
Datum: 28.11.2017
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 120/16
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2017:1128.24U120.16.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 2 O 364/15

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 18.07.2016 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil sowie das mit der Berufung angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe	1
I.	2
Hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen wird zunächst gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen auf das angefochtene Urteil des Landgerichts Münster vom 18.07.2016.	3
Ergänzend ist Folgendes auszuführen:	4
Mit am 18.07.2016 verkündeten Urteil hat das Landgericht Münster den Beklagten zur Zahlung eines Betrages in Höhe von 464,10 € nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten	5

über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 24.12.2015 verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen.

Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, dass die mit dem Klageantrag zu Ziff. 1.) geltend gemachte Forderung der Klägerin lediglich in Höhe von 464,10 € aus der Rechnung 32160 begründet sei. 6

Es sei unstreitig, dass die Klägerin dem Beklagten zwei Gutschriften über jeweils 232,05 € erteilt habe. Diese Gutschriften habe der Beklagte aber nicht mit der Rechnung 32160 verrechnen können, da die Klägerin diese bereits bei anderen Rechnungen berücksichtigt habe, die dem Klageantrag zu Ziff. 1) zugrunde lägen. Dass die Klägerin darüber hinaus weitere Gutschriften in Höhe von 232,05 € erteilt habe, sei nicht vorgetragen und auch aus den Unterlagen nicht ersichtlich. 7

Dem über 464,10 € hinausgehenden Klagebetrag in Höhe von 79.419,05 € stünden Gegenrechnungen für die Zeit von Januar bis September 2015 gegenüber, die der Beklagte erfolgreich mit den Rechnungen der Klägerin habe verrechnen können. 8

Die vom Beklagten aufgestellten Gegenrechnungen für den Zeitraum Januar 2015 bis September 2015 in Höhe von insgesamt 79.419,05 € seien dem Grunde und der Höhe nach berechtigt. 9

Der Beklagte sei nach § 14 Ziff. 4 b) des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages zur Kürzung berechtigt gewesen. Die vom Beklagten vorgesehenen Reinigungsstunden seien zum einen Vertragsbestandteil geworden, zum anderen verstoße die Regelung in § 14 Ziff. 4 b) des Vertrages nicht gegen § 307 BGB. 10

Zwar seien Reinigungsverträge regelmäßig als Werkverträge einzuordnen. Vorliegend hätten die Parteien jedoch ausdrücklich etwas anderes vereinbart, nämlich, dass die Erbringung der vorgesehenen Stundenleistungen ebenfalls Vertragsbestandteil werde. Bereits im Ausschreibungsverfahren sei sowohl im Leistungsverzeichnis als auch bei den häufigen Bieterfragen darauf hingewiesen worden, dass die Stundenzahl verbindlich erbracht werden müsse und der Beklagte die Rechnung bei Nichteinhaltung der vorgegebenen Stunden kürzen könne. Hiermit habe sich die Klägerin ausdrücklich einverstanden erklärt. Der Vertrag könne nach §§ 133, 157 BGB nur dahingehend ausgelegt werden, dass die vorgegebenen Stunden Hauptleistungspflicht des Vertrages geworden seien, bei dessen Nichteinhaltung der Beklagte die Rechnungen der Klägerin gemäß § 14 Ziff. 4 b) entsprechend kürzen könne. Insoweit unterscheide sich der vorliegende Fall von den seitens der Klägerin zitierten Urteilen, da die zu erbringenden Stunden hier ausdrücklich Vertragsbestandteil geworden seien und die Stundenkalkulation nicht allein vorgenommen worden sei, um den Pauschalpreis zu berechnen. Gestützt werde dieses Verständnis durch § 11 des Vertrages. Eine solche Regelung, nach der der Beklagte die Einhaltung der Stundenzahl kontrollieren könne, wäre nicht notwendig, wenn die Erbringung der vorgegebenen Arbeitsstunden nicht Hauptleistungspflicht des Vertrages wäre. 11

Die jeweils monatlich in Ansatz gebrachten Fehlstunden seien zwischen den Parteien unstreitig. Die Kürzung der Höhe nach sei von der Klägerin nicht angegriffen worden und halte auch der gerichtlichen Überprüfung stand. Der Beklagte habe die Höhe der Gegenrechnungen stets nach dem Verhältnis der nicht erbrachten Stunden zu den vertraglich vereinbarten Stunden vorgenommen. 12

Über die Wirksamkeit der Klausel in § 14 Ziff. 4 c) des Vertrages, die eine pauschale Kürzung in Höhe von 15% ermögliche, sei nicht zu entscheiden gewesen. Es sei zwischen den Parteien unstreitig, dass aufgrund der stichprobenartigen Untersuchungen im Zeitraum Januar bis April 2015 tatsächlich ca. 15% der vorgegebenen Stunden nicht erbracht worden seien, so dass eine konkrete Kürzung zur gleichen Kürzungshöhe führen würde.

Die Regelung in § 14 Ziff. 4 b) des Vertrages verstoße nicht gegen § 307 BGB. Die Klausel stelle bei Berücksichtigung des gesamten Vertragskomplexes keine unangemessene Benachteiligung der Klägerin dar, die zu ihrer Unwirksamkeit führen würde. Zwar resultiere eine Benachteiligung der Klägerin daraus, dass zu ihren Lasten die Nachteile von Werk- und Dienstvertrag Niederschlag im Reinigungsvertrag gefunden hätten, während zugunsten des Beklagten die Vorteile von Dienst- und Werkvertrag im Reinigungsvertrag ihren Niederschlag gefunden hätten. Dies führe jedoch nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung im Sinne des § 307 BGB, da der Nachteil der Klägerin hinsichtlich ihrer Leistungspflichten im Rahmen der Vergütung zu ihren Gunsten erhöhend Niederschlag gefunden habe. Der Verzicht des Beklagten auf Angebote mit niedrigerer Stundenzahl und damit niedrigerer Vergütung im Ausschreibungsverfahren habe sich positiv zu Gunsten der Klägerin im Rahmen der Vergütung ausgewirkt. 14

Die Klägerin habe von vornherein aufgrund der Ausschreibungsunterlagen gewusst, dass die zu erbringende Stundenzahl zwingend sei und habe ihr Angebot unter Berücksichtigung dieser verlangten Konditionen stellen können. 15

Bei der Bewertung einer Klausel als unangemessen seien zudem die Interessen des Verwenders der Klausel zu berücksichtigen. Dem Beklagten sei es vorliegend nicht darum gegangen, durch die Qualifizierung der zu erbringenden Stunden als Hauptleistungspflicht in Fällen der Nichterbringung Kürzungen trotz eingetretenem Reinigungserfolg geltend zu machen, um sich auf diese Weise unbillig einen finanziellen Vorteil zu verschaffen. Nach dem nachvollziehbaren Vortrag des Beklagten und ausweislich der Vertragsgestaltung sei es ihm vornehmlich darum gegangen, durch zwingende Einhaltung der Stunden den Erfolg der Reinigung weitestgehend sicherzustellen. Die Festschreibung einer bestimmten Stundenzahl, die von einem Fachgremium über Jahre substantiiert ermittelt worden sei, sei ein legitimes Instrument, um die Qualität der Reinigung weitest möglich sicherzustellen und leicht kontrollieren zu können. Eine andere Kontrolle sei dem Beklagten nur mit erheblichem Aufwand möglich, da nicht ohne weiteres beurteilt werden könne, ob eine ausreichende Reinigung erfolge. Die Festschreibung einer Stundenzahl sei daher aus Sicht des Gerichts ein legitimes Instrument, um die Qualität der Reinigung weitest möglich sicherzustellen, ohne sich einem Kontrollaufwand auszusetzen, den eine regelmäßige Abnahme der Leistungen gemäß § 640 BGB mit sich brächte. 16

Der Klageantrag zu Ziff. 2 sei abzuweisen gewesen, da der Beklagte den Vertrag am 23.10.2015 gemäß § 18 des Vertrages aus wichtigem Grund fristlos habe kündigen können. Die Klägerin habe angekündigt, im Falle einer Nichtzahlung der offenen Forderungen bis zum 24.10.2015 die Arbeit niederzulegen, mithin von ihrem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch zu machen. Ein Zurückbehaltungsrecht habe der Klägerin jedoch nicht zugestanden, da sie im Wesentlichen keinen Anspruch auf Zahlung der aus ihrer Sicht offenen Forderungen gehabt habe. Die noch offene Forderung in Höhe von 464,10 € habe ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der gesamten Arbeitsleistung mit einem monatlichen Gesamtvolumen von ca. 60.000,00 € nicht zu rechtfertigen vermocht. 17

Da der Beklagte als Betreiber der X zwingend auf eine Reinigung angewiesen gewesen sei, sei die außerordentliche fristlose Kündigung rechtfertigt gewesen. Dem Beklagten sei nicht 18

zuzumuten gewesen, in einer Klinik über einen längeren Zeitraum bis zum regulären Ablauf des Vertrages am 31.05.2016 die Sicherstellung und Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Reinigung zu riskieren.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung.

19

Zur Begründung führt sie aus, dass sich aus den Vertragsbestimmungen ergebe, dass die Parteien einen Werkvertrag über Reinigungsleistungen geschlossen hätten, bei der sie ausschließlich die Herstellung des versprochenen Werkes, d.h. die fachgerechte Reinigung, geschuldet habe.

20

So seien ihr ebenso wie in dem vom Landgericht Köln entschiedenen Fall bestimmte Unterhaltsreinigungen zu den in den Angeboten genannten Jahrespreisen übertragen worden. Basis für die Berechnung des Entgelts seien die kalkulierten täglichen Reinigungsstunden, der jeweilige Stundenverrechnungssatz sowie der vereinbarte Jahrespreis gewesen. Der monatliche Betrag habe sich jeweils als 1/12 des Jahresbetrages dargestellt. Nach § 14 Ziff. 2 des Vertrages sei monatlich über die ausgeführten Reinigungsarbeiten getrennt nach Objekten bzw. Kostenstellen abzurechnen gewesen. Aus der Rechnung hätten die Reinigungsleistungen nach Flächen bzw. Kostenstellen und vereinbartem Entgelt erkennbar sein müssen. Von den geleisteten Stunden und deren Mindestanzahl sei dabei gerade nicht die Rede gewesen.

21

Zudem habe der Beklagte als Auftraggeber festzustellen gehabt, ob die Reinigung fristgerecht und ordnungsgemäß ausgeführt worden sei. Bis zur Abnahme habe sie für die vertragsgemäße Erfüllung beweispflichtig sein sollen.

22

Der Beklagte habe nach § 14 Ziff. 4 des Vertrages lediglich für den Fall der Schlechtleistung berechtigt sein sollen, ggfs. Kürzungen vorzunehmen. Dass diese Voraussetzung vorgelegen hätte, habe dieser nicht einmal vorgetragen.

23

Das Landgericht habe sich zu Unrecht nicht mit der Rechtmäßigkeit des § 14 Ziff. 4 c) beschäftigt. Die streitgegenständlichen Rechnungen für Januar bis April 2015 seien pauschal um jeweils 15% gekürzt worden. Es sei nicht erkennbar, woher das Landgericht entnehme, dass in diesem Zeitraum aufgrund stichprobenartiger Untersuchungen 15% der vorgegebenen Stunden nicht erbracht worden seien. Sie bestreite die Unterschreitung der angeblich vorgegebenen Stundenzahl in diesem Zeitraum. Konkrete Reinigungsmängel für den Zeitraum Januar bis April 2015 habe der Beklagte zu keinem Zeitpunkt vorgetragen. Zudem sei eine Kürzungsmöglichkeit nach § 14 Ziff. 4 c) auf solche Zeiträume beschränkt gewesen, an denen tatsächlich Beanstandungen vorgelegen hätten. Eine Kürzung für den gesamten Kalendermonat sei selbst in § 14 Ziff. 4 c nicht vorgesehen gewesen.

24

Könnten Rechnungen trotz unbeanstandet erbrachter Reinigungsleistungen gekürzt werden, bedeute dies, dass der Beklagte nicht nur ein mangelfreies Werk habe verlangen können, sondern gleichzeitig Anspruch auf die Leistung bestimmter Arbeitsstunden gehabt habe. Dadurch habe sie als Werkunternehmerin die mit dem Werkvertrag einhergehende Dispositionsfreiheit zur Leistungserbringung verloren. Gleichzeitig habe sie weiterhin für den Erfolg des Werkes haftet. Eine solche Regelung sei wegen Verstoßes gegen § 307 BGB unwirksam.

25

§ 11 des Vertrages zur Arbeitszeiterfassung könne nicht als Argument für die Vereinbarung einer Mindeststundenzahl herangezogen werden. Die Arbeitsstundennachweise stellten vielmehr eine Regelung zur Kontrolle des Auftragnehmers auf die Einhaltung bestimmter

26

gesetzlicher und vertraglicher Vorschriften dar. Die Aufzeichnungen seien auch im Zusammenhang mit den in § 18 Ziff. 2 des Vertrages genannten wichtigen Kündigungsgründen für den Auftraggeber zu sehen.

Es sei nicht nachvollziehbar, inwieweit die Stundenzahl etwas über die Reinigungsqualität aussage. Allein die Anzahl der erbrachten Reinigungsstunden besage nichts über den Reinigungserfolg. Die Stundenzahl könne daher kein legitimes Instrument sein, den Reinigungserfolg weitest möglich zu kontrollieren und sicherzustellen. 27

Das Landgericht habe ferner übersehen, dass der Beklagte keineswegs einzig und allein auf die Einhaltung der Stundenzahl Wert gelegt und Angebote mit einer abweichenden oder niedrigeren Stundenzahl von vornherein ausgeschlossen habe. Ausweislich der Leistungsbeschreibung seien der Preis und damit die Stundenzahl lediglich mit 60% in die Wertung eingeflossen. Die restlichen 40% hätten das Qualitätskonzept des Auftragnehmers betroffen. Wenn es dem Beklagten nach eigener Bewertung aber zu knapp der Hälfte auf die Qualität der Reinigung angekommen sei, könne die Unterschreitung der Mindeststunden nicht als Argument dafür dienen, die Reinigungsqualität sei unzureichend und schlecht, weil die Stundenzahl unterschritten worden sei. 28

Der vorliegende Sachverhalt unterscheide sich im Wesentlichen nicht von den Vertragskonstellationen, die den von ihr zitierten Entscheidungen zugrunde gelegen hätten. 29

Ihre Benachteiligung habe keinen Ausgleich in der Vergütung gefunden. Im Übrigen sei zwischen ihnen keine Mindeststundenzahlen vereinbart worden. Es seien in der Leistungsbeschreibung lediglich Höchstwerte für Reinigungsflächen pro Zeiteinheit festgelegt worden. 30

Da die Kürzungen des Beklagten nicht berechtigt gewesen seien, habe sie ihre Arbeit einstellen dürfen, so dass kein wichtiger Kündigungsgrund vorgelegen habe. 31

Die Klägerin beantragt, 32

die Beklagte unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Münster vom 18.07.2015 zu verurteilen, an sie 163.136,35 € (120.342,98 € - 2.018,50 € + 44.811,60 €) nebst 9 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz aus 57.400,54 € seit dem 24.10.2015 sowie aus 60.924,20 € seit dem 24.12.2015 sowie aus 44.811,60 € seit dem 19.12.2015 abzüglich am 15.12.2015 gezahlter 1.443,42 €, am 18.12.2015 gezahlter 22.793,10 € und am 11.01.2016 gezahlter 59.016,68 € zu zahlen; 33

den Beklagten zu verurteilen, an sie weitere 34.566,30 € zu zahlen. 34

Der Beklagte beantragt, 35

die Berufung zurückzuweisen. 36

Der Beklagte führt zur Verteidigung der angefochtenen Entscheidung aus, dass das Landgericht zutreffend festgestellt habe, dass der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag nicht nur werkvertragliche, sondern auch dienstvertragliche Elemente beinhalte. Dies ergebe sich aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag selbst sowie aus den dem Vertragsschluss zugrundeliegenden Angebotsunterlagen. 37

Er habe als Ausschreibender vorgegeben, wie viele Mindeststunden bzgl. der einzelnen Reinigungsgruppen seitens der Anbieter geleistet werden müssten. Er habe als 38

Ausschreibender erkennbar nicht gewollt, dass ein Anbieter bei den einzelnen Reinigungsgruppen mehr Quadratmeter/Stunde/Kraft in Ansatz bringe, da nach seinen Erfahrungen in einem solchen Fall eine ordnungsgemäße Leistung nicht mehr gegeben sein könne. Da er aus der Vergangenheit die Preisgestaltungen der Reinigungsunternehmen gekannt habe, habe er mit der Ausschreibung bewusst in Kauf genommen, für die angebotenen Tätigkeiten mehr zu zahlen. Die Klägerin habe sich diesen Anforderungen durch die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren bewusst unterworfen.	
Gerade die Regelung in § 11 des Vertrages bringe deutlich zum Ausdruck, dass er großen Wert auf die Erbringung der ausgeschriebenen Stunden gelegt habe.	39
Seinen Vortrag in der Klageerwiderung, nach einer stichprobenartigen Untersuchung auf Basis der von der Klägerin übermittelten Stundenzahlen davon ausgegangen zu sein, dass die Klägerin tatsächlich rund 15% Stunden abgerechnet habe, die nicht abrechnungsfähig seien, habe die Klägerin erstinstanzlich nicht bestritten. Das erstmalige Bestreiten in der Berufungsinstanz sei unzulässig.	40
Des Weiteren verstoße die Vorschrift des § 14 Ziff. 4 b) des Vertrages auch nicht gegen § 307 BGB. Es sei nach den Erfahrungen der Vergangenheit durchaus nachvollziehbar, dass zwischen den erbrachten Stunden eines Reinigungsdienstleisters und der Qualität der Reinigungsleistung regelmäßig ein Zusammenhang bestehe. Er habe durch Vorgabe einer bestimmten Mindeststundenzahl erreichen wollen, dass ein Mitarbeiter mittlerer Art und Güte, der seine Tätigkeit ernst nehme, in die Lage versetzt werde, eine ordnungsgemäße Reinigung durchzuführen, was nicht der Fall sei, wenn dem Mitarbeiter weniger Zeit zur Verfügung gestellt werde. Wenn er aufgrund seiner Erfahrungen sicher wisse, dass eine ordnungsgemäße Reinigung nur dann zu erreichen sei, wenn man einen bestimmten Stundenaufwand tatsächlich erbringe, sei es sein legitimes Interesse, diese Erkenntnis in den Vergabeprozess und die Vertragsgestaltung einfließen zu lassen.	41
II.	42
Die Berufung ist zulässig, hat in der Sache jedoch keinen Erfolg.	43
Das Landgericht Münster hat in dem angefochtenen Urteil zu Recht festgestellt, dass der Klägerin ein über den ausgeurteilten Betrag in Höhe von 464,10 € hinausgehender Anspruch wegen nicht gezahlter Vergütung für erbrachte Reinigungsleistungen ebenso wenig zusteht wie ein Anspruch auf Schadensersatz wegen unberechtigter fristloser Kündigung durch den Beklagten.	44
1. Die Klägerin hat gegen den Beklagten keinen weitergehenden Anspruch auf Vergütung ihrer Reinigungsleistungen in Höhe von 79.419,04 € aus dem zwischen ihnen geschlossenen Reinigungsvertrag gemäß § 631 Abs. 1 i.V.m. § 611 Abs. 1 BGB.	45
a) Die Parteien haben am 01.04.2014 unstreitig einen Vertrag über die Unterhaltsreinigung in der X geschlossen. Unerheblich ist insoweit, ob der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag als Werk- oder Dienstvertrag einzuordnen ist. Entscheidend ist nicht die konkrete Einordnung des Vertrages, sondern die konkreten Vereinbarungen der Parteien hinsichtlich der von ihnen übernommenen Pflichten (vgl. Staudinger/Frank Peters/Florian Jacoby (2014), Vorbemerkungen zu §§ 631 ff. Rn. 31).	46
b) Aus diesem Vertrag ist ein Anspruch der Klägerin auf Vergütung ihrer Reinigungsleistungen für die Zeit von August bis Oktober 2015 in Höhe von insgesamt	47

167.090,58 € entstanden, der durch die Zahlungen des Beklagten in Höhe von insgesamt 87.207,44 € bis auf einen Betrag in Höhe von 79.833,14 € durch Erfüllung gemäß § 362 Abs. 1 BGB erloschen ist.

Dabei waren die einzelnen Teilzahlungen aufgrund der seitens des Beklagten jeweils vorgenommenen Leistungsbestimmung gemäß § 367 Abs. 2 BGB jeweils auf die Hauptforderung und nicht vorrangig nach § 367 Abs. 1 BGB auf Zinsen und Kosten anzurechnen. Zwar war der Antrag der Klägerin zu Ziff. 1) nach seiner Formulierung dahingehend auszulegen, dass diese die Zahlungen des Beklagten in erster Linie auf die bis zum Zahlungstag aufgelaufenen Zinsen und nur den verbleibenden Betrag auf die Hauptforderung verrechnet wissen wollte (vgl. auch BGH, Beschluss vom 12.04.2016, VI ZB 63/14, NJW-RR 2016, 759, 761). Die Klägerin war jedoch zu einer entsprechenden Verrechnung nicht berechtigt, weil die jeweils bei den Zahlungen getroffenen Leistungsbestimmungen des Beklagten nach § 367 Abs. 2 BGB vorrangig sind. Der Beklagte hat jeweils ausdrücklich auf die sich aus den Rechnungen der Klägerin ergebenden Hauptforderungen gezahlt, ohne dass die Klägerin die Leistungen abgelehnt hätte. 48

c) Der restliche Vergütungsanspruch in Höhe von 79.883,14 € ist auch insgesamt fällig. 49

Die jeweiligen Rechnungen sind nach § 14 Ziff. 2 des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages jeweils einen Monat nach deren Zugang fällig geworden. 50

Ob der Beklagte die Leistungen der Klägerin auch abgenommen hat, ist demgegenüber für die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs unerheblich. § 14 Ziff. 1 des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages sieht zwar eine Abnahme vor, erhebt diese aber nicht zur Fälligkeitsvoraussetzung, wie es etwa in § 641 Abs. 1 S. 1 BGB der Fall ist. Nach § 14 Ziff. 1 S. 2 des Vertrages kommt der Abnahme lediglich Bedeutung für die Frage der Beweislast zu. Damit ist jedenfalls nach der Zweifelsregelung des § 305 c Abs. 2 BGB davon auszugehen, dass die Abnahme im Vertragsverhältnis zwischen den Parteien neben dem Zugang der Rechnung keine weitere Fälligkeitsvoraussetzung ist. 51

d) Der Anspruch der Klägerin ist jedoch durch Aufrechnung mit Gegenforderungen des Beklagten in Höhe von insgesamt 79.419,04 € bis auf den seitens des Landgerichts zugesprochenen Restbetrag in Höhe von 464,10 € vollständig gemäß § 389 BGB erloschen. 52

aa) Zwar hat der Beklagte gegenüber den klägerischen Rechnungen Nr. 32159 vom 31.08.2015 und Nr. 45025 vom 31.10.2015 jeweils Verrechnungen mit Ansprüchen wegen Minderleistungen der Klägerin in der Zeit von Januar bis Juli 2015 sowie in den Monaten August und September 2015 in Höhe von insgesamt 79.419,04 € vorgenommen. Hierin sind jedoch entsprechende Aufrechnungserklärungen des Beklagten gegenüber den Vergütungsansprüchen der Klägerin zu sehen. Die Verrechnung ist kein gesetzlich vorgesehenes Rechtsinstitut in den Fällen, in denen sich nach der Gesetzeslage Werklohn und Anspruch wegen Nichterfüllung oder andere Ansprüche wegen Schlechterfüllung aufrechnen gegenüberstehen. In diesen Fällen sind die vertraglichen und gesetzlichen Regelungen zur Aufrechnung anwendbar (vgl. BGH, Urteil vom 23.06.2005, VII ZR 197/03, juris Rn. 20). 53

bb) Dem Beklagten stehen die geltend gemachten Gegenforderungen wegen Minderleistungen der Klägerin in Höhe von insgesamt 79.419,04 € zu. Das Landgericht hat in der angefochtenen Entscheidung zutreffend festgestellt, dass sich entsprechende Ansprüche des Beklagten aus § 14 Ziff. 4 b) des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages ergeben, der Regelungen für den Fall der Schlechterfüllung der Unterhaltsreinigung vorsieht. 54

(1.) Entgegen der Auffassung der Klägerin liegt ein Fall der Schlechterfüllung im Sinne des § 14 Ziff 4. b) des Vertrages nicht nur bei Nichterreichen des durch die Reinigungsarbeiten herbeizuführenden Reinigungserfolges vor, sondern auch bei Nichteinhaltung der vertraglich vereinbarten Reinigungsstunden. 55

(a) Aus dem Wortlaut des § 14 Ziff. 4 b) 2. Absatz S. 2 des Vertrages ergibt sich, dass eine Schlechterfüllung nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien in zwei Fällen vorliegt, nämlich zum einen bei fehlender Reinigungsqualität, zum anderen bei Nichteinhaltung der vertraglich vereinbarten Reinigungsstunden. Dort heißt es ausdrücklich, dass, wenn die vertraglich vereinbarten Reinigungsstunden nicht voll erbracht sind, die Rechnung auch dann gekürzt werden kann, wenn keine Beanstandung der Reinigungsqualität vorliegt. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist mithin eine mangelnde Reinigungsqualität keine zwingende Voraussetzung für das Kürzungsrecht nach § 14 Ziff. 4 b). Die Nichteinhaltung der vertraglich vereinbarten Reinigungsstunden genügt hierfür. 56

Damit unterscheidet sich der Inhalt dieser Klausel bereits dem Wortlaut nach grundlegend von den Fällen, die den seitens der Klägerin zur Begründung ihrer Auffassung zitierten Entscheidungen zugrunde liegen. So waren etwa in dem der Entscheidung des OLG Köln vom 12.04.2012 zugrundeliegenden Fall ausdrücklich die nicht vertragsgemäße Ausführung der Reinigungsleistungen bzw. Mängel der Reinigungsqualität Grund für die Kürzung (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 12.04.2012, 19 U 225/11, vorhergehend LG Bonn, Urteil vom 28.11.2011, 1 O 154/11, juris Rn. 13 und 32). Auch in dem der Entscheidung des OLG Köln vom 12.07.2012 zugrundeliegenden Fall standen dem Auftraggeber Gewährleistungsrechte ausdrücklich allein im Falle unzureichender Reinigungsleistung zu (vgl. OLG Köln Beschluss vom 12.07.2012, 5 U 30/12, vorhergehend LG Köln, Urteil vom 10.01.2012, 5 O 51/11, juris Rn. 34). Im vorliegenden Fall ist demgegenüber allgemein die Schlechterfüllung Grund für die Leistungskürzung, deren Inhalt dann, wie oben dargestellt, näher bestimmt wird. 57

(b) Entgegen der Auffassung der Klägerin handelt es sich auch unter Berücksichtigung der weiteren vertraglichen Regelungen bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag nicht um einen reinen Werkvertrag, bei dem die Herstellung des Reinigungserfolgs die alleinige Hauptleistungspflicht der Klägerin darstellt. Nach den vertraglichen Regelungen ist neben einer bestimmten Reinigungsqualität vorliegend vielmehr auch die Erbringung der vertraglich vereinbarten Stundenzahl geschuldet. Es handelt sich bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag mithin um einen gemischten Vertrag, der sowohl dienstvertragliche als auch werkvertragliche Elemente enthält. 58

Zwar unterliegen Gebäudereinigungsverträge regelmäßig dem Werkvertragsrecht, sofern der Verpflichtete mit von ihm auszusuchendem Personal die Sauberkeit von Räumen schuldet, ohne dabei den Weisungen des Auftraggebers zu unterliegen (vgl. Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 631 Rn. 287; Voit in: BeckOK BGB, 43. Edition, 01.02.2017, § 631 Rn. 25). 59

Die Parteien sind jedoch im Rahmen der Vertragsfreiheit in den durch die §§ 307 ff. BGB gesetzten Grenzen frei, ihre Vertragspflichten beliebig zu regeln. So steht es den Parteien frei, Reinigungsverträge als Dienstvertrag, als Werkvertrag oder als Vertrag eigener Art mit Elementen aus dem Dienst- und dem Werkvertragsrecht auszugestalten. Dabei sind für die rechtliche Einordnung eines abgeschlossenen Reinigungsvertrages der Parteiwille und die konkret vereinbarten Einzelbestimmungen maßgeblich (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 12.07.2012, 5 U 30/12, juris Rn. 18). 60

(aa) Vorliegend spielten zwar die geleisteten Stunden und deren Mindestanzahl bei der Abrechnung keine Rolle, worauf die Klägerin zu Recht hinweist. So war nach § 14 Ziff. 2 des zwischen den Parteien vereinbarten Vertrages monatlich über die ausgeführten Reinigungsarbeiten getrennt nach Objekten bzw. Kostenstellen abzurechnen und sollten aus der Rechnung die Reinigungsleistungen nach Flächen bzw. Kostenstellen und vereinbartem Entgelt erkennbar sein.

Bei § 14 Ziff. 2 des Vertrages handelt es sich jedoch um eine Regelung der Rechnungsstellung. Dies lässt lediglich den Schluss darauf zu, dass eine vereinbarte Stundenzahl für die Abrechnung keine Rolle spielt. Auf den Inhalt der Hauptleistungspflicht hat dies hingegen keinen Einfluss. Vorliegend geht es nicht, wie in dem seitens des OLG Köln in seiner Entscheidung vom 12.07.2012 (5 U 30/12) zu beurteilenden Fall darum, ob der Vergütungsanspruch hinsichtlich seiner Höhe und Fälligkeit von dem Erbringen bestimmter Mindeststunden abhängig ist. Hier wurde unstreitig ein Festpreis vereinbart. Über den Inhalt der hier streitigen Hauptleistungspflicht verhält sich § 14 Ziff. 2 des Vertrages hingegen nicht. 62

(bb) Auch aus der Regelung einer Abnahme in § 14 Ziff. 1 des Vertrages lässt sich nicht zwingend folgern, dass der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag rechtlich als Werkvertrag zu qualifizieren ist. Wie oben dargelegt, hat die Abnahme lediglich Bedeutung für die Frage der Beweislast, im Gegensatz zu der im Werkvertragsrecht üblichen Regelung des § 641 Abs. 1 BGB hingegen nicht für die Fälligkeit der Vergütung. Aus dem Erfordernis einer Abnahme lässt sich mithin nicht wie in dem seitens des Landgerichts Köln am 10.01.2012 (5 O 51/11, juris Rn. 32) entschiedenen Fall der Schluss ziehen, dass nur für die fachgerechte Reinigung, d.h. erfolgsbezogen, die Vergütung gezahlt werden sollte. Die Rechtsfolgen für den Fall der Schlechterfüllung wurden vielmehr unabhängig von einer Abnahme geregelt. 63

(cc) Schließlich wurde entgegen der Auffassung der Klägerin die Erbringung einer bestimmten Stundenzahl zwischen den Parteien auch ausdrücklich als vertragliche Pflicht vereinbart. 64

Der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag enthält selbst keine Regelungen zu den Leistungspflichten der Klägerin. Insoweit ist auf das Leistungsverzeichnis und die Leistungsbeschreibung sowie das Angebot der Klägerin zurückzugreifen, die nach Ziff. 2 Nr. 1, 2 des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages Vertragsbestandteil geworden sind. 65

Wie das Landgericht zu Recht ausgeführt hat, lässt sich diesen Unterlagen eindeutig die Vereinbarung der Parteien entnehmen, dass die Erbringung der vorgesehenen Stundenzahl ebenfalls Vertragsbestandteil wird. 66

So weist Ziff. 5.5 der Leistungsbeschreibung ausdrücklich darauf hin, dass es verbindliche maximale Reinigungsleistungen bei Reinigungsgruppen gibt, die auf den Erfahrungen des Auftraggebers beruhen. Diese Maximalwerte sollten den Qualitätsanspruch des Auftraggebers verdeutlichen. Es wurde weiter darauf hingewiesen, dass Angebote mit Reinigungsleistungen oberhalb der angegebenen Höchstwerte nicht berücksichtigt würden, so dass die Einhaltung der Höchstwerte Voraussetzung für einen Vertragsschluss war. 67

In den häufigen Bieterfragen, die zwar nicht selbst Vertragsbestandteil geworden sind, aber als Anlage der Ausschreibungsunterlagen zur Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen heranzuziehen sind, hat der Beklagte zudem ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Reinigungsstunden Gegenstand des Vertrages werden, Arbeitsstundennachweise zu führen sind und kontrolliert werden (§ 11 des Vertrages) und Minderleistungen bei den Stunden in Abzug gebracht werden (§ 16 Nr. 4 b) des Vertrages, wobei die Parteien im Senatstermin 68

klargestellt haben, dass hiermit § 14 Nr. 4 b) des Vertrages gemeint war). Der Klägerin war damit vor Vertragsschluss bekannt, welche Bedeutung der Beklagte der Erfüllung der vereinbarten Reinigungsstunden zumaß und welche Folgen bei deren Nichteinhaltung auf sie zukämen. Ebenso war ihr bekannt, dass die Regelung zur Arbeitszeiterfassung in § 11 des Vertrages zumindest auch der Kontrolle der durchgeführten Reinigungsstunden diene.	
Mit diesen Vorgaben des Beklagten hat sich die Klägerin ausweislich des ihrem Angebot beigefügten Regelleistungskonzepts mit der Abgabe ihres Angebots ausdrücklich einverstanden erklärt.	69
Dadurch, dass im vorliegenden Fall der Beklagte selbst die maximale Reinigungsleistung m ² /h/Kraft vorgegeben und diese Maximalwerte im Leistungsverzeichnis in den Tabellenblättern bereits voreingestellt hatte, handelt es sich hierbei um einen anderen Sachverhalt als in den Fällen, die den seitens der Klägerin zitierten Entscheidungen zugrunde lagen.	70
Dort war es so, dass die Auftragnehmer die von ihnen selbst kalkulierten Arbeitsstunden nicht erbracht hatten. Die Auftragnehmer waren bei der Angebotsabgabe aufgefordert worden, u.a. ein sog. „Preisblatt“ abzugeben, in dem auch die für die Reinigungsarbeiten kalkulierten Arbeitsstunden aufzuführen waren. Diese kalkulierten Reinigungsstunden waren dann neben dem jeweiligen Stundenverrechnungssatz sowie dem vereinbarten Jahrespreis zur Basis für die Berechnung des Entgelts geworden (vgl. LG Bonn, Urteil vom 28.11.2011, 1 O 154/11, juris Rn. 2; LG Köln, Urteil vom 10.01.2012, 5 O 51/11, juris Rn. 5).	71
Im Unterschied dazu war es vorliegend erkennbar aber ein Interesse des Beklagten, dass die von ihm selbst aufgestellten maximalen Reinigungsleistungen eingehalten werden und damit die Einhaltung der vertraglich vereinbarten Reinigungsstunden Vertragsinhalt würde. Dementsprechend ergab sich auch aus dem Leistungsverzeichnis selbst die Anzahl der für die einzelnen Reinigungsgruppen vorgesehenen Stunden.	72
(2.) Die Regelung des § 14 Ziff. 4 b) des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages hält auch einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 Nr. 1 BGB stand.	73
(a) Es liegt zum einen keine unangemessene Benachteiligung der Klägerin darin, dass der Beklagte nach den vertraglichen Regelungen sowohl Anspruch auf eine mangelfrei erbrachte Reinigungsleistung als auch Anspruch auf die Leistung bestimmter Arbeitsstunden hat. Dass die Klägerin mit einer solchen Regelung die mit einem Werkvertrag einhergehende Dispositionsbefugnis zur Leistungserbringung verliert, gleichzeitig aber weiterhin für den Erfolg des Werkes haftet, führt im vorliegenden Fall entgegen der Auffassung der Klägerin nicht dazu, dass diese Regelung mit den wesentlichen Grundgedanken, von denen abgewichen wird, nicht vereinbar wäre (so aber LG Bonn, Urteil vom 28.11.2011, 1 O 154/11, juris Rn. 34).	74
Zwar werden durch die vorliegende Vertragsgestaltung zwei verschiedene Pflichten miteinander kombiniert, die sonst jeweils allein im Vordergrund eines Vertrages stehen. Dadurch, dass neben der Erfolgsbezogenheit der Leistungspflicht gleichzeitig die Erbringung einer bestimmten Stundenzahl erforderlich wird, wird die Klägerin im Vergleich zu einem reinen Werk- oder Dienstvertrag stärker belastet.	75
Diese Belastung ist im vorliegenden Fall jedoch nicht als unangemessen zu beurteilen. Unangemessen ist die Benachteiligung, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seiner Vertragspartner	76

durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zu gewähren. Zur Beurteilung bedarf es einer umfassenden Würdigung, in die die Art des konkreten Vertrages, die typischen Interessen beider Parteien, die Anschauungen der beteiligten Verkehrskreise und die sich aus der Gesamtheit der Rechtsordnung ergebenden Bewertungskriterien einzubeziehen sind (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl. 2017, § 307 Rn. 12).

Bei der danach erforderlichen Würdigung der Gesamtumstände ist davon auszugehen, dass die Vertragsfreiheit eine gemischte Ausgestaltung eines Reinigungsvertrages grundsätzlich gestattet. Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte die Klägerin in den ihr vor der Angebotsabgabe vorliegenden Unterlagen ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass die Reinigungsstunden Gegenstand des Vertrages und an deren Nichteinhaltung Konsequenzen geknüpft werden. Hierauf hat sich die Klägerin bei der Abgabe ihres Angebots einstellen können. 77

Entscheidend aber ist, dass ein schutzwürdiges Interesse des Beklagten an dieser Vertragsgestaltung besteht. 78

Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, ging es diesem nicht darum, in Fällen der Nichterbringung Kürzungen trotz eingetretenem Reinigungserfolg geltend zu machen, um sich auf diese Weise unbillig einen finanziellen Vorteil zu verschaffen. Dem Beklagten ging es ausweislich seines schlüssigen Vortrags und der vorgelegten Vertragsunterlagen vielmehr darum, durch die zwingende Voraussetzung einer bestimmten Mindestzahl an Reinigungsstunden einen möglichst weitgehenden Erfolg der Reinigung zu gewährleisten. 79

Wie in der Leistungsbeschreibung ausdrücklich ausgeführt, sollten die genannten Maximalwerte den Qualitätsanspruch des Beklagten als Auftraggeber verdeutlichen. So stellt die vertragliche Vereinbarung einer bestimmten Mindeststundenzahl das Ergebnis eines von dem Beklagten speziell zu diesem Thema eingesetzten Facharbeitskreises dar, der auf Basis der einschlägigen Erfahrungen, die die jeweiligen Mitarbeiter im Laufe der Zeit gesammelt haben, Empfehlungen ausgibt, anhand derer sich die X bei der Vergabe von Unterhaltsreinigungsleistungen orientieren können. Dabei gingen der Fachkreis ebenso wie die einzelnen Kliniken vor Ort davon aus, dass eine ordnungsgemäße Dienstleistung nur dann erbracht werden könne, wenn der jeweilige Mitarbeiter des Dienstleisters nicht mehr als eine bestimmte Quadratmeterzahl in der Stunde putzen müsse. 80

Es erscheint dem Senat entgegen der Auffassung der Klägerin auch nachvollziehbar, dass die Zeit, die für die Reinigung zur Verfügung steht, durchaus Einfluss auf die Qualität der Reinigungsleistung haben kann. Auch wenn die Anzahl der erbrachten Reinigungsstunden nicht zwingend etwas über den erzielten Reinigungserfolg aussagen muss, ist nicht zu verkennen, dass durch die Festlegung einer bestimmten maximalen Reinigungsleistung m²/h/Kraft dem betreffenden Mitarbeiter des Reinigungsunternehmens zumindest die realistische Möglichkeit eingeräumt wird, den gewünschten Reinigungserfolg zu erzielen. 81

Dass es dem Beklagten bei der vorliegenden Vertragsgestaltung vor allem auf die Steigerung der Qualität und nicht auf eine Benachteiligung der Klägerin ankam, ergibt sich auch daraus, dass dieser durch die kontinuierliche Erhöhung der Jahresstunden zur Unterhaltsreinigung unstreitig bewusst Kostensteigerungen in Kauf genommen hat, um ein ordnungsgemäßes Reinigungsergebnis zu erzielen. 82

Auf diese Weise wurden zudem etwaige Nachteile der Klägerin hinsichtlich ihrer Leistungspflichten durch eine erhöhte Vergütung kompensiert. Der Verzicht des Beklagten 83

auf Angebote mit niedrigerer Stundenzahl und dementsprechend niedrigerer Vergütung hat sich im Rahmen der Vergütung dadurch positiv zugunsten der Klägerin ausgewirkt, dass die zu leistende Stundenzahl Niederschlag in der Vergütung gefunden hat. Der Behauptung der Klägerin, der Beklagte habe Angebote mit einer abweichenden oder niedrigeren Stundenzahl keineswegs von vornherein ausgeschlossen, kann nicht gefolgt werden. Wie das Landgericht zu Recht festgestellt hat, hat der Beklagte schon im Rahmen der Ausschreibung unter Ziff. 5.5 der Leistungsbeschreibung deutlich gemacht, Angebote mit Reinigungsleistungen oberhalb der angegebenen Höchstwerte nicht zu berücksichtigen. Angebote mit niedrigerer Stundenzahl und dementsprechend niedrigerer Vergütung sind auf diese Weise bereits ausgeschlossen gewesen.

Soweit sich die Klägerin darauf beruft, dass die Unterschreitung der Mindeststunden nicht als Argument dafür verwendet werden könne, die Reinigungsqualität sei wegen Unterschreitung der Stundenzahl unzureichend und „schlecht“, weil es ihm nach seiner eigenen Bewertung zu knapp der Hälfte auf die „Qualität“ der Reinigung angekommen sei, verkennt sie die mit der Vereinbarung einer bestimmten Mindeststundenzahl verfolgte Intention des Beklagten. Wie oben festgestellt, sollte durch die Vereinbarung einer Mindeststundenzahl gerade die Qualität der Reinigung sichergestellt werden. 84

Damit bestand im Ergebnis ein legitimes Interesse des Beklagten, neben dem Anspruch auf eine mangelfrei erbrachte Reinigungsleistung zugleich einen Anspruch auf die Leistung bestimmter Arbeitsstunden zu haben, ohne dabei die Belange der Klägerin außer Acht zu lassen, so dass eine unbillige Benachteiligung insoweit ausscheidet. 85

(b) Zum anderen ist die Regelung des § 14 Ziff. 4 b) des Vertrages auch nicht deswegen insgesamt unwirksam, weil der Beklagte bei Schlechterfüllung ohne Mahnung oder Fristsetzung zur Nacherfüllung zur Kürzung des Rechnungsbetrages berechtigt sein soll. Soweit die Klausel ein Kürzungsrecht wegen Nichteinhaltung der vertraglich vorgeschriebenen Stundenzahl vorsieht, ist diese wirksam. Hierauf stützt der Beklagte seine Gegenrechnungen vorliegend vorrangig. 86

Zwar liegt nach dem Rechtsgedanken des § 309 Nr. 4 BGB, der insoweit auch für den kaufmännischen Verkehr gilt (vgl. BGH, Urteil vom 18.12.1985, VIII ZR 47/85, juris Rn. 21), eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners vor, wenn der Verwender von der gesetzlichen Obliegenheit freigestellt wird, diesen zu mahnen oder ihm eine Frist für die Leistung oder Nacherfüllung zu setzen. Dies betrifft auch Klauseln, die, wie hier, zwar Mahnung und Fristsetzung nicht ausdrücklich für entbehrlich erklären, deren Rechtsfolgen aber ipso facto eintreten lassen (vgl. BGH, Urteil vom 26.01.1983, VIII ZR 342/81, juris Rn. 22; Palandt/Grüneberg, § 309 Rn. 22). 87

Voraussetzung für einen Verstoß gegen § 309 Nr. 4 BGB ist jedoch, dass eine Abweichung vom gesetzlichen Gewährleistungsrecht besteht. 88

Dabei ist bei dem vorliegenden gemischten Vertrag mit werk- und dienstvertraglichen Elementen im Hinblick auf das zugrunde liegende Gewährleistungsrecht zwischen den beiden vertraglich vereinbarten Hauptleistungspflichten zu unterscheiden. Wie oben dargelegt, schuldet die Klägerin zum einen im Sinne des Werkvertragsrechts den Erfolg der Reinigungsleistung, zum anderen in Anlehnung an das Dienstvertragsrecht die Einhaltung einer bestimmten Mindeststundenzahl. Diese beiden Hauptleistungspflichten sind jeweils nach dem Recht zu beurteilen, welches ihnen zugrunde liegt. 89

Soweit § 14 Ziff. 4 b) des Vertrages dem Beklagten ein Kürzungsrecht wegen mangelhafter Reinigungsqualität ohne vorherige Fristsetzung einräumt, liegt ein Verstoß gegen den Rechtsgedanken des § 309 Nr. 4 BGB und damit eine unangemessene Benachteiligung der Klägerin vor, da eine solche Fristsetzung vom gesetzlichen Gewährleistungsrecht nach §§ 637 ff. BGB zwingend vorausgesetzt wird. Insoweit ist die Klausel unwirksam mit der Folge, dass eine Haftung nur nach den gesetzlichen Regeln besteht.

Anders ist dies hingegen, soweit § 14 Ziff. 4 b) des Vertrages den Beklagten zur Kürzung wegen der Nichteinhaltung der vereinbarten Stundenzahl berechtigt. In diesem Fall fehlt es an einer Abweichung vom gesetzlichen Gewährleistungsrecht. Das Dienstvertragsrecht kennt keine Gewährleistung. Bei Vertragsverletzungen kommen lediglich Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB in Betracht, die keine Fristsetzung voraussetzen. Insoweit fehlt es daher an einer unangemessenen Benachteiligung der Klägerin. 91

Die Unwirksamkeit des § 14 Ziff. 4 b) des Vertrages für den Fall der Kürzung wegen mangelnder Reinigungsqualität lässt den in § 14 Ziff. 4 b) ebenfalls geregelten Fall der Kürzung wegen Nichteinhaltung der vereinbarten Stundenzahlen unberührt. 92

Zwar ist eine Klausel grundsätzlich im Ganzen unwirksam, wenn ihr Inhalt teilweise gegen die §§ 307 ff. BGB verstößt. Es gilt das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion. 93

Demgegenüber sind nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs inhaltlich voneinander trennbare, einzeln aus sich heraus verständliche Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer gesonderten Wirksamkeitsprüfung zugänglich, und zwar auch dann, wenn sie in einem äußeren sprachlichen Zusammenhang mit anderen – unwirksamen – Klauseln stehen. Nur wenn der als wirksam anzusehende Rest im Gesamtgefüge des Vertrages nicht mehr sinnvoll, insbesondere der als unwirksam beanstandete Klauselteil von so einschneidender Bedeutung ist, dass von einer gänzlich neuen, von der bisherigen völlig abweichenden Vertragsgestaltung gesprochen werden muss, ergreift die Unwirksamkeit der Teilklausel die Gesamtklausel (BGH, Urteil vom 10.10.1996, VII ZR 224/95, juris Rn. 16). 94

Gemessen an diesen Grundsätzen handelt es sich vorliegend trotz der sprachlichen Zusammenfassung unter einer Ziffer um eigenständige Regelungen für unterschiedliche Fälle der Schlechterfüllung. Die sprachliche Zusammenfassung nimmt den einzelnen Schlechterfüllungstatbeständen nicht den Charakter trennbarer, aus sich heraus verständlicher Regelungen, die einer eigenen Inhaltskontrolle unterzogen werden können (vgl. BGH, Urteil vom 18.01.2001, VII ZR 238/00, juris Rn. 24). Das Kürzungsrecht für den Fall der fehlenden Reinigungsqualität und das Kürzungsrecht für den Fall der Nichteinhaltung der vertraglich vereinbarten Reinigungsstunden sind inhaltlich voneinander trennbar und einzeln aus sich heraus verständlich. Wie sich bereits aus dem Wortlaut des § 14 Ziff. 4 b) 2. Absatz S. 2 ergibt, bestehen die beiden Kürzungsrechte unabhängig voneinander und können daher im Hinblick auf die zu erfüllenden Voraussetzungen unterschiedlich beurteilt werden. Die Unwirksamkeit der Regelung für den Fall der fehlenden Reinigungsqualität hat damit für die Wirksamkeit der Regelung für den Fall der Nichteinhaltung der vertraglich vereinbarten Stundenzahl keine erkennbare Bedeutung. Letztere bleibt auch dann noch mit einem sinnvollen Regelungsgehalt bestehen, wenn erstere entfällt. 95

(3.) Schließlich ist vorliegend ein Fall der Schlechterfüllung im Sinne des § 14 Ziff. 4 b) des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages gegeben. Die Klägerin hat die vertraglich vereinbarte Stundenzahl nicht eingehalten. 96

- (a) Für die Monate Mai bis Oktober 2015 ist unstreitig, dass die Klägerin die vertraglich vereinbarten Stundenzahlen jeweils unterschritten hat. Der Beklagte hat die jeweiligen Minderleistungen durch einen Vergleich der vertraglich vereinbarten Stunden mit den tatsächlich abgeleisteten Stunden berechnet, was von der Klägerin nicht beanstandet worden ist. Auch die entsprechenden Feststellungen in dem angefochtenen Urteil hat die Klägerin mit der Berufung nicht angegriffen.
- (b) Darüber hinaus ist auch die für die Monate Januar bis April 2015 von dem Beklagten angenommene Minderleistung von jeweils 15% der vorgegebenen Stunden im Ergebnis gerechtfertigt. 98
- (aa) Soweit der Beklagte allerdings für die Monate Januar bis April 2015 gestützt auf die Regelung des § 14 Ziff. 4 c) des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages eine pauschale Kürzung in Höhe von 15% vorgenommen hat, kann dies die geltend gemachten Gegenansprüche nicht rechtfertigen. Unerheblich ist insoweit, ob die Regelung des § 14 Ziff. 4 c) des Vertrages nach § 307 BGB wirksam ist. Deren Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall bereits nicht erfüllt. § 14 Nr. 4 c) lässt keine pauschale Kürzung der gesamten Monatsvergütung zu, sondern nur für die Tage, an denen tatsächlich Beanstandungen vorgelegen haben. Es fehlen jedoch konkrete Angaben dazu, an welchen Tagen die vereinbarte Stundenzahl unterschritten worden ist. 99
- (bb) Das Landgericht ist jedoch zutreffend davon ausgegangen, dass in der Zeit von Januar bis April 2015 aufgrund der stichprobenartigen Untersuchungen tatsächlich ca. 15% der vorgegebenen Stunden nicht erbracht worden sind. 100
- (?) Soweit die Klägerin in ihrer Berufungsbegründung rügt, dass nicht erkennbar sei, woraus das Landgericht entnehme, dass in diesem Zeitraum auf Grund stichprobenartiger Untersuchungen 15% der vorgegebenen Stunden nicht erbracht worden seien, kann sie mit diesem Einwand nicht durchdringen. 101
- Der Beklagte hat in seiner Klageerwidern vorgetragen, dass nach der stichprobenartigen Untersuchung auf Basis der von der Klägerin übermittelten Stundenzahlen davon auszugehen sei, dass diese tatsächlich rund 15% Stunden abgerechnet habe, die in dieser Form nicht abrechnungsfähig gewesen seien. Weiter hat er konkret dargelegt, nach Überreichung eines aktuellen „Flächenverzeichnisses“ durch die Klägerin im Februar 2015 festgestellt zu haben, dass eine Mitarbeiterin in dem Leistungsbereich E 13 nur vier Stunden zur täglichen Reinigung zur Verfügung gehabt habe, obwohl in dem Leistungsverzeichnis des Beklagten sechs Stunden tägliche Reinigungszeit ausgewiesen gewesen seien. Weiter hat er dargelegt, dass sich aus der am 31.03.2015 übersandten Auflistung mit den geleisteten Stunden ergeben habe, dass von den 615 von der Klägerin in Ansatz gebrachten Stunden 98 Stunden auf Tätigkeiten entfallen seien, die laut Leistungsverzeichnis überhaupt nicht in die anzurechnenden Stunden hätten eingerechnet werden können. Daraus ergibt sich nachvollziehbar die seitens des Beklagten angenommene Minderleistung von jedenfalls 15%. 102
- Diesen Vortrag hat das Landgericht auch zu Recht seiner Entscheidung zugrunde gelegt, nachdem er erstinstanzlich durch die Klägerin nicht bestritten worden war. 103
- (?) An diese vom Landgericht festgestellten Tatsachen ist auch der Senat nach § 529 Abs. 1 ZPO gebunden, nachdem die Klägerin den Vortrag des Beklagten erstmals in ihrer Berufungsbegründung bestritten hat. Das erstmalige Bestreiten des Unterschreitens der Stundenzahl um mindestens 15% in dem Zeitraum Januar bis April 2015 war als neues Angriffsmittel nicht nach § 531 Abs. 2 BGB zuzulassen. 104

???? Dieses neue Angriffsmittel betrifft weder einen Gesichtspunkt, den das Landgericht 105
erkennbar übersehen hat, noch ist dies zur Stützung einer materiell-rechtlichen Lösung nötig,
die das Erstgericht für unzutreffend gehalten hat, die der Senat aber seiner Rechtsansicht
zugrunde legt. Für die Entscheidung des Senats kommt es gleichermaßen auf den Umfang
der Minderleistung an wie für die Entscheidung des Landgerichts.

(??) Dass die Klägerin den Vortrag des Beklagten zum Unterschreiten der vertraglich 106
vorgegebenen Stundenzahl im Zeitraum Januar bis April 2015 erstinstanzlich nicht bestritten
hat, ist auch nicht auf einen Verfahrensmangel im ersten Rechtszug zurückzuführen.

Insbesondere hat das Landgericht keinen nach § 139 Abs. 2 S. 1 ZPO erforderlichen Hinweis 107
unterlassen. Das Landgericht hätte die Klägerin vorliegend nicht darauf hinweisen müssen,
dass es nicht ihrer Auffassung folgt, dass der Beklagte die vereinbarte Vergütung nicht allein
deshalb habe kürzen können, weil sie die vorgesehene Stundenzahl nicht erbracht habe.
Nach § 139 Abs. 2 ZPO besteht eine Hinweispflicht bezüglich solcher Gesichtspunkte, die
eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat.

Dies ist vorliegend nicht der Fall. 108

Bei einer zwischen den Parteien streitigen Frage muss das Gericht nicht nach § 139 Abs. 2 109
ZPO kundtun, welcher Partei es in der Beurteilung zu folgen gedenkt (vgl. Zöller/Greger,
ZPO, 31. Aufl. 2016, § 139 Rn. 7).

Hinzu kommt, dass für das Landgericht bereits nicht erkennbar war, dass die Klägerin das 110
Bestreiten der seitens des Beklagten behaupteten Minderleistung für unerheblich gehalten
hat. Das Landgericht konnte vielmehr vorliegend von der Geständnisfiktion des § 138 Abs. 2
ZPO ausgehen. Nach § 138 Abs. 3 ZPO sind Tatsachen, die nicht ausdrücklich bestritten
werden, als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus
den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht. Danach ergab sich aus den übrigen
Erklärungen der Kläger für das Landgericht aber, dass diese den Vortrag des Beklagten zur
behaupteten Minderleistung gerade nicht hat bestreiten wollen. Die Klägerin hatte selbst
bereits in der Klageschrift die seitens des Beklagten vorgenommenen Kürzungen dargelegt,
ohne jedoch Einwände gegen deren inhaltliche Berechtigung zu erheben. Auch nach dem
konkreten Vortrag des Beklagten zu den Minderleistungen in der Klageerwiderung hat sie
lediglich die behauptete Minderqualität der Reinigungsleistung bestritten, nicht hingegen die
behaupteten geringeren Stundenzahlen.

(??) Schließlich beruht die fehlende Geltendmachung im ersten Rechtszug auch auf 111
Nachlässigkeit der Klägerin. Dass diese den entsprechenden Vortrag des Beklagten zu ihrer
Minderleistung nicht bestritten hat, ist als fahrlässig zu bewerten. Hiervon geht der Senat zum
Nachteil der Klägerin aus, da diese auch auf konkrete Nachfrage nicht hat angeben können,
warum sie den Vortrag des Beklagten erst in der Berufungserwiderung bestritten hat. Es
obliegt jedoch der säumigen Partei dem Senat die Überzeugung zu verschaffen, dass einer
der Ausnahmetatbestände des § 531 Abs. 2 S. 1 ZPO vorliegt. Dazu gehört zumindest, dass
diese darlegt, dass sie in der ersten Instanz nicht nachlässig war (vgl. Zöller/Heßler, ZPO, 31.
Aufl. 2016, § 531 Rn. 32 f.). Mangels entsprechender Darlegungen der Klägerin hierzu war
das neue Vorbringen nicht zu berücksichtigen.

(4.) Aufgrund der Unterschreitung der vertraglich vereinbarten Stundenzahl war der Beklagte 112
berechtigt, die Rechnungen der Klägerin insgesamt um einen Betrag in Höhe von 79.419,04
€ zu kürzen.

Dieser Betrag setzt sich zusammen aus den Kürzungen von jeweils 15% für die Monate Januar bis April 2015 in Höhe von insgesamt 28.588,32 € sowie den Kürzungen von 22,5% für den Monat Mai 2015 (= 11.132,81 €), von 15,1% für den Monat Juni 2015 (= 7.471,36 €), von 21,1% für den Monat Juli 2015 (= 10.208,05 €), von 21,3 % für den Monat August 2015 (= 10.539,06 €) und von 23,2% für den Monat September 2015 (= 11.479,44 €).

Die sich hieraus ergebende Gesamtforderung hat der Beklagte der Klägerin im Wege der Aufrechnung entgegenhalten können, so dass deren restlicher Vergütungsanspruch bis auf den seitens des Landgericht ausgeurteilten Betrag in Höhe von 464,10 € erloschen ist. 114

2. Soweit das Landgericht der Klägerin lediglich Zinsen aus dem ausgeurteilten Betrag in Höhe von 464,10 € zugesprochen und etwaige weitergehende Zinsansprüche unberücksichtigt gelassen hat, wurde dies seitens der Berufung nicht angegriffen. 115

3. Das Landgericht hat weiter zu Recht festgestellt, dass der Klägerin gegen den Beklagten kein Anspruch auf entgangenen Gewinn in Höhe von 34.566,30 € aus §§ 280 Abs. 1, 252 BGB zusteht. 116

Der Beklagte hat seine Pflichten aus dem mit der Klägerin bestehenden Vertragsverhältnis nicht dadurch verletzt, dass er dieses mit Schreiben vom 23.10.2015 unberechtigt gekündigt hat. 117

Der Beklagte war nach § 18 Ziff. 2 des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages vielmehr zur fristlosen Kündigung des Reinigungsvertrages berechtigt. Es lag ein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung vor. 118

Wie das Landgericht zu Recht festgestellt hat, war dem Beklagten auch unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist am 31.05.2016 nicht zuzumuten, nachdem die Klägerin mit Schreiben vom 20.10.2015 angekündigt hat, von ihrem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch zu machen und ihre Tätigkeiten ab dem 24.10.2015 einzustellen, wenn der einbehaltene Betrag in Höhe von 57.400,54 € nicht bis zum 23.10.2015 erstattet worden sei. 119

Die Klägerin war ihrerseits nicht zur Verweigerung ihrer Leistungen berechtigt. 120

Der Klägerin standen die Ansprüche, auf die sie sich zur Begründung ihres Leistungsverweigerungsrechts berufen hat, im Wesentlichen nicht zu, da diese, wie oben dargelegt, durch die seitens des Beklagten erklärte Aufrechnung mit Gegenforderungen erloschen waren. Wie das Landgericht weiter zu Recht festgestellt hat, konnte die noch offene Forderung in Höhe von 464,10 € ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der gesamten Arbeitsleistung mit einem monatlichen Gesamtvolumen von etwa 60.000,00 € nach § 242 BGB nicht rechtfertigen. 121

Da der Beklagte als Betreiber der X auf die Reinigung seiner Klinik zwingend angewiesen war, war es diesem auch nicht zuzumuten abzuwarten, ob die Klägerin tatsächlich von ihrer Ankündigung Gebrauch macht. 122

II. 123

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 124

III. 125

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711, 709 126 ZPO.

IV. 127

Die Revision war nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung 128 noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 ZPO). Insbesondere unterscheidet sich der der Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt grundlegend von dem Sachverhalt, welcher den Entscheidungen des OLG Köln zugrunde lag, so dass insoweit nicht die Gefahr von Rechtsunsicherheit besteht.