

Gericht: OLG Köln 26. Zivilsenat
Entscheidungsdatum: 12.11.2025
Aktenzeichen: I-26 U 49/24, 26 U 49/24
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2025:1112.26U49.24.00
Dokumenttyp: Urteil
Quelle: 

Zitiervorschlag: OLG Köln, Urteil vom 12. November 2025 – I-26 U 49/24 –, juris

Verfahrensgang

vorgehend LG Bonn 1. Zivilkammer, 14. August 2024, 1 O 471/23, Urteil

Tenor

I.

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Bonn vom 14.08.2024 (Az. 1 O 471/23) - unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung - teilweise abgeändert und klarstellend wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 60.690.000,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von neun Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 05.06.2020 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II.

Die Kosten des Rechtsstreits in erster und zweiter Instanz trägt die Beklagte.

III.

Das vorliegende und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung des vorliegenden und des angefochtenen Urteils durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages erbringt.

IV.

Die Revision wird zugelassen.

V.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 30.000.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Gegenstand des Berufungsverfahrens ist das Begehren der Klägerin auf Kaufpreiszahlung in Höhe von 60.690.000,00 EUR aus einem mit der Beklagten im Rahmen der Corona-Pandemie geschlossenen sog. Open-House-Vertrag.
- 2 Im Rahmen des Open-House-Verfahrens, bei dem der öffentliche Auftraggeber nicht nur mit einem oder einer von Anfang an bestimmten Anzahl von Unternehmen einen Liefer- oder Dienstleistungsvertrag abschließt, sondern zu vorher vorgegebenen Konditionen mit allen interessierten Unternehmen kontrahieren will, veröffentlichte die Beklagte am 27.03.2020 die Auftragsbekanntmachung mit der Referenznummer 333-2020-0110 im "Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union" für das europäische öffentliche Auftragswesen sowie in dessen Online-Version "Tenders Electronic Daily" zur Beschaffung persönlicher Schutzausrüstung. Zugänglich gemacht wurden ferner die Aufforderung zur Angebotsabgabe, das Angebotsformular, das Vertragsformular über die Lieferung von Schutzausrüstung, die Leistungsbeschreibung, die Teilnahmebedingungen sowie die Hinweise zum Datenschutz (vgl. zu den Unterlagen Anlage K1, Bl. 39 ff. LG-Akte).
- 3 Gegenstand der Ausschreibung war ausweislich der Leistungsbeschreibung die Lieferung von Schutzmasken ("FFP2-Masken") zu einem Stückpreis von 4,50 EUR netto, von OP-Masken zu einem Stückpreis von 0,60 EUR netto sowie Schutzkitteln zu einem Stückpreis von 3,25 EUR netto.
- 4 Ziffer II.2.4) der Auftragsbekanntmachung (Bl. 40 LG-Akte) lautete - nach erfolgter Berichtigung/Bekanntmachung über Änderungen oder zusätzliche Angaben am 08.04.2020 (Bl. 44 ff. LG-Akte) - wie folgt:
- 5 *"[...] Das Vertragssystem beginnt ab sofort zu laufen und endet mit Ablauf des 08.04.2020. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass spätestester Liefertermin der 30.04.2020 innerhalb der üblichen Geschäftszeiten der D. & Co. KG [...] ist."*
- 6 Auch die Aufforderung zur Angebotsabgabe und die Teilnahmebedingungen (Bl. 47 ff. LG-Akte) enthielten unter Ziffer 3.1 bzw. III. jeweils einen Hinweis auf den genannten Liefertermin zum 30.04.2020.
- 7 Der "Gegenstand des Vertrages" ist in dem Vertragsformular über die Lieferung von Schutzausrüstung (Anlage 4 der Vergabeunterlagen, Bl. 52 ff. LG-Akte) unter § 1 Satz 1 zunächst wie folgt definiert:
- 8 *"Gegenstand des Vertrages ist die Lieferung von Produkten folgender Produktgruppe(n):*
- 9 *1. FFP2 Masken Menge in Stück: Klicken Sie hier, um Text einzugeben.*
- 10 *2. OP-Masken Menge in Stück: Klicken Sie hier, um Text einzugeben.*
- 11 *3. Schutzkittel Menge in Stück: Klicken Sie hier, um Text einzugeben."*
- 12 Der Auftragnehmer konnte insoweit lediglich die zu liefernde Stückzahl eingeben. § 2 Ziffer 2.1 lautet unter der Überschrift "Vertragsbestandteile" wie folgt:
- 13 *"Folgende Unterlagen und Bestimmungen sind in Ergänzungen der Regelungen dieses Vertrages Bestandteile des Vertragsverhältnisses:*

- 14 a. die Leistungsbeschreibung mit den Stückpreisen für die einzelnen Produktgruppen Anlage 1"
- 15 (einen entsprechenden Buchstaben b. weist das Vertragsdokument nicht auf)
- 16 § 3 Ziffer 3.1 lautet wie folgt:
- 17 "Die von dem AN zu liefernden Produkte einer Produktgruppe i.S.d. § 1 dieses Vertrags werden durch die Leistungsbeschreibung (Anlage 1) näher bestimmt."
- 18 In § 3 Ziffer 3.2 heißt es zur Lieferung:
- 19 "Die Lieferung der Produkte hat an die D. & Co. KG [...] während der üblichen Geschäftszeiten zu erfolgen; [...]. Die Lieferung ist der D. & Co. 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)."
- 20 § 5 bestimmt in Bezug auf die Zahlung:
- 21 "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 D. & Co. KG [...] auf das von dem AN angegebene Konto.
- 22 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."
- 23 § 6 Ziffer 6.1 hat folgenden Inhalt:
- 24 "Für Sach- und Rechtsmängelansprüche gelten die gesetzlichen Vorschriften, soweit nachfolgend nichts anderes bestimmt ist."
- 25 Ziffer 6.2 regelt dann eine Untersuchungs-/Rügeobliegenheit des Auftraggebers bei offen zutage tretenden Mängeln.
- 26 Ferner heißt es dort unter § 7 Ziffer 7.1 des Vertrages:
- 27 "Der Vertrag tritt mit Zuschlagserteilung des AG auf das im Open-House-Verfahren abgegebene Angebot des AN in Kraft und endet mit Ablauf des 30.04.2020. Die durch eine innerhalb der Vertragslaufzeit erfolgte Lieferung begründeten Rechte und Pflichten des AN und AG bestehen nach Vertragsschluss fort."
- 28 Anlage 1 zum Vertrag beinhaltet die Leistungsbeschreibung (Anlage 3 der Vergabeunterlagen, Bl. 50 LG-Akte). Im Hinblick auf sogenannte FFP2-Schutzmasken wurde folgendes festgehalten:

- 29 "FFP2 Masken Beschreibung:
- 30 *Atmungsaktives Design, das nicht gegen den Mund zusammenfällt (z.B. Entenschnabel, becherförmig)*
- 31 *Versehen mit einer Metallplatte an der Nasenspitze*
- 32 *Kann wiederverwendbar* (aus robustem Material, das gereinigt und desinfiziert werden kann) oder Einwegartikel sein*
- 33 *Normen/Standards:*
- 34 *- Atemschutzgerät "N95" gemäß FDA Klasse II, unter 21 CFR 878.4040, und CDC NIOSH, oder "FFP2" gemäß EN 149*
- 35 *Verordnung 2016/425 Kategorie III oder gleichwertige Normen, auch KN95 (CHN)"*
- 36 Unter dem 06.04.2020 schloss die Beklagte - außerhalb des Open-House-Verfahrens - einen Vertrag mit einer Firma, deren Name nicht bekannt ist, über persönliche Schutzausrüstung. In § 2 2.1 dieses Vertrages findet sich folgende Formulierung:
- 37 *"Für die Lieferungen und Leistungen des Auftragnehmers aus diesem Vertrag werden folgende Marktpreise 595.000,00 EUR [netto] gemäß § 4 VO PR NDHL J. 30/53 unter dem Vorbehalt der preisrechtlichen Überprüfung durch die zuständige Landespreisdienststelle vereinbart. Können hiernach Marktpreise nicht festgestellt werden, gelten die vereinbarten Preise ersatzweise als Selbstkostenpreise gemäß §§ 5 bis 8 VO PR Nr. 30/53. Die Gewinnberechnung erfolgt anhand der Bonner Formel."*
- 38 Ebenfalls im April 2020 schloss die Beklagte mit der B. AG eine Rahmenvereinbarung über die Beschaffung medizinischen Materials (Anlage BK 15, Bl. 785 ff. GA). Darin heißt es unter § 5 Abs. 1:
- 39 *"Der Bund ist gegenüber der B. AG zur Kostenerstattung verpflichtet. Erstattungsfähige Kosten sind nur die Selbstkosten. Die B. AG wird keine Provision, keinen Zuschlag oder Gewinn berechnen."*
- 40 Die Klägerin gab am 08.04.2020 im Rahmen des Open-House-Verfahrens ein Angebot ab, das am 10.04.2020 den Zuschlag (Bl. 69 f. LG-Akte) erhielt. Die Parteien einigten sich über die Lieferung von 10.000.000 FFP2-Masken und weitere 10.000.000 OP-Masken für einen Gesamtbetrag in Höhe von 51.000.000,00 EUR netto bzw. 60.690.000,00 EUR brutto (Anlagen K7 bis K13, Bl. 58 ff. LG-Akte).
- 41 Die Anlieferungen der Masken wurden im Auftrag der Beklagten durch die D. & Co. KG (nachfolgend "L.") sowie die im fortgeschrittenen Stadium des Open-House-Verfahrens involvierte W. J. GmbH (nachfolgend "W.") koordiniert. Nach Ankündigung einer Anlieferung durch den Auftragnehmer wiesen die Logistiker der geplanten Anlieferung eine oder mehrere Avisierungsnummern zu und teilten die Lieferadresse mit. Informationen zur Anlieferung wurden den Verkäufern per Checkliste als Anlage zum Zuschlagsschreiben (Anlage K14, Bl. 71 LG-Akte), per FAQ vom 15.04.2020 (Anlagen K15 ff., Bl. 72 ff. LG-Akte) sowie per E-Mails vom 23.04.2024 (Anlage K20, Bl. 79 LG-Akte) und 02.05.2020 (Anlage K24, Bl. 84 LG-Akte) zur Verfügung gestellt.

- 42 Die Klägerin schloss am 24.04.2020 einen Vertrag mit der F. K. GmbH (im Folgenden "F.", heutiger Name H.i. K. GmbH) über die Lieferung der für die Erfüllung des streitgegenständlichen Open-House-Vertrages erforderlichen 10 Millionen FFP2-Masken und 10 Millionen OP-Masken. F. übernahm daraufhin die Abwicklung und Koordination der Anlieferung für die Klägerin, aber u.a. auch für die C. A. GmbH (im Folgenden "C."). F. teilte L. mit, für welche Unternehmen sie die Abwicklung übernommen habe (Anlage K27, Bl. 93 f. LG-Akte).
- 43 Die Klägerin avisierte am 27.04.2020 die Anlieferung der vereinbarten Schutzmasken (Anlage K22, Bl. 82 LG-Akte). L., Herr O. Q., wies F., Herrn I. V., unter dem 30.04.2020 um 14:07 Uhr 71 Anliefer Slots am 07. und 08.05.2020 zu (Anlagen K28 & K29, Bl. 96 ff. LG-Akte). Diese 71 Anliefer Slots waren einheitlich vorgesehen für die Anlieferung der Masken der Klägerin und der C..
- 44 Mit Schreiben vom 28.04.2020 (Anlage B6, Bl. 401 LG-Akte) teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass sie etwaige Forderungen ihr - der Beklagten - gegenüber aus dem Open-House-Verfahren für Schutzausrüstung an die F. K. GmbH abtrete. Diese sei künftig ausschließlicher Zahlungsempfänger. Die Abtretung sei unwiderruflich. Dem Schreiben war eine Bestätigung von Zedentin und Zessionarin beigelegt.
- 45 Mit E-Mail vom 06.05.2020 teilte L. mit, dass die 71 Liefertermine in U. wie telefonisch besprochen auf die "nächste Woche in G.", 12./13.05.2020, verschoben würden (Anlagen K31 f., Bl. 99 ff. LG-Akte). Mit E-Mail vom 07.05.2020 bedankte sich F. und bat um Übersendung der genauen Lieferadresse (Anlage K33, Bl. 102 f. LG-Akte).
- 46 Am 12.05.2020 um 5:24 Uhr teilte F. mit, dass die LKW für die Klägerin und für C. ab 12:00 Uhr bei L. eintreffen würden (Anlage K37, Bl. 109 f. LG-Akte). L. teilte um 7:53 Uhr mit, irritiert zu sein, da Termine für den gesamten Tag ab 6:00 Uhr geblockt seien; es sollten nun schnellstmöglich die vereinbarten Termine wahrgenommen werden (Anlage K38, Bl. 111 LG-Akte). Darauf antwortete F. um 7:59 Uhr, dass ihre Logistiker alles dafür täten, um die beiden Aufträge bis zum Nachmittag des kommenden Tages abgewickelt zu bekommen (Anlage K39, Bl. 112 LG-Akte). L. erwiderte um 8:13 Uhr, dass neue Slots erst ab Mitte kommender Woche verfügbar seien; wenn eine vollständige Anlieferung im Rahmen der vereinbarten Slots erfolge, müssten keine neuen vergeben werden (Anlage K40, Bl. 114 LG-Akte). Auf Vorschläge von F. zum weiteren Vorgehen (Anlage K41, Bl. 115 f. LG-Akte) antwortete L. um 11:30 Uhr, dass man gerne so verfahren könne, sofern die Anlieferung innerhalb der vereinbarten Slots möglich sei; sollte die Neuvergabe der Termine nötig sein, müsse man den Fall an das BMG weiterleiten (Anlage K42, Bl. 117 f. LG-Akte). Nachdem bis um 16:00 Uhr keine LKW angekommen waren, bat L. um Mitteilung, ob die Termine für den Folgetag wahrgenommen würden.
- 47 Mit E-Mail von 16:23 Uhr erklärte F., dass laut Aussage des Lieferanten heute die ersten LKW ankämen und morgen alle weiteren LKW folgen würden. Beim Logistiker gehe es drunter und drüber, es sei ihnen aber nochmals eine verbindliche Zusage gegeben worden, dass morgen alles reibungslos laufen werde (Anlage K44, Bl. 120 LG-Akte).
- 48 Um 16:45 Uhr teilte L. per E-Mail mit, dass F. gerne die übrig gebliebenen Termine für heute sowie die 31 Termine für die Anlieferung morgen nutzen könne. Anlieferungen darüber hinaus bzw. mehrere LKW pro Slot würden abgewiesen werden (Anlage K45, Bl. 122 f. LG-Akte).

- 49 Tatsächlich kam um 16:23 Uhr nur ein einziger LKW von F. mit Masken für C. bei L. an. Weitere FFP2- und OP-Masken der Klägerin sind weder am 12. noch am 13.05.2020 angeliefert worden. Auch für C. wurden anstelle geschuldeter 25 Millionen lediglich 340.000 Stück FFP2-Masken angeliefert.
- 50 Mit E-Mail vom 17.05.2020 bat die Klägerin die Beklagte, ihr Termine für die Anlieferung ihrer Ware zu erteilen (Anlage K46, Bl. 124 LG-Akte). Einen Tag später erneuerte die Klägerin ihre Bitte (Anlage K47, Bl. 125 LG-Akte).
- 51 Mit E-Mail vom 28.05.2020 lehnte die Beklagte eine Lieferung der 2 x 10.000.000 Schutzmasken ab, da F. trotz eines Lieferslots für den 12./13.05.2020 diesen nicht für die Lieferung wahrgenommen habe. Ferner erklärte sie den Rücktritt vom Vertrag (Anlage K48, Bl. 126 LG-Akte). Eine Nachfristsetzung seitens der Beklagten ist zuvor nicht erfolgt.
- 52 Mit anwaltlichem Schreiben der Rechtsanwälte S. vom 18.06.2020 (Anlage K49, Bl. 128 ff. LG-Akte), dem eine Vollmacht vom 31.05.2020 beigelegt war (Bl. 132 LG-Akte), forderte die Klägerin die Entgegennahme der Ware bzw. Bekanntgabe eines Lieferslots bis zum 01.07.2020. Dies wurde seitens der Beklagten mit Schreiben vom 06.08.2020 abgelehnt (Anlage K50, Bl. 133 ff. LG-Akte). Für die Aufforderung entstanden der Klägerin außergerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 137.589,50,00 EUR (Anlage K52, Bl. 144 LG-Akte), von denen sie, was bestritten ist, 10.000,00 EUR bereits beglichen haben soll.
- 53 Per E-Mail vom 05.06.2020 übersandte die Klägerin der Beklagten ein Schreiben der F. an die Klägerin mit dem Betreff "Rücknahme Forderungsabtretung" vom 30.04.2020, wonach diese aus der Forderungsabtretung keine Rechte mehr herleite (Anlagen K60 und K61, Bl. 556 f. LG-Akte).
- 54 Mit Urteil vom 14.08.2024, auf das wegen der weiteren Feststellungen, des erstinstanzlichen Parteivorbringens, der in erster Instanz gestellten Anträge und der Entscheidungsgründe Bezug genommen wird (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), hat das Landgericht die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen das Folgende ausgeführt:
- 55 Die Klägerin sei zwar bezüglich der Ansprüche aus dem Vertrag aktivlegitimiert. Der ursprünglich in geltend gemachter Höhe entstandene Anspruch sei jedoch gemäß § 3 Ziffer 3.2 Satz 4 des Open-House-Vertrages mit Nichtanlieferung der 2 x 10.000.000 Masken am 12./13.05.2020 untergegangen.
- 56 Die Parteien hätten mit dieser Klausel wirksam die Rechtsfolgen eines absoluten Fixgeschäftes für den Fall vereinbart, dass bis zum Stichtag am 30.04.2020 überhaupt keine Lieferung erfolge. Die Klausel solle für den Fall nicht rechtzeitiger Lieferung die Rechtsfolgen herbeiführen, wie sie sonst bei einem absoluten Fixgeschäft im Falle eines Fristablaufs eingetreten wären, und nicht etwa nur ein relatives Fixgeschäft begründen. Zwar sei es zutreffend, dass die Beklagte auch nach dem 30.04.2020 noch ein Interesse an der Lieferung der Schutzausrüstung gehabt haben dürfte. Maßgeblich sei für die Auslegung des Vertragsinhaltes jedoch nicht die tatsächliche Interessenlage der Vertragsparteien zum Zeitpunkt der Vertragserfüllung, sondern vielmehr der - ggf. durch Auslegung zu ermittelnde - Inhalt der Vertragsklausel, wobei im Ausgangspunkt auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen sei. Die Beklagte habe über § 3 Ziffer 3.2 des Vertrages gewissermaßen fingieren wollen, dass nach dem vereinbarten Termin der Vertragszweck nicht mehr erreicht werden könne, auch wenn dies tatsächlich noch der Fall ge-

wesen wäre. Nur so ergäbe der in Klammern gesetzte Zusatz "absolutes Fixgeschäft" inhaltlich einen Sinn. Dieser Erklärungswille der Beklagten sei bei Vertragsschluss auch unzweifelhaft zum Ausdruck gekommen, indem nicht nur der Stichtag an den verschiedenen Stellen der Ausschreibung immer wieder herausgestellt, sondern auch in § 3 Ziffer 3.2 des Vertrages betont worden sei, dass die gegenseitigen Pflichten der Vertragspartner entfallen und eine verspätete Lieferung keine Vertragserfüllung darstellen solle. Die Klausel sei auch für den jeweiligen Vertragspartner eindeutig dahingehend zu verstehen, dass die Einhaltung der genannten Frist für die Beklagte nicht nur wichtig, sondern essentiell für den Fortbestand des Vertrages gewesen sei.

- 57 Dass mit der Klausel (nur) die Voraussetzungen von § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB hätten vereinbart werden sollen, sei dagegen nicht mit dem Wortlaut vereinbar. Gerade der in der Klausel unmissverständlich vorgesehene und ohne Modifikation des Vertrages auch nicht abwendbare Automatismus (dass "die gegenseitigen Pflichten der Vertragspartner" entfallen sollen und "eine verspätete Lieferung [...] keine Erfüllung durch den AN dar[stellt]") bezüglich der Rechtsfolgen sei dem relativen Fixgeschäft fremd.
- 58 § 3 Ziffer 3.2 des Open-House-Vertrages sei nicht deswegen unwirksam in den Vertrag einbezogen worden, weil er überraschend im Sinne von § 305c BGB wäre. Eine Überumpelung der jeweiligen Vertragspartner des Open-House-Vertrages nach § 305c BGB könne angesichts der eindeutigen, mehrfachen und hinsichtlich der optischen Vertragsgestaltung nicht im Ansatz verborgenen Regelung nicht erkannt werden. Mangels vergleichbarer Ereignisse vor der COVID-19-Pandemie hätten die Lieferanten nicht auf der Grundlage früherer Lieferverhältnisse von "üblichen" Bedingungen ausgehen können. Jegliche Erwartung der interessierten Lieferanten habe ausschließlich durch die in den Bekanntmachungsunterlagen enthaltene Beschreibung gedeckt werden können. Das Open-House-Verfahren sei erkennbar durch einen im Einzelnen vorgegebenen zeitlichen Ablaufplan gekennzeichnet gewesen. Es sei auch zu berücksichtigen, dass im Vertrag selbst die Information zur besonderen Wichtigkeit der Frist in unmittelbarer Nähe zum spätesten Liefertermin enthalten sei. Es könne unterstellt werden, dass ein Interessent die entsprechende Regelung gerade nicht AGB-typisch überlesen, sondern für seine Entscheidung, ob er ein Angebot abgebe, beachten und ggf. sogar aktiv suchen werde. Die hier zu beurteilende Situation sei auch nicht mit dem Aluminiumkapsel-Fall des BGH vergleichbar. Dort habe sich die Fixabrede aus den rückseitig auf die Auftragsbestätigung aufgedruckten AGBs des Käufers ergeben, ohne dass der Vertrag oder ihn begleitende Umstände überhaupt einen Anhaltspunkt für eine irgendwie geartete zeitliche Begrenzung gegeben hätten.
- 59 Die Klausel benachteilige den jeweiligen Lieferanten auch nicht unangemessen und entgegen den Geboten von Treu und Glauben, § 307 Abs. 1 BGB. Die Kammer schließe sich insoweit nicht der Ansicht des 6. Zivilsenates des Oberlandesgerichts Köln im Urteil vom 19. Juli 2024 - 6 U 101/23 an. Im Rahmen der Interessenabwägung sei ein schutzwürdiges Interesse der Beklagten an der Rechtsfolge zu erkennen. Die durch den COVID-19-Erreger hervorgerufene Lage habe eine bis dahin noch nie dagewesene Ausnahmesituation dargestellt und habe zu Beschaffungsmaßnahmen, verbunden mit Liefer- und Herstellungsprozessen, geführt, die es in dieser Größenordnung in derart kurzer Zeit noch nie gegeben habe. Mit dem Open-House-Verfahren habe sie - auch um den ansonsten bestehenden erheblichen Restriktionen durch das Vergaberecht und den damit zwangsläufig verbundenen zeitlichen Verzögerungen aus dem Weg gehen zu können - ein Vorgehen gewählt, bei dem sie keinerlei Entscheidungsmöglichkeiten mehr hinsichtlich der

Wahl ihrer Vertragspartner gehabt habe. Zugleich habe die Beklagte ein Bedürfnis nach schneller Abwicklung der Anlieferungen unter Vorhaltung eines gigantischen Logistikapparates gehabt. Hierauf gründe ein schutzwürdiges Interesse an einer Regelung, nach der solche Vertragspartner, die es nicht einmal schafften, innerhalb der Vertragslaufzeit überhaupt eine Bereitschaft und/oder Tauglichkeit zur Vertragserfüllung nachzuweisen, automatisch von dem weiteren Verfahren ausgeschlossen würden. Andernfalls sei die Beklagte gehalten gewesen, jeden säumigen Vertragspartner zu mahnen und zur Nacherfüllung aufzufordern bzw. sicherstellen zu müssen, auch bei einer verspäteten Lieferung die erforderliche Logistik bis zum Ablauf einer angemessenen Nachfrist bereitzuhalten.

- 60 Zudem sei festzustellen, dass die Nachteile der Fixabrede durch Vorteile auf Seiten der Verwendungsgegner angemessen kompensiert worden seien: Das Vorgehen im Open-House-Verfahren habe den Verkäufern - ohne Verhandlung über die essentialia negotii - die Möglichkeit eines schnellen und reibungslosen Abschlusses großvolumiger Kaufverträge geboten, bei denen der einzelne Verkäufer weitestgehend selbst über Menge und Zusammensetzung des Kaufgegenstandes habe entscheiden können, sofern er diese bis Monatsende auf dem Weltmarkt habe beschaffen können. Eine Überprüfung auf ihre Zuverlässigkeit oder besondere Erfahrung sei dem Vertragsschluss nicht vorgeschaltet gewesen. Des Weiteren sei in der Praxis auch keine erhebliche Benachteiligung des Auftragnehmers gegenüber der Situation zu sehen, wie sie bei einem (nur) relativen Fixgeschäft bestanden hätte. Wäre bloß die Entbehrlichkeit einer Fristsetzung nach § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB fingiert worden, sei es an der Beklagten gewesen, bei nicht fristgerechter ordnungsgemäßer Lieferung entweder tatsächlich zurückzutreten oder - bei fortbestehendem Ausrüstungsbedarf - auf einer zeitnahen Nacherfüllung zu bestehen. Der Auftragnehmer wäre - zumindest vorübergehend - in eine Art Schwebezustand versetzt worden und gezwungen gewesen, die Lieferbemühungen fortzuführen und zu hoffen, dass diese noch vor der Rücktrittserklärung gelinge. Demnach könne die Unwirksamkeit eines absoluten Fixgeschäftes nicht automatisch anhand eines Erst-Recht-Schlusses mit der Unwirksamkeit (bereits) eines relativen Fixgeschäftes begründet werden.
- 61 Die streitgegenständliche Vertragsgestaltung unterscheide sich von der Sachlage, wie sie der Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Aluminiumkapsel-Fall zugrunde gelegen habe, auch dadurch, dass die Fixabrede die Lieferung der angebotenen Ware an sich, nicht aber die Lieferung mangelfreier Ware habe umfassen sollen. Die Klausel sei im Hinblick auf das Zusammenspiel mit den weiteren Regelungen des Vertrags nicht dahingehend auszulegen, dass sie auch für den Fall der fristgerechten, aber mangelhaften Lieferung eingreifen sollte. Insbesondere der Wortlaut des § 3 Ziffer 3.2 spreche gegen ein Verständnis, dass mit der "Lieferung" die Lieferung mangelfreier Ware gemeint sei.
- 62 Der Charakter des Vertrages als Fixgeschäft sei nicht durch die Festlegung der Anliefertermine auf den 07. und 08.05.2025 und deren Verschiebung auf den 12. und 13.05.2025 beseitigt worden. Zutreffend sei zwar, dass die Beklagte die aus der ursprünglichen Vereinbarung entstammende Verpflichtung, die bis zum 30.04.2020 anzuliefernden Gegenstände anzunehmen, gegenüber der Klägerin erkennbar nicht habe erfüllen können und letztlich der 12./13.05.2020 als neuer Stichtag im Sinne von § 3 Ziffer 3.2 des Vertrages vereinbart worden sei. Es sei jedoch nicht ersichtlich, dass nach dem Willen der Vertragsparteien die übrigen Vereinbarungen, welche bei Vertragsschluss getroffen worden seien, keine Geltung mehr entfalten sollten. Auch § 376 HGB führe in diesem Zusammenhang zu keinem anderen Ergebnis.

- 63 Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin, die an ihrer Aktivlegitimation nach erfolgter "Rücknahme der Forderungsabtretung" gemäß Schreiben von F. vom 30.04.2020 festhält (Bl. 407 GA).
- 64 Das Landgericht Bonn gehe zwar zutreffend in der angefochtenen Entscheidung davon aus, dass durch § 3 Ziffer 3.2 die Rechtsfolgen eines absoluten Fixgeschäfts begründet werden sollten und zwar dahingehend, dass bei verspäteter Leistung Unmöglichkeit nach § 275 BGB eintreten sollte. Jedoch sei die Klausel weder wirksam noch Vertragsbestandteil geworden. Ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Aluminiumkapsel-Fall sei eine formularmäßige Vereinbarung eines Fixgeschäftes überraschend im Sinne von § 305c BGB sowie unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB, wenn nicht die Voraussetzungen eines Fixgeschäftes auf der Grundlage einer individualvertraglichen Abrede vorlägen; insoweit schließe sich die Klägerin der Rechtsprechung des 6. Zivilsenates des Oberlandesgerichts Köln im Urteil vom 19. Juli 2024 - 6 U 101/23 an. Dass sich die Parteien individualvertraglich auf ein absolutes Fixgeschäft verständigt hätten, sei weder beklagtenseits vorgebracht noch biete der Sachverhalt Anhaltspunkte (Bl. 196 GA).
- 65 Aufgrund der Umstände bei Vertragsschluss am 10.04.2020 gebe es - so die Klägerin weiter - auch keine Vereinbarung eines relativen Fixgeschäftes außerhalb des Open-House-Vertrages. Vom objektiven Empfängerhorizont der Klägerin aus betrachtet, seien keine Umstände erkennbar, aus denen sich habe ergeben können, dass die Einhaltung des spätesten Liefertermins am 30.04.2020 für die Beklagte derart wesentlich sei, dass ihr Interesse am Erhalt der Leistung bei einer Fristüberschreitung entfalle. Das Open-House-Verfahren sei auch kein Just-In-Time-Geschäft oder mit einem solchen vergleichbar. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses habe die Beklagte etwaige logistische Zwänge noch gar nicht absehen können. Erst am 17.04.2020 habe nach deren eigenem Vorbringen eine erste Lagerbegehung stattgefunden, die die Anlieferungsspitze am 30.04.2020 aufgezeigt habe (Bl. 411 GA). Eine Mitteilung der Wesentlichkeit der termin- und fristgerechten Anlieferung der streitgegenständlichen Masken vor Vertragsschluss im Sinne von § 323 Abs. 2 Nr. 2 1. Alt BGB liege nicht vor. Der Hinweis in der Auftragsbekanntmachung oder den Teilnahmebedingungen auf den "spätesten Liefertermin" lasse - wie der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln zutreffend ausgeführt habe - keine zwingende Schlussfolgerung auf die Wesentlichkeit der Lieferfrist zu, sondern es könne sich hierbei auch um die bloße Mitteilung eines Liefertermins handeln (Bl. 197 f. GA). Auch aus den Begleitumständen bei Vertragsschluss ergebe sich keine Wesentlichkeit der termin- und fristgerechten Anlieferung der Masken (§ 323 Abs. 2 Nr. 2 2. Alt. BGB). Durch die unstrittige und für beide Seiten erkennbare Fortdauer der Pandemie habe die Klägerin nicht davon ausgehen können, dass mit der Nichteinhaltung des Liefertermins das Lieferinteresse der Beklagten im Falle einer geringfügigen Teillieferung oder Spätlieferung entfalle, was auch indiziell durch das Verschieben der Anlieferungen auf Veranlassung der Beklagten bei einer Vielzahl von Lieferanten, auch der Klägerin, bestätigt werde. Die von der Beklagten behauptete eingeschränkte Verkehrsfähigkeit einiger der über das Open-House-Verfahren angeschaffter Masken aufgrund fehlender Zertifizierungen spreche gegen die Annahme eines gesteigerten Interesses an der Einhaltung des Liefertermins vor dem Hintergrund, dass die maßgebliche "Verordnung zur Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung mit Produkten des medizinischen Bedarfs bei der durch das Coronavirus SARS-CoV2 verursachten Epidemie" erst am 27.05.2020 in Kraft getreten sei (Bl. 198 GA). Für die Annahme eines Fixgeschäftes sei es ebenfalls unerheblich, dass die Preise

für die beschafften Schutzmasken - nach dem Vorbringen der Beklagten - zeitnah wieder sinken würden. Schließlich spreche gegen die Annahme eines auf den Abschluss eines Fixgeschäftes gerichteten Parteiwillens, dass die Beklagte in erheblichem Umfang auch nach dem 30.04.2020 noch Masken im Rahmen des Open-House-Verfahrens angenommen habe. Gegenüber der Klägerin erfolgte die letzte Verschiebung des Anlieferungstermins am 06.05.2020, also sechs Tage nach dem vermeintlich spätesten Liefertermin (Bl. 199 GA). Die Annahme des Landgerichts, diese Umstände könnten sich nicht rückwirkend auf den Inhalt der Vertragserklärungen bei Vertragsschluss auswirken, treffe nicht zu. Vielmehr sei es zulässig, aus den späteren Umständen Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen und das Verständnis der an dem Rechtsgeschäft Beteiligten zu ziehen (Bl. 199 GA).

- 66 § 3 Ziffer 3.2 des Vertrages sei weiter nach § 305c BGB nicht wirksam in den Vertrag einbezogen. Bei objektiver Auslegung trete nach dem Wortlaut der Klausel die intendierte Rechtsfolge auch dann ein, wenn der Auftraggeber, hier die Beklagte, die Nichteinhaltung des Liefertermins zu vertreten habe. Dies stelle eine "ungewöhnliche" Abweichung von den gesetzlichen Regelungen des § 323 Abs. 6 und § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB dar (Bl. 201 f. GA). Damit sei die Klausel mit den wesentlichen Grundgedanken des gesetzlichen Leitbildes unvereinbar, welches auch durch die Änderung der gesetzlichen Regelungen keine Änderung dahingehend erfahren habe, dass eine Abkehr vom grundsätzlichen Erfordernis der Nachfristsetzung vollzogen worden sei (Bl. 409 GA). Daraus folge - entgegen der Würdigung im angefochtenen Urteil (dort S. 13) - ein Überraschungseffekt der Lieferanten im Streitfall. So habe die 1. Kammer des Landgerichts Bonn in einer Vielzahl von Open-House-Fällen die gleiche Klausel selbst mehrfach unterschiedlich ausgelegt (Bl. 203 GA). Auch die weiteren mit Open-House-Fällen befassten Kammern des Landgerichts Bonn sowie Senate des Oberlandesgerichts Köln gelangten zu weiteren Auslegungen. Die Überraschung der Lieferanten werde auch nicht durch die Besonderheiten des Open-House-Verfahrens beseitigt. Das Landgericht Bonn gehe auch dahingehend fehl, dass ein Interessent die entsprechende Regelung nicht AGB-typisch lesen werde. Jedenfalls sei der Klägerin bei Abgabe der Teilnahmeunterlagen am 08.04.2020 nicht klar gewesen, dass der Vertrag bei Nichteinhaltung des spätesten Liefertermins erlöschen würde, selbst dann, wenn die Nichteinhaltung in der Sphäre der Beklagten gelegen habe (Bl. 204, 408 GA). Schließlich komme das Landgericht Bonn fehlerhaft zu der Annahme, dass die Grundsätze des Aluminiumkapsel-Falls des Bundesgerichtshofs nicht anzuwenden seien (Bl. 205 GA).
- 67 Die streitgegenständliche Klausel sei - so die Klägerin weiter - zudem aufgrund einer Überschneidung mit dem Anwendungsbereich von § 6 Ziffer 6.1 des Vertrags unklar. Die dem angefochtenen Urteil (dort S. 18) zugrundeliegende Auslegung des § 3 Ziffer 3.2 des Vertrages ist nach Ansicht der Klägerin falsch; sie greife auch im Falle einer mangelhaften Lieferung. Der Wortlaut der Klausel gebe nichts dafür her, dass der Wegfall der gegenseitigen Pflichten der Vertragsparteien nur im Falle des Ausbleibens der Lieferung am Stichtag greifen solle. Vielmehr entspreche die mangelfreie Lieferung gerade dem gesetzlichen Leitbild (Bl. 206 GA).
- 68 § 3 Ziffer 3.2 des Open-House-Vertrages benachteilige nach Auffassung der Klägerin die jeweiligen Lieferanten unangemessen und verstoße gegen § 307 Abs. 1 BGB. Die Klausel sei auch der Inhaltskontrolle zugänglich, da sie nicht Teil der Beschreibung von Leistung und Gegenleistung sei, sondern die Leistungspflicht der Beklagten als Verwenderin modifiziere (Bl. 409 GA). Zunächst könne auch im kaufmännischen Verkehr die Verein-

barung eines Fixhandelskaufs verbunden mit der Freistellung von der gesetzlichen Obliegenheit der Nachfristsetzung - Leitbild des § 309 Nr. 4 BGB - in Formularbestimmungen nicht wirksam vereinbart werden. Auch die Neufassung des § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB setze voraus, dass das Interesse des Gläubigers an der Einhaltung der Lieferzeit erkennbar sei (Bl. 409 GA). Entgegen der Meinung der Kammer des Landgerichts Bonn in der angefochtenen Entscheidung bestehe kein schutzwürdiges Interesse der Beklagten an der Rechtsfolge eines absoluten Fixgeschäftes. Auch wenn ein Open-House-Verfahren mit einem faktischen Kontrahierungszwang einhergehe, bleibe es der Beklagten als Herrin des Verfahrens unbenommen, die einzelnen Vertragsbedingungen vorzugeben und sicherzustellen, dass potentielle Vertragspartner ihre Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit nachzuweisen hätten. Umstände, warum es der Beklagten nicht möglich, geschweige denn zumutbar gewesen sei, jedem säumigen Vertragspartner eine zumindest kurze Frist zur Nacherfüllung per E-Mail zu setzen, seien seitens der Beklagten nicht vorgetragen (Bl. 210 GA). Auch die Wahl des Open-House-Verfahrens an sich rechtfertige nicht die formularmäßige Vereinbarung eines Fixgeschäftes in der konkret gewählten Form (Bl. 210 f. GA). Die durch § 3 Ziffer 3.2 des Open-House-Vertrages bewirkten Nachteile werden nach Ansicht der Klägerin auch nicht angemessen kompensiert. Die Besonderheiten des Vertragsschlusses (Bl. 16 des angefochtenen Urteils) rechtfertigten nicht den Schluss, dass die Beklagte ohne Prüfung der Zuverlässigkeit und Erfahrung der Lieferanten großvolumige Kaufverträge hätte abschließen müssen. Vielmehr sei es als Organisationsverschulden der Beklagten zu bewerten, wenn sie bei der Vorbereitung und Gestaltung des Verfahrens, beispielsweise durch einen Nachweis der Lieferfähigkeit vor Vertragsschluss, der Prüfung der Lieferanten nicht Rechnung trage. Auch der Preis von 4,50 EUR pro Maske kompensiere nicht die nachteiligen Formularregelungen; insoweit treffe das Urteil auch keine Feststellungen dazu, ob der Preis für die Klägerin zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorteilhaft gewesen sei (Bl. 211 f. GA). Die Erwägung des Landgerichts Bonn, dass ein absolutes Fixgeschäft nicht zwingend benachteiligender sei als ein relatives Fixgeschäft (S. 17 LG-Urteil), ist nach Ansicht der Klägerin fruchtlos. Denn in der konkreten Ausgestaltung der Klausel sei der Lieferant dem Risiko ausgesetzt, dass er sowohl sein vertragliches Andienungsrecht als auch seinen vertraglichen Anspruch auf die Gegenleistung verliere, ohne für den Eintritt der diese Rechtsfolge auslösenden Nichtanlieferung verantwortlich zu sein (Bl. 212 f., 410 GA). Überdies seien die Lieferanten im Falle der Nichtlieferung etwaigen Schadensersatzansprüchen der Beklagten gemäß §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB wegen Unmöglichkeit ausgesetzt (Bl. 410).

- 69 Der Umstand, dass die Rechtsfolge der streitgegenständlichen Klausel selbst dann eintrete, wenn die Beklagte die Nichteinhaltung des Liefertermins zu vertreten habe, führe dazu, dass die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen für den durchschnittlichen Vertragspartner nicht erkennbar und kalkulierbar seien, so dass ein Verstoß gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB gegeben sei (Bl. 214 f. GA). So sei schon nicht klar, in welchem Umfang die intendierte Rechtsfolge im Falle einer nur teilweisen Nichteinhaltung des Liefertermins greife. Besonders mit Blick auf §§ 6 und 7 des Open-House-Vertrages, die eine Fortgeltung der gegenseitigen Pflichten explizit vorsähen, werde nicht deutlich, ob im Falle der Nichtlieferung die gegenseitigen Pflichten vollumfänglich oder teilweise entfallen oder gar vollständig bestehen blieben (Bl. 410 GA). Nicht einmal die Beklagte als Verwenderin habe die Klausel verstanden, denn im Falle eines wirksam vereinbarten absoluten Fixgeschäftes wären die Leistungspflichten automatisch (§ 275 BGB) entfallen und es hätte keiner Rücktrittserklärung der Beklagten bedurft (Bl. 411 GA). In der Folge seien die gesetzlichen Regelungen anwendbar. Da es an einer Nachfristsetzung im Sinne von § 323 Abs. 1 BGB fehle und auch eine ergänzende

Vertragsauslegung hin zu einem relativen Fixgeschäft unzulässig sei, sei der Zahlungsanspruch durch den Rücktritt der Beklagten nicht erloschen.

- 70 Die Klägerin rügt, dass das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung verkenne, dass durch die Verlegung der Anliefertermine ein etwaiger Fixcharakter des Open-House-Vertrages beseitigt worden sei. Weder aus den geführten Telefonaten noch aus der E-Mail-Korrespondenz ergebe sich der Abschluss bzw. die Beibehaltung einer Fixvereinbarung (Bl. 218 GA). Jedenfalls seien die neu festgelegten Anliefertermine für die Beklagte nicht wesentlich im Sinne von § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Spätestens mit der E-Mail vom 06.05.2020 (Bl. 99 LG-Akte), die ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben darstelle, sei der Open-House-Vertrag in einen gewöhnlichen Kaufvertrag ohne Fixcharakter umgewandelt worden. Hilfsweise, also für den Fall der Annahme eines relativen Fixgeschäftes, habe die Beklagte mit den Verschiebungen der Anliefertermine ihr Erfüllungsverlangen im Sinne von § 376 HGB zum Ausdruck gebracht (Bl. 223 ff. GA).
- 71 Schließlich könne die Klägerin ihren Zahlungsanspruch unbedingt geltend machen. Aufgrund des von der Beklagten erklärten Rücktritts verbunden mit der beharrlichen Weigerung, die vertragsgegenständlichen Masken anzunehmen, sei die Vorleistungspflicht der Klägerin nach § 242 BGB entfallen und die Beklagte könne sich nicht mehr auf die Einrede des nichterfüllten Vertrages nach § 320 BGB berufen; insoweit schließe sich die Klägerin den Ausführungen des 6. Zivilsenates des Oberlandesgerichts Köln im Urteil vom 19. Juli 2024 - 6 U 101/23 an.
- 72 Zu dem erstmals im Berufungsverfahren von der Beklagten vorgebrachten Verstoß gegen die sog. Preisverordnung (im Folgenden: PreisVO 30/53 a.F.) behauptet die Klägerin, dass zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages ein verkehrsüblicher Preis am Markt feststellbar gewesen sei; die steigende Nachfrage habe steigende Preise bewirkt. Im Anschluss an die Entscheidung des Landgerichts Bonn vom 16. April 2025 - 1 O 213/20 rügt die Klägerin, dass die von der Beklagten vorgelegten Angebote (Bl. 342 ff. GA) der Feststellung eines verkehrsüblichen Preises nicht entgegenstünden (Bl. 413 ff. GA). Die Annahme eines betriebssubjektiven Marktpreises verstoße zudem gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Sie führe zu einer nachträglichen Anpassung der vorgegebenen Preise bei einzelnen Teilnehmern und dies in individueller Höhe, abhängig davon, welchen Preis der Teilnehmer bereits am Markt habe durchsetzen können (Bl. 415 f. GA). Die Vorschriften der Preisverordnung stellten auch keinen sachlichen Grund zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung der Teilnehmer dar. Zur Vermeidung eines Verfassungsverstoßes sei § 4 Abs. 1 PreisVO 30/53 dahingehend auszulegen, dass der im Verkehr übliche Preis nicht der betriebssubjektive Marktpreis sei (Bl. 417 GA). Unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Landgerichts Bonn vom 16. April 2025 - 1 O 213/20 versage der betriebssubjektive Preis dann, wenn es am Markt aufgrund plötzlicher Schwankungen bei Angebot und/oder Nachfrage auch zu plötzlichen Änderungen des Marktpreises kommen (Bl. 419 f. GA). Die Klägerin behauptet weiter, die Beklagte habe zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses am Markt wiederholt Preise für FFP2- und OP-Masken gezahlt, die deutlich über den zwischen den Parteien vereinbarten Preisen für die streitgegenständlichen Masken gelegen hätten; es habe keine Marktpreisüberschreitung gegeben (Bl. 420 f. GA). Weiter behauptet die Klägerin, dass sie selbst auch außerhalb des Open-House-Verfahrens FFP2-, FFP3- und OP-Masken im Zeitraum März bis Juli 2020 veräußert habe und hierbei pro FFP2-Maske Preise von 4,85 EUR bis 5,10 EUR netto und pro OP-Maske von 0,90 bis 0,91 EUR erzielt habe (Bl. 422, 539 ff. GA).

- 73 Die Voraussetzungen für die Anwendung des Selbstkostenpreises nach § 5 PreisVO 30/53 a.F. liegen nach Ansicht der Klägerin auch nicht vor. Selbst wenn ein Marktpreis (entgegen der Ansicht der Klägerin) gemäß § 4 Abs. 1 Preisverordnung nicht festgestellt werden könne, so sei ein abgeleiteter Marktpreis nach § 4 Abs. 2 Preisverordnung herzuleiten, der nicht unterhalb der zwischen den Parteien festgelegten Preise liege (Bl. 423 f. GA). Des Weiteren habe eine Mangellage im Sinne des § 5 Abs. 1 Nr. 2 PreisVO 30/53 a.F. zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Preisvereinbarung nicht vorgelegen (Bl. 424 f. GA). Hiergegen spreche bereits, dass die Beklagte nicht nur über das Open-House-Verfahren, sondern auch über andere Beschaffungswege Schutzmasken in millionenfacher Stückzahl erworben habe (Bl. 425 GA). Schließlich hätten die Parteien bei Auslegung des von den Parteien Gewollten keine geringeren Preise vereinbart. Die Beklagte selbst sei zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses davon ausgegangen, dass die vereinbarten Preise marktüblich gewesen seien, was sie bislang in diesem (und allen weiteren) Open-House-Verfahren behauptet habe (Bl. 425 GA). Überdies könne sich die Beklagte nach Treu und Glauben nicht auf die behauptete Teilnichtigkeit nach § 134 BGB berufen. Die Beklagte habe im Rahmen des Open-House-Verfahrens den - nachträglich beanstandeten - Abnahmepreis für die streitgegenständlichen Masken einseitig vorgegeben. Die Klägerin habe keine Möglichkeit gehabt, über den Preis zu verhandeln (Bl. 428 GA). Letztlich sei der Vortrag der Beklagten zur Preisverordnung präkludiert (Bl. 430 GA).
- 74 Die Klägerin beantragt,
- 75 1. das am 14.08.2024 verkündete Urteil des Landgerichts Bonn, Az. 1 O 471/23 abzuändern;
- 76 2. die Beklagte zu verurteilen, an sie 60.690.000,00 nebst Zinsen in Höhe von 9 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 05.06.2020 zu zahlen;
- 77 3. festzustellen, dass sich die Beklagte seit dem 28.05.2020 in Verzug befindet mit der Annahme von 10.000.000 FFP2 Masken und 10.000.000 OP-Masken, die gemäß § 2 Ziffer 2.1, § 3 Ziffer 3.1. des Vertrags über die Lieferung von Schutzausrüstung der Parteien vom 08./10.04.2020 der folgenden Leistungsbeschreibung zu entsprechen haben:
- 78
- | Produktgruppe | Preis pro Stück (EUR) netto |
|---|-----------------------------|
| FFP2 Masken Beschreibung: | 4,50 |
| • Atmungsaktives Design, das nicht gegen den Mund zusammenfällt (z.B. Entenschnabel, becherförmig) | |
| • Versehen mit einer Metallplatte an der Nasenspitze | |
| • Kann wiederverwendbar* (aus robustem Material, das gereinigt und desinfiziert werden kann) oder Einwegartikel sein | |
| Normen/Standards: | |
| - Atemschutzgerät "N95" gemäß FDA Klasse II, unter 21 CFR 878.4040, und CDC NI-OSH, oder "FFP2" gemäß EN 149 Verordnung 2016/425 Kategorie III oder gleichwertige Normen, auch KN95 (CHN) | |
| OP-Masken Beschreibung: | 0,60 |
| • Hohe Flüssigkeitsresistenz | |

- Gute Atmungsaktivität
- Innen- und Außenflächen sind eindeutig gekennzeichnet
- Design, das nicht gegen den Mund zusammenfällt (z.B. Entenschnabel, becherförmig)

Normen/Standards:

- EN 14683 Typ IIR Leistung
- ASTM F2100 Stufe 2 oder Stufe 3 oder gleichwertig
- Flüssigkeitswiderstand bei einem Druck von mindestens 120 mmHg basierend auf ASTM F1862-07, ISO 22609 oder gleichwertig
- Atmungsaktivität: MIL-M-36945C, EN 14683 Anhang C, oder gleichwertig

- 79 4. die Beklagte zu verurteilen, an sie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 10.000,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
- 80 5. Die Beklagte zu verurteilen, sie von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 127.589,50 EUR freizustellen.
- 81 Die Beklagte beantragt,
- 82 die Berufung zurückzuweisen.
- 83 Hilfsweise beantragt die Beklagte,
- 84 den Rechtsstreit auszusetzen und die Rechtsfrage, ob nach Art. 18 Abs. 2 Unterabs. 2 Satz 1 3. Variante der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 ein übereinstimmender Parteiwille für die Maßgeblichkeit der Lieferzeit und des damit einhergehenden Rechts zum Rücktritt vom Vertrag ohne vorherige Nachfristsetzung erforderlich ist, dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vorzulegen.
- 85 Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung des erstinstanzlichen Vortrages.
- 86 Sie rügt in Bezug auf die Aktivlegitimation der Klägerin, dass es nicht nachvollziehbar sei, dass das Landgericht aus dem Schreiben von F. vom 30.04.2020 (Bl. 556 GA) auf eine Rückabtretung an die Klägerin schließe (Bl. 259 GA). Jedenfalls fehle es an der erforderlichen Gegenerklärung der Klägerin zum Abschluss eines Abtretungsvertrages (Bl. 260 GA).
- 87 Erstmals mit der Berufungsbegründung bringt die Beklagte - in Abkehr von ihrem bisherigen Vortrag - vor, dass es sich bei den ausgelobten 4,50 EUR pro FFP2-Maske bzw. 0,60 EUR pro OP-Maske nicht um einen angemessenen Preis handle (Bl. 301 GA), sondern der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag vielmehr gegen § 1 Abs. 3 PreisVO Nr. 30/53 a.F. verstoße, der ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB sei, so dass eine Teilnichtigkeit des Vertrages vorliege. Die PreisVO 30/52 a.F. sei - so die Beklagte - nach § 2 Abs. 1 PreisV 30/53 a.F. auf das Open-House-Verfahren als öffentlicher Auftrag des Bundes anwendbar (Bl. 303 GA). Gemäß der "Preistreppe" der Verordnung sei vorliegend der Selbstkostenpreis maßgeblich, da sich ein verkehrsüblicher Preis nicht feststellen lasse. Die Beklagte behauptet, für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses existiere

für die streitgegenständlichen Schutzmasken, die eine marktgängige Leistung seien (Bl. 305 GA), kein verkehrsüblicher Preis auf dem allgemeinen Markt im Sinne der Verordnung. Eine wettbewerbliche Preisbildung in einem funktionierenden ungestörten Markt (Bl. 298 GA) sei für den maßgeblichen Zeitraum nicht feststellbar. Vielmehr sei insoweit von einem temporären Marktversagen auszugehen. Aufgrund der am 11.03.2020 erklärten pandemischen Lage und des sich hieraus ergebenden hohen Bedarfs an geeigneter Schutzausrüstung hätten besondere Umstände vorgelegen, die die Funktionsfähigkeit des Marktes und damit die unbeeinflusste marktwirtschaftliche Preisbildung beeinträchtigt hätten, was auch der Schlussbericht des Untersuchungsausschusses "Maske" des Bayerischen Landtages widerspiegle (Bl. 305 ff. GA). Dementsprechend hätten die am Markt verlangten Preise zwischen 0,40 EUR und 12,50 EUR netto/Maske geschwankt (Bl. 309 ff. GA).

- 88 Des Weiteren sei auch kein betriebssubjektiver Marktpreis feststellbar; dies bereits mit Rücksicht darauf, dass die Klägerin keine Schutzmasken an andere Anbieter verkauft und am Markt abgesetzt habe. Bei der Klägerin handele es sich vielmehr um ein Unternehmen, das Bekleidung in der E. fertige und vertreibe (Bl. 312 ff. GA). Jedenfalls sei sie nicht in der Lage gewesen, Schutzmasken an andere Abnehmer zu einem Preis von 4,50 EUR netto pro PfH-Maske [FFP2, KN 95; N 95] bzw. 0,60 EUR netto pro MNS [Mund-Nasen-Schutz]-Maske zu verkaufen (Bl. 314 GA).
- 89 Im Übrigen verteidigt die Beklagte das angefochtene Urteil. Auf die Ausführungen in der Berufungserwiderung wird verwiesen.
- 90 Sofern der Senat vom Bestehen eines Kaufpreisanspruchs der Klägerin ausgehen sollte, sei der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag hilfsweise gemäß § 313 BGB anzupassen. Schließlich bestehe kein Anspruch auf Erstattung bzw. Freistellung von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten. Eine Zahlung von 10.000,00 EUR an die Rechtsanwälte S. sei nicht nachgewiesen und ohnehin die Geschäftsgebühr in Höhe von 1,5 nicht angemessen (Bl. 325 GA).
- 91 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen, das erstinstanzliche Sitzungsprotokoll und das Sitzungsprotokoll vom 10.09.2025 Bezug genommen (Bl. 833 ff. GA).

II.

- 92 Die zulässige Berufung der aktivlegitimierten [**1.**] Klägerin ist hinsichtlich der Hauptforderung vollumfänglich begründet [**2.**]. In Bezug auf die Nebenforderungen ist die Berufung teilweise begründet [**3.**]. Die Hauptforderung ist ab dem 05.06.2020 in Höhe von neun Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz zu verzinsen. Ein Anspruch auf Erstattung bzw. Freistellung von vorprozessualen Rechtsanwaltskosten besteht nicht. Der Feststellungsantrag der Klägerin ist unzulässig [**4.**].

1.

- 93 Das Landgericht ist in der angefochtenen Entscheidung zutreffend von der Aktivlegitimation der Klägerin ausgegangen. Unstreitig hat die Klägerin ihre Ansprüche an F. zunächst abgetreten und dies der Beklagten unter dem 28.04.2020 angezeigt. Durch Vorlage des Schreibens von F. vom 30.04.2020 hat die Klägerin jedoch nachgewiesen, dass sie wieder Inhaberin der streitgegenständlichen Forderungen geworden ist.

- 94 **a)** Eine Abtretung gemäß § 398 BGB ist ein dinglicher Vertrag, bei dem der ursprüngliche Forderungsinhaber, der Zedent, dem nunmehr neuen Forderungsinhaber, dem Zessionar, eine Forderung überträgt (Lieder, in: BeckOK BGB, Stand: 01.08.2024, § 398 Rn. 2, 6). Mithin muss auch für den außenstehenden Dritten zum Ausdruck kommen, dass der Zedent nicht mehr Inhaber der Forderung sein will, sondern stattdessen gerade der Zessionar neuer Forderungsinhaber sein soll (Kieninger in: MünchKommBGB, 9. Auflage 2022, § 398 Rn. 19).
- 95 **b)** Dies ist bei der hier gebotenen Auslegung der Fall. F. hat mit der schriftlichen Erklärung vom 30.04.2020 der Klägerin angeboten, ihr sämtliche Forderungen aus dem Open-House-Vertrag zurück abzutreten. Bei Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont gemäß §§ 133, 157 BGB hat F. - wie das Landgericht überzeugend ausführt - nicht nur angezeigt, wie es wörtlich heißt, aus der Forderungsabtretung zwischen ihr und der Klägerin "keine Rechte mehr her[zu]leiten", sondern wollte erkennbar die Forderungsinhaberschaft wieder auf die Klägerin übertragen. Hierfür spricht der Betreff des Schreibens, welches nur wenige Tage nach der Abtretung verfasst wurde, der "Rücknahme Forderungsabtretung" lautet. Zudem sind keine Umstände erkennbar, weshalb die Vertragsparteien einen Vertrag hätten schließen sollen, der die ursprünglich bei der Klägerin entstandenen Forderungen bei F. belässt, diese aber keine Möglichkeit hat, Rechte daraus herzuleiten.
- 96 Die Klägerin hat ihren Annahmewillen mit der Übersendung des Schreibens an die Beklagte mit E-Mail vom 05.06.2020 nach außen kundgetan sowie nochmals mit der Vorlage der Erklärung von F. mit Schriftsatz vom 08.05.2024 (Bl. 476 ff. GA) bestätigt. Der Zugang der Annahmeerklärung bei F. war nach § 151 BGB entbehrlich.
- 2.**
- 97 Der Klägerin steht der geltend gemachte Anspruch auf Kaufpreiszahlung in Höhe von 60.690.000,00 EUR aus § 433 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem zwischen den Parteien abgeschlossenen, wirksamen **[a)]** Open-House-Vertrag zu. Der von der Beklagten unter dem 28.05.2020 erklärte Rücktritt ist nicht wirksam erfolgt, da die Beklagte der Klägerin keine vorherige Frist zur Nacherfüllung gemäß § 323 Abs. 1 BGB gesetzt hat **[b)]**. Diese muss sich vorliegend auch nicht auf eine Vorleistungspflicht verweisen lassen **[c)]**. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäß § 320 BGB kann die Beklagte ebenfalls nicht mit Erfolg geltend machen **[d)]**.
- 98 **a)** Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag ist nicht gemäß § 134 BGB in Verbindung mit § 1 Abs. 3 PreisVO Nr. 30/53 in der bis zum 31. März 2022 geltenden Fassung teilweise nichtig. Soweit die Beklagte erstmals im Berufungsverfahren mit Schriftsatz vom 03.02.2025 vorbringt, die geltend gemachte Klageforderung sei wegen eines Verstoßes gegen das gesetzliche Verbot nach § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 3 PreisVO Nr. 30/53 - jedenfalls teilweise - abzuweisen, da der im Open-House-Vertrag vereinbarte Kaufpreis von 4,50 EUR pro FFP2-Maske und 0,60 EUR pro OP-Maske den zulässigen Höchstpreis übersteige und damit gegen § 1 Abs. 3 PreisVO Nr. 30/53 verstoße, vermag sie damit nicht durchzudringen. Ihr Tatsachenvortrag zum betriebspezifischen Preis nach der Preisverordnung ist zum einen bereits präkludiert **[aa)]**. Zum anderen hat die Beklagte - bei grundsätzlicher Anwendbarkeit der PreisVO Nr. 30/53 a.F. **[bb)]** in Anwendung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht hinreichend substantiiert zur fehlenden wettbewerblichen Preisbildung vorgetragen **[cc)]**, wobei der Senat das Konstrukt

des betriebssubjektiven Preises vorliegend für nicht sachgerecht erachtet [**dd**]) und die Beklagte sich überdies nach Treu und Glauben nicht auf einen etwaigen Verstoß gegen die Preisverordnung berufen kann [**ee**]).

- 99 **aa)** Der erstmals mit Schriftsatz vom 03.02.2025 erfolgte Vortrag der Beklagten (Bl. 301 GA) zu einer behaupteten Überschreitung des Höchstpreises ist bereits hinsichtlich des Tatsachenvortrages zum betriebsspezifischen Preis gemäß § 531 Abs. 2 ZPO präkludiert.
- 100 (1) Anhaltspunkte für das Vorliegen eines gerichtlichen Fehlers mit der Folge der Anwendbarkeit der Varianten Nr. 1 und 2 des § 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO sind weder vorge-
tragen noch ersichtlich. Mit Rücksicht darauf, dass die Beklagte in erster Instanz keinen Sachvortrag zur Preisverordnung vorgebracht, sondern die ausgelobten Preise selbst für angemessen erachtet hat, kann insoweit kein Verfahrensfehler seitens des Landgerichts angenommen werden.
- 101 Das Vorbringen der Beklagten ist nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO bezüglich des betriebsspezifischen Preises und dabei der sog. Newcomer-Eigenschaft der Klägerin nicht zuzulassen. Danach sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nur zuzulassen, wenn sie im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden sind, ohne dass dies auf einer Nachlässigkeit der Partei beruht. Bei Tatsachen, die einer Partei erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung bekannt oder in ihrer Bedeutung für die Entscheidung bewusst geworden sind, die aber zuvor bereits existierten, kommt es für die Zulässigkeit des erstmaligen Vorbringens in der Berufungsinstanz darauf an, ob das nachträgliche Bekannt- bzw. Bewusstwerden auf einer Nachlässigkeit beruht. Insoweit hängt die Zulassung davon ab, ob die Partei die Tatsachen bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte erfahren oder deren Entscheidungserheblichkeit hätte erkennen können und müssen (BGH, Urteil vom 19. März 2004 - V ZR 104/03, BGHZ 158, 295-310, juris Rn. 20). Der Partei schadet in diesem Zusammenhang bereits einfache Fahrlässigkeit. Ein Fehlverhalten ihres Prozessbevollmächtigten hat sich die Partei gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen zu lassen (Kostuch in: Kern/Diehm, ZPO, 2. Auflage, § 531 Rn. 12 mwN).
- 102 (2) Die Beklagte hat zu den tatsächlichen Voraussetzungen eines betriebsspezifischen Preises aus Nachlässigkeit nicht vorgetragen.
- 103 (a) Ausweislich des Protokolls der mündlichen Verhandlung der 1. Zivilkammer des Landgerichts Bonn lag zu diesem Zeitpunkt bereits das Urteil des 6. Zivilsenates des Oberlandesgerichts Köln vom 21. Juni 2024 - 6 U 112/23 vor (Bl. 859 LG-Akte), welches bei Zugrundelegung eines wirksamen Kaufvertrages einen Anspruch gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen eines unwirksamen Teilrücktritts bejahte. Dennoch hat es die Beklagte im Rahmen des seitens der Kammer bis zum 24.07.2024 gewährten Schriftsatznachlasses unterlassen, zur Preisverordnung vorzutragen, bringt aber in der Berufungserwidlung selbst vor, dass sie die Rechtsprechung des 6. Zivilsenates des Oberlandesgerichts Köln zu einer grundsätzlichen Neubewertung der Sach- und Rechtslage veranlasst habe und sie an ihrer Auffassung, dass es sich bei dem im Rahmen des Open-House-Verfahrens ausgelobten Preis von 4,50 EUR/pro PfH-Maske um einen angemessenen Marktpreis handle, nicht mehr festhalte (Bl. 301 GA). Die Beklagte konnte auch nicht darauf vertrauen, dass das Gericht einen bestimmten Gesichtspunkt - hier die Frage der Wirksamkeit des Vertrages - für unerheblich halten würde. Vielmehr heißt es im Protokoll der Verhandlung: "Im Zuge der ausführlichen Erörterung legt die Kammer dar, dass die bisherige Rechtsprechung in Anbetracht der von den Parteien behandelten Entscheidung des 6. Zivilsenates des Oberlandesgerichts Köln vom 21.06.2024 - 6 U 112/23 - in

den Folgeberatungen der Kammer noch einmal überprüft werden wird. Dies gilt auch in Anbetracht der auf den 19.07.2024 anstehenden Verkündung einer weiteren Berufungsentscheidung des 6. Zivilsenates in dem vor der Kammer unter 1 O 221/22 geführten Rechtsstreit (Berufungsaktenzeichen 6 U 101/23)" (Bl. 859 LG-Akte).

- 104 (b) Die Beklagte hatte zudem Kenntnis von den entscheidungserheblichen Tatsachen und hätte bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt auch die Entscheidungserheblichkeit der Tatsachen zur Preisverordnung erkennen können. Der wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestages hat im September 2020 einen "Sachstand" zu "Einzelfragen zur Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen" erstellt und nimmt darin auch ausdrücklich Bezug auf die COVID-19-Pandemie (Bl. 580 GA). Auf Frage Nr. 8 in der Kleinen Anfrage der Abgeordneten T. R., BP. MD. und weiterer Abgeordneter vom 19.10.2020, wie eine mögliche Abweichung des im Open-House-Verfahrens vorgegebenen garantierten Abnahmepreises vom Marktpreis vor dem Hintergrund der Preisverordnung bewertet werde, antwortete die Bundesregierung, dass das BMG die Einschätzung, dass ein Verstoß gegen die Verordnung PR Nr. 30/53 vorliege, nicht teile (BT-Drucksache 19/23487, Bl. 570 GA). In einer weiteren Kleinen Anfrage der Abgeordneten T. R., CJ. CH. und anderer Abgeordneter zum Thema "Maskenbeschaffung während der Corona-Pandemie" vom 16.04.2021 wurde (Frage 18) gefragt, ob das BMG bei den Aufträgen an die Firma DO. die Vorgaben der Preisverordnung Nr. 30/53 eingehalten habe. Die Antwort der Bundesregierung hierzu lautete, dass für marktgängige Leistungen nach § 4 Absatz 1 der Verordnung PR Nr. 30/53 die im Verkehr üblichen preisrechtlich zulässigen Preise nicht überschritten werden dürften. Bei PSA handele es sich um marktgängige Leistungen. Die preisrechtlich zulässigen Preise seien nicht überschritten worden (BT-Drucksache 19/28560, Bl. 587 GA). Dafür, dass die Beklagte Kenntnis von den entscheidungserheblichen Tatsachen zur Preisverordnung hatte und nicht entsprechend der prozessualen Sorgfalt handelte, spricht auch die Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs, QP. FH., vom 23. Januar 2025 auf die Frage des Abgeordneten QM. WV., seit wann die Bundesregierung der Auffassung sei, dass der im Jahre 2020 im Zusammenhang mit dem Open-House-Verfahren zur Beschaffung von Schutzmasken durch die Bundesregierung festgelegte Fixpreis von 4,50 EUR zu hoch gewesen sei: "Der gerichtliche Vortrag des Bundesministeriums für Gesundheit vom Dezember 2024 zum Preisrecht hat ausschließlich zivilprozessuale Gründe. Die Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen wird, wie andere Fragestellungen auch, im Rahmen der möglichen Prozessstrategien thematisiert." (BT-Drucksache 20/14639, Bl. 597 GA).
- 105 Schließlich hat die Beklagte selbst im April 2020 Verträge, u.a. mit der B. AG, über die Beschaffung medizinischen Materials abgeschlossen, die jeweils auf die Verordnung Nr. 30/53 oder einen etwaigen Selbstkostenpreis Bezug nehmen.
- 106 (c) Es handelt sich schließlich hinsichtlich des Vortrages der Beklagten zum betriebspezifischen Preis auch um streitigen Vortrag. Die Klägerin hat hinreichend schlüssig - auf das Vorbringen der Beklagten zur Preisverordnung - vorgebracht, dass sie keine sog. "Newcomerin" auf dem Markt für medizinische Produkte gewesen sei. Sie hat unter Vorlage von vier Rechnungen (Bl. 539 ff. GA), die Einzelpreise für FFP2 Atemschutzmasken von 5,10 EUR (Bl. 540 GA) und 4,85 EUR (Bl. 542 GA) sowie für "MNS OP Maske Typ II" von 0,90 EUR (Bl. 541 GA) ausweisen, vorgetragen, dass sie bereits seit Ende März 2020 medizinische Schutzausrüstung angeboten und Preise erzielt habe, die über der Preisvereinbarung im Rahmen des Open-House-Verfahrens lagen (Bl. 423 GA). Insoweit unterscheidet sich die vorliegende Fallgestaltung in tatsächlicher Hinsicht von derjenigen, die

der Entscheidung des 18. Zivilsenates des Oberlandesgerichts Köln vom 15. Mai 2025 - 18 U 97/23 zugrunde lag; der dortige Kläger hatte unstreitig erstmalig Schutzmasken angeboren (juris Rn. 119).

- 107 **bb)** Gemäß § 12 Abs. 2 der aktuellen PreisVO 30/53 gilt für öffentliche Aufträge vor dem 01.04.2022 die Verordnung in der bis zum Ablauf des 31.03.2022 geltenden Fassung (PreisVO 30/53 a.F.). Die PreisVO 30/53 a.F. ist gemäß ihres § 2 Abs. 1 insbesondere auf alle öffentlichen Aufträge des Bundes anwendbar. Öffentliche Aufträge im Sinne der PreisVO 30/53 sind alle Aufträge des Bundes, der Länder, der Gemeinden und Gemeindeverbände und der sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die sich auf ein Austauschverhältnis beziehen, wie etwa bei einem Kaufvertrag (Voll in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 4. Auflage 2024, § 21 Rn. 24 und 28). Zwar räumt die Beklagte selbst ein, dass die Intention des Open-House-Verfahrens, namentlich einen einheitlichen Preis vorzugeben, dem Korrektiv des öffentlichen Preisrechts entgegenstehe (Bl. 303 GA), jedoch kann sich die Beklagte - so auch der 18. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln - durch die Wahl des Open-House-Verfahrens an sich nicht der PreisVO 30/35 a.F. als unmittelbar geltendem deutschen Recht entziehen, zumal die PreisVO 30/53 a.F. gerade den Fiskus und die Gemeinschaft der Steuerzahler vor zu hohen Preisen schützen soll (OLG Köln, Urteil vom 15. Mai 2025 - I-18 U 97/23, juris Rn. 109). Soweit die Klägerin unter Bezugnahme auf ein Rechtsgutachten von QO. ON. (Bl. 806 ff. GA) bereits die Anwendbarkeit der Preisverordnung bei einem Open-House-Verfahren unter Anwendung des vergaberechtlichen Auftragsbegriffs verneint, kann dem nicht gefolgt werden. Das öffentliche Preisrecht knüpft - nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 PreisVO 30/53 a.F. - ausschließlich an die öffentlich-rechtliche Eigenschaft des Auftraggebers an; lediglich § 2 Abs. 3 erweitert den persönlichen Anwendungsbereich. Dabei ist der Auftragsbegriff weiter als der des § 103 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen), was seine Rechtfertigung darin findet, dass das Preisrecht unabhängig vom Vergaberecht sicherstellen soll, dass bei zu schließenden Verträgen grundsätzlich "verkehrsübliche" Preise zum Zuge kommen, also Preise, die sich am Markt "bewährt" haben (Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Hoffjan/Müller, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 10. Auflage 2024, VO PR Nr. 30/53 § 51 Rn. 31, 38 und 40e zu sog. Zulassungssystemen wie das Open-House-Verfahren).
- 108 Ein Ausnahmetatbestand nach § 2 Abs. 2 (öffentliche Unternehmen im Wettbewerb mit privaten Unternehmen) bzw. Abs. 5 PreisVO 30/53 a.F. (Bauleistungen) liegt nicht vor.
- 109 **cc)** Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag ist nicht wegen eines Verstoßes gegen § 1 Abs. 3 PreisVO 35/53 a.F. gemäß § 134 BGB teilweise nichtig mit der Folge, dass ein niedriger Preis maßgeblich wäre; dies hat die Beklagte nicht schlüssig dargelegt.
- 110 (1) § 1 Abs. 3 VO PR Nr. 30/53 bestimmt, dass für Leistungen auf Grund öffentlicher Aufträge höhere Preise nicht gefordert, versprochen, vereinbart, angenommen oder gewährt werden dürfen, als nach den Bestimmungen dieser Verordnung zulässig ist. Diese Norm ist ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB, weshalb entgegenstehende Rechtsgeschäfte nichtig sind. Der Vertrag ist jedoch nicht im Ganzen nichtig, sondern gilt als zum zulässigen Preis zustande gekommen (Brüning in: MüKoWettbR, 4. Auflage 2022, ÖffAuftrPrV, § 1 Rn. 32). Es handelt sich somit grundsätzlich um eine bloße Teilnichtigkeit im Hinblick auf die Preisabrede, im Übrigen bleibt der Vertrag jedoch wirksam (Brüning, aaO, § 1 Rn. 18). Im Fall der Höchstpreisüberschreitung erfolgt die Abänderung im Hinblick auf die Höhe des Preises ipso jure und gerade nicht aufgrund vertragsparti-

cher Willenserklärung (Brüning, aaO § 1 Rn. 32; zum Ganzen OLG Köln, Urteil vom 15. Mai 2025 - I-18 U 97/23, juris Rn. 113).

- 111 (2) Vorrangig maßgeblich ist grundsätzlich der verkehrsübliche Preis für marktgängige Leistungen im Sinne des § 4 PreisVO 30/53 a.F. Nur wenn dieser Marktpreis nicht festgestellt werden kann (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 PreisVO 30/53 a.F.) oder "eine Mangellage vorliegt oder der Wettbewerb auf der Anbieterseite beschränkt ist und hierdurch die Preisbildung nach § 4 nicht nur unerheblich beeinflusst wird" (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 PreisVO 30/53 a.F.) dürfen [...] ausnahmsweise" Selbstkostenpreise vereinbart werden. In den Fällen des § 5 Abs. 1 Ziffer 1 PreisVO 30/53 a.F. führt die Formulierung "Selbstkostenpreise dürfen nur vereinbart werden..." nach herrschender Meinung nicht dazu, dass die Vertragsparteien die Wahl hätten, Selbstkostenpreise zu vereinbaren oder sich für feste Preise anstelle von Selbstkostenpreisen zu entscheiden. Vielmehr bedingt das lückenlose Preissystem der Verordnung, dass Selbstkostenpreise vereinbart werden müssen, wenn die Voraussetzungen nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 PreisVO 30/53 a.F. gegeben sind. Dies ist naturgemäß auch nicht anders möglich, da nach Nr. 1 ja gerade keine Preise gemäß §§ 3 und 4 PreisVO 30/53 a.F. festgestellt werden können (Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Hoffjan/Müller, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 10. Auflage 2024, VO PR Nr. 30/53 § 5 Rn. 2). In diesen Fällen stellt die Vereinbarung eines nicht den Selbstkostenpreisen entsprechenden Entgelts demgemäß einen Verstoß im Sinne des § 1 Abs. 3 PreisVO 30/53 a.F. dar (OLG Köln, Urteil vom 15. Mai 2025 - I-18 U 97/23, juris Rn. 114).
- 112 Der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt für die Einhaltung der Höchstpreisgrenze ist je nach Preistyp differenziert zu ermitteln. Im Fall von Marktpreisen (§ 4 Abs. 1), Selbstkostenfestpreisen (§ 6 Abs. 1 u. 2) und Selbstkostenerstattungspreisen (§ 7) ist auf den Vertragsschluss abzustellen, wenn und soweit darin die Festlegung des Preises erfolgt (Brüning in: MüKoWettbR, 4. Auflage 2022, ÖffAuftrPrV § 1 Rn. 29), hier also auf den Zeitpunkt, zu dem das Angebot der Klägerin den Zuschlag erhielt, mithin am 08.04.2020.
- 113 (3) Die Beklagte hat nicht dargelegt, dass der vorgegebene und dann vereinbarte Preis von 4,50 EUR pro FFP2-Maske und 0,60 EUR pro OP-Maske höher gewesen ist als nach den Bestimmungen der PreisVO 30/53 a.F. zulässig. Sofern sich die Beklagte darauf beruft, dass der Selbstkostenpreis maßgeblich gewesen sei, fehlt es mit Blick auf die Systematik der Verordnung, der sog. "Preistreppe" nach §§ 1 Abs. 1, 4, 5 PreisVO a.F. an der Darlegung, dass kein vorrangiger Preistyp - hier der betriebssubjektive Preis - maßgeblich war, wobei die Beklagte ohnehin in tatsächlicher Hinsicht mit ihrem weiteren Vorbringen präkludiert ist.
- 114 (a) Die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen des Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz trägt grundsätzlich derjenige, der sich auf die Nichtigkeit des streitgegenständlichen Rechtsgeschäfts beruft. Nach der Rechtsprechung trägt dementsprechend die Darlegungslast für einen Verstoß gegen das Preisrecht nach allgemeinen Grundsätzen derjenige, der aus diesem Verstoß günstige Rechtsfolgen ableitet (OLG Köln, Urteil vom 6. Februar 2025 - 8 U 38/23, juris Rn. 185 mwN), hier also die Beklagte.
- 115 (b) Für die Ermittlung des verkehrsüblichen Preises nach § 4 Abs. 1 PreisVO 30/53 a.F. ist bei unvollkommenen Märkten, auf denen - wie hier - für die geforderte Leistung verschiedene Preise gezahlt werden, auf den sog. betriebssubjektiven Preis abzustellen, also auf den Preis, den der jeweilige Anbieter allgemein für die gegenständliche Leistung erzielt (Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Hoffjan/Müller, 10. Auflage 2024, Preise

und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, VO PR Nr. 30/53 § 4 Rn. 62). Dies ist inzwischen in § 4 Abs. 3 PreisVO n.F. normiert, war aber bereits vorher etabliert (BVerwG, Urteil vom 13. April 2016 - 8 C 2/15 Rn 22, juris; Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Hoffjan/Müller, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 10. Auflage 2024, VO PR Nr. 30/53 § 4 Rn. 61).

- 116 (aa) Die Beklagte hat nicht hinreichend substantiiert vorgetragen, dass keine wettbewerbliche Preisbildung bestanden hat. Voraussetzung für die Feststellungen des verkehrsüblichen Preises ist im ersten Schritt, dass eine wettbewerbliche Preisbildung in einem funktionierenden Markt vorliegt. Hierzu führt das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 13. April 2016 - 8 C 2/15, BVerwGE 154, 387-403, juris Rn. 19 aus, dem sich der Senat insoweit anschließt:
- 117 *"Dass eine Leistung auf einem Markt angeboten und umgesetzt wird, führt nicht zwangsläufig zur Bildung eines verkehrsüblichen Preises im Sinne des § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53. Diese Vorschrift setzt nämlich voraus, dass der auf dem Markt üblicherweise für die Leistung gezahlte Preis unter wettbewerblichen Bedingungen zustande gekommen ist. Daran kann es fehlen, wenn Wettbewerbsbeeinträchtigungen wie etwa ein Kartell oder ein Abschotten des Marktes gegenüber einzelnen Anbietern eine wettbewerbliche Preisbildung verhindert haben. Ein nicht wettbewerblich zustande gekommener Preis stellt keinen Marktpreis im Sinne des § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 dar. Das ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang der Regelung mit § 1 Abs. 1 und 3 sowie § 5 Abs. 1 Nr. 2 VO PR Nr. 30/53, die den Marktpreisvorrang und dessen Grenzen bei Wettbewerbsverzerrungen normieren. Es folgt auch aus dem daraus abzuleitenden Sinn und Zweck des Marktpreisvorrangs, die marktwirtschaftliche Ordnung und die Stabilität der wettbewerblich gebildeten Preise zu schützen. § 4 Abs. 1 i.V.m. §§ 1, 5 VO PR Nr. 30/53 soll verhindern, dass Marktmechanismen, die zur Bildung von Wettbewerbspreisen für bestimmte Leistungen geführt haben, durch abweichende, höhere Preisvereinbarungen für öffentliche Aufträge gestört werden. Als Marktpreis wird deshalb nur derjenige Preis einer Leistung anerkannt und geschützt, der sich als Ergebnis eines tatsächlich vorgefundenen, funktionierenden Wettbewerbs auf dem Markt für diese Leistung darstellt."*
- 118 Die Beklagte behauptet lediglich pauschal, dass jedenfalls für den maßgeblichen Zeitraum von einem temporären Marktversagen auszugehen sei, also keine unbeeinflusste "wettbewerbliche" Preisbildung durch Angebot und Nachfrage mehr gewährleistet gewesen sei (Bl. 305 ff. GA). Soweit sie hierzu auf Auszüge aus dem Abschlussbericht des Untersuchungsausschusses "Maske" des Bayerischen Landtages Bezug nimmt, kann hieraus zunächst nicht auf die Lage im gesamten Bundesgebiet geschlossen werden. Zwar ist allgemein bekannt, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im April 2020 aufgrund der sich zuspitzenden pandemischen Lage eine extrem hohe Nachfrage nach persönlicher Schutzausrüstung bestand. Damit einhergehend waren deutschlandweit Bestände, insbesondere an FFP2-Masken, aber auch sonstiger medizinischer Schutzartikel erheblich reduziert oder nicht vorhanden. Jedoch bedeutet eine hohe Nachfrage an einem knappen Gut allein nicht, dass - wie vom Bundesverwaltungsgericht gefordert - eine wettbewerbliche Preisbildung nicht möglich war. Hierzu fügt sich die von der Beklagten selbst und von der Klägerin in den Prozess eingeführte Marktanalyse der NE. DN. Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (Bl. 420 GA), die eine signifikante Erhöhung der Preise mit einem Peak zwischen 23.03. und 20.04.2020 in einem durchaus vorhandenen Markt aufzeigt.
- 119 Soweit die Beklagte durch Vorlage von Angeboten verschiedener Anbieter belegen möchte, dass keine wettbewerbliche Preisbildung stattgefunden habe, vermag dies ihr

Vorbringen nicht zu untermauern. Aus der von der Beklagten eingeholten Marktanalyse ergibt sich zwar, dass es - jeweils den pandemischen Umständen Rechnung tragend - das im April und im August 2020 - nach Reiserückkehr - zu starken Anstiegen der Preise kam und signifikante Preisunterschiede zu verzeichnen sind, eine Dysfunktion des Marktes ergibt sich hieraus indes nicht. Die von der Beklagten vorgelegten Angebote von Lieferanten (Anlagenkonvolut BE 02, Bl. 342 ff. GA) lassen zwar nicht erkennen, ob diese Angebote angenommen und welche Vertragsbedingungen vereinbart wurden. Aus ihnen geht jedoch jedenfalls hervor, dass medizinische Schutzausrüstung, insbesondere FFP2- und OP-Masken am Markt erworben werden konnten, wenn auch zu gestiegenen Preisen, was angesichts der gestiegenen Nachfrage wirtschaftlich betrachtet plausibel ist. So hat die Beklagte eine Reihe von Angeboten vorgelegt, bei denen der Preis für FFP2-Masken zwischen 2,85 EUR (Bl. 345 GA) bzw. 2,97 EUR für KN95-Masken (Bl. 343 GA) und 3,95 EUR lag und damit den Preis im Open-House-Verfahren jeweils - teilweise sehr deutlich - unterschritt. Für OP-Masken finden sich in den Angeboten Preise von 0,47 EUR bzw. 0,55 EUR, die ebenfalls unter dem Angebotspreis im Open-House-Verfahren liegen.

- 120 Auch der Verlauf des Open-House-Verfahrens spricht dafür, dass es einen verkehrsüblichen Preis auf einem funktionierenden Markt gab. Die Auslobung eines Preises von 4,50 EUR je FFP2-Maske und von 0,60 EUR je OP-Maske hatte bis zum Ablauf der Angebotsfrist nicht nur die Abgabe von einer Vielzahl von Angeboten interessierter Verkäufer zur Folge. Sie führte wenige Wochen später, ab Ende April, auch zu einer von der Beklagten vorher so nicht im Ansatz erwarteten Anlieferungsspitze entsprechender Schutzausrüstung bei den eingeschalteten Logistikdienstleistern.
- 121 (bb) Überdies liegt weder ein (vorrangiger) objektiver Marktpreis vor, noch fehlt es im konkreten Fall an der Feststellbarkeit eines betriebssubjektiven Preises.
- 122 (aaa) Ein einheitlicher, objektiver Marktpreis auf dem allgemeinen Markt, der dem betriebssubjektiven Marktpreis noch vorgehen würde (Brüning in: MüKoWettbR, 4. Auflage 2022, ÖffAuftrPrV § 4 Rn. 9), liegt nicht vor. Ein solch objektiver Marktpreis ist praktisch fast nie auszumachen, allenfalls dann, wenn die jeweilige Leistung an einer Börse gehandelt wird oder die Preise staatlich gebunden sind (Lieder in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 4. Auflage 2024, § 21 Rn. 64). Der von der Beklagten für das Open-House-Verfahren vorgegebene Preis von 4,50 EUR pro FFP2-Maske und 0,60 EUR pro OP-Maske stellt keinen objektiven Preis dar. Es ergibt sich aus dem Vortrag der Parteien - wie bereits dargestellt - ohne weiteres, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt FFP2-Masken auch zu deutlich niedrigeren Preisen gehandelt wurden.
- 123 (bbb) Bei der Klägerin handelt es sich - anders als dies bezüglich des Klägers in der Entscheidung des 18. Zivilsenates des Oberlandesgerichts Köln der Fall war (OLG Köln, Urteil vom 15. Mai 2025 - I-18 U 97/23, juris Rn. 119) - jedoch nicht um eine sog. Newcomerin. Dem diesbezüglich schlüssigen Vortrag der Klägerin zu den von ihr am Markt erzielten Preisen ist die Beklagte nicht hinreichend substantiiert entgegengetreten; der Vortrag der insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten zum Fehlen eines betriebssubjektiven Preises ist demnach unzureichend.
- 124 Der maßgebliche betriebssubjektive Marktpreis ist der Preis, den der jeweilige Anbieter für die Leistung unter Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch anderweitig durchsetzen konnte, weil Verkehrsüblichkeit voraussetzt, dass der ermittelte Preis tatsächlich wiederholt auf dem Markt gezahlt wird. Auf die Preise anderer Unternehmer kommt es nicht an (BVerwG, Urteil vom 13. April 2016

- 8 C 2/15, juris Rn. 22 ff. mwN; Brüning in: MüKoWettbR, 4. Auflage 2022, ÖffAuftrPrV § 4 Rn. 9). Demgemäß setzt die Ermittlung eines betriebssubjektiven Preises voraus, dass der Anbieter zu eben diesem Preis eine Mehrzahl von Umsatzakten - unter Wettbewerbsbedingungen - getätigt hat (Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Hoffjan/Müller, 10. Auflage 2024, VO PR Nr. 30/53 § 4 Rn. 64, beck-online). War ein Unternehmen bislang auf dem relevanten Markt noch nicht tätig, fehlt es an mehreren Umsatzakten, sodass ein betriebssubjektiver Preis nicht festgestellt werden kann. Dies hat für sog. Newcomer zur Konsequenz, dass für deren Preis eine Selbstkostenprüfung stattzufinden hat, während die Preise der konkurrierenden Anbieter als Marktpreise festgestellt und ungeprüft bleiben. Ein Vergleich mit der Verkehrsüblichkeit von Preisen anderer Anbieter kommt jedenfalls nicht in Betracht (MüKoEuWettbR/Brüning, 4. Aufl. 2022, ÖffAuftrPrV § 4 Rn. 11a, beck-online).

- 125 Im hiesigen Verfahren gab die Klägerin ihr Angebot im Open-House-Verfahren am 08.04.2020 ab. Die erste von ihr zur Akte gereichte Rechnung für verkaufte FFP3-Atemschutzmasken datiert vom 12.03.2020 (Anlage BK 7, Bl. 539 GA), eines der vorgelegten weiteren Angebote (Anlage BK 8, Bl. 543 ff. GA) datiert bereits vom 30.03.2020 (Bl. 559 GA), also jeweils vor dem Angebot im Open-House-Verfahren. Hinzu kommen Rechnungen vom 09.04.2020 (Bl. 540 GA) vom 17.04.2020 (Bl. 541 GA) und vom 21.07.2020 (Bl. 542 GA). Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin die in den Rechnungen enthaltenen Preise am Markt nicht durchgesetzt hat, sind weder erkennbar noch ist die Beklagten dem hinreichend substantiiert entgegengetreten; insoweit genügen das einfache Bestreiten der Beklagten und der pauschale Verweis auf die Geschäftstätigkeit der Klägerin laut ihrer Internetseite nicht.
- 126 In Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu sog. Newcomern genügt dieses Vorbringen unter den besonderen Bedingungen während der Corona-Pandemie auch zur Feststellung des Vorliegens eines betriebssubjektiven Preises. Das Bundesverwaltungsgericht, dem sich der Senat insoweit anschließt, führt zu sog. Newcomern aus (BVerwG, Urteil vom 13. April 2016 - 8 C 2/15, BVerwGE 114, 387-403, juris Rn. 25):
- 127 *"Setzt ein neuer Anbieter die Leistung erstmals um, kann die Preisprüfung, die nach § 9 VO PR Nr. 30/53 stets nachträglich durchzuführen ist, anhand nachfolgender weiterer Umsätze des Anbieters beurteilen, ob dieser den beim ersten Vertragsabschluss vereinbarten Preis für die marktgängige Leistung auch bei späteren Abschlüssen durchsetzen konnte. Gleiches gilt in Fällen von Preiserhöhungen einschließlich der Anhebung von Listenpreisen (dazu Beißel, in: Michaelis/Rhösa, Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen, Stand Juni 2015, § 4 VO PR Nr. 30/53 S. 10 f. unter B.V.2.b). Auch hier lässt sich rückblickend ohne Weiteres feststellen, ob der Anbieter den höheren Preis nur einmal oder auch bei späteren Umsätzen erzielen konnte. Welche Zeiträume dabei in den Blick zu nehmen sind, richtet sich nach den zeitlichen Grenzen des Marktes für die umgesetzte Leistung; regelmäßig werden mindestens die Umsätze innerhalb eines Jahreszeitraums zu betrachten sein."*
- 128 Nach diesen Grundsätzen ist hier maßgeblicher Zeitraum der des Beginns der Pandemie, namentlich Januar 2020 bis September 2020. Dieser Zeitraum der Hochphase zeichnete sich durch den erhöhten Bedarf an medizinischer Schutzausrüstung aus, der Anlass für das von der Beklagten initiierte Open-House-Verfahren war. Auch die Beklagte legt diesen Zeitraum der von ihr beauftragten Marktanalyse der NE. DN. Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zugrunde. Für diese Zeit lässt sich - wie bereits dargelegt - feststellen, dass

die Klägerin Umsätze wiederholt durchsetzen konnte. Es handelt sich bei dem von ihr im Open-House-Verfahren erzielten Preis nicht um einen einmaligen Höchstpreis. Vielmehr stellen sich die von der Klägerin erzielten Preise als Ausdruck der Wertschätzung - im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Urteil vom 13. April 2016 - 8 C 2/15, BVerwGE 114, 387-403, juris Rn. 23) - dar, die der Markt ihrer Leistung zu einem bestimmten Zeitpunkt entgegengebracht hat.

- 129 **dd)** Auf das Vorgesagte Bezug nehmend, verdeutlicht die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zu den sog. Newcomer-Fällen jedoch, dass in besonderen Situationen das Konstrukt des betriebssubjektiven Preises bei der Ermittlung der Verkehrsüblichkeit nicht zu sachgerechten Ergebnissen führt. Es bedarf daher im konkreten Fall nach Auffassung des Senates der verfassungskonformen Auslegung des Merkmals des betriebssubjektiven Preises.
- 130 **aaa)** Der Senat teilt zunächst die Auffassung des Landgerichts Bonn in der Entscheidung vom 16. April 2025 - 1 O 213/20 (S. 14), dass *"der betriebssubjektive Preis dann versagt, wenn es am Markt aufgrund plötzlicher Schwankungen bei Angebot und/oder Nachfrage zu plötzlichen Änderungen des Marktpreises kommt. Genau dies ist vorliegend ab Mitte März 2020 der Fall gewesen. Es ist offensichtlich unbillig, einen Anbieter einer Leistung nachträglich an seinen Selbstkosten zuzüglich einer Gewinnmarge von 5 % festzuhalten, wenn der ursprünglich ausgelobte Preis zumindest auch Ausdruck einer extremen Nachfragesteigerung in kürzester Zeit ist. Es muss daher seitens der Vertragspartei, die sich auf § 134 BGB beruft, zumindest dargelegt werden, dass der ausgelobte Preis ersichtlich nicht dem Betrag entsprechen kann, den der Anbieter am Markt tatsächlich bei einem anderen Abnehmer hätte erzielen können. Anders als in den Zeiten "normaler" Marktentwicklung kann also auf einen Vergleich mit den aufgerufenen Preisen anderer Wettbewerber, gegebenenfalls sogar auf eine bloße Plausibilitätskontrolle, nicht verzichtet werden."*
- 131 Soweit der 18. Zivilsenat hierzu ausführt (OLG Köln, Urteil vom 15. Mai 2025 - I-18 U 97/23, juris Rn. 122), dass es die Situation nicht rechtfertigt, von der Systematik der PreisVO 30/53 abzuweichen und ausnahmsweise nicht den betriebssubjektiven Preis, sondern eine Bandbreite an objektiven allgemein verkehrsüblichen Preisen als Maßstab und Obergrenze zugrunde zu legen, nur um zu verhindern, dass die Anbieter sich mit einem Selbstkostenpreis nebst Gewinnzuschlag zufriedengeben müssten, kann dem entgegengehalten werden, dass sich der Preisanstieg zwar in den Selbstkosten und den Preisen widerspiegelt, die die Anbieter ihrerseits aufbringen mussten, um sich die entsprechende Ware zu beschaffen. Gleichwohl ist anzunehmen, dass die Lieferanten aber angesichts der auf dem Weltmarkt schnell angestiegenen Preise - jedenfalls teilweise - Ware zu deutlich geringeren Preisen bezogen haben. Es ist - angesichts der Zielrichtung der Beklagten, namentlich von weltweiten Lieferketten, insbesondere nach China, zu profitieren - unlauter, die Lieferanten nunmehr darauf zu verweisen.
- 132 **bbb)** Die Argumentation des Landgerichts Bonn, die eine Korrektur des betriebssubjektiven Preises über eine Billigkeit vornimmt, findet seine Entsprechung in der nach Auffassung des Senates gebotenen verfassungskonformen Auslegung.
- 133 Ausgangspunkt der verfassungskonformen Auslegung ist die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 2. Juni 2016 - C-410/14 (juris Rn. 47), in der es heißt, dass ein Zulassungsverfahren zu einem Vertragssystem wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende [mittels dessen eine öffentliche Einrichtung Waren auf dem Markt er-

werben will, wobei sie während der gesamten Laufzeit dieses Systems mit jedem Wirtschaftsteilnehmer, der sich verpflichtet, die betreffenden Waren zu im Vorhinein festgelegten Bedingungen zu liefern, einen Vertrag schließt] im Einklang mit den Grundregeln des AEU-Vertrages ausgestaltet und durchgeführt werden muss, insbesondere mit den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer sowie dem sich daraus ergebenden Transparenzgebot.

- 134 Ähnliches formuliert die 1. Vergabekammer des Bundes - VK 1-31/18 (Anlage BK 2 Bl. 466 ff. GA):
- 135 *"In Erfüllung seiner Verpflichtung zur wirtschaftlichen Beschaffung hat sich der öffentliche Bedarfsträger in einem Open-House-Zulassungsverfahren daher auf eine entsprechende Preisvorgabe zu beschränken, die aus Gründen der Gleichbehandlung gerade nicht an der unternehmerischen Kalkulation einzelner Marktteilnehmer, sondern an einer Prognose auszurichten ist, dass mit diesem Preis der Beschaffungsbedarf tatsächlich am Markt realisierbar ist. Es obliegt in der Folge den Marktteilnehmern zu entscheiden, ob sie sich zu diesem Preis an dem Open-House-Verfahren wirtschaftlich beteiligen können oder nicht."* (Bl. 482 GA)
- 136 Diesem Maßstab wird - wie bereits unter **dd) aaa)** gezeigt - die Anwendung der Maßstäbe des betriebssubjektiven Preises (und damit verbunden der Rückgriff auf die Stufe des Selbstkostenpreises) nicht gerecht. Vielmehr verstößt die Anwendung des betriebssubjektiven Preises in der konkreten Situation gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Die Anwendung dieses Preises führt zu einer nachträglichen Anpassung der von der Beklagten vorgegebenen Preise bei einzelnen Teilnehmern und dies in individueller Höhe und abhängig davon, welchen Preis der Teilnehmer am Markt bereits seinerseits erwirken konnte. Dies bedeutet, dass die hiervon betroffenen Teilnehmer am Open-House-Verfahren im Vergleich zu anderen Teilnehmern den gleichen Verpflichtungen - hier insbesondere die fristgerechte Lieferung der Waren - unterliegen, indes die Gegenleistung im Wege der Preiskorrektur nachträglich herabgesetzt wird.
- 137 Diese Ungleichbehandlung der Teilnehmer am streitgegenständlichen Open-House-Verfahren hat auch keinen sachlichen Grund im Sinne eines Rechtfertigungstatbestandes. Die Preisverordnung - jedenfalls in der a.F. - verfolgt das übergeordnete Ziel, auch bei Beschaffungsvorgängen der öffentlichen Hand eine marktwirtschaftliche Preisbildung zu ermöglichen. Durch die Vorgaben der PreisVO Nr. 30/53 soll verhindert werden, dass Marktmechanismen, die zur Bildung von Wettbewerbspreisen für bestimmte Leistungen geführt haben, durch abweichende, höhere Preisvereinbarungen für öffentliche Aufträge gestört werden. Hintergrund dieser Zwecksetzung ist, dass sich die staatliche Beschaffungstätigkeit von derjenigen privater Auftraggeber unterscheidet. Zum einen dient die Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand am Markt grundsätzlich der Erfüllung von übergeordneten staatlichen Aufgaben und erfolgt nicht mit der Absicht der Gewinnerzielung. Zum anderen ist der Staat - anders als private Marktteilnehmer - jedenfalls nicht vollständig den Marktkräften unterworfen, da er seine finanziellen Mittel durch Steuer- und Abgabenerhebung erhält und damit faktisch nur einem sehr eingeschränkten Insolvenzrisiko unterliegt. Daraus folgt, dass jedenfalls die Gefahr besteht, dass sich die staatliche Beschaffung am Markt nach anderen als wirtschaftlichen Erwägungen vollzieht und der Staat letztlich zu höheren Preisen beschafft als ein privater Nachfrager. Das soll durch die VO PR Nr. 30/53 vermieden und damit gleichzeitig die Aufrechterhaltung des Marktpreisniveaus sichergestellt werden (Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 4. Auflage 2024, § 21 Öffentliches Preisrecht, C. Vorgaben der VO PR Nr. 30/53, Rn. 4). Die Re-

gelung des Marktpreisvorrangs schützt - so das Bundesverwaltungsgericht - die Stabilität des wettbewerblich gebildeten Marktpreises nicht wegen dessen "Richtigkeit", sondern allein, weil der Marktpreis sich als Produkt des marktwirtschaftlichen freien Wettbewerbs darstellt. Kann ein Anbieter auf einem unvollkommenen Markt einen bestimmten Preis durchsetzen, bildet dies die Wertschätzung der auf der Nachfrageseite stehenden Marktteilnehmer für seine Leistung ab und bestimmt den für diese seine Leistung marktüblichen Preis (BVerwG, Urteil vom 13. April 2016 - 8 C 2/15, BVerwGE 114, 387-403, juris Rn. 23).

- 138 Im konkreten Fall hat die Beklagte durch das Open-House-Verfahren und die Vorgabe der Preise für die nachgefragten medizinischen Schutzprodukte gerade nicht ein bestehendes Marktpreisniveau sichergestellt, sondern aus anderen Erwägungen, namentlich zur Erhaltung des Gesundheitswesens die staatliche Beschaffung vollzogen, wobei gerade Lieferketten sog. Newcomer genutzt werden sollten. Zwar kann bzw. soll die Preisverordnung dieser Gefahr staatlichen Eingreifens grundsätzlich begegnen. Jedoch darf dies - wie auch der Gerichtshof der Europäischen Union schon gefordert hat - nicht mittels einer Ungleichbehandlung der Marktteilnehmer - hier der Lieferanten - erfolgen. Im Wege der verfassungskonformen Auslegung ist zu verlangen, dass die Vertragspartei, die sich auf § 134 BGB beruft, zumindest darlegt, dass der ausgelobte Preis ersichtlich nicht dem Betrag entsprechen kann, den der Anbieter am Markt tatsächlich bei einem anderen Abnehmer hätte erzielen können, wozu - wie es auch die Klägerin vorschlägt - auch ein Vergleich mit den Preisen anderer Anbieter am Markt zählt.
- 139 Soweit der 18. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln die Auffassung vertritt, dass gerade der öffentliche Auftraggeber, hier die Beklagte, zum Schutz der Steuerzahlergemeinschaft grundsätzlich an die Preisverordnung (und die damit einhergehenden Grundsätze der Ermittlung des verkehrsüblichen Preises) gebunden sei und diese Bindung nicht einfach durch die Wahl eines bestimmten Vergabeverfahrens umgehen könne (OLG Köln, Urteil vom 15. Mai 2025 - I-18 U 97/23, juris 123), überzeugt dies für den Fall eines schnellen und extremen Preisanstieges, wie im Rahmen der Pandemie nicht. Es kann nicht zu Lasten derjenigen Lieferanten, die das staatliche Bedürfnis nach schneller Warenbeschaffung befriedigen, gehen, dass der öffentliche Auftraggeber selbst das Marktpreisniveau vorgibt und sodann - auch noch punktuell - über die Preisverordnung "korrigiert".
- 140 Soweit die Klägerin hinsichtlich eines etwaigen sachlichen Grundes auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, Beschluss vom 12. November 1958 - 2 BvL 4/56, BVerfGE 8, 274-332 verweist (Bl. 417 GA), dessen Regelungszweck es war, durch Einwirkung auf die Preise Gefahren abzuwehren, die dem gesamten wirtschaftlichen, sozialen und politischen Leben durch ungestüme Preisentwicklung drohen könne (juris Rn. 140 f.), vermag dies nicht zu überzeugen. Das Preisgesetz steht in keinem Zusammenhang zur europarechtlich implementierten Preisverordnung.
- 141 ccc) Diese korrigierenden Maßstäbe zugrunde gelegt, fehlt es an Vortrag der Beklagten dazu, dass der von ihr ausgelobte Preis nicht dem Betrag entspricht, den die Lieferanten bei einem anderen Abnehmer hätten durchsetzen können. So trägt die Beklagte nicht dazu vor, welche Beschaffungsversuche sie außerhalb des Open-House-Verfahrens konkret unternommen hat und wie sich die erzielten bzw. erzielbaren Preise dargestellt hätten.

- 142 Auch eine sekundäre Darlegungslast der Klägerin besteht nicht. Das Open-House-Verfahren veranlasste eine Vielzahl von Lieferanten zu einem Vertragsschluss mit der Beklagten und verursachte eine Anlieferungsspitze ab Ende April 2020. Naturgemäß können diese Anbieter, die sich gerade aufgrund des ausgelobten Preises der Beklagten auf das Vertragsverhältnis mit ihr einlassen, nicht darlegen, zu welchem Preis sie die beschafften Masken stattdessen weltweit hätten veräußern können. Hierzu hätte keine Veranlassung bestanden und hätten die Lieferanten in den meisten Fällen auch keine Möglichkeit gehabt, da sie ja gerade vertraglich an die Beklagte gebunden waren.
- 143 **ee)** Schließlich ist es der Beklagten auch nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verwehrt, sich auf die behauptete Teilnichtigkeit nach § 134 BGB in Verbindung mit § 1 Abs. 3 VO PR Nr. 30/35 a.F zu berufen. Es liegt ein Ausnahmefall dahingehend vor, dass sich das Berufen auf die Nichtigkeit des Vertrages als unzulässige Rechtsausübung (§ 242 BGB) darstellt. Der Beklagten ist die Berufung auf die Nichtigkeit des mit der Klägerin geschlossenen Open-House-Vertrages indes nicht bereits deswegen verwehrt, weil sie den Inhalt des Vertrages vorgegeben und damit für den (behaupteten) Verstoß gegen § 1 Abs. 3 der VO PR Nr. 30/53 a.F. verantwortlich zeichnet. Denn nicht jedes rechts- oder pflichtwidrige Verhalten hat ohne weiteres zur Folge, dass die Ausübung der hierdurch erlangten Rechtsstellung unzulässig wird. Treuwidriges Verhalten eines Vertragspartners kann zwar dazu führen, dass ihm die Ausübung eines Rechts zu versagen ist, wenn er sich dieses Recht gerade durch das treuwidrige Verhalten verschafft hat, was der Beklagten vorliegend jedoch nicht vorgeworfen werden kann. Lässt sich, wie hier, ein zielgerichtetes treuwidriges Verhalten des Rechtsausübenden nicht feststellen, muss durch eine umfassende Abwägung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalls entschieden werden, ob und inwieweit ihm die Durchsetzung seiner Rechtsposition nach Treu und Glauben verwehrt sein soll (zum Ganzen BGH, Urteil vom 20. Juli 2012 - V ZR 217/11, juris Rn. 17 mwN).
- 144 Im konkreten Fall ist der Beklagten ausnahmsweise die Berufung auf § 134 BGB bei Abwägung aller Umstände zu versagen. Zunächst hat die Beklagte - wie bereits ausgeführt - im Rahmen des von ihr gewählten Open-House-Verfahrens den Inhalt des abzuschließenden Vertrages nebst Leistungsbeschreibung und insbesondere den Stückpreis von 4,50 EUR für FFP2-Masken bzw. 0,60 EUR für OP-Masken einseitig festgesetzt. Es war den Lieferanten nur möglich, die Stückzahl zu bestimmen; auf den hier maßgeblichen Stückpreis hatten sie keinerlei Einfluss. Damit wäre ein etwaiger Verstoß gegen die PreisVO Nr. 30/53 a.F. ausschließlich auf ein Fehlverhalten der Beklagten zurückzuführen, während den Verkäufern als einzige Möglichkeit, keinen Verstoß zu begehen, nur der komplette Verzicht auf ein Angebot geblieben wäre. Zudem hatten die Verkäufer aus damaliger Sicht keine Veranlassung, den Kaufpreis aktiv auf Verkehrsüblichkeit zu überprüfen. Sie hatten angesichts des großen Bedarfs an Schutzausrüstung von Beginn an die Gewissheit, dass sie auf ein Angebot auch den Zuschlag erhalten würden. Sie mussten sich daher - anders als bei anderen, üblichen Vergabeverfahren - nicht mit den anderen Vergabeteilnehmern messen und zu keinem Zeitpunkt befürchten, keinen Zuschlag zu bekommen, weil sie keinen konkurrenzfähigen Preis geboten hätten. Im Vorfeld der Angebotsabgabe war aus kaufmännischer Sicht daher nur rechnerisch zu prüfen, ob der gebotene Kaufpreis unter Berücksichtigung unter anderem des Einkaufspreises, der Fracht- und Logistikkosten sowie der erzielbaren Gewinnmarge als lukrativ anzusehen war oder nicht.

- 145 Hinzu kommt, dass die Beklagte gerade aus zeitlichen Gründen kein normales Vergabeverfahren gewählt hat. Durch die einseitige Auslobung eines offensichtlich durchaus lukrativen Kaufpreises hat sich die Beklagte den Vorteil verschafft, dass die Lieferanten einen Anreiz hatten, große Mengen Masken und andere Schutzausrüstung innerhalb weniger Wochen vor allem in China zu beschaffen und gerade nach Deutschland zu liefern. Dabei wollte die Beklagte gerade auch "Newcomer" mit bestehenden Handelsbeziehungen nach China anwerben. Durch das schematische Abstellen auf das Verbot des § 1 Abs. 3 PreisVO Nr. 30/53 a.F. bliebe dieser Umstand nicht nur gänzlich unberücksichtigt, sondern würde dazu führen, dass die gezogenen Vorteile bei der Beklagten und zumindest die wirtschaftlichen Nachteile ausschließlich und ohne Ausgleich bei den Lieferanten verblieben. Zwar darf, wie der 18. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln in seiner Entscheidung vom 15. Mai 2025 - I-18 U 97/23 (juris Rn. 130) ausführt, nicht unberücksichtigt bleiben, dass die PreisVO 30/53 auch den Schutz des Fiskus vor zu hohen Preisen und damit die Schonung finanzieller Mittel der öffentlichen Hand zu Ziel hat. Wie dargestellt, rechtfertigen aber die besonderen Umstände, insbesondere der Einsatz von Steuermitteln zur Beschaffung essentiell wichtiger Schutzausrüstung durch Verschaffung eines Zeitvorteils, den Einsatz der Steuermittel. Die von der Beklagten ausgelobten hohen Preise und ggf. wirtschaftlich nachteiligen Entscheidungen können nicht zu Gunsten der öffentlichen Hand auf die Lieferanten abgewälzt werden (zum Ganzen auch: LG Bonn, Urteil vom 16. April 2025 - 1 O 213/20, juris Rn. 99 f.).
- 146 Ferner darf im Rahmen der Gesamtabwägung nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Beklagte die Möglichkeiten hatte, die rechtlichen Rahmenbedingungen - insbesondere einen etwaigen Verstoß gegen die Preisverordnung - zu prüfen und sich rechtlich beraten zu lassen. Wie bereits gezeigt, muss ihr angesichts der von ihr selbst abgeschlossenen Verträge, u.a. mit der B. AG (Bl. 785 ff. GA), die sich zum Selbstkostenpreis verhalten, die etwaige Problematik bewusst gewesen sein. Auch hätte das hier für die Beklagte tätig gewordene Bundesgesundheitsministerium auf die Erfahrungen und Expertise anderer Bundesministerien bei der kurzfristigen Beschaffung von Waren unter Wahrung der rechtlichen Vorgaben zurückgreifen können. Hingegen blieb den Lieferanten angesichts der Kurzfristigkeit der Abläufe kaum eine Möglichkeit, den Open-House-Vertrag umfassend rechtlich zu prüfen.
- 147 Schließlich hat der Staat in der pandemiebedingten Krise ein besonderes Vertrauen der Lieferanten, gerade der sog. Newcomer, in Anspruch genommen. Ein nunmehr formales Beharren auf einer Rechtsposition - hier des behaupteten Verstoßes gegen die Preisverordnung - stellt sich aus Sicht des Senates insgesamt als treuwidrig dar. Dies gilt umso mehr als die Beklagte nur teilweise Einwände gegen im Open-House-Verfahren geschlossene Verträge erhoben hat, aber auch Verträge mit Anbietern beanstandungslos zu den ausgelobten Preisen abgewickelt hat.
- 148 **b)** Die Beklagte ist mit ihrem Schreiben vom 28.05.2020 nicht wirksam vom Vertrag zurückgetreten. Die Rücktrittsvoraussetzungen nach §§ 433, 346 Abs. 1, 323 Abs. 1, 326 Abs. 5 BGB liegen nicht vor. Es fehlt unstreitig an einer ordnungsgemäßen Fristsetzung zur Nacherfüllung gemäß § 323 Abs. 1 BGB. Die Fristsetzung war nach § 323 Abs. 2 BGB auch nicht entbehrlich.
- 149 **aa)** Zunächst war die Frist nicht ausnahmsweise nach § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB entbehrlich. § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB erklärt die Fristsetzung für entbehrlich, wenn der Schuldner erstens die Leistung zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer be-

stimmten Frist nicht bewirkt und zweitens der Gläubiger im Vertrag den Fortbestand seines Leistungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Leistung gebunden hat (relative Fixschuld).

- 150 Die insoweit ausschließlich in den von der Beklagten vorformulierten und damit der AGB-Kontrolle unterfallenden Vertragsbedingungen enthaltene Vereinbarung eines "absoluten Fixgeschäftes" (1) ist unwirksam (2). Auch eine darüberhinausgehend individualvertragliche Vereinbarung eines relativen Fixgeschäftes (3) oder eine einseitige Mitteilung der Wesentlichkeit durch die Beklagte (4) liegen nicht vor. § 376 HGB führt zu keinem anderen Ergebnis (5).
- 151 (1) Die von den Parteien in § 3.2. des Open-House-Vertrages getroffene Vereinbarung sieht ein "absolutes Fixgeschäft" vor.
- 152 Mit der unter Ziffer 3.2. in den Sätzen 3 und 4 des Open-House-Vertrages enthaltenen 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).", wurde die Vereinbarung eines "absoluten Fixgeschäftes" getroffen. Ein gesetzlich nicht definiertes absolutes Fixgeschäft 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. Satz 4 des Open-House-Vertrages zutreffend beschrieben - eine verspätete Leistung keine Erfüllung mehr darstellt (Grüneberg in: Grüneberg, BGB, 84. Auflage, 2025, § 323 Rn. 19). Die Nichteinhaltung der Leistungszeit begründet demgemäß dauernde Unmöglichkeit. Der Wortlaut der Regelung ist insoweit eindeutig, da nicht nur das Fixgeschäft ausdrücklich als ein "absolutes Fixgeschäft" benannt, sondern darüber hinaus auch die Rechtsfolgen zutreffend ausgeführt werden. Angesichts des klaren Wortlautes ist diese Regelung aber von vornherein aus sich heraus und auch im Kontext mit den anderen in den Vertragsbedingungen des Open-House-Vertrages schriftlich fixierten Regelungen keiner Auslegung dahingehend zugänglich, dass hiervon abweichend ein relatives Fixgeschäft vereinbart werden sollte, hierzu unter **aa) (2)** (OLG Köln, Urteil vom 21. Juni 2024 - I-6 U 112/23, juris Rn. 64).
- 153 (2) Entgegen der Auffassung des Landgerichts in der angefochtenen Entscheidung hält § 3 Ziffer 3.2. des Vertrages, der nicht nur die Setzung einer Nachfrist entbehrlich werden lässt, sondern zudem auch den Anspruch auf die Gegenleistung, wie die Formulierung in § 3 Ziffer 3.2. Satz 3 "bei Nichteinhaltung des spätesten Liefertermins entfallen die gegenseitigen Pflichten der Vertragspartner" zeigt, der Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB nicht stand.
- 154 (a) Die Bedingungen des Open-House-Vertrages sind unstreitig Vertragsgegenstand geworden. Es handelt sich dabei um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB, da die Klausel für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert in den ausgeschriebenen Vertragsbedingungen der Beklagten enthalten war (OLG Köln, Urteil vom 9. Januar 2025 - 8 U 46/23, juris Rn. 89).
- 155 (b) Dabei unterliegt § 3 Ziffer 3.2. des Open-House-Vertrages auch der Inhaltskontrolle. Sofern die Beklagte vorbringt, die streitgegenständliche Fixabrede sei einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle nicht zugänglich, da die Vereinbarung eines fixen Liefertermins Teil der Beschreibung von Leistung und Gegenleistung sei (Bl. 269 GA), überzeugt dies nicht.

Der Inhaltskontrolle entzogen sind nur solche Abreden über den unmittelbaren Leistungsgegenstand (Looschelders in: N. BGB, Kommentar, 17. Auflage 2023, § 307 BGB Rn. 42 mwN). Es ist nach dem im Bürgerlichen Recht geltenden Grundsatz der Privatautonomie den Vertragsparteien im Allgemeinen freigestellt, Leistung und Gegenleistung zu bestimmen; mangels gesetzlicher Vorgaben fehlt es insoweit regelmäßig auch an einem Kontrollmaßstab. Dagegen sind Regelungen, die die Leistungspflicht des Verwenders einschränken, verändern, ausgestalten oder modifizieren, inhaltlich zu kontrollieren (BGH, Urteil vom 12. März 1987 - VII ZR 37/86, BGHZ 100, 158-185, juris Rn. 52). Für die der Überprüfung entzogene Leistungsbeschreibung verbleibt nur der enge Bereich von Regelungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann (BGH, Urteil vom 5. Oktober 2017 - III ZR 56/17, juris Rn. 15). Diese Voraussetzungen liegen in Ansehung der Regelung des § 3 Ziffer 3.2. des Open-House-Vertrages nicht vor. Die Klausel ist nicht Teil der Beschreibung von Leistung und Gegenleistung, sondern die Leistungspflicht der Beklagten als Verwenderin - namentlich das Entstehen der Zahlungspflicht - wird hierdurch modifiziert. Mithin handelt es sich gerade nicht um eine für den Bestand des Vertrags wesentliche Regelung.

- 156 Die Kontrollfähigkeit der Klausel kann auch nicht mit der Erwägung in Frage gestellt werden, sie weiche im Sinne von § 307 Abs. 3 BGB nicht von Rechtsvorschriften ab, weil § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB das relative Fixgeschäft gerade regelt. Dies beruht auf einem Zirkelschluss, weil § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB das relative Fixgeschäft nennt, aber nicht sein Vorliegen in jeglichen Verträgen herbeiführt, wie die Beklagte in anderem Zusammenhang zutreffend selbst annimmt (OLG Köln, Urteil vom 21. Juni 2024 - I-6 U 112/23, juris Rn. 65). Eine vertragliche Verpflichtung *wird* zu einem relativen Fixgeschäft, wenn dem Schuldner die Wesentlichkeit der termingerechten Leistung vor Vertragsschluss durch den Gläubiger mitgeteilt wird und dieser in Kenntnis der Wesentlichkeit der termins- oder fristgerechten Leistungserbringung den Vertrag schließt (§ 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Im Übrigen sieht die Regelung ein Abweichen von § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB vor, da sie nicht nur eine Entbehrlichkeit der Fristsetzung vorsieht, sondern eben auch - wie gezeigt - ein absolutes Fixgeschäft beinhaltet.
- 157 (c) Die Regelung ist - jedenfalls im Kontext mit den übrigen vertraglichen Klauseln - wegen Intransparenz im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam. Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners, die gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB die Unwirksamkeit der betreffenden Bestimmung zur Folge hat, auch daraus ergeben, dass diese nicht klar und verständlich ist. Das Transparenzgebot verpflichtet den Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Rechte und Pflichten seiner Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Der Verwender muss folglich einerseits die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau beschreiben, dass für ihn keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen. Der Vertragspartner soll andererseits ohne fremde Hilfe möglichst klar und einfach seine Rechte feststellen können, damit er nicht von deren Durchsetzung abgehalten wird. Dabei ist auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen (zum Ganzen BGH, Urteil vom 16. Januar 2020 - IX ZR 351/18, juris Rn. 24; so auch BGH, Urteil vom 19. Mai 2016 - III ZR 274/15, juris Rn. 26). Das Transparenzgebot gilt auch für das Hauptleistungsversprechen, das Preis- / Leistungsversprechen sowie im un-

ternehmerischen Verkehr (Grüneberg in: Grüneberg, BGB, 84. Auflage 2025, § 307 Rn. 20 mwN).

- 158 Dem formularmäßigen Open-House-Vertrag ist nicht klar zu entnehmen, in welchem Verhältnis die in § 3 Ziffer 3.2. nach dem Wortlaut getroffene Vereinbarung eines absoluten Fixgeschäftes mit der in § 6 Ziffer 6.1. des Open-House Vertrages getroffenen Regelung, dass für Sach- und Rechtsmängelansprüche die gesetzlichen Vorschriften gelten, stehen sollen, wie die Klägerin zutreffend rügt (Bl. 410 GA). Namentlich ist die Frage, ob bei einer Nichtlieferung (oder aber bei einer fristgerechten, aber mangelhaften Lieferung) der Vertrag das Recht zur Nacherfüllung ausschließt, nicht eindeutig geregelt. Dies folgt bereits daraus, dass nicht nur die Parteien, sondern auch die Beklagte selbst und verschiedene mit der Klausel befasste Spruchkörper, die "Fixklausel" jedenfalls im Kontext mit den weiteren Regelungen jeweils unterschiedlich auslegen und ihre Auslegung teilweise sogar im Laufe der Zeit geändert haben.
- 159 Die Beklagte selbst vertrat zum Vertragsinhalt gegenüber der Klägerin zwei divergierende Auffassungen. In der streitgegenständlichen Klausel des Open-House-Vertrags schreibt die Beklagte wörtlich "absolutes Fixgeschäft". Auch unter Ziffer II. 2.4) der Leistungsbeschreibung ist formuliert, dass das Vertragssystem mit Ablauf des 30.04.2020 endet. Flankiert wird dies durch die in Ziff. 2 "FAQ Open-House-Verfahren" enthaltene Antwort auf die Frage, ob Lieferungen nach dem 30.04.2020 akzeptiert würden. Darin heißt es wiederum, dass der 30.04.2020 der späteste Liefertermin sei, es handle sich um ein absolutes Fixgeschäft (Bl. 560 GA). Im hiesigen Klageverfahren vertrat die Beklagte hingegen zunächst die Auffassung, es sei mit § 3 Ziffer 3.2. des Vertrages ein relatives Fixgeschäft vereinbart worden (Bl. 271 LG-Akte).
- 160 Auch seitens der bisher befassten Gerichte stehen sich - wie dem Senat aus anderen Verfahren bekannt ist - unterschiedliche Auffassungen gegenüber. Einerseits wird ein absolutes Fixgeschäft angenommen, wobei die 20. Zivilkammer des Landgerichts Bonn in ihrem Urteil vom 12. Juli 2023 (20 O 49/22, juris Rn. 75) von dessen Wirksamkeit, der 6., 8., 21. sowie der streitentscheidende Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln (OLG Köln, Urteil vom 14. Mai 2025 - 26 U 17/24, juris) hingegen von dessen Unwirksamkeit ausgehen. Demgegenüber vertrat die 1. Zivilkammer des Landgerichts Bonn zunächst im (senatsbekannten) Urteil vom 21. April 2024 (1 O 183/20) eine differenzierende Auffassung, wonach sie für die Nichtlieferung ein absolutes Fixgeschäft und für die Schlechtlieferung ein relatives Fixgeschäft annimmt und begründet dies im Einzelnen anhand der vertraglichen Regelungen. In der angefochtenen Entscheidung vom 14.08.2024 (1 O 471/23) kommt sie zu dem Schluss, dass die Fixabrede die Lieferung der angebotenen Ware an sich, nicht aber die Lieferung mangelfreier Ware umfasse. Die Klausel sei im Zusammenspiel mit den weiteren Regelungen des Vertrags dahingehend auszulegen, dass sie auch für den Fall der fristgerechten, aber mangelhaften Lieferung greife.
- 161 Die Unterschiede in der Auslegung der Klausel durch die einzelnen Spruchkörper, die inzwischen seit mehreren Jahren in zahlreichen sog. Maskenfällen mit der Frage befasst waren und sind, konnten in Bezug auf das Recht zur Nacherfüllung nicht beigelegt werden.
- 162 (d) Dies bedeutet auch, dass § 3 Ziffer 3.2. des Open-House-Vertrages derart unklar ist, dass Zweifel bei der Auslegung nach § 305 c Abs. 2 BGB zu Lasten der Beklagten gehen. Unklar gemäß § 305c Abs. 2 BGB sind Klauseln, bei denen nach Ausschöpfung der in Betracht kommenden Auslegungsmethoden ein nicht behebbarer Zweifel verbleibt und

mindestens zwei unterschiedliche Auslegungen vertretbar sind (BGH, Urteil vom 14. Juni 2017 - IV ZR 161/16, juris Rn. 12). An der grundsätzlichen Vertretbarkeit der seitens der Kollegialgerichte gefundenen Auslegungen der streitigen Ziffer des Open-House-Vertrages bestehen keine Zweifel. Dass die Vertragspartner der Beklagten anhand der verwendeten Klausel nicht klar und einfach ihre Rechte feststellen können, damit sie nicht von deren Durchsetzung abgehalten werden, wie es die eingangs zitierte Rechtsprechung (vgl. nur BGH, Urteil vom 16. Januar 2020 - IX ZR 351/18, juris Rn. 24) fordert, liegt auf der Hand. Der Beklagten als Verwenderin wäre es auch ohne weiteres möglich gewesen, das Spannungsverhältnis zwischen den Klauseln § 3 Ziffer 3.2. und § 6 Ziffer 6.1. des Open-House Vertrages aufzulösen und eine klare Regelung zum Recht zur Nacherfüllung in den Vertrag aufzunehmen. Dem ist sie nicht nachgekommen, so dass die bestehenden Zweifel zu ihren Lasten gehen.

- 163 (e) Die nach dem Wortlaut der Klausel § 3 Ziffer 3.2. getroffene formularmäßige Vereinbarung eines absoluten Fixgeschäftes ist des Weiteren gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam. Insofern hat der Bundesgerichtshof bereits im Aluminiumkapsel-Fall entschieden, dass eine Formularbestimmung, die der Vereinbarung den Charakter des Fixhandelskaufs beimisst, ebenso überraschend im Sinne von § 3 AGB-Gesetz (jetzt § 305 c BGB) wie unangemessen im Sinne von § 9 AGB-Gesetz (jetzt § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB) ist, wenn nicht die Voraussetzungen eines Fixgeschäftes auf der Grundlage der individualvertraglichen Abrede vorliegen (vgl. BGH, Urteil vom 17. Januar 1991 - VIII ZR 292/88, juris), da sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 17. Januar 1990 - VIII ZR 292/88, BGHZ 110, 88-98, juris Rn. 23 und OLG Köln, Beschluss vom 24. Mai 2022 - 15 U 116/21, juris Rn. 10 und 14). Diese Auffassung wird auch nach der Schuldrechtsreform jedenfalls im Grundsatz weiterhin vertreten (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 24. Mai 2022 - 15 U 116/21, juris Rn. 15; OLG Hamburg, Urteil vom 23. Januar 2013 - 13 U 198/10, juris Rn. 70 f.; LG Bamberg, Urteil vom 11. Februar 2020 - 13 O 117/19, juris Rn. 104 ff.; LG Bonn, Urteil vom 19. Januar 2022 - 20 O 191/20, juris Rn. 80; nur bezüglich der unangemessenen Benachteiligung a.A. OLG Bamberg, Urteil vom 5. März 2021 - 3 U 68/20, juris Rn. 97) und Schrifttum (vgl. Fornasier in: MüKo-BGB, 9. Auflage, 2022, § 305c Rn. 15; Wurmnest in: MüKo-BGB 9. Auflage, 2022, § 309 Nr. 4 Rn. 15; Weiler in: BeckOGK/Weiler, § 309 Nr. 4 BGB Rn. 72 [Stand: 01.12.2024]; Grunewald in: MüKo-HGB, 6. Auflage, 2025, § 376 Rn. 14; Achilles in: EBS, HGB, 4. Auflage, 2020, § 376 Rn. 14; nur bezüglich der unangemessenen Benachteiligung a.A. Schwartze in: BeckOK-HGB, § 376 Rn. 5 [Stand: 01.01.2025]).
- 164 Die völlige Freistellung der Beklagten als Klauselverwenderin von dem Erfordernis der Fristsetzung ist jedenfalls wegen einer für die Lieferanten gegebenen unangemessenen Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht wirksam. Auf die Platzierung der Fixklausel im Vertragstext und ihre Erkennbarkeit kommt es insofern nicht entscheidend an. Dem berechtigten Interesse der Beklagten, kurzfristig einwandfreie, sofort verwendbare Schutzmasken zu beschaffen, konnte auch ohne eine solche Klausel und mit kurzer Nachfristsetzung Rechnung getragen werden (vgl. zur Unwirksamkeit auch der formularmäßigen Vereinbarung relativer Fixgeschäfte Wurmnest in: MüKoBGB, BGB, 9. Auflage 2022, § 309 Nr. 4 Rn. 15, explizit zu Verträgen mit Unternehmern).
- 165 Soweit das Landgericht, dem die Beklagte folgt, in der angefochtenen Entscheidung, (Bl. 277 GA), argumentiert, dass angesichts der Mangellage auf dem Markt für medizinische Schutzausrüstung die Beklagte mit dem Open-House-Verfahren ein Vorgehen wählte, bei dem sie keinerlei Entscheidungsmöglichkeiten hinsichtlich der Wahl der Vertragspartner

hatte und daher solche Vertragspartner, die es nicht einmal schafften, innerhalb der Vertragslaufzeit die Vertragserfüllung zu bewerkstelligen, automatisch mit der streitgegenständlichen Klausel vom Verfahren ausgeschlossen werden sollten (Bl. 15 EG, Bl. 276 f. GA), überzeugt dies nicht. Es ist nicht erkennbar, dass die Beklagte ohne Prüfung der Zuverlässigkeit und Erfahrung der Lieferanten großvolumige Kaufverträge - wie vorliegend - hätte abschließen müssen. Es war ihr unbenommen - die Klägerin spricht von Organisationsverschulden - die Verträge derart zu gestalten, dass - beispielsweise - ein Nachweis der Lieferfähigkeit dem Vertragsschluss vorgeschaltet ist.

- 166 Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang auch darauf hinweist, dass eine zweite Andienung nach Ablauf des Liefertermins zu unmöglich handhabbaren logistischen Herausforderungen geführt hätte - es habe ein gigantischer Logistikapparat vorgehalten werden müssen - dem durch die Fixklausel entgegengewirkt werden sollte (Bl. 278 GA), ist ihr entgegenzuhalten, dass die Alternative hierzu, die Neubeschaffung im Rahmen eines anderen - förmlichen - Vergabeverfahrens oder eines neuen Open-House-Verfahrens, mit jeweils deutlich weitergehenden Verzögerungen verbunden gewesen wäre (vergleichbar OLG Köln, Urteil vom 21. Juni 2024 - I-6 U 112/23, juris Rn. 66). Die sich für sie aus dem von ihr selbst initiierten Open-House-Verfahren letztlich ergebenden logistischen Schwierigkeiten und die "inakzeptable Testung" nachgelieferter Masken (Bl. 287 GA) konnten den Lieferanten bei Vertragsabschluss nicht bekannt sein bzw. waren für sie nicht vorherzusehen und liegen ausschließlich in der Verantwortungssphäre der Beklagten, die sogar ihrerseits bei Vertragsschluss die konkret erforderlichen logistischen Kapazitäten nicht abschätzen konnte. Gerade im konkreten Verfahren hat die Beklagte selbst die Liefertermine zweifach und um zwei Wochen - vom 30.04.2020 auf schließlich den 12/13.05.2020 - zur Entzerrung verschoben und damit zu erkennen gegeben, dass auch eine verspätete Lieferung ohne Weiteres akzeptabel ist.
- 167 Sofern der Bundesgerichtshof in der Aluminiumkapsel-Entscheidung vom 17.01.1990 offengelassen hat, ob die vorgenommene Wertung nach den §§ 3, 9 AGB-Gesetz (heute § 305 c, 307 BGB) eine andere ist, wenn dort, wo Fixgeschäfte branchenüblicherweise vorkommen, der formularmäßige Zusatz "fix" in unmittelbarem textlichen Zusammenhang mit der Regelung der Leistungsfrist verwendet wird, kann dies auch für die hiesige Entscheidung dahin gestellt bleiben. Denn dafür, dass der Charakter als Fixgeschäft im "typischen Vertragszweck" solcher Vereinbarungen, wie sie hier getroffen worden sind, liegt, gibt es keinen Anhaltspunkt, dies wird auch letztlich von der Beklagten nicht behauptet.
- 168 Sofern die Beklagte in Abgrenzung zu vorgenannter Rechtsprechung auf die besonderen erkennbaren Begleitumstände abstellt, welche die Vertragsgestaltung zulässig machen (Bl. 276 ff. GA), kann dies vorliegend ebenfalls dahin gestellt bleiben, da derartige Gründe - wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt - hier bereits nicht ersichtlich sind und insbesondere nicht alleine mit Blick auf die Corona-Pandemie begründet werden können. Die bloße Dringlichkeit der Maskenbeschaffung alleine rechtfertigt nicht, dem Verkäufer von Waren sein Nachlieferungsrecht gänzlich zu verwehren, zumal dem Käufer auch ohne Fixabrede genügend Druckmittel zur Verfügung gestanden hätten, um über die gesetzlichen Verzugsvorschriften mit entsprechend kurzen Fristsetzungen auf eine schnelle Lieferung hinzuwirken (so zutreffend LG Bonn, Urteil vom 19. Januar 2022 - 20 O 191/22, juris Rn. 81). Nichts anderes folgt demnach daraus, dass teilweise im Schrifttum angenommen wird, dass Klauseln, die ein Fixgeschäft begründen, jedenfalls dann wirksam sind, wenn ein Fixgeschäft zumindest im Vertragszweck begründet

liegt (so Wurmnest in: MüKo-BGB, 9. Auflage, 2022, § 309 Nr. 4 Rn. 15), wenn die Leistungspflicht einen hinreichenden Fixcharakter aufweist (so Achilles in: EBJS, HGB, 4. Auflage 2020, § 376 Rn. 14), wenn der Fixcharakter für einen Vertrag typisch ist (so Weiler in: BeckOGK, § 309 Nr. 4 BGB Rn. 72 [Stand: 1.12.2024]), wenn der Vertrag bereits aus anderen Gründen einem Fixgeschäft ähnlich ist (so Schwartze in: BeckOK-HGB, § 376 Rn. 5 [Stand:01.01.2025]) oder wenn gewichtige, für den Belasteten bei den Vertragsverhandlungen erkennbare Gründe für eine solche Vertragsgestaltung sprechen (so Grunewald in: MüKo-HGB, 6. Auflage 2025, § 376 Rn. 14), da diese Voraussetzungen im Streitfall - wie ausgeführt - nicht erfüllt sind.

- 169 Die unangemessene Benachteiligung wird auch nicht durch "Bezahlung bestimmter Beträge" (Bl. 277 GA), namentlich "attraktiver" Kaufpreise aufgewogen. Soweit die Beklagte sich ferner darauf beruft, § 5 des Kaufvertrags ordne eine schnelle Bezahlung der Verkäufer an, übersieht sie, dass § 5.1 eine Vorleistungspflicht für den Verkäufer vorsieht und der Kaufpreis abweichend vom gesetzlichen Leitbild nicht einmal Zug um Zug gegen Erhalt der Ware gezahlt werden muss (vgl. LG Bonn, Urteil vom 19. Januar 2022 - 20 O 191/20, juris Rn. 81; OLG Köln Beschluss vom 24.5.2022 - 15 U 116/21, juris Rn. 18).
- 170 Sofern das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung argumentiert, trotz der automatisch eintretenden und gravierenden Rechtsfolge der Klausel sei in der Praxis keine erhebliche Benachteiligung des Auftragnehmers gegenüber der Situation bei einem nur (relativen) Fixgeschäft zu sehen (Bl. 17 LG-Urteil), kann dem nicht gefolgt werden. Zum einen kommt gegenüber den Lieferanten im Falle der Nichtlieferung ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Unmöglichkeit in Betracht. Zum anderen verliert in der konkreten Vertragsgestaltung die Klägerin nicht nur ihr Recht zur zweiten Andienung, sondern automatisch den Anspruch auf die Gegenleistung.
- 171 Auch eine von der Beklagten bemühte ergänzende Vertragsauslegung, § 306 Abs. 2 BGB, die "per Gesetz" (Bl. 298 ff. LG-Akte, Bl. 282 GA) zu dem Ergebnis führen soll, dass die Parteien bei Kenntnis des Wegfalls der unwirksamen Klausel eine Regelung im Vertrag getroffen hätten, die die Einhaltung der Frist zum 30. April 2020 als wesentlich eingestuft, ihre Nicht-Einhaltung aber zu keiner Unmöglichkeit geführt hätte und sich die Parteien mithin auf die Vereinbarung eines relativen Fixgeschäftes geeinigt hätten (Bl. 282 GA), überzeugt nicht, sondern führt letztlich zu einer unzulässigen geltungserhaltenden Reduktion der unwirksamen Regelung. Die Beklagte wird insbesondere auch nicht unbillig darauf zurückgeworfen werden, dass weder ein konkreter Liefertermin noch eine Wesentlichkeit dieses Termins vereinbart war. Denn ein fester Liefertermin blieb bestehen, die Beklagte muss nur mit den Folgen der Verwendung einer evident unzulässigen AGB-Klausel leben, die dazu führt, dass sie nicht ohne Fristsetzung infolge verspäteter Lieferung zurücktreten konnte. Es liegt auch gerade nicht der Fall vor, dass nur § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB die entstandene Lücke füllen könnte; hierbei handelt es sich vielmehr um einen vom Ergebnis her gedachten erkennbaren Zirkelschluss (OLG Köln, Urteil vom 9. Januar 2025 - 8 U 46/23, juris Rn. 84). Überdies kommt § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB, worauf die Beklagte wiederholt verweist (Bl. 466 ff. GA), nicht zur Anwendung, da - wie dargestellt - die Abwägung der beiderseitigen Interessen gerade keinen sofortigen Rücktritt erfordert (OLG Köln, Urteil vom 21. Juni 2024 - I-6 U 112/23, juris 79).
- 172 Soweit die Beklagte, wie erstinstanzlich vorgebracht (Bl. 297, 804 f. LG-Akte), meint, der sog. "blue pencil-Test" führe dazu, dass jedenfalls der Liefertermin "spätestens 30.04.2020" bestehen bleibe und nicht von der Unwirksamkeit des nach seinem Wortlaut vereinbarten absoluten Fixgeschäftes erfasst werde (Bl. 1521 LG-Akte), überzeugt auch

dies nicht. Denn die Streichung des Passus "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)." führte zwar dazu, dass nur der Liefertermin bestehen bliebe. Wie nachfolgend noch auszuführen ist, konnte ein solcher Liefertermin auch eine Bedeutung im Sinne von § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB (Leistung nach dem Kalender bestimmt) haben und kann nicht für die Begründung eines relativen Fixgeschäfts herangezogen werden (OLG Köln, Urteil vom 21. Juni 2024 - I-6 U 112/23, juris Rn. 68).

- 173 Ob die Klausel sich darüber als "überraschend" im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB darstellt und damit nicht Vertragsbestandteil geworden, wie die Klägerin rügt, kann angesichts der aufgezeigten Unwirksamkeit dahinstehen.
- 174 (3) Dass die Parteien sich außerhalb dieser Formularabrede auf ein Fixgeschäft geeinigt hätten, wie es die Beklagte vorbringt (Bl. 204 ff. LG-Akte, 282 ff. GA), ist nicht ersichtlich. Eine außerhalb der Formularbedingungen getroffene Verständigung der Parteien auf ein relatives Fixgeschäft kann nicht festgestellt werden.
- 175 Eine solche vertragliche Vereinbarung ist grundsätzlich denkbar. Ausreichend ist aber nicht eine genaue Bestimmung der Leistungszeit. Vielmehr liegt ein relatives Fixgeschäft vor, wenn die Einhaltung der Leistungszeit für die Parteien derart *wesentlich* ist, dass mit der zeitgerechten Leistung das Geschäft "stehen und fallen" soll (BGH, Urteil vom 18. April 1989 - X ZR 85/88, juris Rn. 29; Grüneberg in: Grüneberg, aaO, § 323 Rn. 20). Dies kann sich außer aus einer ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarung auch aus einer formlosen Mitteilung des Gläubigers vor Vertragsschluss oder aus den sonstigen Umständen ergeben, wie der Wortlaut der Vorschrift klarstellt. Erforderlich ist demnach die Einigkeit der Parteien darüber, dass der Vertrag mit der Einhaltung oder Nichteinhaltung der Lieferzeit stehen oder fallen solle. Ist dies im Vertrag nicht ausdrücklich ausgesprochen, muss durch Auslegung unter Berücksichtigung aller Umstände ermittelt werden, ob die Parteien der vereinbarten Lieferfrist eine so weitgehende Bedeutung beimessen wollten. Dabei wirkt sich jeder Zweifel gegen die Annahme eines Fixgeschäfts aus (OLG Köln, Urteil vom 21. Juni 2024 - I-6 U 112/23, juris Rn. 64).
- 176 Auch kann auf die bereits vom Reichsgericht entwickelte Formel ("stehen und fallen") zurückgegriffen werden und dieser strenge Maßstab ist auch nach heutiger Rechtslage maßgeblich. Die ganz herrschende Auffassung - auch der Gesetzgeber - versteht die im Jahr 2014 vorgenommene Änderung des § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB, mit der dessen Wortlaut an die Verbraucherrechterichtlinie angepasst wurde, als bloße terminologische Anpassung ohne inhaltliche Änderung gegenüber dem vorherigen Rechtszustand (vgl. nur Beckmann in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Auflage, Stand: 01.02.2023, § 323 Rn. 56 m.w.N.; ebenso verweist Grüneberg, in: Grüneberg, a.a.O., § 323 Rn. 20 auf diese Rechtsprechung).
- 177 Gegen eine Verständigung der Parteien auf ein in diesem Sinne zu verstehendes relatives Fixgeschäft spricht wiederum zunächst der entgegenstehende eindeutige Wortlaut des § 3.2. Satz 4 des Open-House-Vertrages, der auch der Annahme einer sog. *falsa demonstratio non nocet* entgegensteht. Diese von dem Landgericht zuvor vertretene Rechtauffassung hält die Kammer in der angefochtenen Entscheidung (und in der Entscheidung vom 20.12.2023 - 1 O 156/21) selbst nicht mehr aufrecht. Insoweit führt die Kammer in diesem Punkt zutreffend Folgendes aus: *"Die Annahme einer irrtümlichen Falschbezeichnung und damit einer übereinstimmenden Parteivereinbarung eines rela-*

tiven Fixgeschäfts begegnet insoweit Bedenken, als die Beklagte in § 3 Ziff. 3.2 des Vertrages a.E. nicht nur von einem absoluten Fixgeschäft spricht, sondern auch eine Art Legaldefinition des von ihr gewählten Begriffs aufstellt: "Bei Nichteinhaltung des spätesten Liefertermins entfallen die gegenseitigen Pflichten der Vertragspartner; eine verspätete Lieferung stellt keine Erfüllung des Vertrages durch den AN dar". Dies stellt gerade die übliche Rechtsfolge eines (im Gesetz gar nicht ausdrücklich geregelten) absoluten Fixgeschäftes dar." (LG Bonn Urteil vom 20. Dezember 2023 - 1 O 156/21, juris Rn. 104). Und weiter: "Dass mit der Klausel tatsächlich (nur) die Voraussetzungen von § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB - mithin ein relatives Fixgeschäft - vereinbart werden sollten, ist dagegen mit dem Wortlaut nicht zu vereinbaren. Wie bereits dargestellt, passt schon die in Ziff. 3.2 des Vertrages festgelegte Rechtsfolge nicht. Insbesondere würden ihr die Vereinbarungen, dass "die gegenseitigen Pflichten der Vertragspartner" entfallen sollen und dass "eine verspätete Lieferung [...] keine Erfüllung des Vertrages durch den AN dar[stellt]", entgegenstehen. Beim relativen Fixgeschäft kann zwar eine Rücktrittserklärung ohne Nachfristsetzung erklärt werden, dies muss aber nicht geschehen; die Vertragspflichten würden im letzten Fall unverändert fortbestehen und nicht - wie in der Klausel vorgesehen - automatisch entfallen. Gerade dieser in der Klausel unmissverständlich vorgesehene Automatismus bezüglich der Folgen ist dem relativen Fixgeschäft fremd (LG Bonn Urteil vom 20. Dezember 2023 - 1 O 156/21, juris Rn. 107).

- 178 Die Parteien haben ersichtlich auch kein Just-In-Time-Geschäft vereinbart, wie die Beklagte mit der Berufung vorbringt. Zwar ist der Begriff des Just-In-Time-Vertrages nicht fest umrissen, grundsätzlich bedeutet er aber, dass der Hersteller eines Wirtschaftsguts die für die Produktion erforderlichen Einzelteile nicht mehr selbst herstellt, sondern sie von verschiedenen Zulieferern erhält. Da er aus Kosten- und Platzgründen keine Lagerkapazitäten bereithalten will, werden die zur Produktion erforderlichen Teile nach einem festen Terminplan oder auf Abruf unmittelbar in die Produktion geliefert. Der Käufer soll die in seinem Produktionsablauf benötigten Teile also vom Verkäufer genauso abrufen können, als hätte er sie im eigenen Lager (Achilles in: Ebenroth/Boujong, Handelsgesetzbuch, Hrsg. Joost/Strohn/Poelzig/Sander, 5. Auflage 2024, § 377 HGB, Rn. 108.) Ein solches Ineinandergreifen von Produktions- und Lieferabläufen liegt hier ersichtlich nicht vor.
- 179 (4) Des Weiteren liegt auch keine Entbehrlichkeit der Fristsetzung gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB aufgrund einer einseitigen Mitteilung der Wesentlichkeit des Termins durch die Beklagte vor. Unabhängig von der streitigen Frage, inwieweit nach der Gesetzesänderung eine einseitige Mitteilung des Gläubigers für die Herstellung eines Fixcharakters im Sinne des § 323 BGB genügt (so für den Fall der Branchenüblichkeit OLG Bamberg, Urteil vom 5. März 2021 - 3 U 68/20, juris Rn. 70 ff.), fehlt es im konkreten Fall bereits an der objektiven Erkennbarkeit der Wesentlichkeit des Liefertermins für die Klägerin. Da es nicht auf einseitige Motive des Gläubigers, sondern vielmehr auf den Empfängerhorizont ankommt, muss die Wesentlichkeit auch für die Vertragspartner erkennbar gewesen sein (OLG Köln, Urteil vom 21. Juni 2024 - I-6 U 112/23, juris Rn. 74). An einer solchen objektiv erkennbaren Wesentlichkeit der Lieferfrist fehlt es im Streitfall. Vielmehr liegt nach dem Empfängerhorizont die Deutung näher, dass es sich um die bloße Mitteilung eines Liefertermins handelte, dessen Versäumung dann jedenfalls geeignet wäre, Verzug ohne das Erfordernis einer Mahnung herbeizuführen (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Zwar findet sich der "späteste" Liefertermin in Ziffer II. 2.4) der Leistungsbeschreibung, Ziffer III. der Teilnahmebedingungen sowie in der unwirksamen Klausel § 3 3.2 des Vertragstextes. Der Vereinbarung eines Fixgeschäfts im Sinne des § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB durch die einseitige

ge Mitteilung eines "spätesten" Liefertermins durch die Beklagte steht jedoch entgegen, dass die Beklagte außerhalb des Open-House-Verfahrens in keiner Weise darauf hingewiesen hat, dass und wieso nach ihrem Dafürhalten das gesamte Vertragsverhältnis mit der Einhaltung der Lieferfrist stehen und fallen soll.

- 180 Die Annahme einer solchen von dem Vertragstext unabhängigen Erkennbarkeit der Wesentlichkeit des Liefertermins lässt sich auch nicht unter Heranziehung der im Übrigen zu berücksichtigenden Umstände in sonstiger Weise begründen. Insbesondere kann diese nicht aus den von der Beklagten vorgebrachten Gesamtumständen gefolgert werden.
- 181 Soweit anerkannt ist, dass die Verwendung von Begriffen wie "spätestens" in Verbindung mit einer festen Lieferfrist auf eine Wesentlichkeit des Liefertermins bzw. ein relatives Fixgeschäft hindeuten kann (siehe nur Grüneberg in: ders., a.a.O., § 323 Rn. 20), was sich außer an der bereits zitierten Stelle im Vertrag etwa auch in der Auftragsbekanntmachung vom 27.03.2020 oder den Teilnehmerbedingungen findet, ist dies keine zwingende Schlussfolgerung, sondern kann es sich vielmehr auch um die bloße Mitteilung eines Liefertermins handeln, dessen Versäumung dann jedenfalls geeignet wäre, Verzug ohne das Erfordernis einer Mahnung herbeizuführen (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Da es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs insoweit nicht auf einseitige Motive des Gläubigers, sondern vielmehr auf den Empfängerhorizont bzw. - nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB - auf eine nach allen Seiten interessengerechte Auslegung ankommt (BGH, Urteil vom 18. April 1989 - X ZR 85/88, juris Rn. 30), ist insoweit richtigerweise zu fordern, dass die Wesentlichkeit auch für die Klägerin erkennbar gewesen sein muss. An einer solchen objektiv erkennbaren Wesentlichkeit der Lieferfrist fehlt es aber im Streitfall.
- 182 Die von der Beklagten insoweit hervorgehobenen Gesamtumstände, insbesondere die Notwendigkeit einer zügigen Beschaffung unter den Bedingungen einer sich entwickelnden Pandemielage mit einer erheblichen (Gesundheits-)Gefährdung für die Bevölkerung, können nicht entscheidend ins Feld geführt werden, um zu begründen, dass die Einhaltung des 30.04.2020 für die Beklagte derart wesentlich war, dass das Geschäft mit der Nichteinhaltung dieser Frist bzw. mit der Lieferung mangelhafter Masken zu diesem Zeitpunkt stehen oder fallen sollte. Wie der 15. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln im Beschluss vom 24. Mai 2022 - 15 U 116/21 (juris Rn. 10) zutreffend ausgeführt hat, bestand zwar ein für die Klägerin erkennbares Interesse der Beklagten an einer raschen Vertragsabwicklung. Angesichts der für beide Seiten ebenfalls erkennbar noch fortdauernden und nicht kurzfristig zum Abschluss kommenden Pandemie war aber nicht davon auszugehen, dass eine - unter Umständen auch nur geringfügige - Teil- oder Schlechtlieferung für die Beklagte ein Entfallen ihres Interesses an der Lieferung zur Folge haben würde. Dies zeigt letztlich auch die teilweise auf Veranlassung der Beklagten erfolgte zeitliche Verschiebung von Anlieferungen über den 30.04.2020 hinaus. Diese hat mit E-Mail vom 30.04.2020 die Anlieferslots der Klägerin auf den 07. und 08.05.2020 und sodann mit E-Mail vom 06.05.2020 auf den 12./13.05.2020 verschoben. Dass die Beklagte wortreich belegen will, dass es sich hierbei um logistische zwingende Gründe gehandelt habe, kann nichts daran ändern, dass diese zeitliche Streckung der Anlieferungen - auch wenn sie nach Vertragsschluss erfolgte - indiziell gegen den Charakter als Fixgeschäft spricht.
- 183 Soweit die Beklagte ausführt, dass die im Open-House-Verfahren zu liefernden Schutz- bzw. OP- Masken nicht unbegrenzt verkehrsfähig gewesen seien und das zu erwartende Volumen an zertifizierten und nicht zertifizierten Masken unklar gewesen sei (Bl.

287 GA), kann diese (behauptete) begrenzte Verkehrsfähigkeit nicht für die Wesentlichkeit der Frist angeführt werden. Die maßgebliche Verordnung, die die Verkehrsfähigkeit regelte ("Verordnung zur Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung mit Produkten des medizinischen Bedarfs bei der durch das Coronavirus SARS-CoV-2 verursachten Epidemie", kurz: MedBVSV) trat erst deutlich nach dem Liefertermin, nämlich am 27.05.2020, in Kraft (§ 10 S. 1 MedBVSV, Verkündung im BGBl. am 26.05.2020). Erst am 31.12.2023 trat die Verordnung dann außer Kraft (§ 10 S. 2 MedBVSV), wobei es für die hier vorzunehmende Auslegung aus "ex ante"-Sicht der Parteien nur auf die Unabsehbarkeit des fortdauernden Bedarfs ankommt. Auch die entsprechende Empfehlung 2020/403 der Europäischen Kommission vom 13.03.2020, mit der die Zulassung von persönlicher Schutzausrüstung ohne CE-Kennzeichnung angeregt wurde, wurde auf den durchaus ungewissen Zeitraum "für die Dauer der derzeitigen Gesundheitsbedrohung" erstreckt. Bei dieser Sachlage konnte und musste die Klägerin nicht annehmen, dass es der Beklagten derart auf die Einhaltung der Frist ankam, dass noch nicht einmal eine kurze Nachfrist von bspw. zwei Wochen (innerhalb derer jedenfalls nicht mit einem Außerkrafttreten der entsprechenden Regelungen bzw. dem Ende der Pandemie zu rechnen war) zumutbar erschien.

- 184 Auch spricht es nicht für die Erkennbarkeit der Wesentlichkeit, dass die Beklagte ein für die Klägerin erkennbares Interesse daran gehabt haben könnte, eine Deckelung des aufgrund des Open-House-Verfahrens zu erwartenden Einkaufsvolumens durch die Vorgabe eines Liefertermins vorzunehmen, nach dessen Verstreichen sie sich von geschlossenen Verträgen ohne Fristsetzung lösen konnte. Denn diesem Anliegen hatte die Beklagte bereits durch die kurze Frist zur Angebotsabgabe (zwischen dem 27.03.2020 und dem 08.04.2020) bzw. die Verkürzung der ursprünglich bis 30.04.2020 laufenden Frist zur Abgabe von Angeboten auf den 08.04.2020 Rechnung getragen, sodass es aus Sicht der jeweiligen Bieter bzw. Teilnehmer an dem Verfahren nicht zwingend oder auch nur naheliegend erscheinen musste, dass der als "spätestens" bezeichnete Liefertermin eine (weitere) Begrenzung der zu erwartenden Angebote in Form einer unmittelbaren Vertragslösungsmöglichkeit für die Beklagte darstellte (OLG Köln, Urteil vom 21. Juni 2024 - I-6 U 112/23, juris Rn. 77).
- 185 Unerheblich ist es auch, dass nach dem (bestrittenen) Vortrag der Beklagten bereits bei Vertragsschluss absehbar gewesen sein soll, dass die Preise für Atemschutzmasken wieder deutlich sinken würden. Denn auch aus zeitnah zu erwartenden Preissenkungen bzw. einem nur kurzfristigen Überbrückungsinteresse folgt kein schützenswertes Interesse der Beklagten daran, der Klägerin nicht wenigstens eine kurze Nacherfüllungsfrist setzen zu müssen (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 24. Mai 2022 - 15 U 116/21, juris Rn. 12).
- 186 Sofern die Beklagte nunmehr anführt, dass solche Akteure ausgeschlossen werden sollten, "die zu jenem Zeitpunkt nicht in der Lage waren, die Lieferverpflichtung zu erfüllen und deshalb darauf hofften, ihre Lieferfähigkeit zu einem anderen ungewissen Zeitpunkt herstellen zu können" (Bl. 250 LG-Akte), spricht dies nicht gegen eine kurze Nacherfüllungsfrist. Gegenüber solchen nicht lieferfähigen Akteuren wäre es ebenfalls ohne weiteres möglich gewesen, kurze Nachfristsetzungen vorzunehmen, so wie die in gleicher Massenhaftigkeit ausgesprochenen Rücktrittserklärungen. Der Vereinbarung eines Fixgeschäfts bedurfte es nicht (vergleichbar OLG Köln, Urteil vom 21. Juni 2024 - I-6 U 112/23, juris Rn. 79).
- 187 Auch wenn es demgemäß hierauf nicht mehr entscheidend ankommt, spricht gegen die Annahme der Erkennbarkeit der Wesentlichkeit der Lieferfrist aufgrund der im Übrigen

gegebenen Umstände indiziell auch das eigene Verhalten der Beklagten gegenüber anderen Vertragspartnern. Wenn auch die Umstände im Einzelnen hinsichtlich der anderen Vertragsverhältnisse zwischen den Parteien umstritten sind, ist jedenfalls im Grundsatz feststellbar, dass - aus welchen konkreten Gründen auch immer - jedenfalls nach dem 30.04.2020 noch umfangreich Maskenlieferungen von der Beklagten angenommen worden sind.

- 188 Soweit das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung argumentiert, dass maßgeblich für die Auslegung des Vertragsinhalts nicht die Interessenlage der Vertragsparteien zum Zeitpunkt der Vertragserfüllung sei, sondern allein auf den Zeitpunkt des Vertragschlusses abzustellen sei (S. 11 LG-Urteil), kann dem nicht gefolgt werden. Bei der Auslegung eines Rechtsgeschäftes kann auch das nachträgliche Verhalten der Parteien - hier das weitere Interesse der Beklagten an Lieferungen nach dem 30.04.2020 - berücksichtigt werden, und zwar in dem Sinne, dass spätere Vorgänge Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen und das tatsächliche Verständnis der am Rechtsgeschäft Beteiligten zulassen können (BGH, Versäumnisurteil vom 7. Dezember 2006 - VII ZR 166/05, juris Rn. 18).
- 189 Aus den vorgenannten Umständen und dem akuten Mangel an Schutzausrüstung folgte für die Lieferanten lediglich, dass die Beklagte ein Interesse an einer raschen Lieferung hatte. Im Falle einer Schlecht- oder Nichtleistung sprachen die den Lieferanten bekannten Umstände der Pandemie nicht für ein Vertragsende, sondern im Gegenteil für die Möglichkeit einer (raschen) Nachlieferung. Dass die Beklagte einen "spätesten" Liefertermin vorgab, war - zumindest bei objektiver Betrachtung - auch der Tatsache geschuldet, dass die Beklagte eine nicht bekannte Zahl an Lieferungen antizipieren musste. Bei nur einem Vertragspartner liegt es nahe, vertraglich einen bestimmten Liefertermin, z.B. den 30. 04. 2020, zu vereinbaren. Bei einer unbekannten Vielzahl an Lieferungen ist es hingegen untauglich, einen bestimmten Liefertermin zu definieren. Denn zur Abwicklung einer großen Anzahl von Lieferungen genügt ein einzelner Leistungstag nicht. Hier ist bereits aus praktischen Gründen ein Lieferzeitraum erforderlich, der mehrere Tage umfasst, was sich in der Folge auch bewahrheitete; die Beklagte selbst spricht von der Notwendigkeit der Entzerrung. Dem Bedürfnis nach Regulierung der Anlieferungen wurde die Beklagte durch die gewählte Formulierung gerecht. Es kommt nach dem Empfängerhorizont zum Ausdruck, dass die Lieferung spätestens am 30.04.2020 erfolgen sollte, aber auch zu einem früheren Zeitpunkt erfolgen kann. Hierzu fügt sich die Formulierung in Ziffer III. der Teilnahmebedingungen, dass das Vertragssystem ab sofort zu laufen beginne und mit Ablauf des 30.04.2020 ende. In den "Verpflichtend einzuhaltenden Lieferstandards im Open House Verfahren" ist dementsprechend zum Avisierungsprozess im 4. Spiegelstrich formuliert: "Wird ein Anlieferstermin nicht eingehalten, wird ein neuer Anliefertermin vergeben" (Bl. 74 LG-Akte).
- 190 Hinzu kommt, dass für alle Beteiligten ersichtlich und vorhersehbar war, dass die Pandemie nicht mit Ablauf der Lieferfrist endete und daher das Vertragsinteresse der Beklagten auch über den vereinbarten Liefertermin hinaus fortbestand (OLG Köln, Urteil vom 9. Januar 2025 - 8 U 46/23, juris Rn. 91). 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.
- 191 Entgegen der Auffassung der Beklagten sind dem Gerichtshof der Europäischen Union keine Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen und ist das Verfahren auch nicht entsprechend § 148 ZPO auszusetzen. Hier kommt es nach den vorstehenden Ausführun-

gen des Senats gerade nicht entscheidungserheblich darauf an, dass ein nach der Neufassung des § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB übereinstimmender Wille für die Maßgeblichkeit der Lieferzeit und des damit einhergehenden Rechts zum Rücktritt vom Vertrag ohne vorherige Nachfristsetzung erforderlich ist. Denn unabhängig von der streitigen Frage, inwieweit nach der Gesetzesänderung eine einseitige Mitteilung des Gläubigers für die Herstellung eines Fixcharakters im Sinne des § 323 BGB genügt (so für den Fall der Branchenüblichkeit OLG Bamberg, Urteil vom 5. März 2021 - 3 U 68/20, juris Rn. 70 ff.), fehlt es im konkreten Fall bereits an der objektiven Erkennbarkeit der Wesentlichkeit des Liefertermins für die Klägerin. Überdies entfaltet die Verbraucherrichtlinie Wirkung gegenüber Verbrauchern und nicht gegenüber Kaufleuten, wie der Klägerin; der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie ist bereits nicht eröffnet.

- 192 (5) Zutreffend nimmt das Landgericht des Weiteren an, dass auch § 376 HGB zu keinem anderen Ergebnis führt. Diese Vorschrift ist für das vorliegende Vertragsverhältnis zwar grundsätzlich einschlägig, da sie lediglich ein einseitiges Handelsgeschäft voraussetzt und die Klägerin - eine GmbH - als Formkaufmann den Vertrag im Rahmen ihres Geschäfts geschlossen hat. Zudem ist anerkannt, dass aufgrund eines rechtzeitigen "unverzöglichen" Erfüllungsverlangens des Gläubigers die Fixgeschäftsabrede einschließlich der damit verbundenen Rechte aus Abs. 1 Satz 1, als ein normaler Kaufvertrag bestehen bleibt (BGH, Urteil vom 27. Oktober 1982 - VIII ZR 190/81, juris Rn. 29; Schwartze in: BeckOK HGB, Häublein/Hoffmann-Theinert/Poll, 47. Edition (Stand: 01.07.2025) § 376 HGB Rn. 9 mwN); ein solches Erfüllungsverlangen liegt mit der E-Mail vom 06.05.2020 (Bl. 99 LG-Akte), mit der die Anliefertermine erstmals verlegt wurden, vor.
- 193 Inhaltlich ist § 376 HGB allerdings darauf ausgerichtet, ein handelsrechtliches relatives Fixgeschäft abweichend zu § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB zu regeln (Schwartze in: BeckOK HGB, Häublein/Hoffmann-Theinert/Poll, 47. Edition (Stand: 01.07.2025) § 376 HGB Rn. 1; Grunewald in: MüKoHGB, 5. Auflage 2021, HGB § 376 Rn. 1). Insbesondere werden die Optionen des Käufers für den Fall, dass die maßgebliche Lieferfrist nicht eingehalten wird, dahingehend eingeschränkt, dass eine Erfüllung nur noch unter engen Voraussetzungen möglich sein soll. Ein relatives Fixgeschäft liegt jedoch - wie dargelegt - gar nicht vor.
- 194 Jedenfalls fehlt es auch an den gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen. Die Beklagte hat gerade nicht nach Ablauf der vereinbarten Frist ausnahmsweise doch die Erfüllung der Lieferverpflichtung durch die Klägerin verlangt. Vielmehr hat L. vor Fristablauf einen abweichenden Liefertermin vorgegeben. Als dieser dann abgelaufen war, hat die Beklagte zu keinem Zeitpunkt mehr zu erkennen gegeben, dass sie weiterhin ein Interesse an der Erfüllung des Vertrags hat.
- 195 **bb)** Die vorherige Fristsetzung zur Nacherfüllung ist auch nicht gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB entbehrlich gewesen. Aus den bereits dargelegten Gründen fehlt es an "besonderen Umständen", die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen. Umstände, die eine Unzumutbarkeit der Nacherfüllung begründen, hat die Beklagte nicht dargelegt. Soweit sie hierzu ausführt, wiederholt sich die Argumentation weitestgehend mit der Begründung, die für die Annahme eines relativen Fixgeschäfts angeführt wird. Insbesondere vermögen weder die vorgebrachten Gesundheitsgefahren noch die Störung des Betriebsablaufs durch Nachlieferungen und auch nicht die "Gesamtschau der Umstände" eine Unzumutbarkeit der Nachfristsetzung zu begründen. Denn jedenfalls eine kurze Fristsetzung wäre der Beklagten auch unter den besonderen Umständen der pandemiebedingten Beschaffung großer Mengen an Schutzausrüstung zumutbar gewesen. Dass die Prüfung von Nachlieferungen "inakzeptabel" gewesen

sei, vermag ebenso wenig zu überzeugen. Denn die Beklagte hat sämtliche angelieferten Masken binnen kurzer Zeit einer stichprobenartigen Überprüfung durch den TÜV unterzogen. Dass die Institute nicht auch noch für etwaige - nach kurzer Nachfristsetzung - gelieferte Masken hätten beauftragt werden können, wird nicht vorgebracht.

- 196 Die E-Mail von F. vom 12.05.2020 um 16:23 Uhr (Bl. 120 LG-Akte) stellt ferner keine sog. Selbstfristsetzung dar, die eine Fristsetzung ausnahmsweise entbehrlich macht. Wird der Gläubiger aufgrund einer Selbstfristsetzung davon abgehalten, dem Schuldner eine Frist zu setzen, indem er die Leistung nach der Fälligkeit des Liefertermins ankündigt, so verliert der Schuldner seine Schutzwürdigkeit (Schwarze in: Staudinger, Neubearbeitung 2020 (Stand 27.03.2024, § 323 BGB Rn. B 123; Looschelders in: beck-online Grosskommentar, Stand 01.05.2025, § 323 Rn. 218). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Aus dem Inhalt der E-Mail geht deutlich hervor, dass zwar "morgen" alle LKW folgen sollen, gleichwohl dies von "dem Lieferanten" abhängig ist. Dass die von der Beklagten beauftragte Firma L. dies auch nicht als Selbstfristsetzung verstanden hat, zeigt sich darin, dass sie in ihrer Antwort-Mail (Bl. 123 LG-Akte) deutlich macht, dass keine weitere Klärung erforderlich sei, sofern die Klägerin nunmehr im Rahmen der zugeteilten Slots die vollständige Menge anliefere. Hinzu kommt, dass es L. gar nicht möglich gewesen wäre, im Rahmen der Anlieferungskordinierung eine Frist zu setzen; die Beklagte selbst gibt an, dass L. nicht zur Abgabe von Willenserklärungen befugt war.
- 197 Schließlich war die vorherige Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht wegen fehlender Lieferfähigkeit der Klägerin entbehrlich; vielmehr befand sich die Beklagte selbst seit dem 28.05.2020 in Annahmeverzug. Zwar erfolgte einmalig die zugesagte Lieferung der Waren durch die Klägerin nicht und der Gläubiger kommt grundsätzlich nur in Annahmeverzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt, § 293 BGB, wofür in der Regel ein tatsächliches Angebot gemäß § 294 BGB erforderlich ist. Jedoch kann ein wörtliches Angebot gemäß § 295 BGB genügen, wenn der Gläubiger dem Schuldner erklärt hat, dass er die Leistung nicht annehmen werde oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist. Mit E-Mails vom 17. und 18.05.2020 hat die Klägerin um Zuteilung von Anlieferungsslots gebeten. Dies mit Rücksicht darauf, dass für die Lieferung der Klägerin, namentlich 20.000.000 Masken, eine Mitwirkungshandlung der Beklagten erforderlich war. Die Rücktrittserklärung vom 28.05.2020 dokumentiert sodann, dass die Beklagte ihrer Mitwirkungshandlung der Annahme nicht mehr nachkommen würde. Im Übrigen hat die Klägerin mit anwaltlichen Schreiben vom 18.06.2020 von der Beklagten die Entgegennahme der Ware bzw. Bekanntgabe eines Lieferslots bis zum 01.07.2020 verlangt. Ein weiteres Angebot der Klägerin wäre reine Förmerei gewesen.
- 198 **c)** Schließlich dringt die Beklagte nicht mit dem Einwand durch, der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag sei gemäß § 313 Abs. 1 BGB an die aktuellen Beschaffungspreise anzupassen. Nach § 313 Abs. 1 BGB kann die Anpassung des Vertrages verlangt werden, wenn sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt abgeschlossen hätten, falls sie diese Veränderung vorausgesehen hätten. Dabei kann eine Anpassung nur insoweit verlangt werden, als dem einen Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann (BGH, Urteil vom 12. Januar 2022 - XII ZR 8/21, BGHZ 232, 178-203, juris Rn. 42 zu coronabedingter Geschäftsschließung).

- 199 Hier fehlt es bereits an einer schwerwiegenden, nachträglichen Änderung der Geschäftsgrundlage des Open-House-Vertrages. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes wird die Geschäftsgrundlage eines Vertrags durch die bei Vertragsabschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen der Parteien oder die dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände gebildet, sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung aufbaut (BGH, Urteil vom 1. Februar 2012 - VIII ZR 307/10, juris Rn. 26). Grundlage des Vertrages war die Beschaffung medizinischer Schutzausrüstung in der besonderen pandemischen Lage. Dabei mussten die Parteien davon ausgehen, dass es auch zukünftig zu Preisschwankungen - auch einem erneuten Absinken der Preise - kommen würde. Dass auch die Beklagte von einer - jedenfalls unsicheren - Preisentwicklung ausging, zeigt sich daran, dass sie selbst eine Marktanalyse in Auftrag gegeben hat.
- 200 Überdies vermag der Senat bei Betrachtung der Gesamtumstände nicht zu erkennen, dass der Beklagten ein Festhalten am Vertrag unzumutbar wäre. Allein die Entwertung der Sachleistung gehört grundsätzlich zum Risikobereich des Käufers (Grüneberg in: ders., 84. Auflage 2024, § 313 Rn. 29,36 mwN), zumal sie hier auf den unwirksamen Rücktritt der Beklagten zurückzuführen ist. Dass die Beklagte für die gekaufte Ware keine Verwendung hat, überzeugt nicht. Medizinische Produkte werden weiterhin benötigt. Auch dass ein Festhalten an der vereinbarten Regelung zu einem nicht mehr tragbaren Ergebnis für die Beklagte führt (BGH, Urteil vom 23. November 2022 - XII ZR 96/21, juris Rn. 29), überzeugt nicht und wird von der Beklagten auch nicht dargetan. Zu den etwaigen wirtschaftlichen - hier haushalterischen - Auswirkungen für die Beklagte fehlt es bereits an jeglichem Vortrag. Im Übrigen fiele dies allein in den Risikobereich der Beklagten.
- 201 **d)** Die Klägerin kann ihren Kaufpreisanspruch nunmehr auch unbedingt geltend machen, d.h. nicht erst nach Erfüllung der ihr nach dem Vertrag obliegenden Lieferverpflichtung oder aber Zug um Zug gegen die Erfüllung ihrer vertraglichen Lieferpflichten.
- 202 **aa)** Die ursprünglich zwischen den Parteien in § 5.1 des Open-House-Vertrages vereinbarte Vorleistungspflicht der Klägerin ist nachträglich entfallen (so auch OLG Köln, Urteil vom 9. Januar 2025 - 8 U 46/23, juris Rn. 111). Der Vertrag sieht in §§ 3 und 5 eine Vorleistungspflicht des Verkäufers bezüglich der primären Vertragspflicht dergestalt vor, dass er die vertragliche Menge an Schutzausrüstung zunächst liefert und erst an diese Lieferung knüpft der Vertrag die Fälligkeit der Zahlungspflicht der Beklagten, die erst sieben Tage nach Lieferung und Rechnungstellung zu erfüllen ist.
- 203 Schranken dieser sogenannten beständigen Vorleistungspflicht ergeben sich aus § 321 BGB, vor allem aber aus § 242 BGB. Die Vorleistungspflicht entfällt, wenn der andere Teil ernsthaft erklärt hat, er könne oder wolle nicht mehr erfüllen (vgl. hierzu Grüneberg in: Grüneberg, aaO, § 320 Rn. 18; Beckmann in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Auflage, § 320 BGB (Stand: 01.02.2023), Rn. 26). So etwa, wenn - wie im vorliegenden Fall - die vorleistungsberechtigte Vertragspartei durch Berufung auf einen von ihr zu Unrecht erklärten Rücktritt eindeutig und unmissverständlich zum Ausdruck bringt, sie wolle die ihr obliegende Leistung nicht mehr erbringen (BGH, Urteil vom 16. Mai 1968 - VII ZR 40/66, BGHZ 50, 175 (177), juris Rn. 19; BGH, Urteil vom 20. Januar 1978 - V ZR 171/75, juris Rn. 20).

- 204 Zwar weist die Beklagte zu Recht darauf hin, dass der Entfall der Vorleistungspflicht nicht endgültig sein muss, sondern diese wiederaufleben kann, wenn der Vorleistungsberechtigte seine eigenen vertraglichen Verpflichtungen nach früherem Leugnen vorbehaltlos wieder anerkennt. Dies ist hier durch die Beklagte - anders als in dem von dem Bundesgerichtshof entschiedenen Fall - gerade nicht geschehen. Die Beklagte hält vielmehr weiter an der Wirksamkeit des von ihr erklärten Rücktritts fest und erkennt demgemäß ihre vertraglichen Verpflichtungen gerade nicht vorbehaltlos, sondern nur "hilfsweise" an (zum Ganzen OLG Köln, Urteil vom 19. Juli 2024 - I-6 U 101/23, juris Rn. 87; BGH, Urteil vom 16. Mai 1968 - VII ZR 40/66, BGHZ 50, 175-179, juris Rn. 24).
- 205 **bb)** Ferner kann sich die Beklagte auch nicht auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäß § 320 BGB berufen, so dass der Anspruch der Klägerin auch nicht lediglich Zug um Zug gegen die ihr obliegenden Lieferpflichten zu erfüllen ist. Denn das Zurückbehaltungsrecht setzt gemäß § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB voraus, dass beide Seiten Ansprüche auf Vertragserfüllung haben und keine Seite eine Vorleistungspflicht trifft; denn im Falle von Vorleistungspflichten sind gegenseitige Pflichten nicht mehr Zug um Zug zu erbringen. Letzteres ist hier jedoch der Fall. Denn nach Ziffer 5.1 und 5.2 des Kaufvertrages war zunächst die Auftragnehmerin vorleistungspflichtig und musste liefern, bevor die Beklagte zu zahlen hatte. Sodann war die Beklagte wiederum verpflichtet, den Kaufpreis innerhalb kurzer Frist unter dem Vorbehalt der späteren Rückforderung wegen Nichtleistung oder mangelhafter Leistungen zu begleichen (OLG Köln, Urteil vom 19. Juli 2024 - I-6 U 101/23, juris Rn. 90). Diese Regelung kann bei verständiger Würdigung nur dahingehend ausgelegt werden, dass weder Lieferung und Zahlung einerseits, noch Zahlung und Mangelbeseitigung bzw. Nacherfüllung andererseits nach dem gesetzlichen Leitbild Zug um Zug erfolgen sollten, sondern vielmehr gestaffelte Vorleistungspflichten gelten sollten. Die vertragliche Regelung schließt es daher aus, dass die Beklagte den Kaufpreis wegen denkbaren Zurückbehaltungsgründen im Sinne von § 320 BGB wie einer Nichtleistung oder Mängeln zurückhalten darf. Vielmehr sollte sie - jedenfalls unter Berücksichtigung der Unklarheitenregel gemäß § 305c Abs. 2 BGB hinsichtlich des Passus "nach erfolgter Lieferung" in § 5.1 des Vertrages - unbedingt leisten und bei etwaigen Mängeln auf die Möglichkeit einer späteren Rückforderung verwiesen werden (OLG Köln, Beschluss vom 24. Mai 2022 - 15 U 116/21, juris Rn. 24; LG Bonn, Urteil vom 12. Juli 2023 - 20 O 49/22, juris Rn. 101).
- 206 Die Regelung der schnellen und unbedingten Zahlung im Rahmen der Open-House-Verträge hat auch dem damaligen Parteiwillen entsprochen. Die kurze Zahlungsfrist war Hauptmotivator für viele Lieferanten, am Open-House-Verfahren teilzunehmen. Immerhin mussten diese Lieferanten selbst erhebliche Summen investieren, um die damals schwer erhältliche Schutzausrüstung zu erwerben und einzuführen, sowie eine hohe Umsatzsteuervorauszahlung leisten. Die Beklagte "lockte" also die Lieferanten mit dem Versprechen einer schnellen und von einem Streit um etwaige Mängel/Nachlieferungen unabhängigen Kaufpreiszahlung.
- 207 Die Klägerin muss im konkreten Fall - entsprechend dem Vorgesagten - auch nicht zunächst selbst leisten, denn die Beklagte hat die ihr angebotene Ware verweigert und damit die Nichterfüllung veranlasst (so auch OLG Köln, Urteil vom 6. Februar 2025 - 8 U 38/23, juris Rn. 196). Die Klägerin hat die Beklagte mit E-Mails vom 17.05.2020 und 18.05.2020 um Zuteilung von Anlieferungsterminen gebeten. Die Beklagte hat mit der Rücktrittserklärung am 28.05.2020 die Erfüllung ernsthaft verweigert.

- 208 Der Beklagten ist es überdies nach Treu und Glauben wegen fehlender eigener Vertragstreue verwehrt, die Einrede des nichterfüllten Vertrages zu erheben. Dies gilt mit Rücksicht darauf, dass die Einrede des nichterfüllten Vertrages voraussetzt, dass der die Einrede erhebende Schuldner seinen Pflichten nachkommt und sich "vertragstreu" verhält. Demgemäß kann die Einrede gemäß § 320 BGB nicht erheben, wer sich vertragswidrig endgültig von dem Vertrag lossagt und die Annahme der Gegenleistung schlechthin ablehnt (BGH, Urteil vom 16. Mai 1968 - VII ZR 40/66, BGHZ 50, 175-179, juris Rn. 16 ff.; BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 - VIII ZR 163/12 -, juris Rn. 26; auch Schwarze in: Staudinger, 2020 (Stand: 03.03.2023) § 320 BGB, Rn. 38). Dazu zählt auch die (unberechtigte) Geltendmachung von Rechten, die - wie hier der von der Beklagten erklärte Rücktritt - auf die Beendigung des Vertrages zielen (BGH, Urteil vom 4. Juli 2002 - I ZR 313/99, Rn. 27, juris). Die Einrede des § 320 BGB hat allein die Funktion, die geschuldete (Gegen-)Leistung zu erzwingen. Sie hat - wie es im Urteil des Bundesgerichtshofs vom 25. Januar 1982 - VIII ZR 310/80 (juris Rn. 18) heißt - "nur verzögerlichen Charakter und dient dazu, den anderen Teil zur Erfüllung des mit der Einrede geltend gemachten Anspruchs anzuhalten". Dagegen kann sich derjenige, der deutlich gemacht hat, dass er an dem Vertrag nicht festzuhalten gedenke, die Einrede nicht zunutze machen (BGH, Urteil vom 4. Juli 2002 - I ZR 313/99, juris Rn. 27).
- 209 Dies ist vorliegend der Fall. Die Beklagte verteidigt sich gegen das Zahlungsbegehren der Klägerin in erster Linie mit dem erklärten Rücktritt und macht damit deutlich, dass zumindest ihrer Auffassung nach der Vertrag seine Beendigung gefunden habe. Nur "hilfsweise" ("allenfalls", Bl. 319 GA) macht sie das Zurückbehaltungsrecht geltend, soweit der Senat die Rechtsansicht der Beklagten hinsichtlich des Vorliegens eines relativen Fixgeschäftes und der Möglichkeit, ohne Fristsetzung zurückzutreten, nicht teilen sollte. Anders als in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10. April 1995 - VIII ZR 346/93 (juris Rn. 30 ff.) stützt sie ihre Argumentation jedoch nicht auf beachtliche Gründe hinsichtlich der Unwirksamkeit des Vertrages, sondern wollte sich durch den Rücktritt endgültig vom Vertrag lossagen. Dies zeigt sich auch daran, dass die Beklagte nach Beendigung der Pandemielage erkennbar kein Interesse mehr an der Anlieferung der 20 Millionen Masken hatte und keine weitere Logistik zur Entgegennahme der Waren vorgehalten hat. Soweit sie nunmehr 1,5 Jahre nach Einleitung des gerichtlichen Verfahrens eine teilweise Unwirksamkeit des Vertrags aufgrund Verstoßes gegen die Preisverordnung vorbringt, stellt sich dies als nachgeschoben dar und lässt die eigene Vertragstreue nicht aufleben, zumal der Einwand auch nicht durchgreift. Demgemäß ist der Beklagten die Einrede des nichterfüllten Vertrages vorliegend mit der Folge verwehrt, dass sie zur unbedingten Zahlung zu verurteilt ist.

3.

- 210 Die Nebenforderungen der Klägerin sind teilweise begründet.
- 211 **a)** Der Klägerin stehen Verzugszinsen ab dem 05.06.2020 zu. Die Höhe der Verzugszinsen von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz gemäß § 288 Abs. 2 BGB sowie der Umstand, dass die Zinsen auf die Bruttokaufpreisforderung zu zahlen sind, wird beklagtenseits bereits nicht in Abrede gestellt.
- 212 Gemäß § 286 Abs. 1 BGB gerät der Schuldner in Verzug, wenn er auf eine nach Fälligkeit erfolgte Mahnung des Gläubigers nicht leistet. Gemäß § 286 Abs. 2 BGB bedarf es u.a. einer Mahnung dann nicht, wenn für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt

ist oder der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert. Vorliegend waren die einen Verzug begründenden Voraussetzungen mit dem Ablauf des 04.06.2020 erfüllt. Voraussetzung für den Verzug ist zunächst, dass die Fälligkeit der Forderung eingetreten ist. Die Fälligkeit der Kaufpreisforderung ist zwar durch den Wegfall der Vorleistungspflicht in Folge des unberechtigten Rücktritts eingetreten (vgl. hierzu Grüneberg in: ders. Grüneberg, BGB, 84. Auflage 2025, § 320 Rn. 18; BGH, Urteil vom 16. Mai 1968 - VII ZR 40/66, BGHZ 50, 175-179), dies mit Ablauf des 04.06.2020. Denn die Parteien haben - wie dargestellt - in § 5.1 des Open-House-Vertrages gestaffelte Vorleistungspflichten vereinbart. Zunächst war die Klägerin als Auftragnehmerin vorleistungspflichtig und musste liefern, bevor die Beklagte zu zahlen hatte. Sodann war die Beklagte wiederum verpflichtet, den Kaufpreis binnen einer Woche unter dem Vorbehalt der späteren Rückforderung wegen Nichtleistung oder mangelhafter Leistungen zu begleichen. Demgemäß ist mit der durch den unberechtigten Rücktritt einhergehenden Erfüllungsverweigerung zwar die Vorleistungspflicht der Klägerin entfallen, entsprechend der vertraglichen Regelung die Kaufpreisforderung dann aber noch nicht unmittelbar, sondern erst nach einer Woche fällig geworden. Dem trägt die Klägerin in ihrem Klageantrag Rechnung, indem sie Zinsen ab dem 05.06.2020 begehrt.

- 213 **b)** Dem Antrag auf Erstattung von vorprozessualen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 10.000,00 EUR bzw. Freistellung in Höhe von 127.589,50 EUR nebst Zinsen für die Tätigkeit der Rechtsanwälte S. ist nicht stattzugeben. Ein allein in Betracht kommender Schadensersatzanspruch aus Verzug besteht nicht.
- 214 Nach § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB bedarf es für den Eintritt des Verzugs zwar keiner Mahnung, wenn der Schuldner - wie hier die Beklagte durch den unwirksamen Rücktritt - die Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert. Voraussetzung des Verzugs ist aber auch in dieser Konstellation, dass die Leistung fällig ist. Eine grundlose endgültige Weigerung des Schuldners, eine noch nicht fällige Verpflichtung aus einem Vertragsverhältnis zu erfüllen, ist zwar eine Vertragsverletzung, die in einem gegenseitigen Vertragsverhältnis den Gläubiger berechtigen kann, schon vor Fälligkeit der Leistung des Schuldners vom Vertrag zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Auch dies führt jedoch nicht dazu, dass die Leistung des Schuldners unabhängig von der hierfür vereinbarten Zeit oder unabhängig von den hierfür vereinbarten Umständen fällig wird und der Gläubiger von dem Schuldner neben der Leistung den Ersatz eines Verzugsschadens oder eine für den Fall des Verzugs vereinbarte Vertragsstrafe verlangen könnte (BGH, Urteil vom 13. November 2018 - EnZR 39/17, juris Rn. 42; BGH, Urteil vom 28. September 2007 - V ZR 139/06, juris Rn. 10 f.; Grüneberg in: ders., BGB, 84. Auflage 2025, § 286 Rn. 24). Demgemäß ist Verzug erst mit Ablauf der Woche nach Wegfall der Vorleistungspflicht und damit mit Ablauf des 04.06.2020 eingetreten, dies dann sowohl nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 BGB (so auch OLG Köln, Urteil vom 19. Juli 2024 - I-6 U 101/23, juris Rn. 90 f.)
- 215 Dem Vorgesagten entsprechend ist Schuldnerverzug mit Ablauf des 04.06.2020 eingetreten, die Beauftragung der (damaligen) Rechtsanwälte ist jedoch ausweislich der vorliegenden Vollmacht bereits am 31.05.2020 (Bl. 132 LG-Akte) erfolgt, so dass ein durch den Verzug kausal verursachter Schaden nicht besteht.

4.

- 216 Der Feststellungsantrag der Klägerin ist hingegen bereits unzulässig. Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann Gegenstand einer Feststellungsklage nur der Streit über ein Rechtsverhältnis

(oder die Tatfrage der Echtheit einer Urkunde sein). Unter einem Rechtsverhältnis ist dabei die Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder Sache zu verstehen, die ein - mit materieller Rechtskraftwirkung feststellbares - subjektives Recht enthält oder aus der solche Rechte entspringen können (Greger in: Zöller, ZPO, 35. Auflage 2024, § 256 Rn. 3). Zulässiger Gegenstand einer Feststellungsklage können auch einzelne, aus einem Rechtsverhältnis sich ergebende Rechte und Pflichten sein, nicht aber bloße Elemente oder Vorfragen eines Rechtsverhältnisses, reine Tatsachen oder etwa die Wirksamkeit von Willenserklärungen oder die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens.

- 217 Bei der Frage, ob eine Partei in Annahmeverzug geraten ist, handelt es sich nicht um ein solches nach § 256 ZPO feststellungsfähiges Rechtsverhältnis (BGH, Urteil vom 31. Mai 2000, XII ZR 41/98, juris Rn. 22). Ein gegenüber dem ursprünglichen Schuldverhältnis eigenständiges "Verzugsverhältnis" kennt das Gesetz nicht (BGH, Urteil vom 19. April 2000 - XII ZR 332/97, juris Rn. 12). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist allein aus Gründen der Zweckmäßigkeit und mit dem schutzwürdigen Interesse des Klägers zu rechtfertigen, den für die Vollstreckung nach den §§ 756, 765 ZPO erforderlichen Nachweis des Annahmeverzugs bereits im Erkenntnisverfahren erbringen zu können. In Fällen, in denen der Kläger eine Verurteilung des Beklagten zu einer Zug um Zug zu erbringenden Leistung begehrt, ist demnach der weitere Antrag des Klägers, den Annahmeverzug des Schuldners hinsichtlich der ihm gebührenden Leistung festzustellen, zulässig (BGH, Urteil vom 19. April 2000 - XII ZR 332/97, juris Rn. 24; OLG Köln, Urteil vom 21. Februar 2019 - I-12 U 376/17, juris 34).

- 218 Die Klägerin begehrt vorliegend jedoch keine Verurteilung der Beklagten Zug um Zug, sondern beantragt isoliert die Feststellung des Annahmeverzugs.

III.

- 219 Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711, 709 Satz 2 ZPO.

IV.

- 220 Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO liegen vor. Eine Entscheidung des Revisionsgerichts ist zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO umfasst Fälle der Divergenz, wenn die angefochtene Entscheidung von der Entscheidung eines höher- oder gleichrangigen Gerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht (Diehm in: Kern/Diehm, ZPO, 2. Auflage, § 543 ZPO Rn. 19; Heßler in: Zöller, ZPO, 35. Auflage 2024, § 543 Rn. 13 f. mwN).

- 221 Die vorliegende Entscheidung weicht von der Entscheidung des 18. Zivilsenates des Oberlandesgerichts Köln im Urteil vom 15. Mai 2025 - 18 U 97/23 ab und die Divergenz beruht auf der (Nicht-) Anwendung der preisrechtlichen Vorschriften in der streitgegenständlichen Konstellation des Open-House-Verfahrens.

V.

- 222 Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 30.000000,00 EUR festgesetzt (§ 39 Abs. 2 GKG).