
Datum: 09.07.2013
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 121/10
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2013:0709.21U121.10.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 45 O 85/08

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 07.05.2010 verkündete Urteil des Vorsitzenden der 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts *Essen* (Az.: 45 O 85/08) unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird – unter Klageabweisung im Übrigen – verurteilt, an den Kläger 3.266,03 € zu zahlen Zug um Zug gegen Vornahme folgender Handlungen betreffend das seitens der Insolvenzschuldnerin J-GmbH i. L. aufgrund des „Bauwerkvertrages“ vom 16.11.2007 am Bauvorhaben T-Straße in T2 erbrachte Gewerk ### (Steuerungstechnik):

? Übergabe eines Einweisungsprotokolls und einer Schulungsbestätigung,

? schriftliche Darstellung des angewendeten Anlagenkennzeichnungssystems,

? Anbringung von Revisionsplänen im Schaltschrank „Lüftung“,

? Übergabe einer ausgedruckten Gesamtliste der Brandschutz- und Entlüftungklappen sowie

? Übergabe von Hinweisen zur Wartung.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen zu 1/3 die Beklagte und zu 2/3 der Kläger; die Kosten des Berufungsverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:	1
I.	2
Von der Wiedergabe der tatsächlichen Feststellungen wird gem. §§ 540 Abs. 1 Ziff. 1, Abs. 2, 313 a Abs. 1 Satz 1 ZPO, 26 Nr. 8 EGZPO abgesehen.	3
II.	4
Die zulässige Berufung der Beklagten ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet.	5
1.	6
Der Kläger hat als prozessführungsbefugte Partei kraft Amtes (§ 80 InsO) gegen die Beklagte einen restlichen Vergütungsanspruch in Höhe der vom Landgericht zuerkannten 3.266,03 €, der sich aus § 631 Abs. 1 BGB i. V. m. den Regeln der VOB/B sowie dem zwischen der Insolvenzschuldnerin (nachfolgend: J) und der Beklagten geschlossenen Werkvertrag vom 16.11.2007 ergibt.	7
a)	8
Die Beklagte und die J haben unstreitig am 16.11.2007 auf Grundlage eines Leistungsverzeichnisses (Bl. 6 ff. d. A.) sowie gem. § 2 lit. f) unter Einbeziehung der VOB/B in der seinerzeit gültigen Fassung einen Werkvertrag über die Ausführung des Gewerks ### (Steuerungstechnik) am Bauvorhaben „T-Straße“ in T2 geschlossen.	9
Im Hinblick auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist die VOB/B in der Fassung von 2006 anzuwenden.	10
b)	11
Die J hat die „eigentlichen“ Leistungen ihres Gewerks unstreitig erbracht. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Anlage – was die Parteien auf die Anfrage des Senats vom 23.12.2010 mitgeteilt haben – spätestens im Sommer 2008 in Betrieb genommen wurde und seither läuft, ohne dass die J oder ein Drittunternehmen Nachbesserungsarbeiten durchgeführt hätten.	12
Streitig ist lediglich, ob zum Leistungsumfang insbesondere auch die in § 18 Ziff. 6 des Vertrages aufgeführten Pflichten zur Übergabe diverser Unterlagen (auch in elektronischer Form) nebst Software gehören.	13
aa)	14
	15

Gegen die dies verneinenden Feststellungen des Landgerichts wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung teilweise zu Recht.

Ungeachtet der Klausel in § 18 Ziff. 6 des Vertrages ergibt sich nämlich die Pflicht zur Übergabe von Dokumentationsunterlagen sowie Software – wenn auch nicht im von der Beklagten beanspruchten Umfang – bereits aus dem Leistungsverzeichnis, welches gem. § 2 lit. b) Gegenstand des Vertrages ist. 16

Nach dem Ergebnis der vom Senat ergänzend durchgeführten Beweisaufnahme, insbesondere nach den Feststellungen des Sachverständigen C, an deren Richtigkeit der Senat – insbesondere auch unter Berücksichtigung der fachkundigen und in jeder Hinsicht überzeugenden ergänzenden mündlichen Ausführungen des Sachverständigen im Termin vom 09.07.2013 – keinerlei Zweifel hat, hat die J diese Pflichten aber bislang nicht vollständig erfüllt, mag es sich hierbei auch nicht um wesentliche Mängel des gesamten Gewerks ### handeln. 17

Dem stehen weder die Bekundungen des bereits erstinstanzlich hierzu vernommenen Zeugen T noch die von der seinerzeit für die Beklagte tätigen L GmbH & Co. KG am 13.06.2008 erteilte Empfangsbestätigung (Bl. 112 d. A.) entgegen. Der Beklagten steht jedenfalls der Gegenbeweis offen (vgl. BGH NJW-RR 2007, 351, Tz. 14). 18

Im Übrigen ziehen die Parteien die Feststellungen des Sachverständigen C auch nicht ernsthaft in Zweifel. 19

bb) 20

Ein Anspruch auf Lieferung weiterer Software, insbesondere der Programme „D“ und „D2“ nebst Keycode, besteht hingegen weder als Annex zu den (unstreitig) nach dem Leistungsverzeichnis zu liefernden Unterlagen bzw. Dateien, noch ergibt sich ein solcher Anspruch aus § 18 Ziff. 6 (letzter Spiegelstrich) des Vertrages. 21

(1) 22

Der Sachverständige C, der im Rahmen der Begutachtung auch die Frage zu beantworten hatte, ob aus technischer Sicht die Lieferung (auch) der genannten Programme zur vollständigen und mängelfreien Erbringung des Gewerks ### gehört, hat diese Frage verneint. 23

Hieran hat er auch anlässlich seiner ergänzenden Anhörung im Termin vor dem Senat am 09.07.2013 festgehalten. Dem schließt sich der Senat an und nimmt im Übrigen zur Vermeidung von Wiederholungen ergänzend Bezug auf die insoweit ebenfalls überzeugenden rechtlichen Ausführungen des Landgerichts im angefochtenen Urteil. 24

(2) 25

Ein Anspruch auf Lieferung der Software „D“ und „D2“ nebst Keycode ergibt sich auch nicht aus § 18 Ziff. 6 (letzter Spiegelstrich) des zwischen der J und der Beklagten geschlossenen Vertrages. 26

(a) 27

Die besagte Klausel ist gem. § 305 c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil geworden. 28

29

Dass die Anforderungen an die Abnahme durch AGB qualitativ derart heraufgesetzt und hiermit – außerhalb des Leistungsverzeichnisses – zugleich quasi neue Hauptleistungspflichten begründet werden, ist nach Auffassung des Senats so ungewöhnlich, dass die J als Auftragnehmerin hiermit nicht zu rechnen brauchte.	
(b)	30
Dem steht nicht entgegen, dass – wie die Beklagte behauptet – die Klausel individuell ausgehandelt worden wäre.	31
Die Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB liegen schon nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten nicht vor.	32
Hierbei verkennt der Senat insbesondere nicht die textlichen Unterschiede zwischen dem der J vorab zur Verfügung gestellten Entwurf (Bl. 205 ff. d. A.) und dem letztlich tatsächlich abgeschlossenen Vertrag (Bl. 51 ff. d. A.). Allein hieraus folgt aber nicht, dass die Klausel als individuell ausgehandelt i. S. v. § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB anzusehen ist.	33
(aa)	34
Bereits aus dem zur Akte gereichten Entwurf (Bl. 205 ff. d. A.) ergibt sich allerdings eindeutig, dass es sich bei dem Klauselwerk – was im Übrigen aus zahlreichen vergleichbaren Verfahren senatsbekannt ist – offenbar um ein von der F-Gruppe standardmäßig für sämtliche ihrer zahlreichen Bauvorhaben verwendetes Muster handelt, welches nur jeweils für das entsprechende Bauvorhaben und Gewerk angepasst wird. Schon die äußere Erscheinungsform des Textes begründet dabei eine tatsächliche Vermutung dafür, dass auch die vorliegend maßgebliche Klausel – ebenso wie fast der gesamte übrige Vertragsinhalt – eine von der Beklagten vorformulierte Vertragsbedingung darstellt (vgl. <i>BGH NJW 2000, 1110 [1111]</i>).	35
(bb)	36
Soweit der letztlich Vertragsinhalt gewordene Text tatsächlich Abweichungen von dem vorab überreichten Entwurf enthält, beruhen diese nicht auf einem „Aushandeln“ i. S. v. § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB.	37
„Aushandeln“ in diesem Sinne bedeutet mehr als „Verhandeln“. Es genügt insbesondere nicht, dass das gestellte Formular dem Verhandlungspartner bekannt ist und nicht auf Bedenken stößt oder dass der Inhalt lediglich erläutert oder erörtert wird und den Vorstellungen des Partners entspricht. Von einem Aushandeln kann vielmehr nur dann gesprochen werden, wenn der Verwender zunächst den in seinen AGB enthaltenen „gesetzesfremden Kerngehalt“, also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen, inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. Er muss sich also deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit erklären. In aller Regel schlägt sich eine solche Bereitschaft auch in erkennbaren Änderungen des vorformulierten Textes nieder.	38
Aber auch durch solche nachträglichen Änderungen des Textes verliert eine AGB ihren Charakter als nach §§ 305? ff. BGB der Inhaltskontrolle unterliegende Klausel nicht, wenn diese Änderungen nicht in einer Weise erfolgen, die es rechtfertigt, sie wie eine von	39

vornherein getroffene Individualvereinbarung zu behandeln. Das ist nicht der Fall, wenn der Verwender auch nach Vertragsschluss dem Vertragspartner keine Gestaltungsfreiheit eingeräumt und den gesetzesfremden Kerngehalt der Klausel nicht zur Disposition gestellt hat und die Parteien auf dieser Grundlage eine Einigung finden, mit der die nachteilige Wirkung der Klausel lediglich abgeschwächt wird (vgl. *BGH aaO.*, [1111 f.] sowie *NZBau* 2013, 297, Tz. 30, jew. mwN.).

So liegen die Dinge hier: 40

Die im Vergleich zum Entwurf in dem letztlich unterzeichneten Exemplar vorgenommenen Änderungen des Textes von § 18 Ziff. 6 bestehen ausschließlich darin, dass der in der Klausel enthaltene, ursprünglich noch weitaus umfangreichere Katalog lediglich um diejenigen Anforderungen gekürzt wurde, die für das Gewerk der Klägerin ersichtlich nicht einschlägig sind, so bspw. die Übergabe einer Prüfstatik, die mängelfreie Abnahme durch einen Prüfstatiker u. ä.. Dass die Beklagte den „gesetzesfremden Kerngehalt“ der Klausel, nämlich die Abnahme von der Übergabe einer Vielzahl von Unterlagen und elektronischen Daten abhängig zu machen und so faktisch neue, im Leistungsverzeichnis nicht enthaltene Hauptleistungspflichten zu begründen, inhaltlich ernsthaft zur Disposition gestellt hätte, ist hingegen nicht ersichtlich. 41

c) 42

Die restliche Vergütung ist fällig. 43

Die Wirkungen der Abnahme sind gem. § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB mit Ablauf der mit Schreiben der J vom 25.06.2008 gesetzten Frist am 05.07.2008 eingetreten. 44

aa) 45

Zu einer Verweigerung der Abnahme war die Beklagte nicht berechtigt. Dies wäre gem. § 12 Nr. 3 VOB/B nur bei Vorliegen *wesentlicher* Mängel der Fall gewesen. Solche sind nach dem Gutachten des Sachverständigen C aber nicht vorhanden, wofür im Übrigen auch spricht, dass die Anlage unstreitig spätestens seit Sommer 2008 in Betrieb ist. 46

bb) 47

Da § 18 Ziff. 6 des Vertrages, der die Abnahme an umfangreiche weitere Voraussetzungen knüpft, nach den obigen Ausführungen gem. § 305 c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil geworden ist, steht diese Klausel einer fiktiven Abnahme i. S. v. § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht entgegen. 48

cc) 49

Die in § 18 Ziff. 3 des Vertrages enthaltene Regelung, wodurch sowohl eine Abnahme durch Inbesitz- bzw. Ingebrauchnahme als auch eine fiktive Abnahme i. S. v. § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB bzw. § 12 Nr. 5 VOB/B ausgeschlossen sind, führt ebenfalls zu keinem anderen Ergebnis. 50

Das Landgericht hat diese Klausel zutreffend als unwirksam angesehen, § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB. 51

Hierbei verkennt der Senat nicht, dass der Ausschluss einer fiktiven Abnahme i. S. v. § 12 Nr. 5 VOB/B durch Allgemeine Geschäftsbedingungen als zulässig angesehen wird (vgl. 52

Ganten/Jansen/Voit/Bröker, Beck'scher VOB-Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 12 Abs. 5 VOB/B, Rdnrn. 34 f. mwN.). Dies gilt aber nicht für die Abnahmefiktion des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB, die auch im VOB-Vertrag anwendbar ist (vgl. <i>Kniffka/Koeble</i> , Kompendium des Baurechts, 3. Aufl. 2008, 4. Teil, Rdnr. 28 mwN.). Der Unternehmer hätte andernfalls nämlich keinerlei Möglichkeit mehr, ohne Mitwirkung des Bestellers die Abnahmewirkungen herbeizuführen (vgl. <i>Kniffka/Pause/Vogel</i> , Bauvertragsrecht, Stand: 2012, § 640 BGB, Rdnr. 71 mwN.).	
d)	53
Die Höhe der restlichen Vergütung – 3.266,03 € – ist in der Berufungsinstanz unstreitig.	54
Soweit das Landgericht Abzüge von der ursprünglichen Klageforderung vorgenommen und die Klage deshalb teilweise abgewiesen hat, ist dies in der Berufungsinstanz ebenso wenig relevant wie weitere, erstinstanzlich seitens der Beklagten noch geltend gemachte Einwendungen. Der Kläger seinerseits hat weder Berufung noch Anschlussberufung eingelegt, und die Beklagte hat die diesbezüglichen Feststellungen des Landgerichts mit ihrer Berufung nicht weiter konkret i. S. v. § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ZPO angegriffen.	55
Gleiches gilt im Ergebnis, soweit die Parteien erstinstanzlich außerdem noch darum gestritten haben, ob und unter welchen Voraussetzungen die J zur Ablösung des Sicherheitseinhalts durch Gestellung einer Bankbürgschaft berechtigt ist und ob die maßgebliche Klausel in § 11 des Vertrages wirksam ist, was das Landgericht verneint hat.	56
Ungeachtet dessen ist der Sicherheitseinbehalt ohnehin mittlerweile – unabhängig von der Gestellung einer Bankbürgschaft – auszukehren. Die Parteien haben in § 19 Ziff. 1 des Vertrages nur eine Gewährleistungsfrist von zwei Jahren ab Abnahme vereinbart, die – ausgehend von einer fiktiven Abnahme im Jahr 2008 – zwischenzeitlich abgelaufen ist.	57
e)	58
Der fällige Anspruch der J auf restliche Vergütung in der vom Landgericht zuerkannten Höhe ist ferner nicht durch Aufrechnung mit einem Anspruch der Beklagten auf die vereinbarte Vertragsstrafe gem. § 389 BGB erloschen.	59
Ungeachtet der Frage, ob die tatsächlichen Voraussetzungen des Vertragsstrafenanspruchs vorliegen, ist bereits die entsprechende Klausel in § 10 des Vertrages gem. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB wegen unangemessener Benachteiligung der J als Auftragnehmerin unwirksam.	60
aa)	61
Bei der Klausel handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung.	62
Nicht einmal die Beklagte selbst behauptet, dass es insoweit Änderungen gegenüber dem vorab überreichten Entwurf gegeben habe. Der Umstand, dass ggf. einzelne Klauseln ausgehandelt wurden, berührt aber den AGB-Charakter der übrigen Klauseln nicht (vgl. <i>BGH NJW</i> 1986, 1803 mwN.).	63
bb)	64
Auch verkennt der Senat nicht, dass die in der Rechtsprechung anerkannten Höchstsätze von ca. 0,2 % je Arbeits-/Werk- oder Kalendertag (vgl. bspw. <i>OLG Jena</i> , <i>NJW-RR</i> 2002, 1178 [1179], 0,2 % pro Tag, sowie <i>BGH NJW-RR</i> 2008, 615, Tz. 8 mwN., 0,3 % pro Werktag) und	65

5 % des gesamten Vergütungsanspruchs (vgl. *BGH NJW* 2003, 1805 [1808]) ebenso eingehalten sind wie eine Anknüpfung an ein Verschulden des Auftragnehmers erfolgt (vgl. *BGH NJW-RR* 2008, 615, Tz. 9 mwN.).

Der in § 10 Ziff. 1 enthaltene Verweis auf § 9 Ziff. 2 des Vertrages, wonach auch Einzel- oder Zwischentermine des Bauzeitenplans als Vertragsfristen gelten, führt aber dazu, dass bereits die Überschreitung jeder vereinbarten Zwischenfrist mit einer Vertragsstrafe in derselben Höhe belegt ist wie sie für die Überschreitung des Endtermins vorgesehen ist. Eine solche Klausel benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen, weil sie dazu führen kann, dass bei nur geringfügiger Überschreitung mehrerer Zwischentermine durch die Kumulierung der Einzelvertragsstrafen innerhalb weniger Tage die gesamte Vertragsstrafe verwirkt sein kann und zwar unabhängig davon, ob der Endtermin eingehalten wird oder nicht (vgl. *Senat, BauR* 2000, 1202, Tz. 31, zit. nach juris sowie *OLG Jena*, aaO., jew. mwN.). 66

Darauf, ob vorliegend Zwischenfristen tatsächlich vereinbart waren, kommt es für die – abstrakt vorzunehmende – Beurteilung der Wirksamkeit der verwendeten Klausel nicht an. 67

f) 68

Im Hinblick darauf, dass die J nach dem Ergebnis des Gutachtens des Sachverständigen C ihre sich aus dem Leistungsverzeichnisses ergebenden Pflichten bislang nicht vollständig erfüllt hat, steht der Beklagten allerdings gem. § 641 Abs. 3 BGB a. F. i. V. m. Art. 229 § 19 Abs. 1 EGBGB ein Leistungsverweigerungsrecht in Höhe des Dreifachen der für die Mangelbeseitigung erforderlichen Kosten zu. 69

Nach den auch insoweit überzeugenden ergänzenden Ausführungen des Sachverständigen C im Senatstermin vom 09.07.2013 fallen voraussichtlich insgesamt Mängelbeseitigungskosten von 4.200,00 € netto an, nämlich für die Erstellung und Übergabe eines Einweisungsprotokolls nebst Schulungsbestätigung 1.000,00 € und für die Anlagenkennzeichnung 200,00 €. Für den Ausdruck der Revisionspläne für den Schaltschrank „Lüftung“ sowie den Ausdruck der Gesamtliste der Brandschutz- und Entrauchungsklappen sind jeweils 100,00 € in Ansatz zu bringen. Für das Inbetriebnahmeprotokoll nebst 1:1-Check sind im Hinblick auf den damit verbundenen Arbeitsaufwand von etwa vier Tagen zu je acht Stunden Kosten in Höhe von 2.500,00 € zu veranschlagen, und für die Hinweise zur Wartung sind letztlich 300,00 € anzusetzen. 70

Der Senat teilt allerdings die Auffassung des Sachverständigen, dass die Beklagte die Erstellung eines Inbetriebnahmeprotokolls nebst 1:1-Check zum jetzigen Zeitpunkt nicht mehr verlangen kann, da die Anlage unstreitig seit etwa fünf Jahren in Betrieb ist und sich der Sinn und Zweck der Erstellung eines solchen Protokolls daher mittlerweile durch Zeitablauf erledigt hat. 71

Gleichwohl verbleiben Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 1.700,00 € netto. Das Dreifache hiervon sind 5.100,00 €, so dass die Beklagte zur Zahlung der restlichen Vergütung insgesamt nur Zug um Zug gegen Vornahme der aus dem Tenor ersichtlichen Handlungen zu verurteilen ist. 72

2. 73

Ein Zinsanspruch besteht nicht. 74

75

Schon das bloße objektive Bestehen eines Leistungsverweigerungsrechts schließt nach der gefestigten Rechtsprechung des *BGH* (vgl. bspw. NJW-RR 2003, 1318 f. mwN.; NJW 1999, 53 mwN. und 2110 mwN.; NJW 1993, 2674 mwN.; NJW 1982, 2494 [2495 mwN.; NJW 1982, 2242), der der Senat folgt, den Schuldnerverzug aus.

Auch ein Anspruch auf Rechtshängigkeitszinsen kommt nicht in Betracht. Das 76
Leistungsverweigerungsrecht führt dazu, dass die Forderung als noch nicht fällig i. S. d.
§ 291 Satz 1 Halbs. 2 BGB anzusehen ist (vgl. *BGH* NJW 1971, 615 [616] mwN.).

III. 77

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO; die Entscheidung 78
über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen. 79

Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des 80
Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des
Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 ZPO).