgen ableitet (vgl. BGH, Urteil vom 13.09.2001 – VII ZR 380/00, NJW-RR 2002, 159 für das Preisrecht der HOAI; OLG Köln, Urteil vom 22.04.2015 – 11 U 94/14, NJW 2015, 2046 zum SchwarzArbG; LG Bonn, Urteil vom 18.12.2013 – 1 O 465/12, NZBau 2014, 390 zu § 1 Abs. 3 VO PR Nr. 30/53). Der Senat war gemäß § 139 ZPO nicht gehalten, auf derart allgemeine Darlegungs- und Beweislastregeln hinzuweisen.

129

Ein Verfahrensfehler ist schließlich auch nicht darin zu ersehen, dass der Senat in der mündlichen Verhandlung vom 09.01.2025 den Antrag der Beklagten auf Schriftsatznachlass «zu den Erörterungen in der mündlichen Verhandlung» zurückgewiesen hat. Rechtsauführungen sind auch nach Schluss der mündlichen Verhandlung stets zulässig und bedürfen keines Schriftsatznachlasses. Neuer Tatsachenvortrag der Klägerseite, zu der der Beklagten zur Gewährung rechtlichen Gehörs noch hätte Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden müssen, ist nicht erfolgt – ungeachtet dessen, dass sich der Schriftsatznachlassantrag der Beklagten hierzu auch nicht verhalten hat.

130

b)

Die mündliche Verhandlung war auch nicht insoweit wiederzueröffnen, als die Beklagte im Schriftsatz vom 29.01.2025 umfassend neuen Vortrag hinsichtlich einen Verstoßes gegen die Vorgaben der VO PR Nr. 30/53 a.F. vorbringt und nunmehr geltend macht, als zulässiger Preistyp gemäß der «Preistreppe» der Preisverordnung sei vorliegend der Selbstkostenpreis maßgeblich, da sich ein verkehrsüblicher Markpreis nicht feststellen lasse. Dieser nicht nachgelassene Vortrag ist neu und bedürfte bei Berücksichtigung einer ergänzenden Aufklärung des Sachverhalts, wozu der Senat in Ansehung des Umstands, dass – wie oben ausgeführt – bereits der Vortrag im Schriftsatz vom 30.12.2024 hinsichtlich eines behaupteten Verstoßes gegen die VO PR Nr. 30/53 verspätet war, eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung für nicht angezeigt erachtet. Die Möglichkeit der Wiedereröffnung nach § 156 ZPO dient nicht dazu, die Präklusionsvorschriften zu umgehen (vgl. *MüKoZPO/Fritsche*, 6. Aufl. 2020, ZPO § 156 Rn. 11).

131

c)

Die rechtlichen Ausführungen der Beklagten im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 29.01.2025 – insbesondere zum «Fixgeschäft» – geben dem Senat ebenfalls keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.

132

7.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91a, 92 Abs. 2 Nr. 1, 101 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

133

8.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Weder hat die Sache grundsätzliche Bedeutung noch ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. Der Rechtsstreit betrifft lediglich die Anwendung gesicherter Rechtsgrundsätze im konkreten Einzelfall; entscheidungserhebliche und klärungsbedürftige abstrakt-generelle Rechtsfragen stellen sich im Verfahren nicht. Auch steht die Entscheidung des Senats nicht in Divergenz, sondern vielmehr im Ergebnis im Einklang mit anderer, im Themenkomplex der Open-House-Verfahren zum deutschen autonomen Sachrecht ergangener obergerichtlicher Rechtsprechung (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 27.04.2022 – 21 U 52/21, BeckRS 2022, 57488; OLG Köln, Beschluss vom 24.05.2022 – 15 U 116/21, BeckRS 2022, 56111; OLG Köln, Urteil vom 21.06.2024 – 6 U 112/23, NJW 2024, 2183; OLG Köln, Urteil vom 19.07.2024 – 6 U 101/23, BeckRS 2024, 17342). Desgleichen besteht keine Divergenz zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 24.09.2014 (VIII ZR 394/12 –

134

BeckRS 2014, 20679). Im Gegenteil basiert die Entscheidung des Senats hinsichtlich der streitentscheidenden Frage der Wirksamkeit der Vertragsaufhebung auf den seitens des Bundesgerichtshofs in dieser Entscheidung erarbeiteten Grundsätzen. Die beklagenseits angeführte Entscheidung des Oberlandesgerichts Bamberg (Urteil vom 05.03.2021 – 3 U 68/20, BeckRS 2021, 3523) betrifft schließlich die vorliegend zu entscheidende Konstellation nicht. Zum einen ist sie nicht zum CISG, sondern zum deutschen autonomen Sachrecht ergangen. Zum anderen hat sie die Zulässigkeit des zwischen den dortigen Parteien klauselmäßig vereinbarten Fixgeschäfts maßgeblich auf die Branchenüblichkeit derartiger Klauseln gestützt. Das vorliegende Verfahren betrifft demgegenüber die einmalige Beschaffung von Schutzmasken in einer pandemischen Notsituation, so dass eine Branchenüblichkeit weder ersichtlich noch vorgetragen ist. Zudem enthielt die fragliche Klausel anders als die im vorliegenden Verfahren streitgegenständliche Klausel pauschale Nachfristen und regelte nicht etwa das automatische Entfallen der vertraglichen Pflichten bei Nichteinhaltung des Liefertermins.

9.

135

Der Gebührenstreitwert für das Berufungsverfahren und die Streithilfe wird auf 19.599.300,- EUR festgesetzt (Klageantrag zu 1.: 18.421.200,- EUR; Klageantrag zu 2.: 1.178.100,- EUR). Die Hilfswiderklage war nicht streitwerterhöhend zu berücksichtigen, da Klage und Hilfswiderklage denselben Gegenstand im Sinne von § 45 Abs. 3 S. 3 GKG betreffen, so dass insoweit nur der höhere Betrag maßgebend ist. Bei dem Begriff des «Gegenstands» in § 45 Abs. 1 S. 3 GKG handelt es sich um einen selbstständigen kostenrechtlichen Begriff, der eine wirtschaftliche Betrachtung erfordert. Eine Zusammenrechnung hat nicht zu erfolgen, wenn ein wirtschaftlich identisches Interesse betroffen ist. Dies ist hier der Fall.