
Datum: 30.11.2012
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 22 U 126/12
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2012:1130.22U126.12.00

Vorinstanz: Landgericht Wuppertal, 14 O 85/10

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 15.05.2012 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Wuppertal teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 48,90 € je 100 Stück Klemmschrauben zu zahlen zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 5.970,52 € seit dem 19.03.2009 und aus dem Restbetrag seit dem 11.07.2009 Zug um Zug gegen Lieferung einer Anzahl von 41.319 bis 71.319 Klemmschrauben M 14 x 1 LH.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagten können die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

1

2

A.

Die Klägerin nimmt die Beklagte aus einem Vertrag über die Lieferung von 100.000 Klemmschrauben in Anspruch.	3
Mit Email vom 24.07.2007 (Anlage B1), die im Betreff mit „EILANFRAGE“ bezeichnet war, bat die Beklagte die Klägerin um Abgabe eines Angebots. In der Email heißt es: „Lieferzeit : umgehend (sofortiger Bedarf)“. Die Klägerin übersandte daraufhin am 31.07.2007 (Anlage B2) ein Angebot, in dem angegeben ist: „Lieferzeit: 4-6 Wochen beginnend mit Teilmenge“. Aufgrund von Änderungswünschen der Beklagten übersandte die Klägerin am 01.08.2007 (Anlage B3) eine geänderte Kalkulation.	4
Mit Schreiben vom 01.08.2007 (Anlage B4), das mit „Rahmen-Bestellung“ überschrieben ist, bestellte die Beklagte sodann 100.000 Klemmschrauben zum Preis von 48,90 € je 100 Stück, insgesamt 48.900,00 €, bei der Klägerin. In dem Schreiben heißt es:	5
„Erstmuster zwecks Freigabe schnellstmöglich vorab. Liefertermin : Auf Abruf ab 34. KW 07“.	6
Die Beklagte übersandte der Klägerin weiter unter dem 01.08.2007 zwei Bestellungen „aus Rahmen“ über insgesamt 100.000 Klemmschrauben in zwei Teilmengen. In einer Bestellung über 20.000 Klemmschrauben (Anlage B5) heißt es:	7
„Bitte, nach Freigabe möglichst 5.000 Stück in der 34 KW anliefern. Vielen, lieben Dank für Ihre Bemühungen. Liefertermin: 35. KW 07“.	8
In einer weiteren Bestellung über 80.000 Klemmschrauben (Anlage B6) ist angegeben:	9
„Die Bestellmenge muss bis zu dem vorgenannten Liefertermin komplett ausgeliefert werden. Liefertermin: 26.10.07“.	10
Die Klägerin übersandte der Beklagten unter dem 20.08.2007 eine Auftragsbestätigung (Anlage B7), in der angegeben ist: „Liefertermin: auf Abruf“. Weiter heißt es:	11
„Lieferzeit:	12
Freigabemuster ca. KW 35/07.	13
Teilmenge nach Abstimmung bezügl. Freigabe der Muster.	14
Laufzeit des Rahmenauftrages: 31.12.2007“.	15
Im unteren Teil der Auftragsbestätigung ist angegeben: „Bei Sonderanfertigungen gelten materialbedingte Mengentoleranzen von +/- 15 % als handelsüblich akzeptiert.“	16
Die Beklagte sandte die Auftragsbestätigung per Telefax mit handschriftlichen Zusätzen zurück. Ein Zusatz zur Angabe „Freigabemuster ca. KW 35/07“ lautete: „mind. 1.000 St. Eilt!“.	17
Am 31.07.2007 lieferte die Klägerin der Beklagten eine Klemmschraube als Musterstück. Die Beklagte teilte daraufhin der Klägerin mit Email vom 31.08.2007 (Anlage B8) mit, die angelieferten Muster seien nicht zur Serienfertigung freigegeben worden. Um den Ansprüchen ihres Kunden gerecht zu werden, werde sie daher selbst kurzfristig die dringend benötigte Stückzahl produzieren. Eine entsprechende Reduzierung der Bestellmenge behalte sie sich vor. Die Beklagte erklärte, dass sie von ihrem Rücktrittsrecht Gebrauch machen werde, falls die Klägerin bis zum 21.09.2007 keine brauchbaren Muster in gewünschter	18

Menge und/oder nach Freigabe keine Serienteile kurzfristig ausliefern werde.

Mit Schreiben vom 31.08.2007, 21.09.2007, 19.10.2007, 26.11.2007, 17.12.2007 und 14.01.2008 (Anlage B44) mahnte die Beklagte die Auslieferung der Klemmschrauben an. 19

Ab Januar 2008 lieferte die Klägerin Klemmschrauben in folgenden Teillieferungen an die Beklagte aus: 4.920 am 11.01.2008, 4.635 am 22. bzw. 26.02.2008 und 9.126 am 17.03.2008 (Anlagen B 10 bis B 12). Vier Rechnungen der Klägerin vom 25.02.2008 und 13.03.2008 in Höhe von insgesamt 12.338,66 € glich die Beklagte zunächst nicht aus. 20

Auf eine Lieferanmahnung der Beklagten vom 25.03.2008 (Anlage K6) erwiderte die Klägerin: „Bitte Rechnungen ausgleichen zur Freigabe weiterer Teilmengen.“ Unter dem 06.05.2008 (Anlage K7) mahnte die Klägerin die offenstehenden Rechnungen an, die die Beklagte am 08.05.2008 ausglich. 21

Am 28.08.2008 lieferte die Klägerin weitere 10.000 Klemmschrauben an die Beklagte aus (Anlage B13). 22

Mit Schreiben vom 15.09.2008 (Anlage B17), das mit „Änderungsbestellung“ überschrieben ist, teilte die Beklagte der Klägerin Folgendes mit: 23

„**Wie bereits angekündigt müssen wir den Rahmenauftrag – bedingt durch die Engpässe bzw. Verzögerungen bei den Erstlieferungen – um 12.500 Stück reduzieren.** Demnach verbleibt eine zu liefernde Restmenge von 58.819 Stück. Bitte, buchen Sie gleichlautend und bestätigen Sie entsprechend.“ 24

Die Klägerin erwiderte darauf (Anlage B18), da die Teile schon gefertigt seien, sei eine Reduzierung nicht mehr möglich. Auf Nachfrage der Beklagten teilte die Klägerin mit (Anlage B19), es seien 51.200 Stück sofort lieferbar, 35.000 seien zurzeit in Produktion und es bestünde ein Materialvorrat für weitere 20.000 Stück. Die Beklagte forderte daraufhin die Klägerin auf, die 51.200 Klemmschrauben sofort auszuliefern. Vor Auslieferung der 35.000 Stück bedürfe es noch einer Klärung, da der Bedarf der Beklagten noch maximal 15.000 Stück betrage. 25

In der Folgezeit lieferte die Klägerin der Beklagten 10.000 Klemmschrauben am 14.10.2008 und weitere 5.000 Klemmschrauben am 17.12.2008. Beide Lieferungen erfolgten gegen Vorkasse (Anlagen B14 und B15). Insgesamt lieferte die Klägerin der Beklagten bis zu diesem Zeitpunkt 43.681 Klemmschrauben. 26

Unter dem 16.02.2009 (Anlage B20) stellte die Klägerin der Beklagten eine weitere Teilmenge von 10.000 Klemmschrauben in Rechnung. Die Beklagte bezahlte die Rechnung nicht und teilte der Klägerin mit Schreiben vom 23.03.2009 (Anlage B21) mit, da diese ihrer Lieferpflicht nicht im vereinbarten Zeitraum nachgekommen sei, sei ein Festhalten am Vertrag für die Beklagte nicht mehr zumutbar. Sie, die Beklagte, trete daher „von der Restmenge des Vertrages“ zurück. 27

Die Klägerin widersprach dem Rücktritt mit Schreiben vom 27.03.2009 (Anlage B26). 28

Im Mai oder Juni 2009 (Anlage K2/B27) – das genaue Datum ist streitig – teilte die Klägerin der Beklagten mit, unter Berücksichtigung handelsüblicher Mengentoleranzen von 15 % stelle sie weitere 61.319 Klemmschrauben abholbereit. Ebenfalls streitig ist, ob die Klägerin der Beklagten eine Rechnung über 35.833,56 € übersandte (Anlage K3), deren Erhalt die Beklagte bestreitet. 29

Im Rahmen der vorgerichtlichen Auseinandersetzung teilte die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 03.04.2009 (Anlage B26) mit, die Klägerin habe auf eigenen Wunsch die von der Beklagten geforderte umgehende Auslieferung von 51.200 Klemmschrauben in Lieferlosen von 10.000 Stück gewandelt. Die jetzige Situation hätte durch die Lieferung der geforderten Gesamtmenge, wahrscheinlich aber sogar durch die kontinuierliche Lieferung von Teilmengen abgewendet werden können.	30
Die Klägerin hat behauptet, die Parteien hätten einen Rahmenvertrag geschlossen, um die Lieferung einer großen Menge Klemmschrauben über einen größeren Zeitraum zu gleichbleibenden Konditionen zu gewährleisten. Dementsprechend hätten die Parteien eine Laufzeit des Vertrages bis Ende des Jahres 2008 vereinbart. Soweit sie in ihrer Auftragsbestätigung eine Laufzeit bis zum 31.12.2007 angegeben habe, handele es sich um einen Schreibfehler. Seit Beginn der Teillieferungen im Januar 2008 hätten ausreichende Warenmengen bei der Klägerin zur Verfügung gestanden. Nachdem es zu Zahlungsverzögerungen bei der Beklagten gekommen sei und die Beklagte angegeben habe, sie könne für die von ihr bestellten Mengen keinen Rechnungsausgleich gewähren, hätten sich die Parteien darauf geeinigt, dass die Klägerin Teilmengen zu jeweils 10.000 Stück nach Vorauszahlung liefern solle. Diese Vereinbarung sei nach der „Änderungsbestellung“ der Beklagten vom 15.09.2008 (Anlage B17) getroffen worden. Nach der Lieferung vom 17.12.2009 sei es jedoch zu einem weiteren Abruf der Beklagten nicht gekommen. Aufgrund des Schreibens über die Bereitstellung der restlichen Klemmschrauben habe sie der Beklagten hierfür 35.833,56 € in Rechnung gestellt (Anlage K3).	31
Die Klägerin hat beantragt,	32
die Beklagte zu verurteilen, an sie 41.804,08 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 5.970,52 € seit dem 19.03.2009 sowie aus 35.833,56 € seit dem 11.07.2009 zu zahlen Zug um Zug gegen Übergabe von 71.319 Stück Klemmschrauben M 14 x 1 LH..	33
Die Beklagte hat beantragt,	34
die Klage abzuweisen.	35
Die Beklagte hat behauptet, aufgrund der schleppenden Lieferung durch die Klägerin habe sie zur Eigenfertigung übergehen müssen, um den Bedarf ihres Großkunden befriedigen zu können. Rechnungen der Klägerin haben sie stets zeitnah bezahlt. Lediglich die am 06.05.2008 (Anlage K7) angemahnten Rechnungen habe sie aufgrund eines Versehens zunächst nicht beglichen. Nachdem die Klägerin Lieferungen nur noch gegen Vorkasse habe ausführen wollen, habe sie sich stillschweigend damit einverstanden erklärt, um die Vertragserfüllung nicht zu gefährden. Mit Schreiben vom 20.05.2008 (Anlage B16), dessen Erhalt die Klägerin bestreitet, habe sie die noch offenstehende Restmenge von 81.319 Stück angemahnt, die Klägerin zur umgehenden Lieferung aufgefordert und mitgeteilt, dass sie anderenfalls auf Kosten der Klägerin einen Deckungskauf vornehmen müsse.	36
Die Beklagte hat hilfsweise die Aufrechnung mit angeblichen Schadensersatzansprüchen wegen Zusatzkosten aufgrund der Eigenproduktion von Klemmschrauben, entgangenen Gewinns aufgrund von Lieferverzögerungen und zusätzlichen Verwaltungsaufwands erklärt.	37
Sie hat die Auffassung vertreten, mit Ablauf des 31.12.2007 habe der Rahmenvertrag keinen Bestand mehr gehabt, so dass vertragliche Ansprüche allein nach Maßgabe der jeweiligen Einzelbestellungen hätten begründet werden können. Daher habe es der Beklagten	38

freigestanden, die Bestellmenge entsprechend ihrem tatsächlichen Bedarf zu begrenzen.

Mit seinem am 15.05.2012 verkündeten Urteil (Bl. 121 ff. d. A.), auf das wegen der weiteren Sachdarstellung Bezug genommen wird, hat die 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Wuppertal der Klage stattgegeben. 39

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt: 40

Die Klägerin könne von der Beklagten Zahlung des Entgeltes für die restlichen Klemmschrauben in Höhe von 41.804,08 € Zug um Zug gegen Lieferung und Übereignung derselben gem. §§ 651, 433 Abs. 2 BGB auf der Grundlage des Rahmenvertrages verlangen. Dabei könne dahinstehen, ob der Rahmenvertrag, wie die Beklagte behaupte, ursprünglich bis 2007 habe erfüllt sein sollen, weil dieser 2008 dennoch fortbestanden habe. Bei diesem Vertrag handele es sich nämlich nicht um ein befristetes Dauerschuldverhältnis, das – wie beispielsweise ein Mietvertrag – mit Ablauf der Vertragszeit automatisch ende. Vielmehr sei gem. §§ 133, 157 BGB die Klausel „Ablauf des Rahmenvertrages: 31.12.2007“ lediglich als (spätester) Liefertermin zu verstehen. Dies zeige auch die Umsetzung des Vertrages, da sich die Beklagte selbst noch in ihrer Mahnung vom 20.05.2008 (Anlage B 16) und in ihrer Änderungsbestellung von September 2008 (Anlage K8) auf diese Rahmenbestellung bezogen habe. Durch den Rahmenvertrag sei die Beklagte zur Abnahme der Schrauben und Zahlung des Kaufpreises bis zu einer Menge von 115.000 Stück verpflichtet worden, da eine produktionsbedingte Mehrmenge von 15 % branchen- und handelsüblich sei. Der Restkaufpreisanspruch sei nicht untergegangen, da die Beklagte von dem Rahmenvertrag nicht – auch nicht 41

teilweise – wirksam zurückgetreten sei. Selbst wenn man in der „Änderungsbestellung“ und der „Reduzierung des Rahmenauftrages“ einen Teilrücktritt sehen wollte, sei über dessen Zulässigkeit nicht zu entscheiden, da sich die Parteien unstreitig auf die Auslieferung der Fertigteile geeinigt und damit eine Zäsur bezüglich der vorherigen rechtlich und tatsächlich unklaren Vertragsgestaltung und –abwicklung geschaffen hätten. Die Beklagte sei auch nicht mit Schreiben vom 23.03.2009 wirksam vom Vertrag zurückgetreten. Ein Rücktrittsgrund gem. § 323 BGB habe der Beklagten nicht zugestanden, insbesondere könne die Beklagte einen solchen nicht aus Verzug der Klägerin ableiten. Es komme nicht darauf an, ob die Klägerin früher im Verlauf der Vertragsabwicklung ihre vertraglichen Verpflichtungen nicht ordnungsgemäß, insbesondere nicht fristgerecht, erfüllt habe. Entscheidend sei, dass sich die Klägerin im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung wegen der Vorleistungspflicht der Beklagten nicht im Verzug befunden habe. Denn die Teillieferung über 10.000 Stück sei lediglich deshalb nicht erfolgt, weil die Beklagte die entsprechend der geänderten Zahlungsbedingungen vereinbarungsgemäß erstellte Vorabrechnung vom 16.02.2009 nicht beglichen habe. Dass sich die Parteien zunächst auf die Gesamtauslieferung der gefertigten Teile geeinigt hätten, sei unerheblich, weil sie später jedenfalls Teillieferungen vereinbart hätten. Dies zeige zum einen die tatsächliche Handhabung, nämlich die widerspruchslose Entgegennahme der Teillieferungen über 10.000 und 5.000 Stück, ergebe sich aber auch aus dem Schreiben der Beklagten an die Klägerin vom 03.04.2009, in dem es heiße, die Lieferlose seien (auf Wunsch der Klägerin) auf 10.000 Stück geändert worden. Das Bestreiten der Teilliefervereinbarung sei wegen Widersprüchlichkeit unbeachtlich. Die Klageforderung sei auch nicht durch Aufrechnung gem. § 389 BGB erloschen. Der Vortrag der Beklagten zu angeblichen Schadensersatzansprüchen in Höhe von insgesamt 18.874,27 € sei trotz des gerichtlichen Hinweises mit Beschluss vom 13.09.2011 unsubstantiiert geblieben. 42

Gegen dieses der Beklagten 21.05.2012 zugestellte Urteil hat sie mit einem beim Oberlandesgericht Düsseldorf am 19.06.2012 eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 23.08.2012 mit einem am 16.08.2012 eingegangenen Schriftsatz begründet.

Die Beklagte verfolgt mit ihrer Berufung ihren Klageabweisungsantrag, jedoch nicht die in erster Instanz hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüche, weiter. Sie ist der Ansicht, das angefochtene Urteil gehe zu Unrecht davon aus, dass die Beklagte durch Entgegennahme die Zustimmung zu Teillieferungen erteilt habe und dass hierdurch die ursprünglich vereinbarten Liefertermine und –mengen vertraglich neu geregelt worden seien. Tatsächlich habe die Entgegennahme von Teillieferungen nichts daran geändert, dass die Klägerin sich zu diesem Zeitpunkt seit langem im Verzug befunden habe, zumal alle Lieferungen bis Ende 2007 hätten erfolgen sollen. Zu Unrecht habe das Landgericht insoweit die in der Auftragsbestätigung angegebene Laufzeit des Rahmenvertrages entgegen dem eindeutigen Wortlaut als „Lieferzeit“ verstanden. Dies gelte umso mehr, als die Beklagte in dem Schriftwechsel, der dem Abschluss des Rahmenvertrages vorausgegangen sei, deutlich auf die Dringlichkeit der Lieferungen hingewiesen habe. Den folgenden Lieferverzögerungen und Teillieferungen, zu denen die Klägerin nach § 266 BGB nicht berechtigt gewesen sei, habe die Beklagte stets widersprochen. Das angefochtene Urteil verkenne außerdem, dass die Klägerin auch die von ihr selbst genannten Teillieferungen nicht termingerecht – und auch nicht vollständig – geleistet habe. Die Klägerin habe sich daher im Zeitpunkt des Rücktritts der Beklagten durch Schreiben vom 23.03.2009 im Verzug befunden. Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei der Rahmenvertrag nicht einvernehmlich über den 31.12.2007 hinaus verlängert worden. Allein in der Entgegennahme von Teillieferungen durch die Beklagte in 2008 sei keine Verlängerung des ursprünglichen Rahmenvertrages zu sehen. Vielmehr habe es sich bei diesen Lieferungen um eine Teilerfüllung des Rahmenvertrages aus dem Jahre 2007 gehandelt. Auch aus den im Urteil zitierten Schriftstücken ergebe sich nicht, dass sich die Beklagte mit den verspäteten Teillieferungen einverstanden erklärt habe. Dass sich die Beklagte in ihrer Mahnung vom 20.05.2008 (Anlage B16) auf die Rahmenbestellung aus dem Jahr 2007 bezogen habe, bedeute lediglich, dass es um die noch ausstehenden Lieferungen aus dem Vertrag von 2007 gegangen sei. Dass die Beklagte den vertragswidrigen Lieferzeiten und –mengen nicht habe zustimmen wollen, ergebe sich zudem daraus, dass sie in diesem Schreiben das inakzeptable Lieferverhalten der Klägerin gerügt habe. Außerdem habe die Beklagte die Klägerin vielfach gemahnt. Dies habe dazu geführt, dass sich die Klägerin auch noch Anfang 2009 mit den geschuldeten Lieferungen in Verzug befunden habe, so dass die Beklagte mit Schreiben vom 23.03.2009 (Anlage B21) wirksam von dem Rahmenvertrag zurückgetreten sei. Auch die Tatsache, dass die Lieferungen gegen Vorkasse hätten erfolgen sollen, ändere nichts an dem Verzug der Klägerin, zumal diese der Beklagten auch ab dem Herbst 2008 die weiterhin geschuldete sofortige Auslieferung der gesamten Restmenge zu keinem Zeitpunkt angeboten habe. In der widerspruchslosen Entgegennahme von Teilmengen liege nicht die Anerkennung, dass diese nach Zeitpunkt und Umfang vertragsgerecht seien. Dies ergebe sich schon daraus, dass es dabei um die Erfüllung eines Vertrages, nicht um dessen Abschluss gehe. Entgegen der vom Landgericht vorgenommenen Bewertung ergebe sich auch aus dem Schreiben der Beklagten vom 03.04.2009 (Anlage B26) nicht, dass sich die Beklagte mit den von der Klägerin angekündigten Teilmengen einverstanden erklärt hätte. Soweit das Landgericht ausgeführt habe, die Beklagte habe in diesem Schreiben mitgeteilt, die Lieferlose seien (auf Wunsch der Klägerin) auf 10.000 Stück geändert worden, habe es den Inhalt des Schreibens unzutreffend wiedergegeben. Tatsächlich habe sich die Beklagte in diesem Schreiben auf ein einseitiges Vorgehen der Klägerin bezogen. Ein Einverständnis der Beklagten lasse sich aus dem Schreiben nicht herleiten. Abgesehen davon sei auch deshalb nicht von einer Einigung der

Parteien über Teillieferungen von 10.000 Exemplaren auszugehen, weil auch nach dem Vortrag der Klägerin keine Vereinbarung zum Zeitpunkt der Teillieferungen getroffen worden sei und es somit an einer Einigung über einen zentralen Vertragspunkt gefehlt hätte. Das angefochtene Urteil sei in unzulässiger Weise überraschend, weil das Landgericht zuvor einen anderslautenden Hinweis erteilt und auf die Änderung seiner Rechtsauffassung in dem Termin zur mündlichen Verhandlung, der dem Urteil vorausgegangen sei, nicht hingewiesen habe. Fehlerhaft sei das Urteil auch insoweit, als es zu Unrecht als unstreitig angesehen habe, dass bei Produkten der hier in Rede stehenden Art produktionsbedingte Mehrmengen von 15 % branchen- und handelsüblich seien. Tatsächlich habe die Beklagte diesen Vortrag der Klägerin bestritten.

Die Beklagte beantragt, 45

unter Abänderung des angefochtenen Urteils vom 15.05.2012 die Klage abzuweisen. 46

Die Klägerin beantragt, 47

die Berufung zurückzuweisen. 48

Sie verteidigt die landgerichtliche Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags als zutreffend. Sie ist der Ansicht, der Schriftverkehr der Parteien belege, dass diese von Beginn an übereinstimmend von einer Vertragslaufzeit bis zum 31.12.2008 ausgegangen seien. Selbst wenn man aber eine Vertragslaufzeit bis zum 31.12.2007 annehme, sei dem Schriftverkehr der Parteien zu entnehmen, dass diese einvernehmlich verlängert worden sei. Zutreffend sei das Landgericht davon ausgegangen, dass die Beklagte ausweislich ihrer Schreiben noch in 2008 von einem Fortbestehen des Rahmenvertrages ausgegangen sei. Dies zeige auch eine Email vom 29.04.2008 (Anlage K12), in der die Beklagte die Klägerin hinsichtlich ihrer zukünftigen Lieferungen auf die Einhaltung einer EG-Richtlinie hingewiesen habe. Der Vortrag der Beklagten, sie habe stets den Lieferverzögerungen widersprochen, sei falsch, zudem auch unsubstantiiert. Tatsächlich habe die Beklagte noch auf die Mitteilung der Klägerin im September 2008, es seien 51.200 Klemmschrauben sofort lieferbar, mit dem handschriftlichen Vermerk „Bitte liefern. Danke“ geantwortet. Das Einverständnis der Beklagten mit den Teillieferungen folge zudem daraus, dass sie diese entgegen genommen habe. Nachdem sich die Parteien auf Lieferung gegen Vorkasse geeinigt hätten, könne sich die Beklagte nicht im Verzug befunden haben, da sie Teillieferungen nach Ausgleich der Vorkasserechnungen durch die Beklagte stets erbracht und die Lieferung auf die unbezahlte Rechnung vom 16.02.2009 zu Recht verweigert habe. Von einer Einigung der Parteien über Teillieferungen sei außerdem deshalb auszugehen, weil es im Tatbestand des unstreitigen Urteils heiße: „In der Folgezeit wurde der Vertrag mit Teillieferungen umgesetzt.“ Entsprechendes gelte für die Feststellung des Landgerichts im unstreitigen Tatbestand, dass 15 % fertigungsbedingte Mehrmengen bei Schraubenlieferungen branchen- und handelsüblich seien. Zu Recht habe das Landgericht schließlich ausgeführt, dass die Vereinbarung der Parteien über Teillieferungen durch das Schreiben der Beklagten vom 03.04.2009 (Anlage B26) bestätigt werde. Selbst wenn man der Argumentation der Beklagten folge, dass die Klägerin die Liefermenge einseitig geändert habe, so habe die Beklagte dem jedenfalls nicht widersprochen und die Vorgehensweise der Klägerin damit zumindest konkludent gebilligt. 49

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die Berufungsbegründung der Beklagten vom 16.08.2012 (Bl. 157 ff. d. A.) sowie auf deren Schriftsatz vom 27.08.2012 (Bl. 177 ff. d. A.) und auf die Berufungserwiderung der Klägerin vom 18.10.2012 (Bl. 180 ff. d. A.) Bezug genommen. 50

B.	51
Die zulässige Berufung hat in der Sache teilweise Erfolg. Die Klage ist teilweise begründet.	52
I. Die Klägerin hat einen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von 48,90 € je 100 Stück Klemmschrauben M 14 x 1 LH Zug um Zug gegen Lieferung einer Anzahl von Klemmschrauben zwischen 41.319 und 71.319, §§ 651, 433 Abs. 2 BGB.	53
1. Die Parteien haben einen Vertrag über die Lieferung von 100.000 Klemmschrauben zum Preis von 48,90 € je 100 Stück, insgesamt 48.900 € geschlossen.	54
Dem steht nicht entgegen, dass die Parteien hinsichtlich der Lieferzeit und der Frage, ob und ggfs. in welchem Umfang Teillieferungen möglich sein sollten, keine Einigung getroffen haben. Insoweit enthalten die „Rahmen-Bestellung“ der Beklagten vom 01.08.2007 (Anlage B4) und die Auftragsbestätigung der Klägerin vom 20.08.2008 (Anlage B7) abweichende Angaben. Zwar hat die Beklagte die Auftragsbestätigung der Klägerin dadurch (teilweise) akzeptiert, dass sie sie mit Haken versehen zurückgesendet hat (Anlage B7). Sie hat aber insbesondere hinsichtlich der Leistungszeit und des Umfangs der ersten Lieferung handschriftliche Änderungen angebracht. Eine Annahme der von der Beklagten handschriftlich geänderten Auftragsbestätigung seitens der Klägerin durch die anschließende Lieferung liegt nicht vor. Denn die Klägerin hat sich dadurch, dass sie die von der Beklagten angegebene Leistungszeit und den gewünschten Lieferumfang nicht eingehalten hat, mit dieser Änderung gerade nicht einverstanden erklärt.	55
Grundsätzlich gilt ein Vertrag im Zweifel als nicht geschlossen, solange nicht die Parteien sich über alle Punkte geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, § 154 Abs. 1 S. 1 BGB. Dass sich die Parteien vorliegend aber trotz fehlender Einigung über die vorgenannten Punkte vertraglich binden wollten, folgt aus der weiteren Abwicklung des Vertrages. Denn die Parteien haben in der Folgezeit in beiderseitigem Einvernehmen mit der Durchführung des Vertrages begonnen, was auf einen entsprechenden Bindungswillen schließen lässt (vgl. BGH NJW 1983, 1728; 2002, 817).	56
2. Auf der Grundlage dieses Vertrages steht der Klägerin unter Berücksichtigung handelsüblicher Mengentoleranzen von 15 % ein Anspruch auf Abnahme und Bezahlung einer Anzahl Klemmschrauben zwischen 41.319 und 71.319 zu. Hierfür hat die Beklagte den vereinbarten Kaufpreis von 48,90 € je 100 Stück zu bezahlen.	57
Aufgrund der Klausel in der Auftragsbestätigung der Klägerin (Anlage B7) sind handelsübliche Mengentoleranzen (§ 346 HGB) von +/- 15 % als vereinbart anzusehen. Die Zusendung der Auftragsbestätigung, die Änderungen gegenüber der „Rahmen-Bestellung“ der Beklagten (Anlage B4) enthält, ist gem. § 150 Abs. 2 BGB als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag anzusehen. Diesen Antrag hat die Beklagte angenommen, indem sie die Auftragsbestätigung der Klägerin mit handschriftlichen Anmerkungen zurückgesandt hat. Soweit sie dabei Änderungen hinsichtlich der Lieferzeit und der Lieferung von Teilmengen angebracht hat, steht dies – wie dargelegt – einem Vertragsschluss der Parteien nicht entgegen. Nachdem die Beklagte hinsichtlich der Klausel zu Mengentoleranzen keine Anmerkung angebracht hat, ist diese Klausel als vereinbart anzunehmen. Hierfür spricht außerdem, dass die Parteien neben einem Gesamtpreis für die Bestellmenge von 100.000 Klemmschrauben außerdem einen Einzelpreis von 48,90 € je 100 Stück vereinbart haben, der dem Umstand Rechnung trägt, dass es zu Abweichungen von der vereinbarten Gesamtmenge kommen kann.	58

- Danach hat die Beklagte Lieferungen innerhalb der vereinbarten Mengentoleranzen als vertragsgemäß zu akzeptieren. Dieser von beiden Parteien akzeptierte Handelsbrauch trägt dem Umstand Rechnung, dass es bei Lieferung einer großen Menge von Kleinteilen unrealistisch erscheint, exakt mit der Belieferung der vereinbarten Anzahl einzelner Teile zu rechnen. Aus diesem Grund muss der Käufer Über- oder Unterlieferungen innerhalb der Toleranzbreite als vertragsgemäß akzeptieren (vgl. zu Mengentoleranzen im Stahlhandel OLG Düsseldorf NJW-RR 1991, 679). 59
- Die von der Beklagten zu akzeptierende Toleranzbreite errechnet sich wie folgt: 60
- Bei einer vereinbarten Gesamtmenge von 100.000 Klemmschrauben hat die Beklagte Lieferungen zwischen 85.000 und 115.000 (+/- 15 %) als vertragsgemäß zu akzeptieren. Davon hat die Klägerin bereits 43.681 Schrauben geliefert. Es verbleibt eine Menge von 41.319 bis 71.319 Schrauben, die sich innerhalb der vereinbarten Toleranzbreite bewegt. 61
3. Der von den Parteien geschlossene Vertrag ist nicht durch Zeitablauf beendet worden. Insbesondere folgt dies nicht aus der Klausel „Laufzeit des Rahmenauftrages: 31.12.2007“ in der Auftragsbestätigung der Klägerin (Anlage B7), die die Beklagte ebenfalls durch Rücksendung akzeptiert hat. Dabei kann offen bleiben, ob es sich bei dem Datum um einen Schreibfehler handelt und die Parteien tatsächlich eine Laufzeit bis zum 31.12.2008 vereinbaren wollten. 62
- Der von den Parteien geschlossene Vertrag stellt kein absolutes Fixgeschäft dar, bei dem die Nichteinhaltung der Leistungszeit Unmöglichkeit begründet. Ein absolutes Fixgeschäft liegt vor, wenn die Einhaltung der Leistungszeit nach dem Zweck des Vertrages und der gegebenen Interessenlage für den Gläubiger derart wesentlich ist, dass eine verspätete Leistung keine Erfüllung mehr darstellt (Palandt-Heinrichs, BGB, 69. Aufl., § 271 Rn. 17). Danach hatte die hier vereinbarte Vertragslaufzeit keinen absoluten Fixcharakter. Zwar hatte die Beklagte auch im Vorfeld des Vertragsschlusses stets darauf hingewiesen, dass sie auf eine zügige Lieferung Wert lege. Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte nach Ablauf des 31.12.2007 an einer Belieferung durch die Klägerin kein Interesse mehr haben würde, sind aber nicht ersichtlich. 63
4. Vielmehr hatte die vereinbarte Vertragslaufzeit relativen Fixcharakter mit der Folge, dass der Beklagte nach Ablauf des 31.12.2007 berechtigt gewesen wäre, nach Maßgabe des § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB vom Vertrag zurückzutreten. Ein Rücktrittsrecht nach dieser Vorschrift besteht, wenn der Gläubiger im Vertrag den Fortbestand seines Leistungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Leistung gebunden hat. Dabei muss die Einhaltung der Leistungszeit nach dem Parteiwillen derart wesentlich sein, dass mit der zeitgerechten Leistung das Geschäft stehen und fallen soll (BGHZ 110, 96; BGH NJW-RR 1989, 1373). Auf einen solchen Willen können Klauseln wie „fix“, „genau“, „präzis“, „prompt“, „spätestens“ in Verbindung mit einer bestimmten Leistungszeit hindeuten (BGH DB 83, 385; OLG München DB 1975, 1789; Palandt-Grüneberg, a.a.O., § 323 Rn. 20). Im vorliegenden Fall deutet der Ausdruck „Laufzeit des Rahmenauftrages“ darauf hin, dass die Belieferung der Beklagten mit Ablauf des 31.12.2007 abgeschlossen sein sollte. Dass die Beklagte die Leistungszeit als wesentlich ansah, zeigt auch die umfangreiche Korrespondenz der Parteien im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss, in der die Beklagte stets auf das Erfordernis einer zügigen Lieferung hingewiesen hat. 64
5. Die Beklagte ist jedoch nicht gem. § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB vom Vertrag zurückgetreten. Zwar hat sie in der zweiten Hälfte des Jahres 2007 wiederholt die Lieferung der Schrauben angemahnt (Anlage B 44). Sie hat aber beginnend ab Januar 2008 wiederholt Teillieferungen 65

der Klägerin entgegen genommen und sich – worauf das Landgericht zutreffend hingewiesen hat – in Schreiben an die Klägerin in 2008 mehrfach auf den Rahmenvertrag aus dem Jahr 2007 bezogen. Dass sich die Beklagte mit Blick auf die verzögerte Lieferung nicht an dem Vertrag festhalten lassen wollte, war danach für die Klägerin nicht erkennbar.

Entscheidend ist aber, dass sich die Parteien im September 2008 auf eine Lieferung weiterer 51.200 Klemmschrauben geeinigt haben. Insoweit hatte die Beklagte auf die Mitteilung der Klägerin, es seien 51.200 Stück sofort lieferbar, geantwortet: „Bitte liefern. Danke“ (Anlage B19). Unabhängig davon, wie das Vertragsverhältnis der Parteien bis dahin verlaufen war, haben sie sich dadurch jedenfalls auf eine Fortsetzung des Vertrages geeinigt. 66

6. Die Beklagte ist auch durch ihre „Änderungsbestellung“ vom 15.09.2008 (Anlage B17) nicht teilweise vom Vertrag zurückgetreten. Zwar hat die Beklagte darin mitgeteilt, sie müsse den Rahmenauftrag – bedingt durch Engpässe bzw. Verzögerungen bei den Erstlieferungen – um 12.500 Stück reduzieren. Auf die Erwiderung der Klägerin (Anlage B18), da die Teile schon gefertigt seien, sei eine Reduzierung nicht mehr möglich, hat die Beklagte jedoch nicht nur zur Lieferung von 51.200 Stück aufgefordert, sondern außerdem mitgeteilt, vor Auslieferung der weiteren 35.000 Stück bedürfe es dringend einer Klärung (Anlage B19). Dadurch hat die Beklagte zum Ausdruck gebracht, dass sie nicht an der Reduzierung der Bestellmenge durch einseitige Erklärung festhalten, sondern vielmehr eine Übereinkunft mit der Klägerin erzielen wolle. Zu einer solchen Übereinstimmung ist es allerdings in der Folgezeit nicht gekommen. 67

Abgesehen davon lagen im Zeitpunkt des Schreibens vom 15.09.2008 die Voraussetzungen für einen (Teil-) Rücktritt vom Vertrag nicht vor. Die – ausweislich der Auftragsbestätigung der Klägerin – vereinbarte Vertragslaufzeit war bereits seit langem überschritten, so dass – wie dargelegt – von einer Fortsetzung des Vertragsverhältnisses durch die Parteien auszugehen war. Eine angemessene Frist i.S.d. § 323 Abs. 1 BGB hat die Beklagte der Klägerin nicht gesetzt. Eine solche ergibt sich insbesondere auch nicht aus dem Schreiben vom 20.05.2008 (Anlage B16), dessen Zugang die Klägerin bestritten hat. Vielmehr hat die Beklagte darin gar keine Frist gesetzt, sondern die Klägerin zur umgehenden Lieferung aufgefordert. Abgesehen davon hat die Beklagte den von der Klägerin bestrittenen Zugang des Schreibens (Bl. 48 d. A.) nicht ordnungsgemäß unter Beweis gestellt. Soweit sie ihre Mitarbeiterin, Frau A..., als Zeugin benannt hat (Bl. 19 d. A.), kann diese allenfalls die Absendung, nicht aber den Erhalt des Schreibens durch die Klägerin bestätigen. 68

7. Schließlich ist die Beklagte auch durch das Schreiben vom 23.03.2009 (Anlage B26) nicht wirksam von Vertrag zurückgetreten. Dabei kann dahinstehen, ob sich die Parteien nach Anforderung der Anzahl von 51.200 Klemmschrauben im September 2008 ausdrücklich oder konkludent auf Teillieferungen geeinigt haben. Entscheidend ist, dass im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung der Beklagten mit Schreiben vom 23.03.2009 die Voraussetzungen des § 323 Abs. 1 BGB nicht vorlagen. Denn auch diesem Schreiben ist eine Fristsetzung durch die Beklagte nicht vorausgegangen. Die Fristsetzung war auch nicht gem. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB im Hinblick auf vorausgegangene Lieferverzögerungen bei der Klägerin entbehrlich. Vielmehr hätte die Beklagte im Hinblick darauf, dass sie sich in der Vergangenheit immer wieder auf Teillieferungen seitens der Klägerin eingelassen hatte, vor dem Rücktritt eine Frist zur vollständigen Lieferung setzen müssen. Hierfür spricht auch, dass aus Sicht der Klägerin die Bezahlung der in Rechnung gestellten Vorauszahlungen durch die Beklagte dafür sprach, dass diese sich erneut auf Teillieferungen einlassen würde. 69

8. Nachdem das Vertragsverhältnis der Parteien nicht beendet wurde, kann die Klägerin von der Beklagten – unter Berücksichtigung der vereinbarten Mengentoleranzen- weiterhin 70

Vertragserfüllung verlangen.

II. Der Zinsanspruch folgt aus §§ 286 Abs. 3, 288 Abs. 2 BGB. 71

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 2 Nr. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 72

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision gem. § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. 73

Streitwert: 41.804,08 € 74