


Gericht:	OLG Köln 3. Zivilsenat
Entscheidungsdatum:	23.04.2026
Aktenzeichen:	I-3 U 61/25, 3 U 61/25
ECLI:	ECLI:DE:OLGK:2026:0423.3U61.25.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	
Zitiervorschlag:	OLG Köln, Urteil vom 23. April 2026 – I-3 U 61/25 –, juris

Verfahrensgang

vorgehend LG Bonn, 28. Mai 2025, 1 O 407/20

vorgehend LG Bonn 1. Zivilkammer, 11. August 2021, 1 O 407/20, Urteil

anhängig BGH, kein Datum verfügbar, VIII ZR 92/26

Tenor

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Bonn vom 28.05.2026, Az.:1 O 407/20, abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Das Vorbehaltsurteil des Landgerichts Bonn vom 11.08.2021, Az.: 1 O 407/20, wird mit der Maßgabe für vorbehaltlos erklärt, dass Zahlungsempfängerin die R. Z., eingetragen im Registro Mercantil de Illes Balears unter der Nummer N01, G.-straße, M.-straße N04, A. ist.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Widerklage wird abgewiesen.

Die weitere Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Beklagte zu 94 % und die Klägerin zu 6 %.

Dieses Urteil sowie das Vorbehaltsurteil des Landgerichts Bonn vom 11.08.2021, Az.: 1 O 407/20, sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger seinerseits vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 16.207.203,73 EUR festgesetzt.

Gründe

I.

1. Die Parteien streiten um restliche Zahlungsansprüche der Klägerin aus fünf mit der Beklagten geschlossenen Verträgen über die Lieferung von OP-Masken und Atemschutz-

masken im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie. Die Beklagte veröffentlichte am 27.03.2020 eine Aufforderung zur Angebotsabgabe betreffend ein Open-House-Verfahren über die Lieferung von Schutzausrüstung, u.a. Atemschutzmasken und OP-Masken (Anlage K 1, Bl. 19 ff. LG-A) im "Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union" für das europäische öffentliche Auftragswesen sowie in dessen Online-Version "Tenders Electronic Daily". Ein Open-House-Verfahren ist dadurch gekennzeichnet, dass anders als in ausschreibenden Vergabeverfahren keine Auswahlentscheidung getroffen wird und alle Anbieter den Zuschlag für ihr Gebot zu den vorgegebenen Vertragsbedingungen erhalten. Zu den Auftragsunterlagen gehörten die Teilnahmebedingungen (Anlage K 2, Bl. 22 ff. LG-A), die Leistungsbeschreibung (Anlage B 1, Bl. 603 ff. LG-A) sowie das Vertragsformular und das Angebotsformular (Anlage K 3, Bl. 25 ff. LG-A). Die ausgeschriebenen Vertragsbedingungen sahen folgende für das vorliegende Verfahren wesentlichen Regelungen vor:

§ 4.1

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

3 *[...]*

4 § 5 Zahlung

5 *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 bei der P. E., K.-straße N06 in B., auf das von dem AN angegebene Konto.*

6 § 6 Mängelansprüche

7 *6.1 Für Sach- und Rechtsmängelansprüche gelten die gesetzlichen Vorschriften, soweit nachfolgend nichts anderes bestimmt ist.*

8 Die Auftragsbekanntmachung enthielt unter Punkt II.2.4) ferner folgenden Passus:

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

10 Unter der Überschrift "Produktgruppe" für die Produktgruppenbezeichnung "FFP2 Masken" war in der Leistungsbeschreibung ausgeführt:

11 *"FFP2 Masken*

12 *Beschreibung:*

13 *Atmungsaktives Design, das nicht gegen den Mund zusammenfällt (z.B. Entenschnabel, becherförmig)*

- 14 *Versehen mit einer Metallplatte an der Nasenspitze*
- 15 *Kann wiederverwendbar* (aus robustem Material, das gereinigt und desinfiziert werden kann) oder Einwegartikel sein*
- 16 *Normen/Standards:*
- 17 *- Atemschutzgerät "N95" gemäß FDA Klasse II, unter 21 CFR 878.4040, und CDC NIOSH, oder "FFP2" gemäß EN 149*
- 18 *Verordnung 2016/425 Kategorie III*
- 19 *oder gleichwertige Normen, auch KN95 (CHN)"*
- 20 Die Beklagte erteilte 5 im Open-House-Verfahren zu den genannten Bedingungen abgegebene Angebote der Klägerin über die Lieferung von insgesamt 10.000.000 Schutzmasken der Produktgruppe "FFP2 Masken" zu einem Stückpreis von 4,50 EUR zzgl. 19 % USt. und 2.000.000 OP-Masken zum Preis von 0,60 EUR zzgl. 19 % USt. Zuschläge.
- 21 Die Klägerin lieferte 2.000.000 OP-Masken und 10.199.300 KN95-Masken. Den Lieferungen war ein standardisierter Lieferschein der Klägerin beigefügt ausweislich dessen die Ware bis zur vollständigen Zahlung in ihrem Eigentum bleiben sollte.
- 22 Bei 800.000 auf das erste Angebot gelieferten KN95-Masken waren der Umkarton und die sich um die jeweilige Maske befindende Hygieneumverpackung mit "CE" beschriftet, obwohl die Masken das CE-Zertifizierungsverfahren nicht durchlaufen hatten. Seitlich auf dem Umkarton befand sich der Verweis "Executive standard: GB2626:2006 KN95, EN 149:2001+A1:2009". Die Masken selbst trugen den Aufdruck KN95 und keine Kennzeichnungselemente, die auf eine "CE-Kennzeichnung" gemäß der europäischen Norm bzw. der PSA-Verordnung hinwiesen (vgl. schriftliche Stellungnahme des Sachverständigen W. vom 20.02.2025, Bl. 3982 LG-A).
- 23 Im Anschluss an die Anlieferung wurden Stichproben der angelieferten Schutzmasken durch die W. Q. (im Folgenden "**S.**") nach einem grundsätzlich *einheitlichen* Verfahren, das heißt unabhängig vom gelieferten Maskentyp (EN149, KN95, N95), untersucht. Zunächst wurden die Masken einer *einheitlichen* Sicht- und Anlegeprüfung mit zehn Prüfkriterien - u.a. Verpackung, Kennzeichnung, Passform (Dichtsitz), Befestigung der Fixierbänder und Nasenbügel der Schutzmasken, das Filtervlies, Geruch der Schutzmasken - unterzogen (Bl. 521 LG-A). Bei der Laborprüfung von Atemschutzmasken (FFP2 und KN95) legte der S. in einem ersten Schritt die gültigen Referenz- bzw. Grenzwerte gemäß den einschlägigen europäischen Normen (EN 149 bzw. CPA-Prüfgrundsatz) zugrunde. Für die Atemwiderstandsprüfung wurden die erzielten Messwerte auf den Grenzwert der GB2626:2006 umgerechnet; das Messverfahren erfolgte aber in Anlehnung an EN149 Prüfgrundsätze (Bl. 520-522 LG-A). Bei der Filterdurchlassprüfung wurden sämtliche Stichproben auf einem Prüfstand von EN 149 geprüft, das heißt die Masken wurden einem höheren Volumenstrom ausgesetzt, als nach dem für Masken des Typs KN95 vorgesehenen Prüfstandard GB 2626:2006. Dies wurde dadurch "ausgeglichen", dass man höhere Grenzwerte bei dem Messergebnis zuließ (N06,5 % statt 5 %.) Der Zeitpunkt der Messung, der in der Norm GB 2626:2006 nicht festgelegt ist, wurde nach EN 149 gewählt (Bl. 523-524 LG-A).

- 24 *"Bild Darstellung wurde entfernt"*
- 25 Ausgehend von diesen Prüfungen wies die Beklagte die gesamte Avise zurück, wenn ein Exemplar die Prüfung nicht bestand.
- 26 Die Beklagte erbrachte auf die Lieferungen unter Zugrundelegung der vereinbarten Stückpreise insgesamt Zahlungen in Höhe von 40.571.026,68 EUR (Anlage K27 ff., Bl. 326 ff.; SS der Beklagten vom 15.03.2021, Bl. 556 LG-A). Ferner zahlte sie am 01.09.2020 auf Verzugszinsen und Rechtsanwaltskosten einen Betrag in Höhe von 514.074,51 EUR. Eine einheitliche Überprüfung der vereinbarten Preise anhand der Verordnung PR Nr. 30/53 für öffentliche Aufträge in der bis zum Ablauf des 31.03.2022 geltenden Fassung (im Folgenden: "VO PR Nr. 30/53 a.F.") fand nicht statt.
- 27 Mit anwaltlicher E-Mail vom 24.06.2020 (Anlage K2, Bl. 225), anwaltlichem Schreiben vom 04.08.2020 (Anlage K24, Bl. 237 ff.) sowie in der Klageerwiderung vom 15.03.2021 (Bl. 536 ff.) rügte die Beklagte unterschiedliche Mängel an Teilmengen der gelieferten KN95-Masken, erklärte insoweit den Teilrücktritt und forderte die Klägerin zur Abholung der betroffenen Masken auf. Zusammengefasst wurden folgende Unteravise aus folgenden Lieferungen seitens der Beklagten gerügt:
- 28 Zudem wurde bei Lieferung Nr. N25 eine Minderlieferung von 297.000 Masken gerügt (3.703.000 anstatt 4.000.000 Masken). Mit Schreiben vom 16.08.2020 (Anlage K25, Bl. 316 ff.) wies die Klägerin die Mängelrügen und Rücktrittserklärungen zurück. Die Klägerin forderte außergerichtlich mit anwaltlichem Schreiben vom 14.07.2020 (Anlage K23, Bl. 227 ff. LG-A) die Zahlung des noch offenen Kaufpreises.
- 29 Die Klägerin hatte die Klage auf restliche Kaufpreiszahlung ursprünglich im Urkundenprozess erhoben. Dabei hatte sie Zahlung an sich selbst bzw. an das Finanzamt Heidelberg verlangt. Das Landgericht hatte die Beklagte mit Vorbehaltsurteil vom 11.08.2021 (Bl. 1278 ff. LG-A) in Verbindung mit den Berichtigungsbeschlüssen vom 09.09.2021 (Bl. 1334 f. LG-A) sowie vom 07.10.2021 (Bl. 1400 f. LG-A) antragsgemäß unter Vorbehalt der Ausführung ihrer Rechte im Nachverfahren verurteilt. Das Vorbehaltsurteil, auf das wegen der Einzelheiten verwiesen wird, ist rechtskräftig geworden. Im Nachverfahren hat die Klägerin bereits erstinstanzlich zuletzt im eigenen Namen Zahlung an die R. Z. beantragt, an die sie die Forderung im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens abgetreten hatte. Zuvor war bereits ein Teil der Forderung an das Finanzamt Heidelberg abgetreten gewesen, wobei zwischenzeitlich die Rückabtretung erklärt wurde, was im Einzelnen jedoch zwischen den Parteien streitig ist. Die Klägerin meint, die Beklagte sei auch zur Zahlung der zuviel gelieferten 199.300 KN95 Masken verpflichtet, weshalb sie im erstinstanzlichen Nachverfahren die Klage insoweit erweitert hatte.
- 30 Erstinstanzlich ist Beweis erhoben worden zur Frage der Mangelhaftigkeit durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens (Beweisbeschluss vom 21.10.2021, Bl. 1445 ff.; Einweisungsbeschluss vom 22.11.2022, Bl. 2318; Gutachten vom 12.12.2022, Bl. 2364 ff.) und eines Ergänzungsgutachtens auf Grundlage des bisherigen Beweisbeschlusses (Einweisungsbeschluss vom 26.02.2024, Bl. 3189 ff.; Ergänzungsgutachten vom 07.08.2024, Bl. 3378 ff jeweils LG-A). Auf Antrag der Beklagten hat der Sachverständige seine Gutachten erneut schriftlich ergänzt und außerdem mündlich erläutert; bezüglich des Ergebnisses wird auf die vorgenannten Gutachten sowie die

ergänzende Stellungnahme vom 20.02.2025 (Bl. 3981 ff. LG-A) und das Protokoll vom 02.04.2025 (Bl. 4439 ff. LG-A) verwiesen.

- 31 Mit Schriftsatz vom 21.11.2024 (Bl. 3817 ff. LG-A) hat die Beklagte die Mangelhaftigkeit der Avisen N10 und N11 auch auf die auf den Verpackungen aufgebrachte CE-Kennzeichnung gestützt.
- 32 Wegen des Sachverhalts im Übrigen wird gem. § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen.
- 33 2. Das Landgericht hat das klagestattgebende Vorbehaltsurteil im Nachverfahren überwiegend aufrechterhalten, im Hinblick auf die Lieferungen zu den AVIS-Nummern N10 und N11 jedoch nur Zug-um-Zug gegen Nachlieferung von 800.000 mangelfreien FFP2-Masken gemäß Leistungsbeschreibung zum Open-House-Vertrag. In diesem Umfang (Auftrag 1, Lieferung 256) seien die gelieferten Masken mangelhaft gewesen, da die CE-Kennzeichnung aufgebracht gewesen sei, ohne dass die Masken ein entsprechendes Konformitätsbewertungsverfahren durchlaufen hätten. Insofern hat das Landgericht auch keinen Verzugszins zugesprochen. Im Übrigen war die Klage mangels Vertragsschlusses auch im Hinblick auf die Mehrlieferung von 199.300 KN95-Masken sowie auf den hilfsweise gestellten Feststellungsantrag (Annahmeverzug der Beklagten) abgewiesen worden.
- 34 Auf die Eventualwiderklage hat das Landgericht festgestellt, dass die Klägerin der Beklagten zum Aufwendungsersatz verpflichtet ist wegen Lagerung der wegen der "falschen" CE-Kennzeichnung mangelhaften Schutzmasken seit dem 16.08.2020 bis zum Zeitpunkt der Abholung und die Klägerin zur Abholung verurteilt; im Übrigen hat es die Widerklage abgewiesen.
- 35 Wegen der Einzelheiten wird auf das angefochtene Urteil ergänzend Bezug genommen.
- 36 Das Urteil ist beiden Parteien am 28.05.2025 zugestellt worden.
- 37 3. Hiergegen richten sich beide Parteien mit ihren am 04.06.2025 (Beklagte) und 10.06.2025 (Klägerin) eingegangenen und nach Fristverlängerung bis zum 28.08.2025 am 25.08.2025 und 28.08.2025 begründeten Berufungen, mit denen sie ihre erstinstanzliche Klage- bzw. Widerklage weiterverfolgen.
- 38 a. Die Klägerin verfolgt zum einen ihre erstinstanzlichen Anträge, soweit ihnen nicht vollständig entsprochen worden ist, weiter. Im Hinblick auf die "falsche" CE-Kennzeichnung, hinsichtlich derer sie weiterhin die Mangelhaftigkeit in Abrede stellt, erhebt sie in der Berufungsinstanz erstmals die Einrede der Verjährung. Einen Nachlieferungsanspruch hält sie zudem für treuwidrig bzw. verwirkt. Sie meint weiterhin einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung für die zu viel gelieferten Masken zu haben, weil die Beklagte anderen Anbietern Mehrlieferungen vergütet habe. Insofern beruft sie sich u.a. auf das aus dem europäischen Primärrecht folgende Transparenzgebot (Bl. 1271 OLG-A).
- 39 Die Klägerin beantragt, unter teilweiser Abänderung des am 28.05.2025 verkündeten Urteils des Landgerichts Bonn (Aktenzeichen 1 O 407/20), zugestellt am 28.05.2025 sinn gemäß,
- 40 *die Beklagte zu verurteilen, an die R. Z., über den durch das Landgericht bereits unter 1. zugesprochenen Betrag von 2.005.221,72 EUR hinaus weitere EUR*

- 188.116,73, und Zinsen auf den Gesamtbetrag in Höhe von EUR 2.193.338,45 in Höhe von 9%-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 07.05.2020 zu zahlen,
- 41 die Beklagte zu verurteilen, an die R. Z., weitere EUR 1.067.251,50 nebst Zinsen hieraus in Höhe von 9%-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 07.05.2020 für die gelieferte Mehrmenge zu zahlen.
- 42 Hilfsweise für den Fall, dass das Gericht im Hinblick auf den Klageantrag zu 1) zu dem Ergebnis kommt, dass kein unbedingter Zahlungsanspruch besteht, beantragt die Klägerin,
- 43 die Beklagte zu verurteilen, an die R. Z., über den durch das Landgericht bereits unter 1. zugesprochenen Betrag von 2.005.221,72 Euro hinaus weitere 188.116,73, und Zinsen auf den Gesamtbetrag in Höhe von 2.193.338,45 Euro in Höhe von 9%-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 07.05.2020 Zug-um-Zug gegen Lieferung von 800.000 Stück Schutzmasken, die der Leistungsbeschreibung des zwischen den Parteien geschlossenen Open-House Vertrages über die Lieferung von Schutzausrüstung entsprechen, zu zahlen.
- 44 festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Gegenleistung gemäß vorstehendem Antrag seit 30. April 2020 in Annahmeverzug befindet.
- 45 Die Beklagte beantragt,
- 46 die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.
- 47 Sowie unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Bonn vom 28.05.2025, Az. 1 O 407/20, sowie des Vorbehaltsurteils des Landgerichts Bonn vom 11.08.2021,
- 48 die Klage abzuweisen,
- 49 der am 27.12.2023 erhobenen Hilfswiderklage in Gestalt des in der mündlichen Verhandlung vom 02.04.2024 (Sitzungsprotokoll vom 02.04.2025, Seite 11) gestellten Antrags auf Feststellung der Verpflichtung zur Erstattung der Lagerungskosten, auf Feststellung des Annahmeverzugs der Klägerin und auf Verurteilung zur Abholung der streitgegenständlichen Schutzmasken stattzugeben,
- 50 sowie der ebenfalls am 27.12.2023 erhobenen Widerklage in Gestalt des in der mündlichen Verhandlung vom 02.04.2024 (Sitzungsprotokoll vom 02.04.2025, Seite 11) gestellten Antrags auf Zahlung von EUR 50.122,80 nebst Zinsen hieraus in Höhe von 9%-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 30.03.2021 vollumfänglich stattzugeben,
- 51 äußerst hilfsweise unter der Bedingung, dass (i) der Rücktritt aus anderen Gründen als der Mangelfreiheit der Atemschutzmasken unwirksam ist und zusätzlich (ii) die Beklagte bezüglich der streitgegenständlichen angelieferten Atemschutzmasken zur Zahlung des Kaufpreises verurteilt wird, ohne dass die Klägerin Zug-um-Zug zur Ersatzlieferung verpflichtet wird,
- 52 die Klägerin zu verurteilen, an sie 2.762.060 mangelfreie FFP2 Schutzmasken entsprechend der Beschreibung der Produktgruppe "FFP2 Masken" der Leistungsbeschreibung (Anlagenkonvolut B 1) in der Anlage 1 der zwischen den Parteien am

08.04.2020 und 10.04.2020 geschlossenen Verträge im Wege der Nacherfüllung zu liefern, Zug-um-Zug gegen Herausgabe der von der Klägerin unter den Avisnummern N12, N13, N14, N15, N16, N13-B; N10; N11; N17 und N18 gelieferten und bei der Beklagten noch lagernden (derzeitiger Lagerort: U., V.-straße, X.) mangelhaften Schutzmasken.

53 Die Klägerin beantragt,

54 *die Berufung der Beklagten sowie deren Widerklagen abzuweisen.*

55 Die Beklagte meint, der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag sei gemäß § 134 BGB i. N10 m. der VO PR Nr. 30/53 a.F. (teil-)nichtig (277 ff. OLG-A). Diese sei uneingeschränkt anwendbar. Maßgeblich sei insoweit nur, ob ein öffentlicher Auftrag im Sinne von § 2 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 a.F. vorliege. Eine gesetzliche Ausnahme für öffentliche Aufträge, die im Rahmen eines Open-House-Verfahrens geschlossen würden, existiere nicht. Eine solche wäre auch mit dem Schutzgedanken der Preis VO 30/53 a.F. nicht zu rechtfertigen. Entsprechend habe auch der 18. Zivilsenat des OLG Köln einen Verstoß herausgearbeitet. Die im Open-House-Verfahren vereinbarten Preise seien mit der VO PR Nr. 30/53 a.F. nicht vereinbar. Ein Marktpreis sei zum damaligen Zeitpunkt nicht feststellbar gewesen, sodass der sogenannte Selbstkostenpreis maßgeblich sei. Selbst wenn man von einem Markt ausgehe, erfordere die Bestimmung des sog. betriebssubjektiven Marktpreises substantiierten Klägervortrag. Eine Annäherung an den vereinbarten Preis mithilfe des § 4 Abs. 4 VO PR Nr. 30/53 a.F. scheide in jedem Fall aus. Die Anwendung verstoße auch nicht gegen das Transparenzgebot, weil ein Hinweis auf geltendes nationales Recht in Ausschreibungsunterlagen für einen öffentlichen Auftrag auch bei grenzüberschreitenden Ausschreibungen nicht erforderlich sei, ein nachträgliches Regulativ etwa auch aus dem Rechtsinstitut der Störung der Geschäftsgrundlage bekannt sei, auch in anderen Rechtsordnungen vorkomme und deshalb nicht unvorhersehbar sei (Bl.1258 ff. OLG-A).

56 Der Klägerin fehle zudem die Aktivlegitimation (Bl. 234 OLG-A), weil die Rückabtretung der Klageforderung i.H.v. 300.023,80 EUR nicht nachgewiesen sei. Das Finanzamt Heidelberg habe die Rückabtretung lediglich i.H.v. 5.301.435 EUR erklärt.

57 Zudem meint die Beklagte, sie sei ohne Nachfristsetzung zum Rücktritt berechtigt gewesen. Dies folge bereits daraus, dass die Klägerin die Masken unter Eigentumsvorbehalt geliefert habe (Bl. 234 OLG-A). Im Übrigen sei eine Nachfrist gemäß Ziffer 3.2 des Open-House-Vertrags entbehrlich gewesen (Bl. 236 ff OLG-A). Dies gelte unabhängig davon, ob dort ein absolutes oder ein relatives Fixgeschäft vereinbart gewesen sei. Eine Unterscheidung zwischen der nicht rechtzeitigen Lieferung und der nicht rechtzeitigen mangelfreien Lieferung sei vertraglich nicht vereinbart gewesen. Die Klausel halte auch bei einer solchen Auslegung einer AGB-Kontrolle stand. Im Übrigen sei die Fristsetzung auch gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB in der bis zum 31.12.2021 geltenden Fassung (im Folgenden: "**BGB a.F.**") bzw. § 440 BGB a.F. entbehrlich gewesen (Bl. 265 OLG-A).

58 Im Hinblick auf die behauptete Mangelhaftigkeit der gelieferten KN95-Masken meint die Beklagte, die Beweisaufnahme sei zu wiederholen, weil die durch den Sachverständigen vorgenommene Testung zur Feststellung einer als mangelhaft gerügten Filterleistung unvollständig sei. Der Sachverständige lege einen falschen Qualitätsstandard an, was sich aus Aussagen von anderen Sachverständigen ergebe. Bei Anlegung des richtigen Maßstabs ergäben die Messungen des Sachverständigen bereits die Mangelhaftig-

keit. Darüber hinaus sei der Sachverständige im Rahmen der Beweisaufnahme auch zur Ermittlung von Mindesthaltbarkeitsdaten der gelieferten Masken gehalten gewesen. Es obliege nicht der Beklagten diese vorzutragen. Zudem verbiete sich eine mathematische Rückrechnung einer nachträglich festgestellten Mangelhaftigkeit ausgehend vom Mindesthaltbarkeitsdatum auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs. Um festzustellen, ob die "schlechten" durch den Sachverständigen gemessenen Durchlasswerte alterungsbedingt zu erklären seien oder einen Rückschluss auf eine Mangelhaftigkeit bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs zuließen, sei eine Prüfung von Verpackung, Aufbau, Schichtaufbau, Herstellungstechnik der Vliesstofflagen und Material erforderlich (Bl. 218 OLG-A). Die Stichprobenanzahl sei nicht repräsentativ, insbesondere, weil keine Prüfung der Homogenität erfolgt sei.

- 59 Im Hinblick auf die übrigen behaupteten Mängel (Bl. 223ff., 227 ff. 233ff. OLG-A) hätten ebenfalls nicht schlicht Alterungsprozesse als Ursache zugrunde gelegt werden dürfen, ohne die jeweils als Zeugen benannten S.-Prüfer zu vernehmen.
- 60 Schließlich meint sie, es bedürfe einer Vertragsanpassung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage (Bl. 289 OLG-A), wenn man von einer Nacherfüllungspflicht der Klägerin ausgehe. Die Vertragsbedingungen des Open-House-Verfahrens seien vor dem Hintergrund der grassierenden Pandemie und der akuten Mangellage im Bereich der persönlichen Schutzausrüstungen vereinbart worden und die besondere Situation habe sich insbesondere auch für die Bildung der Preisvorstellungen inzwischen maßgeblich verändert.
- 61 Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

- 62 Die Berufung der Beklagten und die Berufung der Klägerin sind zulässig, in der Sache hat die Berufung der Beklagten keinen Erfolg; die Berufung der Klägerin hat insoweit Erfolg, als sie sich gegen die Zug-um-Zug Verurteilung und die Abweisung eines Teils der Verzugszinsen richtet; sie hat ebenfalls Erfolg, soweit sie sich gegen die Feststellung des Aufwendungsersatzanspruchs im Zusammenhang mit der Lagerung der noch bei der Beklagten befindlichen, unter den Avisnummern N10 und N11 gelieferten, als mangelhaft gerügten Schutzmasken und ihre Verurteilung zu deren Abholung richtet.
- 63 A. Das Landgericht hat aus im Wesentlichen zutreffenden Gründen das klagezusprechende Vorbehaltsurteil vom 11.08.2021 weitestgehend aufrechterhalten. Zutreffend wäre es gewesen, es insgesamt aufrecht zu erhalten.
- 64 Im Einzelnen:
- 65 1. Der Klägerin steht ein Anspruch gegen die Beklagte auf restliche Kaufpreiszahlung gemäß § 433 Abs. 2 BGB a.F. in Höhe von insgesamt 14.406.973,32 EUR nebst ausgerechnetem Zinsen bis zum 13.12.2020 in Höhe von 1.356.231,09 EUR abzüglich darauf geleisteter Zahlung in Höhe von 514.074,51 EUR aus §§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 2 BGB a.F. zu. Soweit die titulierte Forderung im Vorbehaltsurteil davon abweicht, beruht dies auf einer unzutreffenden Berechnung, an die der Senat aufgrund der Bindungswirkung des Vorbehaltsurteils für das Nachverfahren jedoch gebunden ist.

- 66 Im Einzelnen:
- 67 a. Das Landgericht ist zunächst zutreffend von der Aktivlegitimation der R. Z. und von der Berechtigung der Klägerin, den Prozess gem. § 265 Abs. 2 ZPO im eigenen Namen fortzuführen, ausgegangen.
- 68 Soweit die Beklagte sich darauf beruft, der Anspruch habe bei Abtretung an die R. Z. der Klägerin nicht vollständig zugestanden, weil der Anspruch zuvor bereits an das Land Baden-Württemberg, vertreten durch das Finanzamt Heidelberg, abgetreten gewesen und eine Rückabtretung nur in Höhe von 5.301.435 EUR erfolgt sei (Bl 234 OLG-A), verfängt dies nicht. Die in der Rückabtretungserklärung mit 5.301.435 EUR bezifferte Forderung ergibt sich nämlich zwanglos aus der Höhe der ursprünglich abgetretenen Forderung (6.891.886 EUR) abzüglich der durch die Beklagte an das Finanzamt Heidelberg geleisteten Zahlung in Höhe von 1.590.435,00 EUR, durch die die abgetretene Forderung vollständig getilgt und damit der Sicherungszweck entfallen war. Es kann dahinstehen, ob es nach dem Wegfall des Sicherungszwecks einer ausdrücklichen Rückabtretung überhaupt noch bedurfte und nicht etwa bereits nach dem Wegfall des Sicherungszwecks von einer stillschweigenden Rückabtretung auszugehen ist (vgl. BGH NJW 1986, 977). Denn jedenfalls hat das Finanzamt Heidelberg mit Erklärung vom 14.12.2021 (Bl. 1537 f. LG-A) die gesamte, abgetretene Forderung an die Klägerin zurückabgetreten.
- 69 Abtretungsvereinbarungen unterliegen wie andere Verträge der Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) wobei auch die Umstände des Falles mit einzubeziehen sind (vgl. BGH, DStR 2003, 1990, beck-online). Bei Anlegung dieses Maßstabs ist die Rückabtretung des Finanzamts vom 14.12.2021 (Bl. 1537 f. LG-A) im Zusammenhang mit der Erklärung vom 28.12.2020 (Anlage K 29, Bl. 938 LG-A) unmissverständlich dahingehend zu verstehen, dass der gesamte an das Finanzamt abgetretene Anspruch rückabgetreten werden sollte. In der Erklärung vom 28.12.2020 hatte das Finanzamt Heidelberg bereits angegeben, nach der Zahlung der Beklagten auf die Forderung des Landes Baden-Württemberg keine Rechte mehr aus dem Abtretungsvertrag vom 03.09.2020 geltend zu machen. Der Wille, davon abzuweichen, ist der Erklärung vom 14.12.2021 unter Berücksichtigung der Umstände, unter denen sie abgegeben wurde, nicht zu entnehmen. Denn das Finanzamt Heidelberg hatte sich lediglich durch einen Hinweis des Ausgangsgerichts vom 21.07.2021 (Bl. 1266 LG-A), wonach in der Erklärung vom 28.12.2020 der Wille zur Rückabtretung nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck komme, dazu veranlasst gesehen, die Rückabtretung nochmal - diesmal ausdrücklich - zu erklären. Dass die Beseitigung der durch das Ausgangsgericht aufgeworfenen Zweifel an der Eindeutigkeit des Rückabtretungswillens das einzige Motiv für die erneute Erklärung darstellte und damit nicht zugleich eine Beschränkung der von der Rückabtretung umfassten Forderung verbunden sein sollte, hat das Finanzamt Heidelberg dadurch dokumentiert, dass es die gesamte Abtretungshistorie, einschließlich der Erklärung vom 28.12.2020 - ohne einen Hinweis, inhaltlich von dieser Erklärung abweichen zu wollen - in die Rückabtretungserklärung des Finanzamts Heidelberg vom 21.07.2021 aufgenommen hat (Bl. 1537 LG-A). Dass sich das Finanzamt einen Teil der sicherheitshalber abgetretenen Forderung entgegen der Erklärung, keine Rechte mehr geltend zu machen, vorbehalten hätte, ist vor diesem Hintergrund aus der maßgeblichen Sicht eines objektiven Empfängers ausgeschlossen.
- 70 b. Der Anspruch auf Kaufpreiszahlung aus § 433 Abs. 2 BGB a.F. ist durch die fünf zwischen dem 06.04.2020 und 08.04.2020 abgegebenen Angebote der Klägerin (Anlagen K

3-K N06, Bl. 25ff LG-A) und die von der Generalzolldirektion darauf am 08.04.2020 und 10.04.2020 erteilten Zuschläge (Anlagen K 8-K 12, Bl. 155, 159, 163, 167, 170 LG-A) entstanden.

- 71 Durch die mit E-Mails vom 06.04.2020 und 08.04.2020 übermittelten Angebotsformulare über die Lieferung von insgesamt 10.000.000 Masken des Typs KN95 aus der Produktgruppe "FFP2 Masken" der Leistungsbeschreibung und 2.000.000 OP-Masken hat die Klägerin angeboten, an die Beklagte Masken zu den Bedingungen des Liefervertrags über Schutzausrüstung (Anlage K 3, Bl. 28 ff. LG-A; im Folgenden: "**Liefervertrag**") zu liefern, und zwar mit den Angeboten 1 und 2 mit den Auftragsnummern N20 und N21 die Lieferung von je 1.000.000 Masken des Typs KN95 und von je 1.000.000 OP-Masken; mit dem Auftrag zu 3 mit der Auftragsnummer N22 1.000.000 Masken des Typs KN95, mit dem Auftrag zu 4, N23, 3.000.000 Masken des Typs KN95 und mit dem Auftrag zu 5, N24, 4.000.000 Masken des Typs KN95. Gegenstand der Angebote waren jeweils der den Angebotsformularen beigefügte Liefervertrag, wie es in dem von der Klägerin ausgefüllten Angebotsformular (Bl. 27 LG-A) ausdrücklich formuliert ist, sowie die gemäß § 2, Ziff. 2.1 a. dieses Liefervertrags zum Vertragsbestandteil erklärte Leistungsbeschreibung (Anlage B1, Bl. 603 LG-A) mit den Stückpreisen für die einzelnen Produktgruppen. Durch die Angebotsübersendung hat die Klägerin zugleich die Ausschreibungsunterlagen (Aufforderung zur Angebotsabgabe, Anlage K1, Bl. 19 ff. LG-A) einschließlich der Teilnahmebedingungen (Anlage K2, Bl. 22 LG-A) zur Grundlage ihrer Vertragsangebote erklärt. So sieht es die Aufforderung zur Angebotsabgabe (Anlage K1, Bl. 19 LG-A) vor. Auf diese hat sich die Klägerin in ihren Angeboten durch Verweis auf das "Open-House-Verfahren Vergabe 333-2020-0110" ausdrücklich bezogen.
- 72 Das rechtsverbindliche Angebot (§ 145 BGB) zum Vertragsschluss zu den o.g. Bedingungen erfolgte nicht bereits durch die Auftragsbekanntmachung der Beklagten, sondern erst durch Übersendung der Angebotsformulare durch die Klägerin. So sehen es die zur Vertragsgrundlage erklärten Teilnahmebedingungen und der Liefervertrag übereinstimmend und ausdrücklich für das Zustandekommen eines Liefervertrages vor, dass der jeweilige Lieferant ein Angebot abgibt, für das ein Zuschlag durch die Beklagte, vertreten durch die Generalzolldirektion, erteilt wird. Denn unter III. der dem Angebot zugrundeliegenden Teilnahmebedingungen (Anlage K 2, Bl. 22 LG-A) wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Beitritt zu dem Vertragssystem bzw. der Vertragsschluss zwischen Auftraggeber und Lieferant durch Zuschlagserteilung auf das Angebot erfolgt. Zugleich wird an selber Stelle ausgeführt, dass auch eine Ablehnung des Angebotes eines Interessenten jedenfalls für den Fall in Betracht kommt, dass dieser die formellen Vorgaben für das Open-House-Verfahren nicht einhält. Korrespondierend dazu ist dem Liefervertrag unter § N06, ZiffN05.1 (Anlage K 3, Bl. 32 LG-A) zu entnehmen, dass der Vertrag "mit Zuschlagserteilung des AG auf das im Open-House-Verfahren abgegebene Angebot des AN in Kraft {tritt} und [...] mit Ablauf des 30.04.2020 [endet]". Zusätzlich ergibt sich dies auch aus dem in Fettdruck hervorgehobenen Schlusssatz des Liefervertrags: "Der Vertrag bedarf keiner Unterschrift und wird mit Zuschlagserteilung des AG auf das vom AN im Open-House-Verfahren abgegebene Angebot geschlossen." (Anlage K 3, Bl. 32 LG-A). Auch der zur Vertragsgrundlage erklärten "Aufforderung zur Angebotsabgabe" liegt erkennbar die Vorstellung zugrunde, dass seitens der Interessenten kein etwaiges rechtsverbindliches Angebot der Beklagten angenommen, sondern lediglich ein Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrages abgegeben wird (Anlage K 1, Bl. 19 ff LG-A). Denn es wird

darin durchgängig nicht etwa zur Angebotsannahme, sondern zur Abgabe eines Angebots aufgefordert.

- 73 In § 1 des Liefervertrages (Anlage K 3, Bl. 28 ff LG-A) wird unter dem Gegenstand des Vertrages ausdrücklich von der Lieferung von Produkten der "folgenden Produktgruppe" gesprochen. Davon trägt eine Produktgruppe die Bezeichnung "FFP2 Masken" (Bl. 30 LG-A).
- 74 Durch Übersendung der Zuschläge an die Klägerin (Anlagen K8-K12, Bl. 155, 159, 163, 167, 170 LG-A) hat die Beklagte die Angebote der Klägerin angenommen und sich somit als Gegenleistung für die Lieferung der angebotenen Schutzausrüstung zur Zahlung der in der Leistungsbeschreibung aufgeführten Stückpreise von 4,50 EUR netto je Maske - eben auch - des Typs KN95 und je 0,60 EUR netto je OP-Maske (Anlage B1, Bl. 603 LG-A in der rechten Spalte) verpflichtet, § 433 Abs. 2 BGB a.F.. So ist in § 4 Ziff. 4.1 des Liefervertrags (Anlage K3, Bl. 31 LG-A) bestimmt, dass sich die Vergütung nach der vom Auftragnehmer gelieferten Menge und dem in der Leistungsbeschreibung (Anlage 1) für die vertragsgegenständliche Produktgruppe festgelegten Netto-Stückpreis zzgl. der gesetzlichen Umsatzsteuer richtet.
- 75 c. Das Landgericht hat den Kaufpreisanspruchs auf dieser Grundlage zutreffend mit insgesamt 54.978.000 EUR beziffert. In Höhe von 53.550.000 EUR ergibt sich die Anspruchshöhe durch Multiplikation der Anzahl der bestellten KN95-Masken (10.000.000) mit dem Stückpreis von 4,50 EUR netto zuzüglich 19 % USt. In Höhe von weiteren 1.428.000 EUR ergibt sich die Vergütung durch Multiplikation der Anzahl der bestellten OP-Masken (2.000.000) mit dem Stückpreis von 0,60 EUR netto zuzüglich 19 % USt.
- 76 d. Das Landgericht ist im Ergebnis zu Recht nicht von der Teilnichtigkeit der Lieferverträge gemäß § 134 BGB wegen eines Verstoßes gegen § 1 Abs. 3 VO PR Nr. 30/53 a.F. ausgegangen. Es kann dahinstehen, ob aus anderen - materiellen - Gründen, wie sie etwa das Landgericht angenommen hat, eine Teilnichtigkeit gem. § 134 BGB ausscheiden würde bzw. es der Beklagten gemäß § 242 BGB verwehrt wäre, sich auf eine etwaige Teilnichtigkeit zu berufen.
- 77 Denn jedenfalls würde die Anwendung der VO PR Nr. 30/53 a.F. auf die auf der Grundlage des Open-House-Verfahrens vereinbarten Preise zu einer Kollision des Open-House-Verfahrens mit dem im europäischen Gemeinschaftsprimärrecht verankerten Transparenzgebot führen. Das führt dazu, dass die VO PR Nr. 30/53 a.F. wegen des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts auf die von den Parteien vereinbarten Preise nicht anzuwenden ist. Denn eine Herabsetzung des zwischen den Parteien vereinbarten Maskenpreises anhand der nach deutschem Recht zwingend anzuwendende VO PR Nr. 30/53 a.F. (dazu aa.) verstößt nach der Ausgestaltung des hier durchgeführten Open-House-Verfahrens (dazu bb. (1)) gegen das dem europäischen Primärrecht entstammende Transparenzgebot (dazu bb. (2)). Dies führt dazu, dass die in der Normenhierarchie unter dem Gemeinschaftsrecht stehende VO PR Nr. 30/53 a.F. im Wege des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts unangewendet zu bleiben hat (dazu bb (3)).
- 78 Im Einzelnen:
- 79 aa. Gem. § 12 der aktuellen Fassung der VO PR Nr. 30/53 fände die VO PR Nr. 30/53 in der bis zum Ablauf des 31.03.2022 geltenden Fassung (VO PR Nr. 30/53 a.F.) Anwen-

derung, weil das streitgegenständliche Open-House-Verfahren vor dem 01.04.2022 stattfand (so auch OLG Köln Urt. v. 06.02.2025 - 8 U 38/23, Rn 104).

- 80 Wie das Landgericht - zu Recht - angenommen hat, wären die zwischen den Parteien vereinbarten Preise bei uneingeschränkter Anwendung der VO PR Nr. 30/53 a.F. einer nachträglichen Preisüberprüfung zu unterziehen, was dazu führen könnte, dass die Klägerin infolge der aus § 134 BGB folgenden Teilnichtigkeit des Vertrags anstelle der vereinbarten Preise lediglich deutlich darunter liegende Preise verlangen könnte.
- 81 (1) Gemäß § 1 Abs. 3 VO PR Nr. 30/53 a.F. dürfen für Leistungen auf Grund öffentlicher Aufträge höhere Preise nicht gefordert, versprochen, vereinbart, angenommen oder gewährt werden, als nach den Bestimmungen der VO PR Nr. 30/53 a.F. zulässig ist. "Öffentliche Aufträge" sind gemäß § 2 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 a.F. Aufträge des Bundes, der Länder, der Gemeinden und Gemeindeverbände und der sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, also auch ein solcher der Beklagten. Ein Ausnahmetatbestand nach § 2 Abs. 2 (öffentlich-rechtliche Unternehmen im Wettbewerb mit privaten Unternehmen) bzw. Abs. 5 VO PR Nr. 30/53 a.F. (Bauleistungen) liegt nicht vor. Deshalb wäre - anders als die Klägerin meint - die VO PR Nr. 30/53 a.F. grundsätzlich unter Betrachtung allein des deutschen Rechts auch im hier vorliegenden Open-House-Verfahren anwendbar und für beide Seiten verbindlich. Dem steht - anders als die Klägerin meint - nicht entgegen, dass die Parteien den hier streitgegenständlichen Liefervertrag vor dem Hintergrund eines Open-House-Verfahrens geschlossen haben. Zwar hat der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 02.06.2016 ("Dr. Falk Pharma" - C-410/14, NZBau 2016, 441 Rn. 42, beck-online) entschieden, dass ein öffentlicher Auftrag im Sinne der europäischen Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge nicht vorliegt, wenn ein Open-House-Verfahren durchgeführt wird, in dem keine Auswahlentscheidung zwischen den Anbietenden getroffen wird.
- 82 Dies heißt jedoch nicht, dass bei in Open-House-Verfahren geschlossenen Lieferverträgen, wie den hiesigen, kein öffentlicher Auftrag im Sinne der VO PR Nr. 30/53 a.F. vorliegen würde, denn die VO PR Nr. 30/53 a.F. beruht nicht auf der Richtlinie 2004/18/EG (oder deren Nachfolgerichtlinie 2014/24/EU) und folgt nach ganz überwiegender Ansicht einem eigenen, weitergehenden Begriffsverständnis als die Richtlinie und das darauf beruhende deutsche Vergaberecht (insbesondere § 97 GWB a.F.; § 103 GWB n.F.).
- 83 Denn obwohl sowohl in der VO PR Nr. 30/53 a.F. als auch in § 97 GWB a.F. der "öffentliche Auftrag" zur Begrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs herangezogen wird, handelt es sich nicht um einen identischen sachlichen Anwendungsbereich, weil bei der jeweiligen Begriffsbestimmung die unterschiedlichen Zielrichtungen der Vorschriften und die unterschiedliche Normenhierarchie zu berücksichtigen sind. So wurden in § 97 GWB a.F. die Vorgaben der Richtlinie 2004/18/EG umgesetzt, mit der die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union koordiniert und im Sinne der europäischen Grundfreiheiten - insbesondere des Gleichheitsgebots und des Diskriminierungsverbots - vereinheitlicht wurden. Wenn - etwa weil alle Teilnehmer den Zuschlag erhalten - keine Auswahlentscheidung getroffen wird, liegt dies außerhalb des Anwendungsbereichs der genannten Vorschriften; es liegt deshalb kein "öffentlicher Auftrag" vor.
- 84 Mit der rein nationalen, ursprünglich 1953 gefassten VO PR Nr. 30/53 a.F. soll hingegen die Preisbildung bei allen Lieferungen und Leistungen, bei denen die öffentliche Hand Vertragspartner ist, zur Verhinderung überhöhter Preise reguliert werden. Dieser

Zweck gilt bei jeder Art der Beschaffung, unabhängig von der Art der Beschaffung und unabhängig von der durch die öffentliche Hand getroffenen Auswahlentscheidung. So wird als öffentlicher Auftrag im Sinne der VO PR Nr. 30/53 a.F. jede staatliche Beschaffung in Form entgeltlicher Austauschverträge *unabhängig von der konkreten Art der Beschaffung* verstanden (vgl. Übersicht bei Dörr, NZBau 2025, 539 Rn. 12, beck-online, der selbst jedoch von einem engeren Begriffsverständnis ausgeht, dass dem der Richtlinie 2004/18/EG bzw. der 2014/24/EU entspricht).

- 85 (2) Die Anwendung der VO PR Nr. 30/53 a.F. auf die hier streitgegenständlichen Lieferverträge würde dazu führen, dass die Klägerin anstelle der vereinbarten Preise u.U. lediglich weit darunter liegende Selbstkostenpreise verlangen könnte (vgl. OLG Köln, Urteil vom 15.05.2025, 18 U 97/23, NZBau 2025, 586, beck-online) und zwar auch, wenn die nach § 9 der VO PR Nr. 30/53 a.F. für die Preisbildung und Preisüberwachung zuständige Behörde von einer nachträglichen Preisprüfung absieht. Denn Verträge, die unter Verstoß gegen die VO PR Nr. 30/53 a.F. zustande gekommen sind, sind grundsätzlich nach § 134 BGB teilnichtig, d.h., dass das jeweilige Rechtsgeschäft als zu den preisrechtlich zulässigen Preisen wirksam zustande gekommen betrachtet wird (Burgi, VergabeR, 4. Aufl. 2025, Erstes Kap. Rn. 32, beck-online). Dies würde auch ohne eine Preisprüfung durch die gemäß § 9 VO PR Nr. 30/53 a.F. zuständige Behörde dazu führen, dass die Klägerin u.U. letztlich nicht die mit der Beklagten vereinbarten Preise verlangen könnte.
- 86 bb. Es kann dahinstehen, ob eine solche nachträgliche Preisprüfung auch aus anderen Gründen, etwa infolge verfassungskonformer Auslegung der VO PR Nr. 30/53 a. F. zu einer Erhaltung der von den Parteien vereinbarten Preise führen kann (so der 26. Senat des OLG Köln, Urteil vom 12.11.2025, 26 U 49/24, BeckRS 202531681 beck-online, Rn. 97, 104), wer die primäre und wer die sekundäre Darlegungslast für eine Überschreitung der Höchstpreise gem. § 1 Abs. 3 VO PR Nr. 30/53 a. F. trägt (vgl. OLG Köln, Urteil vom 06.02.2025 - 8 U 38/23 - NZBau 2025, 596 Rn. 185, beck-online; OLG Köln Urteil vom 14.05.2025 - 26 U 17/24, BeckRS 2025, 11547 Rn. 54, beck-online) oder ob es der Beklagten gem. § 242 BGB verwehrt wäre, sich auf eine Teilnichtigkeit gemäß § 134 BGB wegen eines Verstoßes gegen die VO PR Nr. 30/53 a. F. zu berufen, wie das Ausgangsgericht angenommen hat (ebenso OLG Köln, Urteil vom 14.05.2025, - 26 U 17/24, BeckRS 2025, 11547 Rn. 57, beck-online). Allen vorgenannten Ansätzen stimmt der Senat zwar insoweit zu, als dass eine nachträgliche Herabsetzung der durch die Beklagte selbst bestimmten Preise ohne jeden Hinweis einer nachträglichen Überprüfung nicht hinnehmbar erscheint. Auf der anderen Seite begegnet auch die Überlagerung des Verbotszwecks der national zwingenden VO PR Nr. 30/53 a. F. durch auf der gleichen Normebene stehende Billigkeitserwägungen Bedenken (vgl. OLG Köln, Urteil vom 10.04.2025 - 18 U 97/23 - NZBau 2025, 586, beck-online). Wie dies nach nationalem Recht aufzulösen wäre, kann indes dahinstehen.
- 87 Denn die Beklagte hat es unter Verstoß gegen das unmittelbar aus dem AEUV folgende Transparenzgebot jedenfalls versäumt, auf die Möglichkeit einer nachträglichen Herabsetzung der vereinbarten Preise hinzuweisen und eine solche Preisprüfung durch die gemäß § 9 VO PR Nr. 30/53 a. F. zuständige Behörde für alle im Rahmen des Open-House-Verfahrens geschlossenen Lieferverträge durchzuführen. Dies hat zur Folge, dass die VO PR Nr. 30/53 a. F. im Wege des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsprimärrechts im hiesigen Fall nicht angewendet werden darf.
- 88 (1) Weder der Leistungsbeschreibung, noch dem Liefervertrag oder den dem Angebot zugrundeliegenden Teilnahmebedingungen ist ein Hinweis darauf zu entnehmen, dass

die Preise einer nachträglichen Überprüfung am Maßstab der VO PR Nr. 30/53 a. F. - sei es durch die Behörden für die Preisüberprüfung, sei es im Wege einer gerichtlichen Inzidenzprüfung - unterliegen. In der Leistungsbeschreibung (Anlage B 1, Bl. 603 LG-A) sind in der rechten Spalte unter der Überschrift "Preis pro Stück (EUR) netto" lediglich die Beträge 4,50 für FFP2 Masken (im Sinne der Leistungsbeschreibung) und 0,60 für OP-Masken eingetragen. Der Liefervertrag verweist unter der Überschrift "Vergütung" in § 4 Ziff. 4.1 auf die Preisvorgaben der Leistungsbeschreibung, ohne die VO PR Nr. 30/53 a. F. oder die Möglichkeit einer späteren Überprüfung der Preisangemessenheit zu erwähnen (Anlage K 3, Bl. 31 LG-A). Ferner wurde in den dem Angebot zugrundeliegenden Teilnahmebedingungen (dort unter III., Anlage K 2, Bl. 22 LG-A) der Zuschlag zum Angebot der Interessenten ausdrücklich davon abhängig gemacht, dass die "vorgegebenen Preise" akzeptiert werden. Auch hier fehlt es an einem Hinweis darauf, dass die "vorgegebenen Preise" einer nachträglichen Überprüfung am Maßstab der VO PR Nr. 30/53 a. F. unterliegen. Schließlich ist auch der Auftragsbekanntmachung kein Hinweis auf eine nachträgliche Überprüfung, verbunden mit einer möglichen Herabsetzung der in der beigefügten Leistungsbeschreibung vorgegebenen Preise zu entnehmen. Stattdessen wird auch darin vorbehaltlos auf die "vorgegebenen Preise" verwiesen. So heißt es darin unter II.2.4) (Anlage B1, Bl. 595 LG-A):

- 89 *"Insbesondere sind die vorgegebenen Preise zu akzeptieren. Die Anforderungen an die einzelnen Produktgruppen und die jeweiligen Preise sind in der Leistungsbeschreibung aufgeführt."*
- 90 Die Beklagte hat auch unstreitig keine einheitliche Preisüberprüfung durch die gemäß § 9 VO PR Nr. 30/53 a. F. zuständigen Behörden durchgeführt. So ist sie nach eigenem Vortrag im Schriftsatz vom 21.03.2025 (Bl. 4155 LG-A) bis dahin selbst davon ausgegangen, dass die VO PR Nr. 30/53 a.F. auf das vorliegende Verfahren keine Anwendung finde.
- 91 (2) Ein deutlicher Hinweis auf eine nachträgliche Preisüberprüfung an den oben genannten Stellen und eine dementsprechende einheitliche Preisüberprüfung durch die gem. § 9 VO PR Nr. 30/53 a.F. zuständigen Behörden wäre jedenfalls erforderlich gewesen, um das Open-House-Verfahren im Hinblick auf das dem AEUV immanente Transparenzgebot gemeinschaftsrechtskonform zu gestalten.
- 92 (a) Das Transparenzgebot hat seinen Ursprung im europäischen Primärrecht; der Europäische Gerichtshof leitet es insbesondere aus dem in Art. 18, 49, 56 AEUV geregelten Diskriminierungsverbot und dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz ab. Es hat Eingang in das vergaberechtliche Sekundärrecht gefunden, etwa in die vergaberechtlichen Richtlinien RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG bzw. 2014/24/EU, ist aber aufgrund seiner Ableitung aus den Diskriminierungsverboten und dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz dem europäischen Primärrecht zuzuordnen (vgl. EuGH, Urteil vom 05.06.2025 - C 82/24 "Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S. A./Veolia Water Technologies sp. z oo, Krüger A/S, OTV France, Haarslev Industries GmbH, Warbud S. A.", NZBau 2025, 575, Rn. 30, beck-online).
- 93 Zwar ist es bislang fast ausschließlich im Zusammenhang mit Vergabeverfahren im engeren Sinne diskutiert und ausgeformt worden, d.h. solchen Verfahren, bei denen der jeweilige Auftraggeber eine Auswahl unter den zulässigen Angeboten trifft, also einen Anbieter auswählt (vgl. EuGH, Urteil vom 18.10.2001 - "SIAC Construction Ltd" - C 19/00, NZBau 2001, 693, beck-online; EuGH, Urteil vom 07.12.2000 - "Telaustria" - C-324/98

Rn. 60, NZBau 2001, 148, beck-online; EuGH, Urt. v. 10.10.2013 - "Manova A/S" - C-336/12, NZBau 2013, 783, beck-online; EuGH, Urteil vom 05.06.2025 - C 82/24 "Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S. A./Veolia Water Technologies sp. z oo, Krüger A/S, OTV France, Haarslev Industries GmbH, Warbud S. A.", NZBau 2025, 575, beck-online).

- 94 Der Europäische Gerichtshof hat jedoch klargestellt, dass es auch in sog. Open-House-Verfahren zu beachten sei, wenn ein eindeutiges, grenzüberschreitendes Interesse besteht (vgl. EuGH, Urteil vom 02.06.2016, "Dr. Falk Pharma" - C-410/14, NZBau 2016, 441 Rn. 39 ff., beck-online). Denn auch wenn sich das europäische Sekundärrecht (etwa die Richtlinie 2004/18/EG bzw. 2014/24/EU) auf Vergabeverfahren im engeren Sinne beschränkt - also solchen, in denen zwischen mehreren Anbietern einer oder mehrere ausgewählt werden - gilt das europäische Primärrecht für jedwedes Verwaltungshandeln mit grenzüberschreitendem Bezug. Deshalb wäre das Transparenzgebot auch im hiesigen Open-House-Verfahren, das offensichtlich und unstreitig von hohem grenzüberschreitendem Interesse begleitet war, zu beachten (EuGH, Urteil vom 02.06.2016, "Dr. Falk Pharma" - C-410/14, NZBau 2016, 441 Rn. 44., beck-online; Gaßner, Verwendungsrechte: Aufklärungs- und Informationspflichten im Open-House-Verfahren, GuP 2021, 148, beck-online). Denn dass das Open-House-Verfahren regelmäßig mangels Auswahlentscheidung die europäischen Grundsätze, insbesondere den Gleichheitsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot, nicht berührt, führt lediglich dazu, dass es regelmäßig vergaberechtsfrei, d.h. ohne Anwendung des europäischen Sekundärrechts durchgeführt werden kann. Kommt es aber bei der Durchführung dazu, dass europäische Grundsätze des europäischen Primärrechts doch berührt werden, sind diese gleichwohl zu beachten.
- 95 Inhaltlich folgt aus dem Transparenzgebot, dass die öffentliche Auftragsvergabe so ausgestaltet sein muss, dass alle interessierten Wirtschaftsteilnehmer in die Lage versetzt werden, nicht nur von der Existenz des Verfahrens, sondern auch von dessen Bedingungen Kenntnis zu erlangen (vgl. konkret zum Open-House-Verfahren: EuGH, Urteil vom 02.06.2016 - "Dr. Falk Pharma" - C-410/14, BeckRS 2016, 81094 Rn. 44-47, beck-online). In den zum klassischen Vergaberecht ergangenen Entscheidungen ist das Transparenzgebot etwa dahingehend ausgestaltet worden, dass es zu dessen Erfüllung nicht ausreicht, den öffentlichen Auftrag einschließlich seiner Bedingungen öffentlich bekannt zu machen. Auch die Kriterien und Bedingungen müssen so formuliert sein, dass sie von allen sorgfältigen und fachkundigen Wirtschaftsteilnehmern in gleicher Weise verstanden werden können (vgl. EuGH, Urteil vom 18.10.2001 - C 19/00, NZBau 2001, 693, beck-online). Zudem müssen die Bedingungen bereits bei der Ausschreibung des Auftrags feststehen und dürfen nicht etwa nachträglich, das heißt, nach Abgabe eines Angebots geändert werden. Dies gilt jedenfalls insoweit, als die nachträgliche Änderung nicht aufgrund solcher Kriterien oder Unterlagen erfolgt, auf die in den Ausschreibungsunterlagen hingewiesen wurde. Denn das Transparenzgebot hindert den öffentlichen Auftraggeber nicht daran, Kriterien für die Vergabeentscheidung aufzustellen und deren Einhaltung durchzusetzen (vgl. EuGH, Urt. v. 10. 10. 2013 - "Manova A/S" - C-336/12, NZBau 2013, 783, beck-online). Dieser Grundsatz verlangt somit, dass die Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben müssen, was voraussetzt, dass die Angebote aller Bieter den gleichen Bedingungen unterworfen sein müssen; die Gefahr willkürlicher Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers soll dadurch ausgeschlossen werden. Das Transparenzgebot verlangt, dass alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen klar, genau und eindeutig formuliert sind, damit, erstens, alle durchschnittlich fachkundigen Bie-

ter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt deren genaue Bedeutung erkennen und sie in gleicher Weise verstehen können und, zweitens, der öffentliche Auftraggeber imstande ist, tatsächlich zu überprüfen, ob die Angebote der Bieter die für den betreffenden Auftrag geltenden Kriterien erfüllen (EuGH Urteil vom 05.06.2025 - C 82/24 "Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S. A./Veolia Water Technologies sp. z oo, Krüger A/S, OTV France, Haarslev Industries GmbH, Warbud S. A.", NZBau 2025, 575 Rn. 32-34, beck-online). Nicht nur in der Phase der eigentlichen Ausschreibung, sondern bis zum Ende des Abschnitts der Auftragsausführung ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, die von ihm selbst festgelegten Kriterien strikt einzuhalten. Er ist daher nicht befugt, die allgemeine Systematik einer Ausschreibung durch eine einseitige Änderung der wesentlichen Vergabebedingungen abzuändern. Könnte der öffentliche Auftraggeber nämlich, im Abschnitt der Auftragsausführung die Ausschreibungsbedingungen selbst nach Belieben ändern, obwohl eine entsprechende ausdrückliche sich aus den Ausschreibungsunterlagen ergebende Selbstermächtigung fehlt, würden die Bestimmungen für die Auftragsvergabe, wie sie ursprünglich vereinbart wurden, verzerrt. Eine solche Praxis würde das Transparenzgebot und den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verletzen, da die einheitliche Anwendung der Ausschreibungsbedingungen und die Objektivität des Verfahrens nicht mehr gewährleistet wären (EuGH, Urteil vom 05.06.2025 - C 82/24 "Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S. A./Veolia Water Technologies sp. z oo, Krüger A/S, OTV France, Haarslev Industries GmbH, Warbud S. A.", NZBau 2025, 575 Rn. 37-39, beck-online).

- 96 Auch wenn sich die das Angebot modifizierenden Kriterien aus nationalen zwingenden Rechtsvorschriften ergeben, verstößt deren Anwendung gegen das Transparenzgebot, wenn der öffentliche Auftraggeber darauf in seinen Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich hinweist und die für die Anwendbarkeit der Vorschrift entscheidenden Kriterien zusätzlich in den Ausschreibungsunterlagen benennt. Dies gilt insbesondere, wenn die Anwendbarkeit der Vorschriften nach nationalem Recht umstritten ist. Denn entscheidend ist die Vorhersehbarkeit, die von der Kenntnis des nationalen Rechts und vom Grad der Rechtssicherheit abhängt, die das nationale Recht den Wirtschaftsteilnehmern im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge bieten muss (EuGH, Urteil vom 05.06.2025 - C 82/24 "Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S. A./Veolia Water Technologies sp. z oo, Krüger A/S, OTV France, Haarslev Industries GmbH, Warbud S. A.", NZBau 2025, 575, Rn. 46 f., beck-online). Soweit die Beklagte in ihrer Stellungnahme vom 26.03.2025 auf eine ältere Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil vom 02.06.2016, C-27/15 "Pippo Pizzo") verweist, vermag dies bereits aufgrund der Chronologie der Entscheidungen die danach ergangene Entscheidung vom 05.06.2025 nicht einzuschränken.
- 97 Überträgt man diese Grundsätze auf das Open-House-Verfahren, wie es der EuGH mit Urteil vom 02.06.2016 ("Dr. Falk Pharma" - C-410/14, BeckRS 2016, 81094 Rn. 44-47, beck-online) ausdrücklich fordert, heißt das, dass der öffentliche Auftraggeber im Open-House-Verfahren zwar für alle Teilnehmer verständliche Kriterien aufstellen darf, die Angebote ausschließen oder modifizieren, er aber von der Phase der Ausschreibung des Open-House-Verfahrens an, die von ihm selbst festgelegten Kriterien strikt einzuhalten hat. Es darf etwa keine Unklarheit darüber entstehen, ob die im Einklang mit den Ausschreibungsunterlagen abgegebenen Angebote noch weiteren Überprüfungen unterliegen oder nicht, um willkürliche, mittelbare Auswahlentscheidungen des öffentlichen Auftraggebers auszuschließen. Die Anwendung zwingender Vorschriften des nationalen Rechts, die die Angebote nachträglich modifizieren, ist nur zulässig, wenn darauf un-

missverständlich hingewiesen wird, insbesondere, wenn deren Anwendbarkeit uneinheitlich beurteilt wird.

- 98 (b) Diesem Maßstab wird das vorliegende Open-House-Verfahren, das keinen entsprechenden Hinweis auf eine ggf. noch erfolgende Herabsetzung der Preise enthält, bei einer nachträglichen Preisüberprüfung am Maßstab der VO PR Nr. 30/53 a.F. nicht gerecht. Dies gilt erst recht, wenn eine solche lediglich im Einzelfall im Wege einer Inzidenzprüfung in Verbindung mit § 134 BGB a.F. erfolgt. Denn es ist nicht gewährleistet, dass die Ausschreibungsunterlagen von allen sorgfältigen und fachkundigen Wirtschaftsteilnehmern einheitlich aufgefasst worden sind und damit ihre Entscheidung darüber, ein Angebot abzugeben auf derselben Grundlage fußt. So mag manchen vergaberechtskundigen Teilnehmern die Existenz der VO PR Nr. 30/53 a.F. und deren zwingender Charakter nach nationalem Recht bekannt gewesen sein, wohingegen die weit überwiegende Anzahl an Interessenten die Ausschreibungsunterlagen "beim Wort" genommen und die Verbindlichkeit der in der Leistungsbeschreibung vorgegebenen Preise nicht in Frage gestellt haben wird. Dies gilt umso mehr, als der sachliche Anwendungsbereich der VO PR Nr. 30/53 a.F. innerhalb der nationalen Lehre nicht einheitlich beurteilt wird (vgl. oben, Seite 20).
- 99 Vor allem aber würde eine nachträgliche Anpassung der in der Leistungsbeschreibung vorgegebenen Preise anhand der VO PR Nr. 30/53 a.F. zu einer nachträglichen Änderung des Angebots - hier der Klägerin - führen, ohne dass darauf zuvor deutlich und unmissverständlich hingewiesen worden ist. Damit würden nicht in der Leistungsbeschreibung enthaltene Kriterien, nämlich die VO PR Nr. 30/53 a.F. und die darin enthaltenen für die Preisbildung heranzuziehenden Maßstäbe, wie z.B. die jeweiligen Selbstkosten der einzelnen Teilnehmer, nachträglich Einfluss auf das Angebot nehmen, ohne dass dies für die Teilnehmer vorhersehbar wäre. Denn bei Anwendung der VO PR Nr. 30/53 a.F. würde der durch die Klägerin angebotene Preis einseitig herabgesetzt, und zwar - sollte die Prüfung nicht die Verkehrsüblichkeit der in der Leistungsbeschreibung vorgegebenen Preise ergeben - ggf. bis auf den Selbstkostenpreis zuzüglich eines Gewinnzuschlags (vgl. OLG Köln, Urteil vom 10.04.2025 - 18 U 97/23 - NZBau 2025, 586, beck-online). Anders als die Beklagte meint, ist die gegen das Transparenzgebot verstoßende nachträgliche Überprüfung der vereinbarten Preise anhand der VO PR Nr. 30/53 a.F. auch nicht mit dem in mehreren europäischen Rechtsordnungen existierenden (vgl. rechtsvergleichende Übersicht bei BeckOGK/Martens, 01.12.2025, BGB § 313 Rn. 19, beck-online) Rechtsinstitut der Störung der Geschäftsgrundlage vergleichbar. Zwar mag auch danach in Ausnahmefällen nachträglich ein geschlossener Vertrag modifiziert werden, sodass die Rechtsfolge der Störung der Geschäftsgrundlage mit der hier gegen das Transparenzgebot verstoßenden nachträglichen Herabsetzung der vereinbarten Preise anhand der VO PR Nr. 30/53 a.F. vergleichbar sein mag. In den Voraussetzungen weichen beide Rechtsinstitute jedoch weit voneinander ab, denn eine Modifikation der in § 313 BGB geregelten Störung der Geschäftsgrundlage findet lediglich statt, wenn sich bei Vertragschluss von beiden Parteien nicht vorhersehbare Umstände als unzutreffend erweisen, wobei insbesondere die jeweilige Risikoverteilung zu beachten ist (vgl. BeckOGK/Martens, 01.12.2025, BGB § 313 Rn. 1, beck-online). Hiermit ist die nachträgliche Herabsetzung der vereinbarten und durch die Beklagte selbst als verbindlich vorgegebenen Preise anhand der VO PR Nr. 30/53 a.F. nicht vergleichbar.
- 100 Hinzu kommt, dass die Beklagte letztlich willkürlich Einfluss darauf nimmt, bei welchem Teilnehmer eine Überprüfung anhand der VO PR Nr. 30/53 a.F. stattfindet und bei wel-

chem Teilnehmer sie unterbleibt, wodurch sie mittelbar eine Auswahlentscheidung trifft. Denn eine allseitige Überprüfung durch die gem. § 9 VO PR Nr. 30/53 a.F. zuständigen Behörden ist nicht erfolgt; eine Überprüfung von Angeboten am Maßstab der VO PR Nr. 30/53 a.F. findet somit nur in Einzelfällen über § 134 BGB a.F. statt, in denen die Beklagte ihre Zahlung verweigert. Andere Angebote wurden unstreitig ungeprüft und ohne eine nachträgliche Preisprüfung auf der Grundlage der in der Leistungsbeschreibung vorgegebenen Preise angenommen und die daraus folgenden Kaufpreisansprüche durch die Beklagte erfüllt. Eine solche willkürliche Bevorzugung bzw. Benachteiligung einzelner Teilnehmer widerspricht jedoch der Natur eines Open-House-Verfahrens und verletzt die Kriterien, unter denen es nach der Rechtsprechung des EuGH vergaberechtsfrei durchgeführt werden darf (vgl. EuGH, Urteil vom 02.06.2016 - "Dr. Falk Pharma" - C-410/14, BeckRS 2016, 81094 Rn. 37, beck-online; EuGH, Urteil vom 01.03.2018 - "Tirkkonen" - C-9/17 NZBau 2018, 366, Rn. 33, beck-online).

- 101 (3) Aus der Verletzung des aus dem europäischen Gemeinschaftsrecht folgenden Transparenzgebots durch eine Anwendung der VO PR Nr. 30/53 a.F. folgt, dass die VO PR Nr. 30/53 a.F. auf das vorliegende Open-House-Verfahren nicht angewendet werden darf. Dies gebietet der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts. Der Anwendungsvorrang ist von allen mitgliedstaatlichen Instanzen zu beachten und führt dazu, dass im Kollisionsfall jede entgegenstehende Bestimmung des staatlichen Rechts unanwendbar wird (st. Rspr. seit EuGH, "Simmenthal II", 106/77, NJW 1978, 1741, beck-online; EuGH, "Factortame"- C-213/89, NJW 1991, 2271, beck-online; "Kücükdeveci" - C-555/07, EuZW 2010, 177, beck-online; Calliess/Ruffert/Ruffert, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 1, Rn. 18, beck-online). Dem steht nicht entgegen, dass es sich bei der VO PR Nr. 30/53 a.F. um sog. zwingendes Recht handelt, das auch den öffentlichen Auftraggeber, hier also die Beklagte, zum Schutz der Steuerzahlergemeinschaft bindet, und diese Bindungswirkung nicht einfach durch die Wahl eines bestimmten Vergabeverfahrens, hier des Open-House-Verfahrens, umgangen werden könne (so OLG Köln, Urteil vom 10.04.2025 - 18 U 97/23 - NZBau 2025, 586, beck-online). Denn die VO PR Nr. 30/53 a.F. stellt lediglich national zwingendes Recht dar. Jedenfalls für den Fall einer Verletzung europäischen Primärrechts - wie er hier durch die Verletzung des Transparenzgebots vorliegt - hat der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 19.01.2010 "Kücükdeveci" (C-555/07, EuZW 2010, 177, beck-online) die Kompetenz eines nationalen Gerichts jeder Stufe ausdrücklich hervorgehoben, eine innerstaatliche Norm - sei sie auch national zwingend - unangewendet zu lassen (Rn. 21, 51 ff.) und zwar ohne verpflichtet zu sein, vorher ein Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV) durchzuführen (vgl. Rn. 51 ff.).
- 102 e. Das Landgericht ist ebenfalls zutreffend davon ausgegangen, dass der Brutto Kaufpreisanspruch von insgesamt 54.978.000 EUR (vgl. oben Seite 18) in Höhe von 40.571.026,68 EUR gem. § 362 Abs. 1 BGB a.F. durch Erfüllung erloschen ist. Die Klägerin hat dargelegt, darauf Zahlungen in Höhe von 1.785.000,00 EUR, 1.942.365,60 EUR, 336.412,68 EUR, 4.106.928,00, 2.159.136,00, 11.375.069,40, 1.722.915,00, 1.024.650,00, 12.667.252,50, 1.860.862,50 und 1.590.435,00 EUR von der Beklagten erhalten zu haben (Bl. 12 LG-A); die Beklagte hat bestätigt, die sich durch Addition der Einzelbeträge daraus ergebende Summe in Höhe von 40.571.026,68 EUR erfüllt zu haben (Bl. 563 LG-A).
- 103 Zwar hat das Landgericht - der Verrechnungsreihenfolge der Klägerin (Anlage K 28, Bl. 337 LG-A) folgend - die geleisteten Zahlungen im Umfang von insgesamt 40.571.026,68 EUR zu Unrecht teils entgegen der Tilgungsbestimmung der Beklagten unter Anwen-

derung von § 367 Abs. 1 BGB a.F. zunächst auf bereits angefallene Zinsen und Kosten verrechnet und lediglich den restlichen Betrag der Kaufpreisforderung zugeschlagen (vgl. S. 24 ff. des angefochtenen Urteils, Bl. 27 ff. OLG-A) und sich teils an die Tilgungsbestimmung der Beklagten gehalten und die Zahlungen vollständig gem. § 366 Abs. 1 BGB a.F. auf die Hauptforderung angerechnet (Bl. 44, 50, 53, 54 OLG-A). Zutreffend wäre es gewesen, die Tilgungsbestimmungen der Beklagten bei allen Zahlungen zu berücksichtigen und die o.g. Zahlungen nur auf die Hauptforderung anzurechnen. Denn die Beklagte hat zulässigerweise bei allen Zahlungen die jeweilige Auftrags-/Rechnungsnummer angegeben (vgl. Anlage K 27, Bl. 326 ff. LG-A) und damit zum Ausdruck gebracht, mit der Zahlung die jeweilige Rechnungssumme - also nicht die Zinsen - tilgen zu wollen. Der Schuldner kann auch im Anwendungsbereich des § 367 BGB a.F. eine abweichende Tilgungsbestimmung treffen. Nach Abs. 2 hat der Gläubiger in diesem Fall zwar das Recht, die Leistung unverzüglich abzulehnen, sodass anders als bei § 366 BGB a.F. der Schuldner nicht die Möglichkeit hat, einseitig eine von der gesetzlichen Tilgungsreihenfolge abweichende Bestimmung zu treffen. Lehnt der Gläubiger die Annahme der Leistung nicht ab, so wird die Bestimmung des Schuldners allerdings verbindlich; ein bloßer Widerspruch des Gläubigers bei der Annahme ändert hieran nichts. Dem Gläubiger ist es daher nicht möglich, die Teilleistung zunächst anzunehmen und dann eine von der Bestimmung des Schuldners abweichende Anrechnung vorzunehmen, wie hier durch das Landgericht - der Berechnung der Klägerin folgend (Anlage K 28, Bl. 337 LG-A- geschehen (BGH, NJW 1983, 2773, beck-online; BeckOGK/Looschelders, 01.01.2026, BGB a.F. § 367 Rn. 31, beck-online). Auf die Zinsen wäre dann lediglich der zusätzlich am 31.08.2020 gezahlte Betrag in Höhe von 514.074,51 EUR mit der Tilgungsbestimmung "Verzugszinsen und RA-Kosten" zu verrechnen gewesen.

- 104 Die unzutreffende Verrechnung hat aber keinen Einfluss auf die angefochtene Entscheidung, sodass das Landgericht im Ergebnis die Anspruchshöhe im hier zur Überprüfung stehenden Urteil vom 28.05.2025 - mit Ausnahme des auf die Avisen N10 und N11 entfallenden Teils der Verzugszinsen, vgl. dazu unten - zutreffend tenoriert hat. Denn wie das Landgericht zutreffend erkannt hat, war es aufgrund der Bindungswirkung des Vorbehaltsurteils daran gehindert, die Anspruchshöhe abweichend davon zu berechnen, wie sie im Vorbehaltsurteil vom 11.08.2021 (Bl. 1278 LG-A) erfolgt ist. Denn das Vorbehaltsurteil behält insoweit Bindungswirkung für das Nachverfahren, als es nicht auf den eigentümlichen Beschränkungen der Beweismittel im Urkundenprozess gemäß § 592 S. 1 ZPO beruht. Daraus hat der Bundesgerichtshof unter Berücksichtigung des § 318 ZPO gefolgert, dass diejenigen Teile des Streitverhältnisses, die im Vorbehaltsurteil beschieden werden mussten, damit es überhaupt ergehen konnte, im Nachverfahren als endgültig beschieden dem Streit entzogen sind (BGH NJW 2004, 1159; BGH, NJW 2022, 3443 Rn. 22, beck-online; Anders/Gehle/Gehle, 84. Aufl. 2026, ZPO, § 600 Rn. 12, beck-online; Musielak/Voit/Voit, 22. Aufl. 2025, ZPO § 600 Rn. 9, beck-online).
- 105 Die Verrechnungsreihenfolge und die aus der Verrechnung der Zahlungen mit den Ansprüchen resultierende verbleibende Anspruchshöhe war mit dem Vorbehaltsurteil unabhängig von den Beschränkungen der Beweismittel im Urkundenprozess und damit bindend erfolgt. Sowohl die Höhe des Anspruchs als auch die darauf erfolgten Zahlungen einschließlich der jeweils angegebenen Tilgungsbestimmungen lagen bereits im Urkundenprozess vor; neuer Tatsachenvortrag dazu ist nicht erfolgt. Infolgedessen sieht sich auch der Senat daran gebunden. Die Bindungswirkung gilt auch im Rechtsmittelverfahren (Anders/Gehle/Gehle, 84. Aufl. 2026, ZPO § 600 Rn. 30, beck-online).

- 106 2. Der Anspruch ist durch den erklärten Teilrücktritt nicht untergegangen gemäß §§ 437 Nr. 2, 434, 323 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB a.F.. Es kann dahinstehen, ob das Landgericht die Wirksamkeit des durch die Beklagte erklärten Teilrücktritts an den Ablauf einer zumindest kurzen Nachfrist geknüpft hat, oder ob eine solche Nachfrist nicht gem. § 3 Ziff. 3.2 des Open-House-Vertrages oder gem. §§ 323 Abs. 2, 440 BGB a.F. entbehrlich gewesen wäre. Denn die Beklagte war unabhängig von der Nachfristsetzung nicht zum Rücktritt berechtigt, weil kein Mangel der gelieferten Masken vorliegt.
- 107 a. Soweit die Beklagte weiterhin die Auffassung vertritt, die Lieferung der Masken unter Eigentumsvorbehalt habe die Beklagte - ohne Nachfristsetzung - zum Rücktritt berechtigt (Bl. 234 OLG-A), dringt sie damit nicht durch. Es trifft zwar zu, dass eine Lieferung unter Eigentumsvorbehalt nicht den vertraglichen Vereinbarungen entsprochen hat. Insoweit umfasst die Verpflichtung zur "Lieferung" grundsätzlich auch die (bedingungslose) Übereignung der Kaufsache im Sinne des § 433 Abs. 1 S. 1 BGB a.F.. Ob dies - wie das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung angenommen hat - angesichts der Formulierung der Leistungspflichten hier "Lieferung" anders zu beurteilen ist und daraus letztlich eine konkludente Berechtigung zum Eigentumsvorbehalt herauszulesen ist, kann dahinstehen.
- 108 Das in den Lieferscheinen (Anlage K15, Bl. 177 LG-A) enthaltene Angebot zur aufschiebend bedingten Eigentumsübertragung wurde jedenfalls nicht angenommen, sodass das Eigentum letztlich unbedingt übertragen wurde. Denn die Klägerin hat die Masken über die P. E. bzw. die Y. als Besitzmittlerin geliefert, die das im Lieferschein enthaltene Angebot zur eingeschränkten Eigentumsübertragung mangels Vertretungsmacht nicht annehmen konnte. Der Besitzmittler hat zwar rechtliche Bindungen zum mittelbaren Besitzer zu beachten, insbesondere dessen Herausgabeanspruch, ist aber nicht in der Weise unmittelbar weisungsabhängig, dass der mittelbare Besitzer den jederzeitigen Zugriff auf die Sache ohne Rücksicht auf den Willen des unmittelbaren Besitzers hätte. Das Besitzmittlungsverhältnis ist jedoch keine Stellvertretung. Die Besitzausübung durch den Besitzmittler ist kein rechtsgeschäftliches Handeln, sondern ein tatsächlicher Vorgang (MüKoBGB a.F./F. Schäfer, 9. Aufl. 2023, BGB a.F. § 868 RnN05, beck-online).
- 109 Danach war die Y., die über die eigene Spedition die Lieferungen annahm und für die Weitergabe an die Beklagte vorbereitete, ohne dass diese über einen eigenen Zugang zu den Lagerhallen der Y. verfügt hätte, Besitzmittlerin der Beklagten. Dass die Y. gleichsam - im Sinne einer Stellvertreterin - mit Vertretungsmacht im Sinne des § 164 Abs. 1 BGB a.F. ausgestattet gewesen wäre, um etwa eine Erklärung, nur unter Eigentumsvorbehalt liefern zu wollen, anzunehmen, ist nicht ersichtlich. Auch ein entsprechender Rechtsschein ist weder ersichtlich noch vorgetragen.
- 110 Der Eigentumsvorbehalt war außerdem - was für die Beklagte auch ohne weiteres erkennbar war - wirkungslos, weil die entsprechende Klausel im Lieferschein (Anlage K 15, Bl. 177 LG-A) unwirksam und daher die Lieferung im Ergebnis vertragsgemäß war. Bei dem Aufdruck auf dem Lieferschein handelte es sich um AGB im Sinne des § 305 BGB a.F., da die Klägerin ersichtlich keinen individuellen, zwischen den Parteien ausgehandelten Lieferschein zur Verwendung nur gegenüber der Beklagten genutzt hat. Vielmehr handelte es sich um ein Standardformular. Dieses konnte aufgrund der Abwehrklausel im Open-House-Vertrag aber keine Wirkung entfalten. Denn in § 2 Nr. 2.2 des auch mit der Klägerin geschlossenen Liefervertrags (Anlage K 3, Bl. 28 LG-A) war geregelt:

- 111 *"Allgemeine Geschäftsbedingungen des AN sind nicht Bestandteil dieses Vertrags und daher gegenüber dem AG ausnahmslos unwirksam. Geschäftsbedingungen des AN haben auch dann keine Gültigkeit, wenn in Schriftstücken auf sie Bezug genommen wird."*
- 112 Es handelt sich hierbei um eine im Geschäftsverkehr übliche und rechtlich unbedenkliche sog. Abwehrklausel, mithilfe derer die Klägerin als Auftraggeberin sicherstellen wollte, dass keine "fremden" AGB, zu denen auch der in Rede stehende Eigentumsvorbehalt zählt, Bestandteil der Vertragskonstruktion werden konnten. Eine solche Klausel hat zur Folge, dass die jeweiligen AGB nur soweit Vertragsbestandteil werden, als sie übereinstimmen (vgl. Grüneberg, in: Grüneberg, BGB a.F., 85. Auflage 2026, § 305 Rn. 54 m.w.N.), wobei auch eine Ergänzung von Klauseln des anderen Teils unwirksam ist (so auch OLG Köln, Urteil vom 21. Juni 2024 - I-6 U 112/23 -, juris).
- 113 b. Auch im Übrigen liegt kein Mangel der an die Beklagten gelieferten Masken vor. Soweit die Beklagte mit ihrer Berufung die erstinstanzliche Beweisaufnahme bemängelt, bzw. eine Verletzung des rechtlichen Gehörs rügt (Bl. 205 ff. OLG-A), dringt sie damit nicht durch. Insbesondere ist der Senat nicht gehalten, die Beweisaufnahme durch Einholung eines Obergutachtens zu wiederholen oder fortzusetzen.
- 114 aa. Die Tatsachenfeststellung des Landgerichts ist nicht zu beanstanden.
- 115 Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ist das Berufungsgericht grundsätzlich an die vom Gericht des ersten Rechtszugs festgestellten Tatsachen gebunden, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Konkrete Anhaltspunkte, welche die Bindung des Berufungsgerichts an die vorinstanzlichen Feststellungen entfallen lassen, können sich aus Fehlern ergeben, die dem Eingangsgericht bei der Feststellung des Sachverhalts unterlaufen sind. Zweifel im Sinne dieser Vorschrift liegen schon dann vor, wenn aus der für das Berufungsgericht gebotenen Sicht eine gewisse - nicht notwendig überwiegende - Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass im Fall der Beweiserhebung die erstinstanzliche Feststellung keinen Bestand haben wird, sich also deren Unrichtigkeit herausstellt. Dies gilt grundsätzlich auch für Tatsachenfeststellungen, die auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens getroffen worden sind. In diesem Fall können unter anderem die die Geeignetheit in Frage stellenden Widersprüche des Gutachtens Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Feststellungen wecken. Versäumt das Gericht, Unklarheiten oder Widersprüche im Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen aufzuklären, ist das ein Verfahrensfehler (Verstoß gegen § 286 ZPO). Erkennbar widersprüchliche Gutachten sind keine ausreichende Grundlage für die Überzeugungsbildung des Gerichts. In der Berufung ist deshalb eine Bindung des Berufungsgerichts an die Feststellungen der ersten Instanz bei derartigen Widersprüchen nicht gegeben (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO; vgl. BGH, NJW 2014, 74 RnN05, beck-online).
- 116 bb. Bei Anlegung dieses Maßstabs, ergeben sich keine durchgreifenden Zweifel, die eine Wiederholung der Beweisaufnahme oder deren Fortsetzung erforderten. Solche werden auch durch die Berufungsbegründung nicht aufgezeigt.
- 117 (1) Soweit sich die Beklagte darauf beruft, die mangelhafte Filterleistung der Avisen N10 (400.000 Stück), N11 (400.000 Stück), N17 (424.800 Stück) und N18 (92.400 Stück) sei bereits bestätigt (Bl. 207 OLG-A) und nicht durch Alterungsprozesse zu erklären (Bl. 211

OLG-A), verfängt dies nicht. Das Landgericht ist vielmehr zu Recht davon ausgegangen, dass die Mangelfreiheit zum Prüfungszeitpunkt festgestellt ist.

- 118 Entgegen der Auffassung der Beklagten ist dem Gutachten des Sachverständigen nicht bereits die Mangelhaftigkeit im Hinblick auf die Filterdurchlässigkeit zu entnehmen.
- 119 Der Sachverständige hat bereits in seinem Erstgutachten (Bl. 2373 LG-A) herausgearbeitet, dass für die streitgegenständlichen Masken der Filterklasse KN95 die GB 2626 in der Fassung von 2006 maßgeblich sei, was im Grundsatz von der Berufung auch nicht in Abrede gestellt wird. Diese sehe eine Filterleistung von mindestens 95 % vor (Bl. 2372 LG-A). Die Prüfung der Filterleistung hänge jedoch entscheidend von den Prüfparametern, den Vorgaben für den Prüfaufbau, den Prüfgeräten und der Prüfdurchführung ab, die in den unterschiedlichen Prüfnormen unterschiedlich beschrieben werde. So würden bei Prüfung nach der europäischen Norm EN 149 andere Prüfungsmaßstäbe gelten als bei einer Prüfung nach der hier maßgeblichen GB 2626:2006 (Bl. 2374 ff. LG-A). Das im Auftrag der Beklagten durchgeführte Prüfverfahren sei nach den Vorgaben des CPA Prüfgrundsatzes in Anlehnung an die europäische Norm EN 149 durchgeführt worden und unterscheide sich von den Vorgaben für das Prüfverfahren der chinesischen Norm GB 2626 erheblich (Bl. 2380 LG-A). Ein entscheidender Unterschied zwischen den beiden Prüfverfahren bestehe darin, dass die GB 2626:2006 keine Vorlaufzeit für die Messung bestimme, während die europäische Norm die Vorlaufzeit mit 3 Minuten festlege (Bl. 2382 LG-A). Die Vorlaufzeit sei entscheidend, weil die Filterleistung bei der Partikelbelastung im Rahmen der Prüfung mit NaCl zunächst zunehme (Bl. 2384 LG-A). Dies führe dazu, dass selbst Masken mit dünnem Filtervlies die Anforderungen der chinesischen Norm erfüllten (Bl. 2385 LG-A). Von der Durchführung von Laborprüfungen zur Bestimmung des Filterdurchlassgrades hatte der Sachverständige zunächst abgesehen (Bl. 2396 LG-A), weil eine Dokumentation der durch die Beklagte durchgeführten Prüfungen dem Sachverständigen nicht zur Verfügung gestellt worden sei und selbst wenn eine solche Dokumentation vorliege, aus den Messungen des Sachverständigen keine Rückschlüsse auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs gezogen werden könnten. Dies liege an produktspezifischen Alterungsprozessen (Bl. 2396 f. LG-A).
- 120 Nachdem der Sachverständige durch das Landgericht zur Messung aufgefordert worden war, hat er in seinem Ergänzungsgutachten vom 07.08.2024 (Bl. 3378 ff. LG-A) - anders als die Beklagte behauptet - keine Überschreitung des zulässigen Filterdurchlassgrades von 5% festgestellt. Soweit die Beklagte unter Verweis auf die Formulierungen in der zur Überprüfung des Standards der KN95-Masken zugrunde zu legenden GB 2626:2006 (Bl. 4466 LG-A) eine fehlerhafte Testung rügt, hat sich der Sachverständige mit diesem Einwand im Rahmen seiner Anhörung bereits auseinandergesetzt (Bl. 4440 ff. LG-A) und entsprechend seiner Ausführungen im Erstgutachten erläutert, entsprechend der maßgeblichen Norm GB 2626:2006 gemessen zu haben, die keinen Messzeitpunkt festlege, sodass es auch zulässig sei, den Messzeitpunkt auf einen späteren Zeitpunkt zu legen (Bl. 4441 LG-A). Die im Ergänzungsgutachten abgebildeten Kurven zeigten eine hochauflösende Messung ab Beginn der Messung. Eine Einhaltung des durch die GB2626:2006 zugelassenen Filterdurchlassgrades zu diesem frühen Zeitpunkt sehe die maßgebliche Norm aber nicht vor. Ein Hineinlesen der in der europäischen EN 149 maßgeblichen Vorlaufzeit in die chinesische Norm GB 2626:2006 verbiete sich aus technischer Sicht (Bl. 4443 LG-A). Dass diese Feststellungen zur Prüfung der Masken am Standard GB 2626:2006 wahrscheinlich falsch sind, ist weder ersichtlich noch durch die Beklagte vorgetragen. Soweit sie darauf verweist, die GB 2626:2006 lege fest:

- 121 *"The test shall continue until the filter efficiency reaches its lowest point, or until (200±5) mg particles are accumulated on the filter materials; [...]"*
- 122 und daraus den Schluss ziehen möchte, dass die sich zu Beginn der Messungen ergebenden Werte den Filterdurchlassgrad abbildeten (Bl. 4466 LG-A; Bl. 209 OLG-A), interpretiert die Beklagte die Vorschrift ersichtlich falsch, auch wenn sie sich dabei durch verschiedene Sachverständige gestützt sieht (vgl. Bl. 209 f. OLG-A). Denn auch nach der technischen Auffassung der Beklagten verbessert sich der Filterdurchlassgrad der Maske durch das Zusetzen des Filters mit Luftpartikeln (Bl. 209 OLG-A). Würde man die Norm so verstehen, wie die Beklagte, wäre jede Prüfung bereits am Beginn der Messkurve abzubrechen, denn danach werden naturgemäß durch das Zusetzen der Filter mit Partikeln die Messergebnisse besser. Dann würde aber das Testergebnis davon abhängen, ab wann das verwendete Messgerät die Kurve aufzeichnet, was nach Angaben des Sachverständigen von Messgerät zu Messgerät unterschiedlich sei (Bl. 4442; 4444 f. LG-A). Entsprechend bestimmt die europäische Norm EN 149 auch einen konkreten Startzeitpunkt, der drei Minuten nach dem tatsächlichen Messbeginn liegt. Auch nach diesem (strengeren) Standard wird demnach nicht bereits der Beginn der Messkurve - der je nach Messgerät schon wenige Sekunden nach Beginn der Prüfung liegen kann - für die Testung zugrunde gelegt.
- 123 (2) Soweit die Beklagte meint, das Landgericht sei zu Unrecht, im Widerspruch zu anderen Entscheidungen derselben Kammer und unter Verletzung des § 286 Abs. 1 ZPO zu dem Ergebnis gelangt, die Masken seien mangelfrei, obwohl sich die Mangelhaftigkeit noch vor Ablauf des Mindesthaltbarkeitsdatums gezeigt habe (Bl. 211 OLG-A), gibt sie das angefochtene Urteil unzutreffend wieder. Die Ermittlung der Mindesthaltbarkeit war auch nicht Aufgabe des erstinstanzlichen Gerichts oder des Sachverständigen. Vielmehr hätte die Beklagte dazu konkret vortragen müssen. Schließlich wäre die nunmehrige Ermittlung der Mindesthaltbarkeitsdaten auch obsolet, weil auch nach dem unsubstantiierten Sachvortrag der Beklagten inzwischen die Mindesthaltbarkeitsdaten abgelaufen sind.
- 124 Im Einzelnen:
- 125 In rechtlicher Hinsicht ist zwar zutreffend, dass ein eingetretener Funktionsverlust seine Ursache in der Qualität der Kaufsache hat. So begründet dies dann einen Mangel, wenn eine bessere Qualität, d.h. hier eine längere Haltbarkeit, vertraglich geschuldet war. So können die Parteien eine bestimmte Haltbarkeit vereinbaren. In der Praxis kommen derartige Vereinbarungen allerdings kaum vor. Anzunehmen haben wird man sie allerdings in denjenigen Fällen, in denen der Hersteller eines Produkts (regelmäßig aufgrund einer gesetzlichen Vorgabe) ein Mindesthaltbarkeitsdatum angibt; dann wird diese Mindesthaltbarkeit entlang der Handelskette jeweils im Verhältnis Verkäufer-Käufer regelmäßig konkludent mitvereinbart sein (vgl. Bach/Wöbbeking, NJW 2020, 2672, Rn. 12 f.).
- 126 Das Landgericht hat jedoch an keiner Stelle im Urteil festgestellt, dass Masken ein Mindesthaltbarkeitsdatum jenseits des Messzeitpunkts aufgewiesen hätten. Die Beklagte hat dazu in tatsächlicher Hinsicht - auch nach Hinweis des Senats im Termin zur mündlichen Verhandlung - nicht konkret vorgetragen. Soweit sie meint, dies festzustellen, sei Aufgabe des Sachverständigen gewesen (Bl. 212 OLG-A), vermischt sie Zeugenbeweis und Sachverständigenbeweis und zudem die Ebenen der Darlegungs- und Beweislast. Das Ablesen eines Mindesthaltbarkeitsdatums erfordert keine besondere Sachkunde und ist deshalb dem Zeugenbeweis zugänglich. Die Ermittlung der jeweiligen Mindesthalt-

barkeitsdaten ist auch nicht dem Sachverständigen übertragen worden; dies hätte sich vorliegend mangels konkreten Vortrags der insoweit darlegungspflichtigen Beklagten auch als unzulässiger Ausforschungsbeweis dargestellt. Ein solcher ist etwa anzunehmen, wenn eine Partei einen völlig vagen und unsubstantiierten Beweisantrag stellt, um dadurch erst konkrete Hinweise für ihren weiteren tatsächlichen Vortrag zu erlangen. Man spricht deshalb in diesen Fällen sehr plastisch teilweise auch von einem Beweisermittlungsantrag. Ein solch unbestimmter Antrag ist unzulässig (MüKoZPO/Prütting, N06. Aufl. 2025, ZPO § 284 Rn. 83, beck-online) und ist hier soweit ersichtlich auch nicht gestellt worden. Die Beklagte hat lediglich allgemein behauptet, das jeweilige Mindesthaltbarkeitsdatum sei auf den Kartons aufgedruckt und verhalte sich zwischen 2 und 5 Jahren (Bl. 4444 LG-A) ohne konkret dazu vorzutragen, welche Lieferungen aufgrund welchen Mangels ausgehend von welcher angegebenen Mindesthaltbarkeit sich bei der Testung noch innerhalb der aufgedruckten Frist befunden hätten. Soweit im Einweisungsbeschluss in Parantese Bezug auch zum Mindesthaltbarkeitsdatum genommen wird (Bl. 3191 LG-A), ist dem kein Beweisauftrag für den Sachverständigen zu entnehmen. Der Einweisungsbeschluss vom 26.02.2024 lässt lediglich offen, ob bei den einzelnen Aufträgen zu einem Mindesthaltbarkeitsdatum vorgetragen ist. Der Sachverständige hat die Anweisung auch zutreffend nicht als Anweisung zur Ermittlung der jeweiligen Mindesthaltbarkeit verstanden und dazu auch nicht im Termin vor dem Landgericht ausgeführt. Die dem Sachverständigen "in den Mund gelegte" Aussage (vgl. Bl. 212 OLG-A) zum Aufdruck des Mindesthaltbarkeitsdatums auf dem Karton stammt nicht von ihm, sondern von dem im Ausgangsverfahren bevollmächtigten Vertreter der Beklagten, Rechtsanwalt Weiss (vgl. Bl. 4444 LG-A).

- 127 Zudem ist bei den bereits getesteten Avisen keine Überschreitung des zulässigen Filterdurchlassgrads von 5 % festgestellt worden. Das Landgericht hat daher letztlich zulässigerweise darauf abgestellt, dass eine Feststellung des Mindesthaltbarkeitsdatums mehr als fünf Jahre nach Gefahrübergang zu keinem Erkenntnisgewinn mehr führen würde (S. 45 des erstinstanzlichen Urteils, Bl. 48 OLG-A).
- 128 (3) Soweit die Beklagte sich dahingehend positioniert, dass entgegen den Feststellungen der sachverständig beratenen Kammer eine Rückrechnung der Feststellungen des Sachverständigen auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs möglich gewesen wäre und eine Testung weiterer Avisen deshalb zur Feststellung der Mangelhaftigkeit geführt hätte (Bl. 211 ff. OLG-A), bezieht sich dies offenbar auf die Filterdurchlässigkeit. Die Feststellungen des Landgerichts, die sich auf die Feststellungen des Sachverständigen stützen, sind indes auch insoweit nicht zu beanstanden. Eine Neubegutachtung ist auch nicht aufgrund der durch die Beklagte vorgebrachten Stellungnahmen anderer Gutachter geboten, die angeben, über bessere Erkenntnisquellen zur Frage der Erheblichkeit von Alterungsprozessen für das Ergebnis der Mangelprüfungen zu verfügen.
- 129 Soweit die Beklagte mit dem Gutachten des D. versucht, das Gegenteil der Feststellungen des Sachverständigen zum Einfluss von Alterungsprozessen auf die Filterdurchlässigkeit von Masken zu belegen (Bl. 215 OLG-A; 2240 ff. LG-A), dringt sie damit nicht durch. Denn es handelt sich lediglich um eine vergleichende Studie, bei der die Anzahl der verglichenen Proben äußerst gering ist (53 Maskentypen Bl. 2240 LG-A; 30 Proben Bl. 2243 LG-A) und der das von der Beklagten beauftragte Institut selbst nur eine sehr eingeschränkte wissenschaftliche Erkenntnis beimisst. Außerdem ergibt sich nicht, ob sich der von der Klägerin gelieferte Maskentyp KN95 unter den getesteten Maskentypen befand, was insbesondere vor dem Hintergrund an Gewicht gewinnt, dass "Unterschiede

in der Verarbeitungs- und/oder Materialqualität bzw. auf praktisch nicht erkennbare Bauungleichheiten zurückzuführen" seien (Bl. 2264 LG-A). Auch nach den Ausführungen des testenden Instituts handelt es sich bei den zur Rückrechnung vorgeschlagenen Formeln lediglich um sog. "Faustformeln" (Bl. 2234 LG-A); in der Kontrollgruppe wurde trotz der geringen Probenanzahl von 10 Masken eine Maske nicht berücksichtigt, um "eine Verzerrung der Aussage zu verhindern" (Bl. 2264 LG-A).

- 130 Die Veränderungen des Durchlassgrads spielen sich im Zuge der Untersuchungen in einer Bandbreite von "praktisch keine Veränderung der Eigenschaften" bis "Veränderungen anscheinend vorhanden" ab (Bl. 2236, Fn. 4, LG-A), sodass eine allgemeingültige Aussage der Studie bereits nicht zu entnehmen ist. Der Untersuchungsansatz ist auch nach Angabe des testenden Instituts bewusst pragmatisch gewählt, um im ersten Schritt aufwendige Langzeitstudien zu vermeiden (Bl. 2240 LG-A): "Eine tiefere, wissenschaftliche Untersuchung der Thematik, z. B. zu den Mechanismen der aufgetretenen Alterungseffekte oder Entladung der Filter, wurde nicht durchgeführt. Eine fundierte Untersuchung zu Einflüssen weiterer Faktoren, wie Verpackungsart, Materialzusammensetzung, Verarbeitungsqualität, Lagerbedingungen, etc. wurde nicht durchgeführt. Ein signifikanter Einfluss auf die geprüften Leistungseigenschaften sei dabei nicht auszuschließen" (Bl. 2268 LG-A).
- 131 Schließlich stehen die Feststellungen des D. im Auftrag der Beklagten auch im Widerspruch zu den Angaben desselben Instituts aus der Anlage AB 1, Bl. 1574 LG-A), was die Annahme, das Institut verfüge über bessere Erkenntnisquellen als der erstinstanzlich tätige Sachverständige, zusätzlich in Frage stellt.
- 132 Selbst in der in der Stellungnahme zitierten Studie aus den USA (Greenawald [sic!] et al 2020), die selbst nicht vorliegt, sind - so die Wiedergabe in der Stellungnahme - klimatische Einflüsse bei der Lagerung als wesentlich für den Einfluss von Alterungseinflüssen auf die Filterdurchlässigkeit der Masken erkannt worden (Bl. 4186 LG-A).
- 133 Soweit die Beklagte auch auf eine "Allgemeine Stellungnahme zur Alterung" des L. vom 29.08.2023 verweist, weist auch diese Studie nicht auf bessere Erkenntnisquellen im hier streitgegenständlichen Fall hin. So bezieht sich die Studie zum einen auf den Alterungsprozess im Zeitraum von 3 Jahren (Bl. 4184 LG-A). Insofern weicht der Zeitrahmen, auf den sich die Aussagen beziehen, schon erheblich vom hier in Frage stehenden Zeitrahmen von nunmehr fast 6 Jahren seit Gefahrübergang ab. Zudem trifft die Stellungnahme lediglich eine Aussage dahingehend: *["e]ine mathematisch exakte Rückrechnung erscheint aber auch unserer Meinung nach - wie es auch alle anderen Literaturstellen beurteilen - nicht möglich. Dies ist jedoch auch nicht notwendig, da lediglich relevant ist, ob die Werte einen gewissen Grenzwert über- oder unterschreiten. Auf Basis von zum jetzigen Zeitpunkt ermittelten Messwerten kann eine Abschätzung zu den Eigenschaften bei Anlieferung gegeben werden. Liegt der Filterdurchlass einer Maske zum jetzigen Zeitpunkt klar über den Grenzwerten und war die Maske keinen extrem hohen schädlichen Einflüssen ausgesetzt und zudem die Maske während der Lagerung vorschriftsgemäß verpackt, so wird der Filterdurchlass auch unter keinen Umständen bei Anlieferung die Anforderungen aus GB 2626 und EN 149 erfüllt haben."* [Bl. 4185 LG-A).
- 134 Verwertbare Anhaltspunkte für eine signifikante Überschreitung des zulässigen Grenzwerts von 5 %, der ggf. auf eine Mangelhaftigkeit der Masken bei Gefahrübergang schließen lassen könnte, liegen hier jedoch nicht vor. Eine Fortsetzung der Messungen würde sich vor diesem Hintergrund als Ausforschungsbeweis darstellen (zur Definition vgl.

bereits oben, Seite 38). Bei den durch den Sachverständigen vorgenommenen Messungen ist der zulässige Filterdurchlass von 5 % nicht überschritten worden (vgl. oben). Soweit den Prüfprotokollen der Beklagten teils höhere bis sehr hohe Werte zu entnehmen sind, lassen diese keinen Rückschluss auf die hier in Frage stehende Mangelhaftigkeit am Maßstab der GB 2626:2006 zu, weil die Testung am Maßstab der EN 149 vorgenommen worden ist. N11h. es wurde eine Vorlaufzeit von 3 Minuten zugrunde gelegt. Für die hier maßgebliche Vorgehensweise hat ein Abbruch jedoch erst zu erfolgen, wenn der Grenzwert erreicht ist (vgl. oben; SV W., Bl. 4442, 4444, 2397 LG-A). In seiner diesbezüglichen Stellungnahme statuiert der Sachverständige: *"Wenn die Klägerin den Sachverständigen nun fragt, ob die nunmehr eingereichten Anlagen B 76 bis B 81 nach seiner sachverständigen Einschätzung ein Indiz für ein Mangelsymptom beim Prüfattribut Filterdurchlassgrad bei den hier streitgegenständlichen Masken KN95 aus chinesischer Produktion nach der dafür hier maßgeblichen Norm GB2626:2006 darstellen, wird dies verneint. Diese genannten Prüfberichte stellen aus Sachverständiger-Sicht kein "Indiz für ein Mangelsymptom" für eine chinesische KN95 Maske dar." Bl. 3982 LG-A.*

- 135 (4) Das Gutachten des Sachverständigen W. ist im Hinblick auf die Feststellung zu signifikanten Alterungsprozessen auch nicht widersprüchlich (zur Zweifelhafteit der erstinstanzlichen Feststellungen bei Widersprüchen BGH, NJW 2014, 74 RnN05, beck-online). Widersprüche hat auch die Beklagte mit ihrer Berufungsbegründung nicht aufgezeigt. Der Sachverständige ist auch nicht etwa von falschen Anknüpfungspunkten bei seiner Begutachtung ausgegangen. Insbesondere hat er nicht einen bestimmten (streitigen) Zustand der Masken als unstrittig unterstellt. Vielmehr hat er sich lediglich durchgängig (und deshalb nicht widersprüchlich) darauf berufen, dass der Zustand der Masken bei Gefahrübergang einer Prüfung wegen einzustellender Alterungsprozesse nicht zugänglich sei. Soweit er im Ergänzungsgutachten vom 07.08.2024 in Bezug auf den Durchlassgrad auf Seite 18 (Bl. 3395 LG-A) angegeben hat, das Ergebnis seiner Durchlassprüfung, wonach der Filterdurchlassgrad aller Prüflinge unterhalb von 5 % gelegen habe, sei auf den Zeitpunkt bei Gefahrübergang übertragbar, stellt sich dies nicht als widersprüchlich dar, weil dies die Übertragbarkeit eines *fehlenden* Mangels auf einen in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt betrifft. Diesbezüglich hatte er sich nachvollziehbar stets dahingehend geäußert, dass Alterungsprozesse zwar zu einer Verschlechterung des Filterdurchlassgrad führen könnten; umgekehrt sei es hingegen nicht zu erwarten, dass sich durch die Alterung eine Verbesserung einstelle.
- 136 (5) Zusammenfassend hat das Landgericht entgegen der Meinung der Beklagten keine Beweisantritte im Hinblick auf Avis-Nummern N14, N19, N18-B, N12, N13, N13-B übergangen. Auch bedarf es keiner größeren Stichprobengröße. Denn es fehlt nach der durchgeführten Beweisaufnahme an jeglichen Anhaltspunkten dafür, dass der zulässige Filterdurchlassgrad signifikant überschritten worden wäre. Solche Anhaltspunkte ergeben sich auch nicht aus den Prüfungen der Beklagten nach Gefahrübergang, weil diese keine Aussagekraft für den hier anzulegenden Standard haben. Es fehlt damit bereits an Darlegungen im Sinne der Symptomrechtsprechung des BGH (vgl. etwa BGH NJW 2008, 576, beck-online), die eine (weitere) Beweisaufnahme erfordern würden.
- 137 (6) Ähnlich liegt der Fall auch im Hinblick auf die weiteren behaupteten Mängel.
- 138 Insofern hatte der Sachverständige bereits in seinem Erstgutachten (Bl. 2387 ff. LG-A) Stichproben (10 Prüflinge) der gelieferten Masken im Hinblick auf gerügte Kantenausbildung, Geruch, Kopfbänder, Nasenflügel und Passform einer Sensorikprüfung (Sicht- und Anlegeprüfung) unterzogen (Bl. 2393 LG-A). Sodann hatte er die Stichprobengröße mit

seinem Ergänzungsgutachten entsprechend der Vorgaben des Landgerichts (Bl. 3190 LG-A) auf 40 erweitert und die sensorische Prüfung auch auf das Material seine generelle Eignung zur bestimmungsgemäßen Benutzung erstreckt (Bl. 3384 LG-A). Die gerügten Mängel konnten bei der ersten Prüfung mit Ausnahme des Abrisses der Anlegebänder (Pos. 3) nicht festgestellt werden. Bei den Anlegebändern rissen zwar bei drei von zehn Masken die Bänder ab. Der Sachverständige vermochte jedoch diesen Befund nicht auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs zurückzuführen (Bl. 2398 LG-A). Bei der zweiten erweiterten Prüfung konnten erneut die behaupteten Mängel bis auf den Abriss der Bänder nicht festgestellt werden. Es rissen 12 Nasenbänder von 40 Prüflingen ab (Bl. 3385 LG-A). Dem Sachverständigen war jedoch nicht möglich, dies auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs zurückzuführen, da er Alterungsprozesse nicht ausschließen konnte und keinen Anhaltspunkt für einen Konstruktionsfehler fand (Bl. 3385 LG-A).

- 139 Soweit in der Prüfung bezüglich des behaupteten Bandabriss der Mangel festgestellt werden konnte, führt dies - entgegen der Auffassung der Beklagten - nicht zur Mangelhaftigkeit der gelieferten Masken. Eine valide Hochrechnung auf die gesamte Lieferung kann damit nicht begründet werden, da der Abriss am Prüftag durch verschiedene Ursachen bedingt sein kann. Im Vergleich zu den Schweißverbindungen, die keinen Abriss zeigen, ist - so der Sachverständige - augenscheinlich ein Konstruktionsfehler nicht erkennbar. Altersbedingte Materialveränderungen, die sich auf die Festigkeit der Schweißverbindung auswirken, seien hingegen nicht auszuschließen. Die Feststellung einer Ursache und damit die Indikation für die Häufigkeit des Auftretens ist für den Sachverständigen nicht möglich. Die Feststellung bezogen auf den zurückliegenden Zeitpunkt und die valide Hochrechnung über die Häufigkeit des Vorliegens des Fehlers in der gesamten Liefermenge sei ohne konkrete Kenntnis der Ursache ausgeschlossen. Eine Hochrechnung im Sinne der Übertragung des Prüfergebnisses von den einzelnen Prüflingen auf die nicht geprüften Einheiten der gesamten Lieferung sei damit im vorliegenden Fall nicht möglich.
- 140 Dies würde sich anders darstellen, wenn der festgestellte Fehler sich beispielsweise auf grundsätzliche oder wiederkehrende Produktionsfehler zurückführen lasse. In einem solchen Fall liege eine Ursache vor, die die Annahme einer Wiederholung des Fehlers und damit eine Hochrechnung auf eine gesamte Produktionscharge begründen könne. Ein solcher Fehler ist im vorliegenden Fall vom Sachverständigen jedoch nicht festgestellt worden (S. 8 E-GA, Bl. 3385 LG-A).
- 141 Der Beweis der Mangelhaftigkeit bei Gefahrübergang kann auch auf andere Weise nicht mehr erbracht werden. Soweit die Beklagte meint, die S.-Prüfer seien ergänzend zu vernehmen gewesen, da durch sie die Mangelhaftigkeit zu beweisen sei, ist dies unzutreffend. Denn sie sind zum Beweis der behaupteten Tatsache ungeeignet. Dass ihre Aussagen zu über die vorgelegten Prüfprotokolle hinausgehenden Erkenntnissen geführt hätten, ist ausgeschlossen, nachdem die Beklagte selbst von einer vollständigen Dokumentation ihrer Prüftätigkeiten ausgeht. Die dokumentierten Mängel vermögen aber keinen Beweis der bestrittenen Mängel zu erbringen, weil die S.-Prüfer lediglich einzelne Masken getestet, die (vermeintlich) festgestellten Mängel rudimentär dokumentiert haben und dabei zudem von einem falschen Qualitätsstandard ausgegangen sind (vgl. oben).
- 142 Insofern ist auch die durch die Beklagte zitierte Entscheidung des OLG Saarbrücken (S. 29 Berufungsbegründung, Bl. 227 OLG-A, Urteil vom 10.10.2012, Az. 1 U 475/11, NJW-RR 2013, 620) nicht mit der hiesigen Konstellation vergleichbar, weil dort der gerichtlich bestellte Sachverständige die gerügten Geruchsbeeinträchtigungen hatte fest-

stellen können, was zur Überzeugungsbildung des Ausgangsgerichts ausgereicht hatte. Nachdem die behaupteten Mängel für den Sachverständigen im hier zu beurteilenden Fall jedoch nicht reproduzierbar waren (vgl. SN05 ff. Erg. GA; Bl.3384 ff. LG-A), standen keine weiteren geeigneten Beweismittel mehr zur Verfügung, um den von der Beklagten zu erbringender Beweis zu führen.

- 143 cc. Schließlich bedarf es auch keiner eigenen Sachverständigenanhörung durch den Senat. Eine solche ist geboten, wenn der Senat die Feststellungen des Sachverständigen anders würdigen möchte als das Erstgericht (BGH NJW 1993, 2380) oder, wenn die erstinstanzliche Anhörung nicht dokumentiert worden wäre (BGH NJW 20013269 f). Beides trifft hier - aus den dargelegten Gründen - nicht zu.
- 144 B. Die Berufung der Klägerin ist ebenfalls zulässig. Sie ist auch begründet, soweit das Landgericht der Zahlungsklage teilweise lediglich Zug-um-Zug stattgegeben hat gegen Lieferung von 800.000 Schutzmasken, die der Beschreibung der Produktgruppe "FFP2 Masken" der Anlage 1 (Leistungsbeschreibung) des zwischen den Parteien geschlossenen Open-House-Vertrages vom 06./08.04.2020 (siehe S. 5 dieses Urteils) entsprechen, sowie im Hinblick auf die teilweise im Nachverfahren nicht mehr zugesprochenen Verzugszinsen.
- 145 Im Übrigen ist die Berufung der Klägerin unbegründet und die Klage im Hinblick auf die verlangte Kaufpreiszahlung für zu viel gelieferte Masken zu Recht abgewiesen worden.
- 146 1. Das Landgericht ist im Hinblick auf die "falsche" CE-Zertifizierung zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Beklagte die Einrede des nichterfüllten Vertrags geltend machen und die Kaufpreiszahlung im Hinblick auf die Lieferungen zu den Avis-Nummern N10 und N11 von der mangelfreien Nachlieferung von 800.000 KN95 Masken abhängig machen kann, sodass die Entscheidung des Landgerichts insoweit abzuändern war.
- 147 a. Der Beklagten steht ein Anspruch auf Nachlieferung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 2. Variante BGB a.F. gegen die Klägerin nicht zu. Das Landgericht ist zu Unrecht von einem Mangel im Sinne des § 434 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. a) BGB a.F. ausgegangen, weil die Kartons der Masken und die Hygieneumverpackungen zu den vorgenannten Lieferungen mit einer CE-Kennzeichnung versehen sind, obwohl sie keiner Konformitätsbewertung gem. der VO (EU) 2016/425 unterzogen wurden. Die gegenteilige Ansicht der 18. Zivilkammer des LG Bonn (vgl. S. 41 ff. Berufungsbegründung, Bl. 437 OLG-A) ist zutreffend. Dieser schließt sich der Senat an.
- 148 Denn dass die Klägerin 800.000 Masken geliefert hat, auf den jeweiligen Umkartons und den Hygieneumverpackungen der Aufdruck "CE" aufgedruckt war, obwohl sie das Konformitätsverfahren nicht durchlaufen hatten, ist allenfalls als Nebenpflichtverletzung gemäß § 241 Abs. 2 BGB zu bewerten; dies führt aber nicht zu einer Mangelhaftigkeit der in diesen Kartons gelieferten Masken.
- 149 aa. Gemäß: § 434 Abs. 1 S. 1 BGB a. F. ist die Sache frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist die Sache frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet (S. 2 Ziffer 1), sonst wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (S. 2 Ziffer 2).

- 150 bb. Bei Anlegung dieses Maßstabs sind die Masken anders als in dem der durch das Landgericht zitierten Entscheidung LG Frankfurt a.N12, Urteil vom 19.02.2021 - 2-01 O 68/20 -, Rn. 27, juris, zugrundeliegenden Fall sowie in den ebenfalls zu Maskenlieferungen ergangenen Entscheidungen OLG Frankfurt a. N12 Urteil vom 25.6.2025 - 9 U 52/23, BeckRS 2025, 15731 Rn. 18, beck-online; LG Verden Urteil vom 18.10.2021 - 9 O 59/20, BeckRS 2021, 66569 Rn. 27, beck-online nicht mangelhaft, weil sie das Konformitätsverfahren über die Einhaltung der europäisch harmonisierten Einfuhrbeschränkungen nicht durchlaufen hätten.
- 151 Denn in den diesen Entscheidungen zugrundeliegenden Kaufverträgen war konkret vereinbart worden, dass die Masken rechtmäßig mit einer CE-Zertifizierung ausgezeichnet sein sollten. Vorliegend haben sich die Parteien vertraglich nicht auf eine CE-Zertifizierung sondern lediglich auf die Lieferung von Schutzmasken der Produktgruppe "FFP2 Masken" geeinigt und diese gemäß § 2 Ziffer 2.1 i.N10m. der Leistungsbeschreibung u.a. als solche des Standards "KN95 (CHN)" definiert.
- 152 Denn die Produktgruppe der Leistungsbeschreibung sah ausdrücklich folgende Normen/Standards vor:
- 153 *"Atemschutzgerät "N95" gemäß FDA Klasse II, unter 21 CFR 878.4040, und CDC NIOSH, oder "FFP2" gemäß EN 149*
- 154 *Verordnung 2016/425 Kategorie III*
- 155 *oder gleichwertige Normen, auch KN95 (CHN)"*
- 156 Dieser Standard für KN95 (CHN) Masken richtet sich nach der chinesischen Regelung GB 2626:2006 und erfordert eine (zutreffende) CE-Kennzeichnung nicht. Insofern haben sich die Parteien - was zulässig ist (vgl. BGH, NJW 2019, 2380 Rn. 18, beck-online) - in Form einer negativen Beschaffenheitsvereinbarung auf einen niedrigeren Standard geeinigt, als er unter "normalen" Bedingungen außerhalb des Pandemiegeschehens üblich ist.
- 157 cc. Die Kaufsache, d.h. die 800.000 Schutzmasken, deren Umkartons und Hygieneumverpackungen zu Unrecht mit dem Aufdruck "CE" versehen waren, war auch nicht durch ein etwaig dadurch in Anspruch genommenes Vertrauen mangelhaft, weil sie sich nicht zur vom Vertrag vorausgesetzten Verwendung, als Schutzmasken weitergegeben und eingesetzt zu werden, geeignet hätten. Denn Umstände, die sich erst bei der Vertragsausführung ergeben, wie hier die Lieferung der Masken in einer "falsch" bedruckten Verpackung, können die Leistungspflichten nicht mehr verändern. Leistungspflichten iSv § 241 Abs. 1 BGB a.F. sind in der Regel konkret ex ante definiert, das heißt, sie haben einen bestimmten, im Vertrag oder durch die gesetzliche Anspruchsgrundlage vorgegebenen Inhalt. Demgegenüber ergibt sich der genaue Inhalt von Schutz- und Rücksichtnahmepflichten erst situativ anhand der bei Durchführung des Schuldverhältnisses auftretenden Umstände, aufgrund des generalklauselartigen Maßstabes von Treu und Glauben. Folglich sind sie nicht auf die Herbeiführung eines konkreten Erfolges gerichtet, sondern nur allgemein auf ein pflichtgemäßes Verhalten (BeckOGK/Riehm, 1.8.2023, BGB § 324 Rn. 26, beck-online). Ein Umstand, der erst bei Lieferung der Masken zutage tritt, wie hier der "falsche" CE-Aufdruck, ist bereits deshalb nicht dazu geeignet, einen Mangel der Sache zu begründen, wenn die Parteien wie hier, einen niedrigeren Standard vereinbart haben.

- 158 Dies gilt erst recht, wenn - wie hier - ein falscher Eindruck bei der Beklagten nicht entstehen und deshalb auch kein falsches Vertrauen begründet werden konnte, weil die Masken, die Hygieneverpackungen und die Umkartons neben der "falschen" CE-Bezeichnung zutreffend nach dem chinesischen Typ KN95 nach GB 2626-2006 bezeichnet waren und die zusätzlich zu Unrecht aufgebrachte CE-Kennzeichnung nach dem übereinstimmenden Parteiwillen als unwesentlich erachtet wurde. Die Leistungsbeschreibung lässt ausdrücklich Qualitätsstandards zu, bei denen eine zutreffende CE-Zertifizierung fehlt. Wäre es der Beklagten auf eine solche CE-Zertifizierung angekommen, hätte sie die "Produktgruppe FFP2" im Ausschreibungstext entsprechend gestalten und insbesondere keine Masken des Typs KN95 (CHN) aufnehmen dürfen, die eine CE-Zertifizierung, d.h. eine Konformität mit europäischen Maßgaben nicht aufweisen. Dem war jedoch nicht so. Der begrifflich weit gefasste Ausschreibungstext zur Bezeichnung und Qualität der Masken war offenkundig allein dem Umstand geschuldet, dass - möglichst schnell - viele Masken in den Umlauf gebracht wurden, um die Bevölkerung flächendeckend zu schützen.
- 159 Dass beide Parteien - auch die Beklagte - von der Unwesentlichkeit des CE-Aufdrucks für die Mangelfreiheit der Masken ausgingen, spiegelt sich neben der Leistungsbeschreibung auch dadurch wider, dass die Beklagte den "falschen" CE-Aufdruck erstmals mit Schriftsatz vom 21.11.2024, Bl. 3819 ff. LG-A und damit mehr als viereinhalb Jahre nach der Lieferung der Masken rügte, obgleich die Masken bereits nach ihrer Lieferung im Mai 2020 auf Mängel überprüft worden waren und die "falsche" CE-Kennzeichnung dabei beanstandungsfrei hingenommen wurde. Die Avisen N10 und N11 bestanden die Prüfung, die sich ausweislich der dafür von der Beklagten erstellten "Checklisten" auch auf die Beschriftung und die Verpackung bezog (vgl. Anlage B9, Bl. 803 LG-A), nämlich lediglich aufgrund des behaupteten zu hohen Filterdurchlassgrads nicht. Die Sichtprüfung wurde hingegen als beanstandungsfrei bewertet. Dies ergibt sich aus den durch die Beklagte vorgelegten Prüfberichten (vgl. Anlage B15, Bl. 881 LG-A und Anlage B16, Bl. 882 LG-A) und lässt allein den Schluss zu, dass auch die Beklagte davon ausging, dass ein "falscher" CE-Aufdruck für die Mangelfreiheit der Masken ohne Relevanz war. Denn dass der "falsche" CE-Aufdruck von der Beklagten lediglich unbemerkt geblieben wäre, ist auszuschließen. Sie hat die Masken der Avisen N10 und N11 zutreffend als KN95-Masken erkannt; So weist der Prüfbericht unter dem Prüfungspunkt "Schutzmaskenart" die Masken als "KN95" aus. Zudem ist es auszuschließen, dass sie den CE-Aufdruck nicht bemerkt hätte. Die den CE-Aufdruck enthaltene Verpackung ist in der Rubrik "Sichtprüfung" nicht nur ausführlich beschrieben; Umverpackung und Hygieneumverpackung sind auch fotografiert und die Abbildungen in die Prüfberichte eingefügt worden (vgl. Anlage B15, Bl. 881 LG-A und Anlage B16, Bl. 882 LG-A).
- 160 b. Mangels Mangelhaftigkeit entfällt ein Anspruch der Beklagten auf Nacherfüllung, den die Beklagte dem Anspruch der Klägerin im Wege des Zurückbehaltungsrechts entgegenhalten könnte.
- 161 2. Das Landgericht hat zwar folgerichtig, aber unzutreffend den Anspruch auf Verzugszinsen im Hinblick auf die von der "falschen" CE-Kennzeichnung betroffene Lieferung verneint. Der Klägerin steht auch in Anbetracht der erstinstanzlich anderslautenden Entscheidung ein Anspruch auf Verzugszinsen gem. §§ 280 Abs. 1, 286, 288 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB zu. Mangels Bestands des Einrederechts gem. § 320 BGB konnte dieses auch den Eintritt des Schuldnerverzugs entgegen der erstinstanzlichen Entscheidung nicht hemmen.

- 162 3. Soweit die Klägerin mit der Berufung auch einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung für zu viel gelieferte Masken weiterverfolgt, ist die Berufung unbegründet. Das Landgericht hat die Klage insoweit zu Recht abgewiesen (vgl. S. 53 des Urteils, Bl. 56 ff. OLG-A).
- 163 Im Hinblick auf die Ausführungen zum fehlenden Erklärungsgehalt des Schweigens der Beklagten zu der Mehrlieferung wird auf die diesbezüglichen Ausführungen des Landgerichts verwiesen, denen sich der Senat anschließt.
- 164 Soweit sich die Klägerin darüber hinaus nunmehr auf Art. 3 Abs. 1 GG und geübte Verwaltungspraxis bezieht (S. 83 Berufungsbegründung, Bl. 479 OLG-A), dringt sie damit nicht durch. Der von ihr zum Vergleich herangezogene Fall ist mit dem hiesigen nicht vergleichbar. In dem als Parallelverfahren bezeichneten Fall LG Bonn 1 O 32/22, OLG Köln 8 U 38/23 handelte es sich um einen Fall, in dem UN-Kaufrecht (CISG) auf den Fall anzuwenden war und die Beklagte deshalb zur Kaufpreiszahlung auch aufgrund der Versäumung der Rügepflicht nach Art. 52 CISG verpflichtet gewesen sein mag (vgl. Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Müller-Chen/Atamer, 8. Aufl. 2025, CISG Art. 52 Rn. 20, beck-online); eine Ungleichbehandlung kann infolgedessen hier nicht angenommen werden, weil dies eine grundsätzliche Vergleichbarkeit der ungleich behandelten Fälle erfordern würde.
- 165 Abgesehen davon sind der Entscheidung OLG Köln 8 U 38/23 auch keine Ausführungen zu einer etwaigen Mehrlieferung und deren Annahme zu entnehmen. Vielmehr wird dort unter Rn. 64 ausgeführt, dass in zweiter Instanz unstreitig gestellt worden sei, dass am 5.5.2020 nur 220.000 und nicht 228.000 Masken geliefert worden seien.
- 166 Soweit die Klägerin mit Schriftsatz vom 26.03.2026 (Bl. 1234 OLG-A) einen Anspruch auf Bezahlung der gelieferten Mehrmengen mit einem Verstoß gegen das im EU-Primärrecht verankerte Transparenzgebot zu begründen sucht, verfängt dies - selbst wenn es zutreffen sollte, dass andere Anbieter Mehrmengen bezahlt bekommen haben - nicht. Denn ein Vertrag über Mehrmengen ist im Open-House-Verfahren weder mit der Klägerin noch mit anderen Anbietern zustande gekommen. Soweit sich die Beklagte mit anderen Anbietern im Nachgang zum Open-House-Verfahren auf die Abnahme weiterer Masken geeinigt haben mag, vermag dies einen zeitlich davor liegenden Verstoß gegen das Transparenzgebot bei der Ausschreibung des Open-House-Verfahrens nicht zu begründen.

III.

- 167 Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.
- 168 **IN10**
- 169 Die Revision war gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO zuzulassen. 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. m.w.N.). Dies ist hier gegeben, weil die Entscheidung jedenfalls im Hinblick auf die Frage der Teil-

nichtigkeit gem. § 134 BGB in Verbindung mit dem öffentlichen Preisrecht von der Entscheidung des 18. Senats des OLG Köln, Az.: 18 U 97/23, abweicht.