


Gericht:	OLG Celle 14. Zivilsenat
Entscheidungsdatum:	14.12.2022
Aktenzeichen:	14 U 44/22
ECLI:	ECLI:DE:OLGCE:2022:1214.14U44.22.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	
Normen:	§ 305 Abs 1 S 1 BGB, § 633 Abs 2 S 3 BGB, § 13 VOB B
Zitiervorschlag:	OLG Celle, Urteil vom 14. Dezember 2022 – 14 U 44/22 –, juris

Außerordentliche Kündigung wegen Verwendung eines abweichenden Produkts bei vertraglicher Bindung zur Verwendung eines bestimmten Produkts durch AGB

Leitsatz

1. Die vom Auftraggeber im Rahmen des Vertragsschlusses dem Auftragnehmer formularmäßig vorgegebene Klausel:

"Ich/wir erkläre(n), dass das vom Auftraggeber vorgeschlagene Produkt Inhalt meines/unsere Angebotes ist, wenn Teilleistungsbeschreibungen des Auftraggebers den Zusatz „oder gleichwertig“ enthalten und von mir/uns keine Produktangaben/Hersteller- und Typenbezeichnung eingetragen wurden."

stellt eine AGB i.S.d. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB dar.

2. Die Klausel hält einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle stand.

3. Soweit der Auftragnehmer im Zuge des Vertragsschlusses kein gleichwertiges Produkt konkret benennt, das er ggf. zu verwenden beabsichtigt, hat er sich über die genannte Klausel verpflichtet, das vom Auftraggeber im Leistungsverzeichnis vorgeschlagene Produkt und kein anderes Produkt zu verwenden, auch wenn dieses mindestens gleichwertig sein sollte.

4. Verwendet der Auftragnehmer gleichwohl ein von dem vertraglich vereinbartem Produkt abweichendes Produkt, kann das eine außerordentliche Kündigung des Vertrags rechtfertigen, auch wenn das verwendete Produkt tatsächlich gleichwertig gewesen sein sollte.

5. Da § 13 VOB/B keine dem § 633 Abs. 2 Satz 3 BGB entsprechende Regelung enthält, gilt auch bei VOB-Verträgen § 633 Abs. 2 S. 3 BGB, d.h. es steht einem Sachmangel gleich, wenn der Auftragnehmer ein anderes als das bestellte Werk herstellt.

Verfahrensgang

vorgehend LG Hannover, 18. Februar 2022, 17 O 125/20

Tenor

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der Einzelrichterin der 17. Zivilkammer des Landgerichts Hannover vom 18. Februar 2022 – 17 O 125/20 – abgeändert und neu gefasst wie folgt:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen einschließlich der Kosten der Streithelferin der Beklagten trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin darf die Vollstreckung der Beklagten sowie der Streithelferin der Beklagten durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils jeweils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte oder die Streithelferin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Streitwert des Berufungsverfahrens: 39.647,84 €.

Gründe

I.

- 1 Die Klägerin versucht, gegenüber der Beklagten die Zahlung von restlichem Werklohn in Höhe von 39.647,84 € durchzusetzen.
- 2 Die Beklagte - vertreten durch das Staatliche Baumanagement ... - beauftragte die Klägerin mit der Baumaßnahme ..., Umbau im B34 z. Funktionsber. 2 + 3/414, Leistung Metallbauarbeiten „auf Grund Ihres [der Klägerin] Angebots“, das war das „Angebot vom 16.07.2018“ (S. 1 von Anlage K1, Bl. 12 im Anlagenband Kläger). Im vorliegenden Rechtsstreit stehen die im Zuge dieser Baumaßnahme eingebauten Stahlblechtüren im Streit. In dem zugrundeliegenden Angebot der Klägerin stand zu den Positionen 2.1.10 - 2.1.50 jeweils
- 3 „Produkt: H. Stahlblechtür T30 „H3D“ oder gleichwertig“ (S. 19 des Angebots bzw. Bl. 36 ff. Anlage K1 im AB Kläger).
- 4 Wegen der weiteren Einzelheiten des Angebots wird Bezug genommen auf Bl. 18 ff. im Anlagenband Kläger (Teil von Anlage K1).
- 5 Die Klägerin verbaute Türen des Systems S.. Nach Auskunft des Herstellers S. sind diese Türen mit den Türen der Firma H. „mindestens gleichwertig“ (vgl. Anlage K3, Bl. 42 im Anlagenband Kläger). Am 24. Januar 2019 erfolgte eine „Sichtabnahme der Stahlblechtüren“. In dem zugehörigen Protokoll wurde vermerkt „keine sichtbaren Mängel“ (vgl. Anlage K2, Bl. 41 im Anlagenband Kläger.)
- 6 Am Folgetag, den 25. Januar 2019, schaltete sich der Streithelfer der Beklagten ein, der mit Architektenleistungen in Bezug auf das in Streit stehende Bauvorhaben beauftragte Architekt (vgl. Architektenvertrag gemäß Anlage B21 im Anlagenband Beklagte). Der Streithelfer (Streitverkündung in der ersten Instanz, Bl. 339 d.A., Beitritt im Berufungsverfahren auf Seiten der Beklagten, Bl. 370 d.A.) rügte, die verbauten Stahlblechtüren entsprächen nicht dem von Ihnen [Klägerin] angebotenen Produkt. Denn es handele sich bei diesen Türen nicht um Türen der Firma H.. Daher forderte der Streithelfer die Kläge-

rin per E-Mail vom 25. Januar 2019 auf, die Türen auszubauen und gegen das beauftragte Produkt zu ersetzen (vgl. Anlage B8 im Anlagenband Beklagte).

- 7 Das Staatliche Baumanagement ... stellte darauf gemäß Schreiben vom 4. Februar 2019 (Anlage B9) die ihrer Ansicht nach mangelhafte/vertragswidrige Leistung der Klägerin fest, weil die eingebauten T30-Türen der Positionen 2.1.10. - 2.1.50 nicht der vereinbarten Beschaffenheit des vereinbarten Produkts entsprochen hätten. Die Klägerin wurde aufgefordert, die nach Bewertung der Beklagten mangelhaften/vertragswidrigen Leistungen auf eigene Kosten durch mangelfreie zu ersetzen unter Fristsetzung bis zum 15. März 2019, wobei bereits angekündigt wurde, nach fruchtlosem Ablauf der zur Mangelbeseitigung gesetzten Frist den Auftrag zu entziehen (vgl. Anlage B9 im Anlagenhefter Beklagte). Da sich die Klägerin hierauf nicht einließ, kündigte die Beklagte das Vertragsverhältnis am 21. März 2019 (vgl. Anlage K11 im AB Kläger bzw. Anlage B10 im AB Beklagte). Außerdem beauftragte die Beklagte im Folgenden eine andere Firma mit dem Ausbau der im Streit stehenden Türen.
- 8 Die Klägerin rechnete ihre Leistungen mit Schlussrechnung vom 19. Juli 2019 ab und stellte einen Betrag von 39.647,84 € in Rechnung (vgl. Anlage K5, Bl. 93 im Anlagenband Kläger). Dies ist die Klageforderung. Die Beklagte beglich die Rechnung nicht.
- 9 Die Klägerin ist der Ansicht, sie habe vertragsgemäß und mangelfrei geleistet, ihre Arbeit sei abgenommen worden, die verbauten Türen entsprächen denen der Firma H., sie seien gleichwertig, was nach dem Auftragsinhalt ausreichend gewesen sei.
- 10 Die Beklagte hat demgegenüber fortwährend die Auffassung vertreten, es hätten ausschließlich Türen der Firma H. eingebaut werden müssen, weshalb die Kündigung berechtigt gewesen sei. Die verbauten Türen seien nicht gleichwertig. Im Übrigen stünden den in Rechnung gestellten Beträgen Ersatzvornahmekosten entgegen.
- 11 Das Landgericht hat der Klage vollständig stattgegeben. Auch wenn die „Sichtabnahme“ keine förmliche Abnahme dargestellt habe, wie sie nach der vereinbarten VOB/B erforderlich gewesen sei, sei die Werklohnforderung fällig, weil sich die Parteien in einem Abrechnungsverhältnis befänden. Gemäß § 16 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 VOB/B werde der Anspruch auf Schlusszahlung nach Rechnungsstellung und Ablauf der Prüffrist fällig. Die Kündigung der Beklagten sei in eine freie Kündigung umzudeuten, da die Auftragsentziehung ohne wichtigen Grund erfolgt sei. Denn die Klägerin habe nicht mangelhaft oder vertragswidrig geleistet. Die Türen seien gleichwertig. Hierbei beruft sich das Landgericht auf das von dort eingeholte Gutachten des Sachverständigen D.. Die Klägerin habe sich nicht verpflichtet, Türen der Firma H. einzubauen. Aus dem Leistungsverzeichnis ergebe sich, dass die Klägerin ein Produkt angeboten hat, das auch ein gleichwertiges Produkt wie die Türen der Firma H. hätte sein können. Das Leistungsverzeichnis sei insoweit eindeutig gewesen. Auf etwaige andere Angaben im vorangehenden Vergabeverfahren gemäß VOB/A komme es nicht an, weil das Vergabeverfahren lediglich die Phase vor Vertragsschluss mit dem öffentlichen Auftraggeber betreffe. Eine Kündigung mangels fehlender Gleichwertigkeit komme daher ebenfalls nicht in Betracht, weil der Sachverständige D. im Einzelnen dargelegt habe, dass die verbauten Türen „mindestens gleichwertig“ mit solchen der Firma H. seien. Im Übrigen hat das Landgericht die mit der Rechnung verbundenen Ansprüche auf Zahlung von 5 % der Montageleistungen und Verzugszinsen sowie außergerichtliche Rechtsanwaltskosten zuerkannt.

- 12 Wegen der Einzelheiten wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.
- 13 Gegen dieses Urteil wenden sich die Streithelferin der Beklagten sowie diese selbst mit ihren Berufungen, mit denen sie die vollständige Klageabweisung erreichen wollen. Sie wiederholen im Kern ihren erstinstanzlichen Vortrag:
- 14 Die Streithelferin der Beklagten hält für maßgeblich, dass die Klägerin gegenüber ihrem Angebot im Vergabeverfahren nicht kenntlich gemacht habe, dass andere Türen als solche der Firma H. verbaut werden sollten; zudem habe die Klägerin keine Gleichwertigkeitsnachweise erbracht. Daher sei die Leistung vertragswidrig gewesen. Der später vorgelegte Gleichwertigkeitsnachweis sei erst nach Kündigung eingereicht worden. Die Kündigung sei berechtigt gewesen, da die Leistung der Klägerin nicht vertragsgerecht gewesen sei. Die Leistungen seien nicht abgenommen worden. Tatsächlich habe die Klägerin nicht Türen gemäß der vereinbarten Beschaffenheit eingebaut. Von Rechts wegen sei es so, dass sich die Klägerin im Vergabeverfahren an das „Leitprodukt“ – Türen des Herstellers H. – gebunden habe, so dass ausschließlich dieses Gegenstand des Werkvertrags zwischen den Parteien geworden sei. Dies habe das Landgericht rechtsirrig verkannt. Die Klägerin habe bei der Produktabfrage der Leistungsverzeichnispositionen gegenüber der Beklagten „gemäß Leistungsverzeichnis“ angegeben. Hinweise darauf, dass die Klägerin eine vermeintlich gleichwertige Tür eines anderen Herstellers habe einbauen wollen, hätten sich aus der Produktabfrage nicht ergeben. Auch in der Abschlagsrechnung vom 24. Januar 2019 habe die Klägerin Türen des Herstellers H. abgerechnet, obwohl ihr natürlich bewusst gewesen sei, dass sie tatsächlich andere Türen verbaut habe. Aus dieser Abrechnung ergebe sich eine Selbstbindung der Klägerin an die als Leitfabrikat ausgeschriebenen Türen des Herstellers H.. Die Streithelferin geht nach wie vor davon aus, dass die eingebauten Türen nicht mit den ausgeschriebenen Türen der Firma H. gleichwertig seien. Insoweit beruft sich die Streithelferin auf ihr eigenes Zeugnis, Inaugenscheinnahme sowie ein gerichtliches Sachverständigengutachten. Ferner sei die Höhe der Klageforderung unbegründet. Das Landgericht habe sich mit Einwendungen dazu nicht auseinandergesetzt.
- 15 Die Beklagte schließt sich den Rügen der Streithelferin an. Sie wiederholt die Standpunkte der Streithelferin und ergänzt, die Klägerin habe weder die Abweichungen vom „Leitfabrikat“ eindeutig bezeichnet noch die Gleichwertigkeit mit dem Angebot nachgewiesen, wie sich aus dem Angebotsschreiben FB 213 (Anlage B20) ergebe. Die Klägerin habe sich im Vergabeverfahren auf das Leitfabrikat, also die H.-Türen, festgelegt. Im Übrigen sei die Mängelrüge (Anlage B9) der Beklagten maßgeblich. Die beharrliche Nichtvorlage von Gleichwertigkeitsnachweisen stelle ebenfalls eine vertragswidrige Leistung dar. Auch dies rechtfertige die Kündigung.
- 16 Die Beklagte beantragt
- 17 die Aufhebung [gemeint: Abänderung] des Urteils der Einzelrichterin der 17. Zivilkammer des Landgerichts Hannover vom 18. Februar 2022 – 17 O 125/20 – dahin, dass die Klage vollständig abgewiesen wird;
- 18 hilfsweise: die Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Landgericht Hannover.
- 19 Die Streithelferin der Beklagten beantragt

- 20 die Abänderung des Urteils der Einzelrichterin der 17. Zivilkammer des Landgerichts Hannover vom 18. Februar 2022 dahin, dass die Klage abgewiesen wird.
- 21 Die Klägerin beantragt
- 22 die Zurückweisung der Berufungen.
- 23 Sie verteidigt das angefochtene Urteil. Insbesondere tritt sie der Rechtsansicht der Berufungen entgegen, dass eine Bindung bestanden habe allein zum Einbau von Türen der Firma H.. Außerdem habe die Beklagte der Klägerin nie eine Frist zur Vorlage eines Gleichwertigkeitsnachweises gesetzt, sondern lediglich zum Ausbau der Türen. Die geforderten Gleichwertigkeitsnachweise seien zudem tatsächlich übermittelt worden. Die Leistung der Klägerin sei nicht mangelhaft gewesen. Einwendungen gegen das Gutachten des Sachverständigen D. seien präkludiert. Der Sachverständige habe die Gleichwertigkeit der verbauten Türen mit solchen der Firma H. bestätigt. Daher läge kein Mangel vor. Die seitens der Beklagten ausgesprochene Kündigung sei demnach ungerechtfertigt gewesen. Ferner handele es sich bei den im Leistungsverzeichnis (der Beklagten) enthaltenen Formulierungen „H. Stahlblechtür T30 H R H3D oder gleichwertig“ um eine allgemeine Geschäftsbedingung. Der Passus „oder gleichwertig“ sei so zu verstehen, dass es dem Auftragnehmer gestattet sei, bei der Leistungserbringung alternativ auf ein gleichwertiges Produkt eines anderen Fabrikats zurückzugreifen. Die Beklagte könne sich von ihrer eigenen Formulierung nicht lösen und nachträglich eine Art Befreiung erlangen, aus der sie dann eine Vertragswidrigkeit der Leistung herleiten könnte. Der Klägerin habe insoweit ein Wahlrecht zugestanden zwischen einer Tür der Firma H. oder einem gleichwertigen Türfabrikat. Hätte die Klägerin tatsächlich ein nicht gleichwertiges Fabrikat verbaut, würde sich die Beklagte bzw. der gegen die Klägerin gerichtete Vorwurf darauf beziehen, dass die verbauten Türen tatsächlich nicht gleichwertig seien, nicht aber darauf, von wem sie hergestellt worden seien. Die Gleichwertigkeit der Türen sei aber sachverständig festgestellt worden. Daher sei die Beklagte zur Abnahme und entsprechend zur vollständigen Vergütung verpflichtet.
- 24 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird insbesondere auf die jeweiligen Berufungsbegründungen sowie die Berufungserwiderung und das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 1. November 2022 Bezug genommen.
- II.
- 25 Die zulässigen Berufungen haben Erfolg. Die Klage ist unbegründet und war daher insgesamt abzuweisen.
- 26 1. Die Beklagte hat das Vertragsverhältnis mit der Klägerin zu Recht wegen des Nichteinbaus der H.-Türen außerordentlich gekündigt.
- 27 Die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils (vgl. LGU 7/8) sind in diesem Punkt unzureichend. Denn maßgeblich für die Entscheidung ist nicht die Rechtsfrage, ob und inwieweit der Zuschlag nach dem Vergabeverfahren bindend gewesen ist, sondern welchen Vertrag die Parteien geschlossen haben und ob sich aus dem Vertragsschluss selbst eine Bindung der Klägerin an die Türen gemäß Leistungsverzeichnis nach dem Modell H. ergibt und die Zusatzformulierung „oder gleichwertig“ abgedungen worden ist. Das aber war der Fall:

- 28 a) Im Angebotsschreiben der Klägerin vom 16. Juli 2018 (Anlage K1, Bl. 15 f. im Anlagenband Kläger bzw. Anlage B20 im Anlagenband Beklagte), das dann wiederum von der Beklagten uneingeschränkt angenommen worden ist (Anlage K1, Seite 1 im Anlagenband Kläger) finden sich folgende Regelungen (fette Hervorhebungen im Original, Unterstreichung nur hier):
- 29 **5 Bestandteile meines/unsere Angebot sind neben diesem Angebotsschreiben und seinen Anlagen:**
- ... [Vereinbarung der VOB/B 2016]
 - Unterlagen gem. Aufforderung zur Angebotsabgabe, Anlagen-Teil B
- 6** (...)
- 7** (...)
- 8 Ich/wir erkläre(n), dass**
- (...) [drei Spiegelstriche mit weiteren Klauseln]
- das vom Auftraggeber vorgeschlagene Produkt Inhalt meines/unsere Angebot ist, wenn Teilleistungsbeschreibungen des Auftraggebers den Zusatz „oder gleichwertig“ enthalten und von mir/uns keine Produktangaben/Hersteller- und Typenbezeichnung) eingetragen wurden.
- (...)
- 30 (vgl. Anlage K1, Bl. 16 im AB Kläger bzw. Anlage B20 im AB Beklagte).
- 31 Die Klägerin hat diese – allerdings in einem Formulartext seitens der Beklagten als „Angebotsschreiben – Einheitliche Fassung 213“ gem. „VHB – Bund – Ausgabe 2017“ (vgl. Bl. 15 AB Kläger) – vorgegebene Regelung akzeptiert und uneingeschränkt unterschrieben. Auf der Basis dieses Angebot, das die Klägerin damit auf der Grundlage des Vertragsformulars der Beklagten abgegeben hat, ist der Vertrag unverändert abgeschlossen worden, weil die Beklagte dieses Angebot uneingeschränkt angenommen hat (K1, Bl. 12 AB Kläger).
- 32 Demnach hat sich die Klägerin über die genannte Klausel in Ziff. 8 / vierter Spiegelstrich verpflichtet, das von der Beklagten vorgeschlagene Produkt, also die dort genannte H. Stahlblechtür T30 H3D einzubauen und kein gleichwertiges Produkt zu verwenden, da die Klägerin in ihrem Leistungsverzeichnis, das dem Angebotsschreiben angehängt war, keine alternativen Produktangaben mit Hersteller- und Typbezeichnung eingetragen hat. Das Türsystem der Firma S. wurde in diesem Leistungsverzeichnis nicht erwähnt, ein anderes auch nicht, ein Vorbehalt ebenfalls nicht erklärt. Weder im Angebotsschreiben noch im anschließenden Schriftverkehr zwischen den Parteien findet sich ein Hinweis – auch nicht andeutungsweise – darauf, dass ein anderes Produkt als H.-Stahlblechtüren und insbesondere das System S. eingebaut werden sollte. Die Formulierung „oder gleichwertig“ blieb ohne weitere Konkretisierung im Hinblick auf das dann tatsächlich verbaute Produkt.
- 33 Demnach ist vertraglich vereinbart worden, ausschließlich Türen der Firma H. einzubauen, jedenfalls dann, wenn die zugrundeliegende Klausel gem. Ziff. 8 / vierter Spiegelstrich wirksam ist. Das ist der Fall:
- 34 b) Die Klausel ist eine AGB.

- 35 aa) Nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt. Vorformuliert sind Vertragsbedingungen, wenn sie für eine mehrfache Verwendung schriftlich aufgezeichnet oder in sonstiger Weise fixiert sind. Die Vorformulierung setzt voraus, dass die Vertragsbestimmungen nicht für den konkreten Vertragsschluss entworfen, sondern als Grundlage oder Rahmen für gleichartige Rechtsverhältnisse aufgestellt sind (vgl. nur BGH, Urteil vom 26. September 1996 – VII ZR 318/95, Rn. 8, juris). In diesem Sinne sind Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen bereits dann vorformuliert, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ihre dreimalige Verwendung beabsichtigt ist, auch wenn es sich dabei nicht um verschiedene Vertragsparteien handelt (BGH, Urteil vom 11. Dezember 2003 – VII ZR 31/03, Rn. 17, juris). Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen aber auch dann vor, wenn sie von einem Dritten für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind, selbst wenn die Vertragspartei, die die Klauseln stellt, sie nur in einem einzigen Vertrag verwenden will (BGH, Beschluss vom 23. Juni 2005 – VII ZR 277/04 – st. Rspr.). Das entspricht der Senatsrechtsprechung (OLG Celle, Urteil vom 2. Oktober 2019 – 14 U 94/19, Rn. 27, juris).
- 36 Es handelt sich um eine für eine Vielzahl von Fällen vorformulierte Regelung, wie sich schon aus dem seitens der Beklagten verwendeten und der Klägerin vorgegebenen Formular „Angebotsschreiben – Einheitliche Fassung 213“ gem. „VHB – Bund – Ausgabe 2017“ ergibt.
- 37 bb) Keine AGB läge gleichwohl vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt worden wären (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB). Davon kann hier nicht die Rede sein:
- 38 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfordert Aushandeln mehr als Verhandeln. Von einem Aushandeln in diesem Sinn kann nur dann gesprochen werden, wenn der Verwender zunächst den in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt, also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. Er muss sich also deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit erklären (BGH, Urteil vom 22. November 2012 – VII ZR 222/12, Rn. 10). Die entsprechenden Umstände hat der Verwender darzulegen (BGH, Urteil vom 3. April 1998 – V ZR 6/97, NJW 1998, 2600, 2601; ebenso Senat, Urteil vom 2. Oktober 2019 – 14 U 94/19, Rn. 34, juris).
- 39 Die Klauseln wurden seitens der Beklagten gestellt und nicht weiter diskutiert zwischen den Vertragsparteien. Dies wird von keiner Seite behauptet. Allein der Umstand, dass die Klägerin im Angebotsschreiben den Text übernommen hat, bedingt nicht die Annahme, die Beklagte hätte den Inhalt zur Disposition gestellt.
- 40 cc) Es liegt auch keine ansonsten vorrangige Individualabrede vor (§ 305b BGB). Die Klausel ist schlichtweg mit dem Formular unverändert in den Vertrag übernommen worden. Die Regelung ist Vertragsbestandteil geworden, weil sich die Klägerin mit der Geltung der Klausel ohne Weiteres einverstanden erklärt hat (vgl. § 305 Abs. 2 BGB). Denn die Klägerin hat auf der Basis des Formblatts der Beklagten, das in keiner Weise zur Dis-

kussion in der Verhandlung gestellt wurde, ihr Angebot abgegeben. Damit ist die Klägerin aber nicht selbst Verwenderin der Klausel geworden, weil es sich insoweit um ein vorgegebenes Formular der Beklagten handelte, das der Klägerin keinen Handlungsspielraum zuließ.

- 41 dd) Vergaberechtlich ist eine vergleichbare Regelung ebenfalls als Klausel gewertet und ausgelegt worden. So hat das Oberlandesgericht Koblenz (OLG Koblenz, Beschluss vom 6. Juni 2013 – 2 U 522/12, Rn. 14, juris) dazu ausgeführt:
- 42 „Da die Klägerin auch keine Nachweise für dieses Alternativprodukt beigefügt hatte, war die Angabe "M." aufgrund fehlender Typangabe unvollständig und für die Beklagte nicht überprüfbar, ob dieses Produkt tatsächlich der Ausschreibung entsprach. Die Unvollständigkeit kann nicht über Ziff. 9 des Angebotsschreibens, wonach bei Produktangabe "oder gleichwertig" und Fehlen einer Bieterangabe das im Leistungsverzeichnis genannte Fabrikat als vereinbart gilt, beseitigt werden. Diese Klausel dient der Vereinfachung der Angebotserstellung und greift nur in den Fällen ein, in denen der Bieter keinen der Fabrikatsvorgabe entgegenstehenden Willen zum Ausdruck gebracht hat, nicht jedoch dann, wenn er angegeben hat, auf ein anderes Fabrikat zugreifen zu wollen. In diesem Fall bleibt es seine Aufgabe, dieses andere Fabrikat mit Typenbezeichnung konkret zu benennen. Eine über ihren speziellen Regelungsinhalt hinausgehende Bedeutung im Sinne einer "salvatorischen Klausel", fehlende oder unvollständige Fabrikatsangaben auch gegen den erklärten Willen des Bieters in ein (alleiniges) Angebot des Leitfabrikats umzu- deuten, kommt der Vertragsbestimmung nicht zu. Eine solche Auslegung findet weder im Wortlaut noch in Sinn und Zweck der Bestimmung eine Grundlage (vgl. OLG Koblenz, 1 Verg 4/04, Beschluss vom 19. Juni 2004, ZfBR 2005, 208, Rn. 9, juris).“
- 43 c) Die Klausel unterfällt der Inhaltskontrolle.
- 44 aa) Eine Inhaltskontrolle findet allerdings hinsichtlich solcher Abreden nicht statt, die Art, Umfang und Güte der vertraglichen Hauptleistung und der hierfür zu bezahlenden Vergütung unmittelbar regeln. Nach dem im Bürgerlichen Recht geltenden Grundsatz der Privatautonomie ist es vielmehr den Vertragsparteien im Allgemeinen freigestellt, Leistung und Gegenleistung zu bestimmen; mangels gesetzlicher Vorgaben fehlt es insoweit regelmäßig auch an einem Kontrollmaßstab (st. Rspr.; zu § 307 BGB vgl. nur BGH, Urteil vom 5. Oktober 2017 - III ZR 56/17, Rn. 15; Urteil vom 6. Mai 2021 - III ZR 169/20, Rn. 25, jeweils mwN). Die Freistellung von der Inhaltskontrolle gilt nur für Abreden über den unmittelbaren Leistungsgegenstand, während Regelungen, welche die Leistungspflicht der Parteien einschränken, verändern, ausgestalten oder modifizieren, inhaltlich zu kontrollieren sind (zu § 307 BGB vgl. BGH – III ZR 56/17, Rn. 15 mwN). Durch Auslegung der betroffenen Vereinbarungen der Parteien ist zu ermitteln, welche Pflichten das Wesen des Vertrags charakterisieren und damit Hauptleistungspflichten sind (BGH – III ZR 169/20, Rn. 25). So hat es aktuell der BGH wieder entschieden (BGH, Urteil vom 21. April 2022 – I ZR 214/20, Rn. 41).
- 45 bb) Die hier erörterte Klausel betrifft zwar einerseits die Hauptleistungspflicht der Klägerin – den Türeinstbau – andererseits aber nicht diese Pflicht an sich (ob oder ob nicht), sondern nur die Art und Weise der Erfüllung, also eine Ausgestaltung der Hauptleistungspflicht, umso mehr, als es sich nur um einen Unterpunkt eines erheblich umfassenderen Leistungsverzeichnisses handelte.

- 46 Daher ist die Regelung der Inhaltskontrolle unterworfen.
- 47 d) Damit bedarf es der Prüfung, ob diese Klausel, die die Beklagte in ihrem Formulartext vorgegeben hat, einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle standhält. Sie ist an den §§ 305 ff. BGB zu messen („zwingendes Recht“, vgl. dazu BGH, Urteil vom 20. März 2014 – VII ZR 248/13, Rn. 28 ff. mwN; Senat – 14 U 94/19, Rn. 36, juris). Die Regelung hält einer derartigen Prüfung stand:
- 48 aa) Sie ist nicht überraschend gewesen (§ 305c BGB). Die verwendete Klausel erscheint vielmehr sach- und interessengerecht und im Hinblick auf ihren Regelungsgehalt und das formalisierte Vergabeverfahren bis zur Auftragserteilung nicht fernliegend und damit auch nicht überraschend, weil in der Tat das Leistungsverzeichnis mit der Angabe eines konkreten Türtyps einerseits und dem Zusatz „oder gleichwertig“ andererseits Unklarheiten aufwies, die durch diese Klausel gerade beseitigt werden sollen (dazu auch OLG Koblenz – 2 U 522/12, Rn. 14, juris, wie oben zitiert). Es soll dadurch ein „Wahlrecht“ der Bieter und folgend des Auftragnehmers verhindert werden.
- 49 bb) Die Klausel benachteiligt die Klägerin nicht entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen. Denn in der Tat lässt das Leistungsverzeichnis auch den Einbau eines der angegebenen H.-Tür gleichwertigen Produkts zu. Von Rechts wegen ist es nicht zu beanstanden, dass sich die Beklagte auf ein bestimmtes Produkt festlegen wollen. Das ist letztlich Sache des Bestellers. Wenn der Besteller eine Möglichkeit eröffnet, ggf. ein vergleichbares Fabrikat einzubauen, erscheint es nicht unbillig bzw. unangemessen benachteiligend, wenn er insoweit eine klare und eindeutige Angabe des Alternativprodukts verlangt.
- 50 cc) Daher ist die Regelung auch nicht intransparent. Insofern wäre allein der Klägerin der Vorwurf mangelnder Transparenz zu machen, weil sie nicht offengelegt hat, (eventuell) ein anderes Produkt zu verbauen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass es dahingehende Hinweise gegeben hat. Im Gegenteil scheint die Klägerin auch im Zuge der weiteren Vertragsabwicklung bis in die Abschlagsrechnungen hinein H.-Türen und nicht das tatsächlich verbaute Fabrikat erwähnt zu haben.
- 51 dd) Jedenfalls in der Zusammenschau der vorgenannten Punkte erscheint die Klausel nicht unangemessen.
- 52 e) Da die Klausel Ziff. 8 / vierter Spiegelstrich demnach wirksam ist, bedeutet dies, dass die Klägerin mangels anderer Angaben sich verpflichtet hat, ausschließlich Türen der Firma H. einzubauen. Um sich den Ausweg zu anderen Modellen hin freizuhalten, hätte die Klägerin bereits mit dem Angebot im Leistungsverzeichnis Produktangaben (Hersteller- und Typbezeichnung) des avisierten anderen Modells angeben müssen. Das ist aber nicht der Fall gewesen.
- 53 f) Der Beklagten stand wegen des Einbaus anderer Türen als der vertraglich vereinbarten H.-Türen ein außerordentliches Kündigungsrecht zu, von dem sie zu Recht Gebrauch gemacht hat. Die Klägerin hätte bereits im Angebotsschreiben unmissverständlich ausführen müssen, dass Türen eines anderen Herstellers, hier des Herstellers S., eingebaut werden sollen. Dann wäre es wiederum Sache der Beklagten gewesen, intern zu überprüfen, ob sie diese Türen akzeptieren will. Von Rechts wegen ist der Beklagten nicht abzusprechen, sich auf ein bestimmtes Produkt vorzugsweise festzulegen. Da – für sie überraschend – dieses Produkt nicht verbaut worden ist und die Klägerin einen vertrags-

gerechten Austausch in der hierfür zur Verfügung gestellten Frist nicht hat vornehmen wollen, ist die Kündigung berechtigt erklärt worden.

- 54 2. Kein Kündigungsrecht mangels Vorlage eines Gleichwertigkeitsnachweises
- 55 Eine außerordentliche Kündigung durfte nicht wegen eines fehlenden Gleichwertigkeitsnachweises ausgesprochen werden. In der E-Mail der Streithelferin vom 25. Januar 2019 (Anlage B8) wird mit keinem Wort ein fehlender Gleichwertigkeitsnachweis angesprochen. Auch in dem anschließenden Ankündigungsschreiben vom 4. Februar 2019 seitens der Beklagten (Anlage B9), mit dem die Mangelbeseitigung eingefordert und andernfalls Auftragsentziehung angekündigt worden ist, findet sich kein Hinweis, dass es eines Gleichwertigkeitsnachweises bedurft hätte. Insoweit ist der Vortrag der Beklagten in sich widersprüchlich. Denn die Beklagte begründet die Androhung der Kündigung durchweg – im Übrigen auch im vorliegenden Rechtsstreit – mit den nicht eingebauten H.-Türen. Die Beklagte ist – insoweit zu Recht, wie dargelegt – der Ansicht, vertraglich geschuldet seien allein H.-Türen gewesen. Insoweit habe es eine verbindliche Vereinbarung und auch eine Selbstbindung der Klägerin gegeben; andere Türen hätten von Rechts wegen nicht eingebaut werden dürfen. Unter diesem zutreffenden Blickwinkel kam es auf einen Gleichwertigkeitsnachweis nicht an, weil die Tür unabhängig von einer etwaigen Gleichwertigkeit von der Beklagten nicht akzeptiert zu werden brauchte und nicht akzeptiert worden ist.
- 56 3. Der nachgelassene Schriftsatz der Klägerin vom 22. November 2022 rechtfertigt keine andere Beurteilung. Die Klägerin weist dort (Bl. 486 d.A.) darauf hin, sie habe keine Eintragung zum Einbau eines gleichwertigen Produkts vorgenommen, sondern ein technisch gleichwertiges Produkt verbaut. Das ist aber – wie ausgeführt – unbeachtlich, weil die Beklagte mangels anderer Angaben darauf vertrauen durfte, Türen des Systems H. eingebaut zu bekommen. Dieser Typ war Vertragsgegenstand geworden. Ein einseitiges Austauschrecht oder Wahlrecht über ein ähnliches, ggf. auch technisch gleichwertiges Produkt sah der Vertrag nicht vor. Auf die Besonderheiten des Vergaberechts, welche die Klägerin noch einmal herausstellt (Bl. 487 ff. d.A.), kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Es trifft auch nicht zu, dass sich die Beklagte widersprüchlich zu den Ausschreibungsbedingungen im Vergabeverfahren verhalten hat. Wie erwähnt (oben Ziffer II.1a), handelte es sich bei der maßgeblichen vertraglichen Regelung um einen Passus im Angebotscheiden der Klägerin (Anlage K1, Bl. 15 f. im Anlagenband Kläger bzw. Anlage B20 im Anlagenband Beklagte). Die Klägerin war demnach auch nicht gezwungen, „nur“ ein Produkt des Fabrikats H. anzubieten; sie war allerdings gehalten, ein etwaig zu verwendendes Alternativprodukt einzutragen, wie die vertragliche Formulierung (Hervorhebungen hier)
- 57 *„das vom Auftraggeber vorgeschlagene Produkt Inhalt meines/unsere Angebotes ist, wenn Teilleistungsbeschreibungen des Auftraggebers den Zusatz „oder gleichwertig“ enthalten und von mir/uns keine Produktangaben/Hersteller- und Typenbezeichnung) eingetragen wurden“*
- 58 unmissverständlich zum Ausdruck bringt. Entgegen der Ansicht der Klägerin (Bl. 492 d.A.) ist die fragliche Klausel – die auch von der Klägerin als AGB gewertet wird – nicht unwirksam. Die Klägerin übergeht nach wie vor, dass die Beklagte nicht zwingend allein ein Produkt vorgegeben hat, wie schon der Zusatz „oder gleichwertig“ zeigt, sondern die Bestimmung die für beide Parteien gebotene Transparenz im Hinblick auf das zu verwendende Türmodell herstellte. Die Vermischungen im Vortrag der Klägerin mit dem Bieter-

schutz im Vergabeverfahren (Bl. 489, 494 d.A.) sind insofern nicht maßgeblich, unabhängig davon, dass der Senat keinen Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften zu erkennen vermag. Die Klägerin bezieht sich schließlich (Bl. 494 d.A.) unzutreffend auf Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 8. Auflage 2022 Rn. 60: Dass in § 13 VOB/B eine dem § 633 Abs. 2 Satz 3 BGB entsprechende Ergänzung nicht aufgenommen wurde, besagt nicht, dass das gesetzliche Leitbild des Werkvertragsrechts damit in diesem Punkt aufgegeben worden ist. Im Gegenteil: „Da § 13 VOB/B für sie keine Regelung enthält, gilt auch bei VOB-Verträgen § 633 Abs. 2 S. 3 BGB“ (Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 8. Auflage 2022 Rn. 60 mwN). Der Senat teilt diese Ansicht. Die Aliud-Lieferung steht i.S.d. § 633 Abs. 2 Satz 3 BGB damit einem Sachmangel gleich (so auch ausdrücklich gegen die andere Ansicht Kapellmann/Messerschmidt aaO, Rn. 60 und Fn. 417). Die Klägerin hat sich demnach nicht vertragstreu verhalten und muss die daher berechnete außerordentliche Kündigung durch die Beklagte samt den zugehörigen Rechtsfolgen hinnehmen.

III.

59 Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91 Abs. 1, 101 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

IV.

60 Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und der Senat nicht von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes oder der anderen Oberlandesgerichte abweicht, so dass auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung keine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern (§ 543 ZPO).

V.

61 Die Festsetzung des Streitwertes für das Berufungsverfahren bemisst sich nach § 3 ZPO, § 47 Abs. 1 GKG.