
Datum: 24.10.1996
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 81/96
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1996:1024.12U81.96.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 23 O 75/95

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 23. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 20. März 1996 -23 O 75/95- wird zurückgewiesen. Die im Berufungsrechtszug erhobene Widerklage wird abgewiesen. Die Revision wird zugelassen. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 24.000 DM abwenden, wenn nicht der Kläger zuvor entsprechende Sicherheit leistet. Als Sicherheitsleistungen werden auch selbstschuldnerische, unbefristete und unbedingte Bürgschaften einer deutschen Großbank, Genossenschaftsbank oder öffentlichen Sparkasse zugelassen

Tatbestand:

1

Der Kläger war bis zum 31. März 1993 als A-Vertragshändler für die Beklagte tätig. Der von den Parteien im Dezember 1985 geschlossene Händlervertrag enthält unter der Überschrift "Kündigungsabwicklung und Vertragsbeendigung" u.a. folgende Bestimmungen:

2

16.03. Händler entfernt und übergibt innerhalb von 30 Tagen nach Beendigung des Vertrags auf eigene Kosten alle Schilder und sonstigen Hinweise, die auf C. oder das bisherige Vertragsverhältnis hindeuten. Das gleiche gilt für alle C.-Unterlagen und C.-Werbematerial. Zurückbehaltungsrechte stehen dem Händler nicht zu. Mit fruchtlosem Ablauf kann C. die Entfernung auf Kosten von Händler vornehmen lassen.

3

##blob##nbsp;

4

16.04. Händler unterläßt nach Beendigung des Vertrags jeden Gebrauch des Namens, der Warenzeichen, der Marke C. und sonstiger Hinweise auf C. oder auf das Bestehen vertraglicher Beziehungen mit C..	5
16.05. Erfüllt Händler die nachvertraglichen Unterlassungs- und Herausgabepflichten nicht innerhalb einer Frist von 30 Tagen nach Vertragsende, zahlt Händler eine Vertragsstrafe von DM 5.000 und von jeweils 100 DM für jeden zusätzlichen Tag der fruchtlosen Fristüberschreitung.	6
Der Kläger hat im ersten Rechtszug einen Ausgleichsanspruch gem. § 89b HGB analog geltend gemacht. Die Beklagte hat demgegenüber eingewandt, dem Kläger stehe ein solcher Anspruch nicht zu, zumindest nicht in der beanspruchten Höhe, hilfsweise hat sie die Aufrechnung mit einer behaupteten Gegenforderung aus dem Vertragsstrafeversprechen gem. Nr. 16.05 des Händlervetrags erklärt. Das Landgericht hat dem Kläger einen Ausgleichsanspruch in Höhe von 15.528,49 DM nebst Zinsen zuerkannt; die Aufrechnung der Beklagten hat es nicht durchgreifen lassen mit der Begründung, es fehle an der gem. § 339 S. 1 BGB erforderlichen Inverzugsetzung des Klägers durch die Beklagte. Wegen weiterer Einzelheiten des Vorbringens der Parteien im ersten Rechtszug wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils verwiesen, das der Beklagten am 3. April 1996 zugestellt worden ist. Die Beklagte hat gegen dieses Urteil am 3. Mai 1996 Berufung eingelegt und ihr Rechtsmittel am 3. Juni 1996 begründet.	7
Streitgegenstand des Berufungsverfahrens ist nur noch der Anspruch der Beklagten auf Zahlung einer Vertragsstrafe. Sie trägt dazu vor, der Kläger habe gegen seine Verpflichtungen gem. 16.03 und 04 des Händlervetrags verstoßen. So habe ihr Außendienstmitarbeiter bei Besuchen am 26.5., 8.10. und 2.12.1993 festgestellt, daß der Kläger noch Markenzeichen der Beklagten verwendet habe. Auf dem Betriebsgelände seien die rot-weißen C.fahnen aufgezogen gewesen, auf einer Reklametafel und neben der Werkstatteinfahrt sei noch der rote C.-Doppelwinkel angebracht und schließlich sei das Betriebsgebäude noch groß mit der Aufschrift "C." versehen gewesen. Bereits am 26.5.1993 sei der Kläger zur Entfernung der Werbeträger aufgefordert worden, er habe das aber abgelehnt. Die Beklagte macht einen Vertragsstrafenanspruch geltend in Höhe von insgesamt 26.100 DM, der sich zusammensetzt aus dem "Grundbetrag" von 5.000 DM für die ersten 30 Tage der Nichterfüllung der Abwicklungspflichten zuzüglich 100 DM/Tag für die Zeit vom 1.5. bis 2.12.1993. Soweit die Beklagte vom Landgericht zur Zahlung eines Ausgleichsanspruchs verurteilt worden ist, erklärt sie mit ihrem Gegenanspruch die (Haupt-)Aufrechnung, wegen des überschießenden Betrags erhebt sie Widerklage.	8
Die Klägerin beantragt,	9
1. das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen;	10
2. den Kläger zu verurteilen, an sie 10.571,51 DM nebst 4 % Zinsen ab Zustellung der Berufungsbegründung (= 5.6.1996) zu zahlen.	11
Der Beklagte, der um Zurückweisung der Berufung einschließlich der Widerklage bittet räumt ein, daß die genannten Werbeträger noch bis zum 2.11.1993 vorhanden gewesen sind. Er macht geltend, vor dem Schreiben der Beklagten vom 28.10.1993, mit dem er unter Fristsetzung bis 2.11.1993 zur Entfernung aufgefordert wurde, sei er aber nie gemahnt worden; auch habe er die Entfernung nicht abgelehnt. Aufgrund des Schreibens vom 28.10.1993 habe er die Werbeträger innerhalb der gesetzten Frist entfernt.	12

Wegen weiterer Einzelheiten des Vorbringens der Parteien im Berufungsrechtszug wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

Entscheidungsgründe: 14

##blob##nbsp; 15

Die unbedenklich zulässige Berufung der Beklagten ist nicht begründet, da ihr ein Vertragsstrafenanspruch gegen den Kläger wegen Unwirksamkeit der Vertragsstrafenklausel (§ 9 AGBG) nicht zusteht. 16

1. Soweit die Beklagte in der Berufungsinstanz mit ihrer Gegenforderung die Hauptaufrechnung erklärt, ist dies prozessual unbedenklich. Die Vorschrift des § 530 Abs. 2 ZPO ist nicht einschlägig, da die Forderung auch schon im ersten Rechtszug Gegenstand einer Aufrechnungserklärung war (Zöller-Gummer, ZPO, 19. Aufl., § 530 RN 9, 18). Der bloße Übergang von der Hilfs- zur Hauptaufrechnung ist insoweit belanglos, da sich das Landgericht mit der Gegenforderung bereits befassen mußte und auch befaßt hat. 17

2. Entgegen der Auffassung des Klägers ist auch die im 2. Rechtszug erstmals erhobene Widerklage als sachdienlich zuzulassen, § 530 Abs. 1 ZPO. Dies folgt ohne weiteres daraus, daß es sich hier um denselben Streitgegenstand handelt wie bei der unbedenklich zulässigen Aufrechnung. Eine Aufspaltung der einheitlichen Forderung in einen Teil, der prozessual zulässig im Wege der Aufrechnung geltend gemacht werden kann und einen Teil, der nicht daneben im Wege der Widerklage verfolgt werden darf, kommt offenkundig nicht in Betracht. 18

3. Der Vertragsstrafenanspruch kann der Beklagten allerdings nicht aus den Gründen aberkannt werden, auf die das Landgericht abgestellt hat. 19

Die Beklagte stützt ihren Anspruch in erster Linie darauf, der Kläger habe gegen die ihm gem. Ziffer 16.04 des Händlervetrags obliegende Unterlassungsverpflichtung verstoßen. Sie weist zutreffend darauf hin, daß bei einem Verstoß gegen eine Unterlassungspflicht die Vertragsstrafe gem. § 339 S. 2 BGB sofort verwirkt ist, es also keiner Inverzugsetzung bedarf (die das LG vermißt hat). 20

Durch 16.04 Händlervetrage wird dem Kläger unzweifelhaft eine Unterlassungspflicht auferlegt, denn es wird ihm untersagt, den Namen und das Warenzeichen der Beklagten zu verwenden. Ein Verstoß gegen diese Unterlassungspflicht konnte sowohl durch positives Tun (etwa durch Schaltung von Zeitungsinseraten unter Verwendung der Markenzeichen der Beklagten) als auch durch bloße Untätigkeit begangen werden. Ein Verstoß gegen die Unterlassungspflicht durch Untätigkeit liegt dann vor, wenn bei Beendigung des Vertrags vorhandene Werbeträger nicht beseitigt werden. Der Umstand, daß ein positives Tun (Demontage der Schriftzüge pp) erforderlich ist, um die Unterlassungspflicht zu erfüllen, ändert nichts an der Qualifikation als Unterlassungspflicht. Derartige Konstellationen sind insbesondere im Vollstreckungsrecht (Abgrenzung §§ 887 f gegen § 890 ZPO) wiederholt Gegenstand der Erörterung gewesen und anerkannt (vgl. BGHZ 120, 73 = NJW 1993, 1076 f; OLG Koblenz MDR 1965, 51; OLG Bamberg JurBüro 1991, 1706). Wenn einem Unterlassungsgebot nur durch positives Tun genügt werden kann, weil nur so ein Störungszustand beseitigt werden kann, so erstreckt sich die Unterlassungspflicht auch hierauf. Um einen derartigen Fall handelt es sich vorliegend, da der Kläger dem Unterlassungsgebot gem. Ziffer 16.04 Händlervetrage (gegen das als solches Rechtmäßigkeitsbedenken nicht bestehen, da es auch ohne ausdrückliche Formulierung im 21

Vertrag zwingende Folge der Beendigung der Zugehörigkeit zur Vertriebsorganisation der Beklagten ist) nur nachkommen konnte durch Entfernung der Werbeträger. Da er dies unstreitig jedenfalls nicht vor dem 2.11.1993 getan und auch keine Umstände vorgetragen hat, die dafür sprechen könnten, daß er die Nichterfüllung nicht zu vertreten hat (§ 285 BGB), wäre eine entsprechende Vertragsstrafe verwirkt. Eine Beweisaufnahme wäre nur noch erforderlich zu der Frage, ob der Kläger auch in der Zeit vom 3.11. bis 2.12.1993 gegen die Unterlassungsverpflichtung verstoßen hat.

4. Der von der Beklagten verfolgte Anspruch scheitert jedoch daran, daß die Vertragsstrafenklausel in Ziffer 16.05 einer Inhaltskontrolle gem. § 9 AGBG nicht standhält. 22

a) Zwischen den Parteien steht außer Streit, daß es sich bei der in dem Händlervertrag von Dezember 1985 enthaltenen Vertragsstrafenklausel um AGB i.S.d. § 1 Abs. 1 AGBG handelt. Der Kläger hat in seiner Berufungserwiderung geltend gemacht, die Klausel in Ziffer 16.05 sei wegen Verstoß gegen § 9 AGBG unwirksam, was inzidenter die Behauptung enthält, es handele sich hierbei um AGB. Letzterem ist die Beklagte nicht entgegengetreten, hat sich vielmehr in ihrer Replik vom 15.8.1996, im Rahmen der Erörterung der Sach- und Rechtslage im Verhandlungstermin vom 16.9.1996 sowie in ihrem Schriftsatz vom 27.9.1996 hierauf eingelassen und zur Frage der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG sachlich Stellung genommen, ohne die Anwendbarkeit dieser Vorschrift als solche wegen Nichtvorliegens von AGB geltend zu machen. Im Rahmen der Erörterung im Verhandlungstermin, die auch die Frage einer vergleichweisen Erledigung des Rechtsstreits zum Gegenstand hatte, haben die Vertreter der Beklagten zudem geäußert, die Neigung zum Abschluß eines Vergleichs sei bei der Beklagten nicht sehr groß, weil sie eine grundsätzliche Klärung der Frage der Zulässigkeit der Vertragsstrafenklausel anstrebe im Hinblick darauf, daß diese in ihren Händlerverträgen allgemein enthalten sei. Das prozessuale Verhalten der Beklagten kann insgesamt nur dahin verstanden werden, daß sie die AGB-Qualität der Vertragsstrafenklausel zugestanden hat. 23

b) Nach § 9 Abs. 1 AGBG sind Bestimmungen in AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. 24

Unter Zugrundelegung der in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Anwendung des § 9 AGBG zur Inhaltskontrolle von Vertragsstrafenabreden entwickelten Grundsätze ist die fragliche Klausel im Vertrag der Parteien als unwirksam anzusehen, da sie den Vertragshändler entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. 25

In Bauleistungsverträgen sind häufig Vertragsstrafenklauseln enthalten, durch die dem Werkunternehmer für jeden Tag der Überschreitung von vereinbarten Fertigstellungsfristen eine (meist nach Prozent- oder Promillesätzen des Werklohns bemessene) Vertragsstrafe abverlangt wird. Beginnend mit dem Urteil NJW 1981, 1509 = BB 1981, 874 hat der BGH derartige Klauseln zunehmend kritisch gewürdigt. Er hat es als mit den Geboten von Treu und Glauben unvereinbar bezeichnet, eine Vertragsstrafe völlig unabhängig von den Verzugsauswirkungen im Einzelfall und ohne jede Begrenzung nach oben so hoch festzulegen, daß der Auftragnehmer bereits bei verhältnismäßig kurzer Verzugsdauer nicht nur seinen gesamten Werklohn verliert, sondern auch noch zusätzliche Zahlungen an den Auftraggeber erbringen muß. Diese Auslegung des § 9 AGBG hatte zuerst zur Folge, daß Vertragsstrafeversprechen deshalb als unwirksam bewertet wurden, weil die pro Tag der Fristüberschreitung vorgesehene Vertragsstrafe unangemessen hoch war (BGH a.a.O.: 1,5 % des Werklohn pro Tag). Nachfolgend wurden aber auch deutlich niedrigere 26

Prozentsätze beanstandet (BGHZ 85, 305 = NJW 1983, 385: 0,5 % pro Tag), jedenfalls dann, wenn die Auftragssumme hoch war und eine zeitliche Befristung der Zahlungspflicht nicht vorgesehen war. Letzterer Gesichtspunkt gewann in der weiteren Entwicklung der Rechtsprechung zunehmend Gewicht. So wird in der Entscheidung BGH NJW-RR 1988, 146 = ZIP 1988, 169 in Fortentwicklung dieses Ansatzes die Vereinbarung einer Vertragsstrafe, deren Höhe sich nach einem bestimmten Prozentsatz der Auftragssumme je Tag der Fristüberschreitung richtet, auch dann für unwirksam erklärt, wenn der Prozentsatz relativ niedrig ist (0,15 %), es aber an einer Begrenzung der Vertragsstrafe nach oben hin fehlt. Zu der in dieser Entscheidung enthaltenen Formulierung, dies müsse "zumindest bei größeren Bauaufträgen" gelten (die zum Teil als ausdrückliche Beschränkung auf derartige Aufträge verstanden worden war), hat der BGH nachfolgend klargestellt, daß eine unterschiedliche Behandlung von großen und kleinen Bauaufträgen in dieser Hinsicht nicht gerechtfertigt ist (BGH NJW-RR 1989, 527 = ZIP 1989, 243 = BGHR AGBG § 9 Vertragsstrafe 2/Begrenzung; kleinere Aufträge u. NJW-RR 1989, 916 = ZIP 1989, 1066). Als Endpunkt dieser Entwicklung der Rechtsprechung ist festzuhalten, daß eine angemessene Begrenzung der Vertragsstrafe nach oben in den AGB als schlechthin unverzichtbare Voraussetzung ihrer Zulässigkeit anzusehen ist, um der Gefahr vorzubeugen, daß ein nicht überschaubarer Teil des Werklohns - in welchem Zeitraum auch immer - durch eine Vertragsstrafe aufgezehrt werden könne; nur mit einer solchen Begrenzung benachteiligt eine Vertragsstrafenvereinbarung den Vertragspartner des Verwenders nicht unangemessen. Diese Rspr. hat bei den Instanzgerichten und in der Literatur überwiegend Zustimmung erfahren (vgl. nur OLG Hamm NJW-RR 1992, 1206; OLG Zweibrücken NJW-RR 1994, 1363; Graf von Westphalen in Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, "Vertragsstrafe", RN 9 f; Wolf in Lindacher/Horn, AGBG, 3. Aufl., § 11 Nr. 6 RN 37; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 8. Aufl., RN 2072 ff; Ingenstau/Korbion, VOB, 12. Aufl., A § 12 RN 22).

c) Diese Grundsätze sind nach Auffassung des Senats auf die vorliegende Vertragsstrafen-abrede zu übertragen mit der Folge, daß ihre Unwirksamkeit auszusprechen ist. 27

Es liegt eine vergleichbare Ausgangssituation vor. In beiden Fällen wird die Lage des Vertragspartners des Klauselverwenders dadurch geprägt, daß ihm zur Erfüllung einer vertraglich übernommenen Pflicht eine Frist gesetzt wird und er bei Nichteinhaltung dieser Frist eine Vertragsstrafe zahlen muß. Deren Höhe ist nicht abschließend fixiert, vielmehr wird an jedem Tag, der nach Ablauf der Frist ergebnislos verstreicht, eine weitere Vertragsstrafe fällig. Die Verwirkung weiterer Vertragsstrafen setzt positive Verletzungshandlungen nicht voraus, die Vertragsstrafe erhöht sich vielmehr bei bloßer Untätigkeit des Leistungspflichtigen stetig weiter. 28

Diese Art der Ausgestaltung einer Vertragsstrafenabrede birgt die Gefahr in sich, daß der Vertragspartner des Klauselverwenders mit unangemessen hohen Vertragsstrafen belastet wird. Dabei kann es dahinstehen, ob die vorliegende Vereinbarung einer Vertragsstrafe von 5.000 DM für die - ggfls. nur kurzfristige - Überschreitung der zur Beseitigung der Werbeträger eingeräumten Frist von 30 Tagen sowie von 100 DM für jeden weiteren Tag der Überschreitung bereits als solche unangemessen hoch ist. Es fehlt jedenfalls an der zur Wahrung der Angemessenheit erforderlichen Begrenzung der Vertragsstrafe nach oben hin. Ohne eine derartige Begrenzung ist zu besorgen, daß der Vertragshändler bei längerer Überschreitung der ihm zur Beseitigung der Werbeträger bewilligten Frist mit einer Vertragsstrafenforderung überzogen wird, die nicht mehr in vertretbarer Relation zu den wirtschaftlichen Vorteilen steht, die er aus dem aufgekündigten Vertragshändlervertrag mit der Beklagten gezogen hat bzw. in Form des 29

Ausgleichsanspruchs noch zieht.

Ohne Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, daß die Vertragsstrafe nicht nach einem Prozent- oder Promillesatz des früheren Umsatzes des Händlers, seines Ausgleichsanspruchs nach § 89b HGB analog oder ähnlichen Größen bemessen wird. Die vorstehend skizzierten Grundsätze zur Überprüfung von Vertragsstrafeversprechen in Bauleistungsverträgen stellen hierauf nicht entscheidend ab. Die durch eine fehlende zeitliche oder betragsmäßige Begrenzung der Vertragsstrafe nach oben begründete Unangemessenheit ist nicht abhängig davon, ob die im Einzelfall verwirkte Strafe rechnerisch aus einer Quote einer Vergütung o.ä. zu ermitteln oder betragsmäßig in der Klausel bereits festgelegt ist. 30

Der Umstand, daß bei Bauleistungsverträgen die Überschreitung von Fertigstellungs-terminen häufig auf einem möglicherweise nur als gering zu bewertenden Verschulden des Werkunternehmers beruhen wird, ist nach Auffassung des Senats kein ausreichender Grund, die im Baurecht entwickelten Grundsätze auf Fälle der vorliegenden Art (in denen das Verschulden des Vertragshändlers an der Fristüberschreitung zumeist nicht im Bereich der Fahrlässigkeit, sondern des Vorsatzes anzusiedeln sein dürfte) nicht zu übertragen. Wie die forensische Erfahrung lehrt, kommt es auch bei Aufträgen im Hoch- und Tiefbau nicht selten zu Verzögerungen in der Fertigstellung, die auf einem gravierenden Verschulden des Unternehmers beruhen, etwa weil er einen Teil des zur fristgerechten Erfüllung seines Auftrags erforderlichen Personals und Maschinenparks auf einer anderen Baustelle einsetzt, sei es, weil die Tätigkeit dort für ihn lukrativer ist oder es ihm aus anderen Gründen zweckmäßig erscheint, dort termingerecht zu arbeiten (z.B. um einen Groß- oder Dauerkunden nicht zu verärgern). Auch in diesen Fällen eines zweifellos nicht gering zu veranschlagenden Verschuldens gelten die Grundsätze über die erforderliche Begrenzung der Vertragsstrafe nach oben hin. Es erscheint dem Senat deshalb konsequent, diese Grundsätze auch auf Fälle der vorliegenden Art zu übertragen. Die maßgebliche Sachverhaltskonstellation ist nach Auffassung des Senats nämlich durchaus vergleichbar. Auch hier ist es so, daß dem Vertragspartner des Klauselverwenders zur Erfüllung einer ihm obliegenden (nach-)vertraglichen Pflicht eine Frist gesetzt wird, bei deren Überschreitung eine Vertragsstrafe pro Zeiteinheit der Fristüberschreitung verwirkt sein soll. Es besteht auch hier die Gefahr, daß es aufgrund bloßer Untätigkeit des früheren Vertragshändlers zu einer langandauernden Überschreitung der ihm zur Erfüllung seiner Beseitigungspflicht gesetzten Frist kommt und hierdurch eine Vertragsstrafe von beachtlicher Höhe auflaufen kann. 31

Soweit die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 27.9.1996 die Auffassung vertritt, vorliegend sei eine andere Situation gegeben als im Bausektor, weil Fristüberschreitungen dort "häufig nicht einmal im Verantwortungsbereich des Auftragnehmers liegen, sondern von Dritten oder von außerhalb des Verantwortungsbereichs liegenden Gesichtspunkten abhängig sind", kann ihr im Ansatz nicht gefolgt werden. Die von ihr angesprochenen Konstellationen sind solche, in denen der Unternehmer kein Verschulden an der Fristüberschreitung trifft. Eine verschuldensunabhängige Vertragsstrafenklausel ist in AGB für den Bereich des Werk-vertragsrechts aber bereits wegen Unvereinbarkeit mit einem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird (§ 339 BGB), unzulässig, ohne daß es auf die Frage der Höhe der Vertragsstrafe überhaupt ankommt. Die vorstehend dargestellte Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle bezieht sich ausnahmslos auf Fälle, in denen eine Vertragsstrafe für den Fall der schuldhaften Fristüberschreitung in den AGB vorgesehen wurde. 32

Eine abweichende Beurteilung erscheint dem Senat auch nicht deshalb geboten, weil die Beklagte etwa in stärkerem Maße auf die Vereinbarung einer (notfalls drastischen) Vertragsstrafe zur Durchsetzung ihrer Rechte angewiesen wäre als ein Bauherr gegenüber dem Werkunternehmer. Bei einem derartigen Vergleich dürfte vielmehr eher der Bauherr als in diesem Sinne schutzbedürftiger anzusehen sein, jedenfalls aber nicht die Beklagte. Verzögert sich nämlich die Fertigstellung eines Bauwerks über den projektierten Termin hinaus, drohen dem Bauherrn finanzielle Nachteile unterschiedlichster Art und von oft erheblicher Dimension (fortlaufende Kreditbelastung bei Nichterzielung von Mieteinnahmen usw.). Neben der Vertragsstrafe als Druckmittel gegenüber dem Unternehmer steht ihm zwar ein Anspruch auf Ersatz des durch den Verzug verursachten Schadens zu. Dessen Durchsetzung gegenüber einem sich sträubenden Unternehmer erfordert jedoch häufig langwierige gerichtliche Auseinandersetzungen mit nicht unerheblichen Prozeß- und Kostenrisiken sowie letztlich der Gefahr, daß ein obsiegendes Urteil mangels Zahlungsfähigkeit des Unternehmers nicht durchgesetzt werden kann. Weitere Mittel als die Ankündigung von Vertragsstrafen- und Schadensersatzansprüchen stehen dem Bauherrn gegenüber dem Unternehmer jedoch nicht zur Verfügung, um diesen zur fristgerechten Erfüllung seiner Leistungspflicht anzuhalten. Gleichwohl wird die Möglichkeit der Vereinbarung von Vertragsstrafen in AGB durch die vorstehend dargelegte Rechtsprechung nicht unerheblich eingeschränkt. Die Möglichkeiten der Beklagten, den ausgeschiedenen Vertragshändler zur Erfüllung der Abwicklungspflichten anzuhalten, sind demgegenüber jedoch keineswegs geringer als die des Bauherrn. So kann die Beklagte nicht nur Schadensersatzansprüche gegen den früheren Vertragshändler wegen Verletzung seiner Pflichten geltend machen, sondern ihn auch unmittelbar auf Erfüllung der Pflicht gerichtlich in Anspruch nehmen. Da der frühere Vertragshändler bei Weiterverwendung der Markenzeichen der Beklagten wettbewerbswidrig i.S.d. § 1 UWG handelt, kann er auch gem. §§ 13 Abs. 2 Nr. 1, 25 UWG im Wege der einstweiligen Verfügung auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, so daß eine zügige Unterbindung des rechtswidrigen Zustands gewährleistet ist. Schließlich kann die Beklagte ihre Ansprüche aus den Ziffern 16.03 und 04 des Vertrags den "Abwicklungsansprüchen" des ausgeschiedenen Händlers (Ausgleichsanspruch gem. § 89b HGB, Anspruch auf Rücknahme vorhandener Fahrzeuge, Ersatzteile usw.) als Zurückbehaltungsrecht einredeweise entgegenhalten und so wirkungsvoll auf ihn einwirken mit dem Ziel, ihn zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten.

Eine abweichende Beurteilung hält der Senat auch nicht im Hinblick darauf für gerechtfertigt, daß ein früherer Vertragshändler dadurch, daß er nach Vertragsbeendigung durch Weiterverwendung von Schildern, Fahnen und Namen der Beklagten - nun unberechtigt - als Vertragshändler in der Öffentlichkeit auftritt, typischerweise - Tag für Tag - nicht unerhebliche wirtschaftliche Vorteile erlangt, etwa weil Kraftfahrer, die nicht irgendeine, sondern die Werkstatt eines Vertragshändlers aufsuchen wollen, mit dem Unternehmen, das sich fälschlich noch als Vertragshändler geriert, Verträge schließen. 34

Eine Reduzierung der Vertragsstrafe auf ein nach § 9 AGBG noch zulässiges Maß kommt nach gefestigter Rechtsprechung nicht in Betracht, so daß das Begehren der Beklagten insgesamt unbegründet ist. 35

5. Der Senat hat die Revision gem. § 546 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 ZPO zugelassen, da er der Frage, ob die zur Klauselkontrolle in Bauleistungsverträgen entwickelten Grundsätze auch auf Fälle der vorliegenden Art übertragen werden können, grundsätzliche Bedeutung beimißt. 36

6. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711, 108 ZPO.

Streitwert des Berufungsverfahrens und Beschwer der Beklagten: 26.100 DM

38