
Datum: 30.08.2000
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 25/99
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2000:0830.11U25.99.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 18 O 479/97

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 18.12.1998 verkündete Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 18 O 479/97 - wird zurückgewiesen: Die Kosten der Berufung fallen der Klägerin zur Last. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 20.000,00 DM abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in der genannten Höhe leistet. Beide Parteien dürfen die Sicherheit durch selbstschuldnerische Bürgschaft eines als Zoll- und Steuerbürgen zugelassenen Kreditinstituts erbringen.

Tatbestand

1

2

Die Parteien streiten um die Rückzahlung einer von der Klägerin unter Vorbehalt gezahlten Vertragsstrafe

3

Am 07.12.1992 schlossen die Klägerin als Auftragnehmer und die Firma H. H. NR. 4 KG einen Generalunternehmervertrag für die schlüsselfertige Erstellung eines Erlebnisbades in D.-G. (Bl. 1 ff AH). Die Beklagte trat während der Bauphase anstelle der Firma H. als Auftraggeberin in den Vertrag ein und übernahm diesen.

4

§ 8 des Generalunternehmervertrages enthält folgende Vereinbarung:

5

"1. Als verbindliche Termine werden festgesetzt:

6

7

	8
Baubeginn: 1 Monat nach Rechtskraft der Baugenehmigung	9
	10
Fertigstellung: 14 Monate nach Rechtskraft der Baugenehmigung	11
1. Vorstehende Termine gelten auch für etwaige Zusatzarbeiten; es sei denn, daß insoweit etwas anderes ausdrücklich und schriftlich vereinbart wird.	12
1. Der Auftragnehmer sichert die Einhaltung der vorgenannten Termine verbindlich zu.	13
	14
Es muß sichergestellt sein, dass der Auftraggeber mit den Arbeiten der Außenanlagen spätestens 9 Monate nach Rechtskraft der Baugenehmigung beginnen und diese bis zum vorgenannten Endtermin fertig stellen kann.	15
1. Als fertiggestellt gilt das in Auftrag gegebene Bauwerk erst dann, wenn es durch den Auftraggeber gemäß § 6 abgenommen und der mängelfreie Schlußabnahmeschein des Bauordnungsamtes erteilt ist.	16
1. Die Überschreitung des Fertigstellungstermins kann dem Auftragnehmer nicht angelastet werden, wenn	17
1. sie auf Schlechtwettertage zurückzuführen ist. Als Schlechtwettertage geltend nur die Tage, für die eine entsprechende Anerkennung des Arbeitsamtes vorliegt und an denen tatsächlich nicht gearbeitet worden ist, wobei die ersten 15 anerkannten Schlechtwettertage des Winters 93/94 nicht in die anzurechnenden Schlechtwettertage einbezogen werden. Diese sind im vereinbarten Ausführungszeitraum enthalten.	18
	19
b) ...	20
	21
c) ...	22
In allen anderen Fällen hat der Auftragnehmer bei Überschreitung des vereinbarten Fertigstellungstermines für jeden Arbeitstag, um die sich die Fertigstellung verzögert, die in § 9 des Generalunternehmervertrages festgelegte Vertragsstrafe zu zahlen."	23
1. Sind bei vereinbarten, festen Ausführungsfristen Fristverlängerungen unumgänglich, so hat der Auftragnehmer diese unverzüglich dem Auftraggeber anzuzeigen und die schriftliche Zubilligung der Fristverlängerung einzuholen. Die Ursachen und Folgen der Fristverlängerung sind dem Auftraggeber schriftlich mitzuteilen. Sollten durch nicht eingehaltene Fristen Verschiebungen im Fertigstellungstermin des Gesamtobjekts entstehen, steht dem Auftraggeber, falls der Auftragnehmer dies zu verantworten hat, ein Anspruch auf die in § 9 genannte Vertragsstrafe."	24

	25
In § 9 des Vertrages ist vereinbart:	26
"Werden die festgelegten Fristen nicht eingehalten, so ist der Auftraggeber berechtigt, dem Auftragnehmer für jeden Kalendertag der Überschreitung dieser Frist DM 11.500,00 incl. Mehrwertsteuer als Vertragsstrafe in Rechnung zu stellen, ohne dass der Auftraggeber einen entsprechenden Schaden nachweisen muß. Das Recht, einen darüber hinausgehenden tatsächlichen Schaden geltend zu machen, bleibt unberührt. Die Vertragsstrafe beschränkt sich auf 10 % der Auftragssumme. ..."	27
	28
Die Baugenehmigung wurde am 25.05.1993 erteilt und am 28.06.1993 rechtskräftig.	29
	30
	31
Da es bei der Firma H. Probleme mit der Finanzierung des Objekts gab, bat sie um Verschiebung des Baubeginns und teilte schließlich mit Schreiben der Firma H. Ho. GmbH vom 29.10.1993 (Bl. 65 AH) mit:	32
	33
	34
"Vereinbarungsgemäß werden Sie mit Eingang des Betrages die Arbeiten unverzüglich aufnehmen. Ab diesem Zeitpunkt beginnen die 14 Monate bis zur Fertigstellung zu laufen."	35
Der vereinbarte Pauschalpreis von 28.750.000,00 DM zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer sollte gegen Gestellung einer Bürgschaft über 33.062.500,00 DM nach Rechtskraft der Baugenehmigung bzw. 14 Tage nach Eintragung des Auftraggebers als Eigentümer im Grundbuch als Vorauszahlung an die Klägerin geleistet werden (§ 5 des Generalunternehmervertrages). Die vereinbarte Zahlung wurde dem Konto der Klägerin am 03.11.1993 gutgeschrieben (Bl. 62 AH). Die Klägerin begann alsdann mit den Arbeiten.	36
	37
Mit Schreiben vom 17.01.1995 (Bl. 81 AH) forderte die Firma H. die Klägerin auf, "die von Ihnen zugesagten Termine zur Fertigstellung der Baumaßnahme unbedingt einzuhalten, damit, keine weiteren Verzögerungen und Folgekosten zzgl. zu der vorgehaltenen Konventionalstrafe entstehen."	38
	39
Die Abnahme des von der Klägerin erstellten Gewerks durch die Beklagte fand am 24.02.1995 statt (Bl. 63 AH). Am 24.03.1995 erteilte das Bauordnungsamt die "Bescheinigung über die abschließende Fertigstellung" unter Feststellung verschiedener Mängel (Bl. 94 AH). Am 07.06.1995 erteilte das Bauordnungsamt die "Erklärung über die Abstellung der Mängel zur Bescheinigung über die abschließende Fertigstellung vom 24.05.95" (Bl. 96. AH).	40

Mit Schreiben vom 17.12.1995 stellte die Beklagte der Klägerin eine Konventionalstrafe in Höhe von 517.500,00 DM in Rechnung (Bl. 49 AH). Nachdem die Beklagte mit Schreiben vom 31.01.1996 (Bl. 50 AH) erklärt hatte, sie werde die ihr überlassenen Bürgschaften in Anspruch nehmen, wenn keine Zahlung erfolgen werde, leistete die Klägerin den geforderten Betrag, behielt sich jedoch dessen Rückforderung mit Schreiben vom 01.03.1996 ausdrücklich vor (Bl. 53 AH).

43

Die Klägerin hat geltend gemacht: Sie habe sich mit der Fertigstellung der Leistungen nicht in Verzug befunden. Nachdem die ursprünglich vereinbarte Fertigstellungsfrist hinfällig geworden sei, habe sie mit der Firma H. keine neue Fertigstellungsfrist vereinbart. Durch die Verschiebung des Baubeginns sei der gesamte Bauablauf umgeworfen worden. Der - angebliche -Fertigstellungstermin (03.01.1995) habe sich jedenfalls um mindestens 65 Tage verschoben (25 Schlechtwettertage, 20 Tage Bauverzögerung durch zusätzlichen Bodenaustausch, 20 Tage wegen zusätzlich erbrachter Leistungen über den ursprünglichen Auftragsumfang hinaus). Im übrigen seien die Arbeiten bereits am 17.01.1995 fertiggestellt gewesen.

45

Die Klägerin hat beantragt,

46

die Beklagte zu verurteilen, an sie 517.500,00 DM nebst 4 % Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

47

Die Beklagte hat beantragt,

48

49

die Klage abzuweisen.

50

Sie hat geltend gemacht: Die Fertigstellung der Arbeiten sei zum 03.01.1995 vereinbart worden. Im übrigen habe es nur 9 Schlechtwettertage gegeben, die im Hinblick auf § 8 des Generalunternehmervertrages nicht berücksichtigungsfähig seien.

51

Durch das angefochtene Urteil hat das Landgericht die Klage abgewiesen.

52

Hinsichtlich der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes in erster Instanz und der Ausführungen des Landgerichts wird auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen.

53

Gegen das ihrem erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten am 08.01.1999 zugestellte Urteil hat die Klägerin mit einem am 29.01.1999 beim Berufungsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach entsprechender Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist mit einem am 29.03.1999 eingegangenen Schriftsatz begründet.

54

Die Klägerin wiederholt und ergänzt ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie macht im Wesentlichen geltend:

55

Die Vertragsstrafenvereinbarung sei als Allgemeine Geschäftsbedingung wegen der verschuldensunabhängigen Ausgestaltung unwirksam. Die Vertragsstrafe sei zudem nicht entstanden, weil die Vertragsstrafenvereinbarung nach dem verzögerten Baubeginn und der

56

weiteren Verzögerung der Bauausführung entfallen sei. Die Vertragsstrafenregelung sei knebelnd und deshalb bei Störung der Ausführungsfristen hinfällig. Die Ausführungsfrist für das 28 Millionen teure Objekt sei außerordentlich kurz gewesen. Mit der Bitte der Auftraggeberin um Verschiebung des Baubeginns, weil die Vertragssumme nicht verfügbar war, sei für die Klägerin der Baubeginn nicht mehr abschätzbar gewesen. Der Baubeginn habe sich mehrfach verzögert. Die Verschiebung des Arbeitsbeginns in den Winter habe erhebliche Auswirkungen gehabt. Zusätzlich sei der Zeitplan durch die von Auftraggeberseite verzögerte Ausschreibung der Außenanlagen gestört worden. Das Schreiben auf das Schreiben der H. Ho. GmbH vom 29.10.1993 (Bl. 65 AH) habe das Vertragsstrafeversprechen nicht wieder aufleben lassen. Das Schreiben habe nicht von ihrer Vertragspartnerin gestammt. Sie habe lediglich zur Kenntnis genommen, dass die Fertigstellung des Objekts bis Ende 1994 für die H. -Gruppe lebenswichtig gewesen sei. Jedoch sei die Vorauszahlung der Vertragssumme nicht im Oktober, sondern im November 1993 erfolgt. Ihrem, der Klägerin, Verhalten habe deshalb nicht entnommen werden dürfen, dass sie erneut die Vertragsstrafe auf sich nehmen wolle. Aus ihren Schreiben ergebe sich, dass sie alles getan habe, um den Erwartungen der H. -Gruppe zu entsprechen, dass sie sich daran aber insbesondere durch das Verhalten der Auftraggeberin während der Bauphase gehindert gesehen habe. Die Vertragsstrafe sei jedenfalls nicht angefallen, da die tatsächlichen Voraussetzungen der Vereinbarung nicht erfüllt gewesen seien. Zu berücksichtigen seien 10 Schlechtwettertage, 20 Tage wegen zusätzlich notwendigen Bodenaustausches und zweieinhalb Monate wegen Behinderung durch nicht rechtzeitig fertig gestellte Außenanlagen. Das Bauvorhaben sei am 24.02.1995 mangelfrei übergeben worden. Aus dem Abnahmedatum (behördliche Feststellung der Fertigstellung zum 24.05.1995) könne nichts zu ihrem Nachteil hergeleitet werden, da noch andere Firmen beauftragt gewesen seien und nicht klar sei, worauf die späte Abnahme beruht habe.

Die Klägerin beantragt, 57

58

unter Abänderung des angefochtenen Urteils nach den Schlussanträgen erster Instanz zu erkennen. 59

Die Beklagte beantragt, 60

61

die Berufung zurückzuweisen und Sicherheitsleistung durch Bankbürgschaft zu gestatten. 62

Sie wiederholt und ergänzt ebenfalls ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie macht im Wesentlichen geltend: 63

Bei der Vereinbarung der Vertragsstrafe handele es sich nicht um eine Allgemeine Geschäftsbedingung, sondern um eine Individualvereinbarung. Die Klägerin habe eine ähnliche Vertragsstrafenregelung auch mit ihrem Sub-Generalunternehmer, Fa. R.-Bau, vereinbart und mache diese Vertragsstrafe in Höhe von 632.500,00 DM auch geltend. Der Fertigstellungstermin sei übereinstimmend auf den 03.01.1995 verschoben worden. In dem Rechtsstreit gegen den Subunternehmer vertrete die dort als Beklagte auftretende Tochter der Klägerin (W.) auch den Standpunkt, der Fertigstellungstermin sei einverständlich verschoben worden und einzuhalten gewesen. Die Arbeiten hätten nach Überweisung von 3 Teilzahlungen (am 24.08.1993) aufgenommen werden sollen. Die Einhaltung des Termins sei für die Klägerin erkennbar von zentraler, lebenswichtiger Bedeutung für H. Ho. gewesen. Die 64

Abwicklung des Gesamtvorhabens sei nicht erheblich gestört worden. Die Vertragsstrafe sei auch verfallen; Verzug sei am 03.01.1995, spätestens aber am 17.01.1995 eingetreten.	
Hinsichtlich der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes in zweiter Instanz wird auf die Schriftsätze und die überreichten Unterlagen Bezug genommen.	65
Der Senat hat Beweis erhoben durch die Vernehmung von Zeugen. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 12.07.2000 (Bl. 251 ff. d.A.) und auf die schriftliche Aussage des Zeugen B. (Bl. 246 ff. d.A.), die Gegenstand der mündlichen Verhandlung vom 12.07.2000 war, Bezug genommen.	66
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e	67
Die zulässige Berufung ist unbegründet.	68
Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Rückzahlung des gezahlten Vertragsstrafenbetrages, weil die Zahlung mit Rechtsgrund erfolgte. Die Beklagte war auf Grund der Vereinbarung der Parteien berechtigt, Zahlung der Vertragsstrafe zu verlangen.	69
1. Das Vertragsstrafenversprechen ist wirksam. Es handelt sich nicht um eine am Maßstab des AGBG zu messende allgemeine Geschäftsbedingung, die wegen der weitgehend verschuldens-unabhängigen Ausgestaltung gemäß § 9 AGBG unwirksam ist (vgl. dazu BGH, NJW 1997, 135; 1998, 3488 f.; BGH, NJW-RR 1991, 1013, 1015), sondern um eine Individualvereinbarung. Davon ist der Senat nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme überzeugt.	70
Zwar hat der Auftraggeber die Vertragsstrafenvereinbarung in dem Generalunternehmervertrag vorformuliert. Sie ist jedoch keine Allgemeine Geschäftsbedingung, weil sie nicht für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert ist (§ 1 AGBG).	71
Der Zeuge H. , der die Verhandlungen für die Auftraggeberseite führte, hat bekundet, bei den Vertragsverhandlungen mit der Klägerin sei darüber gesprochen worden, dass es der Auftraggeberseite wegen der Finanzierung des Projekts durch Investoren auf die Nennung und Einhaltung eines fixen Termins angekommen sei. Den Investoren seien die Nebenkosten garantiert worden; darin seien die Vorfinanzierungszinsen erfasst gewesen, die die Auftraggeberseite auf Grund der Vorauszahlung an die Klägerin tragen musste. Der dadurch bei nicht rechtzeitiger Fertigstellung der Arbeiten drohende Schaden habe durch die Vertragsstrafe mit erfasst werden sollen. Der Klägerin sei gesagt worden, die Arbeiten müssten zu einem bestimmten Termin abgeschlossen sein, wenn dies nicht der Fall sei, werde es "richtig teuer für die Klägerin". Die Verträge für die einzelnen Projekte seien unterschiedlich gewesen und auf den Einzelfall ausgerichtet gewesen. Der hier in Frage stehende Vertrag sei der erste gewesen, den die H. -Gruppe mit der Klägerin gemacht habe. Bei dem Gespräch über Änderungen des Vertrages habe er dem Zeugen T. , der die Verhandlungen für die Klägerin führte, vorgeschlagen, die Klägerin könne doch die Zinsen für die Zwischenfinanzierung übernehmen, wenn der Termin nicht eingehalten werde; dies habe der Zeuge T. abgelehnt.	72
Der Zeuge He., der ebenfalls auf Auftraggeberseite an den Vertragsverhandlungen teilgenommen hat, hat bekundet, die Bauzeitzinsen seien errechnet und prognostiziert worden ausgehend von einem bestimmten Zeitpunkt, ab dem die Stadt D. die Miete für das	73

Objekt zahlte. Dem Zeugen T. sei erklärt worden, dass bei Nichteinhaltung des Fix-Endtermins der Schaden aus der Vertragserfüllungsbürgschaft abgedeckt werde. Mit dem Zeugen T. sei auch besprochen worden, dass wegen der in dem Mietvertrag mit der Stadt D. vereinbarten Kappungsgrenze von 41.850.000 DM ein großes Risiko für die Auftraggeberseite bestehe. Im Hinblick auf die den Investoren gegebenen Garantien und die notwendige Abdeckung der bei Bauzeitverzögerungen auflaufenden Zwischenfinanzierungszinsen habe die Auftraggeberseite darauf bestanden, dass eine verschuldensunabhängige Vertragsstrafe akzeptiert werde. In anderen Fällen, in denen der Auftragnehmer keine Vorauszahlung der Vertragssumme erhalten habe, seien verschuldensabhängige Vertragsstrafenklauseln vereinbart worden (wozu der Zeuge beispielhaft den Vertrag Bl. 263 ff. d.A. vorgelegt hat).

Der Zeuge T. hat bekundet, über die Vertragsstrafenregelung sei bei den Verhandlungen nicht gesprochen worden, auch die sonstigen Angaben der Zeugen H. und He. über den Inhalt der Gespräche seien falsch. Dieser Aussage glaubt der Senat im Gegensatz zu den glaubhaften und nachvollziehbaren Schilderungen der Zeugen H. und He. nicht. Sie ist ebenso unglaublich wie die Bekundung des Zeugen, es sei nicht über die Vereinbarung eines fixen Endtermins gesprochen worden. Dies widerspricht offensichtlich § 8 Ziffer 1 und Ziffer 3 des Generalunternehmervertrages, wo ein bestimmter Fertigstellungszeitpunkt verbindlich zugesichert wird. Es ist auch nicht nachvollziehbar, dass der Auftraggeber sich verpflichtet haben sollte, der Klägerin die Vertragssumme von mehr als 28 Millionen DM im Voraus zu zahlen, ohne dass der Klägerin das Versprechen eines bestimmten Fertigstellungstermins abgefordert und die Konsequenzen einer Bauzeitverzögerung im Hinblick auf die damit verbundenen Zinsmehrbelastungen der Auftraggeberseite erörtert worden sein sollen. Dazu, warum die Firma H. ohne jede Absicherung zur Vorauszahlung der Vertragssumme bereit war, hat der Zeuge sich nicht konkret geäußert. 74

Letztlich kommt es darauf aber nicht einmal entscheidend an. Denn der Zeuge T. hat weiter bekundet, im Anschluss an die mündlichen Verhandlungen habe die Firma H. der Klägerin den von ihr gefertigten Vertragsentwurf übersandt. Diesen habe die Klägerin durch den Zeugen B. rechtlich prüfen lassen. Dabei habe man das Problem der Vertragsstrafe gesehen. Man habe diese aber "geschluckt" und darüber nicht mehr verhandelt, weil man gewusst habe, "wie Herr H. ist"; seine Devise sei gewesen, "entweder ihr unterschreibt oder ihr lasst es". Der Zeuge B. hat diese Aussage in seiner schriftlichen Aussage dahin bestätigt, dass er den Generalunternehmervertrag überprüft und mit dem Geschäftsführer der Klägerin und dem Zeugen T. besprochen habe; in seiner Aktenkopie des Vertragsentwurfs seien die Wörter "für jeden Arbeitstag der Überschreitung dieser Frist DM 11.500,00 incl." und der Wert "10%" mit gelbem Leuchtmarker unterlegt, außerdem finde sich am Seitenrand neben der Zeile 2 ein handschriftlicher Eintrag "ca. 0,035%". 75

Danach handelt es sich bei der Vereinbarung der Vertragsstrafe in dem Generalunternehmervertrag vom 07.12.1992 nicht um eine Allgemeine Geschäftsbedingung. Die Vertragsstrafenklausel war auf den konkreten Vertrag zugeschnitten, weil das mit der Vorauszahlung der Vertragssumme bei Bauzeitverzögerungen verbundene finanzielle Risiko abgesichert werden sollte. Dafür, dass hier eine Vorformulierung für eine Vielzahl von Verträgen erfolgt ist, haben sich keine Anhaltspunkte ergeben. Eine gleich lautende Klausel findet sich zwar noch in dem späteren Vertrag der H. H. Nr. 3 KG vom 14.04.1993 (Bl. 188, 201 f. d.A.). Wird aber eine Klausel für einen konkreten Einzelvertrag formuliert, so dass von einer allgemeinen Geschäftsbedingung zunächst nicht die Rede sein kann, so bleibt es bei dieser Beurteilung, selbst wenn die Vertragsbedingung später in weitere Verträge Eingang findet (BGH, NJW 1997, 135). Aus der 76

Tatsache der zweimaligen Verwendung der Klausel lässt sich auch keine Vermutung der Vorformulierung für viele Fälle ableiten (vgl. BGH a.a.O.), zudem wäre diese auf Grund der Aussagen der Zeugen H. und He. entkräftet. Die Klägerin hat vor Abschluss des Vertrages - rechtlich beraten - die Konsequenzen der Vertragsstrafenklausel erkannt und sie - offensichtlich im Hinblick auf den lukrativen Auftrag - akzeptiert.

Gegen die Wirksamkeit des Vertragsstrafeversprechens als Individualvereinbarung bestehen keine Bedenken. 77

2. Die Vertragsstrafenregelung ist trotz der Verschiebung des Baubeginns Vertragsinhalt geblieben. Zutreffend nimmt das Landgericht an, die Parteien seien einverständlich davon ausgegangen, dass der vertraglich vereinbarte Fertigstellungstermin sich bei ansonsten unverändertem Vertragsinhalt lediglich verschieben, die 14-monatige Bauzeit aber eingehalten werden solle. 78

Mit Schreiben vom 29.10.1993 (Bl. 65 AH) bestätigte die Firma H. Ho. GmbH gegenüber der Klägerin eine Vereinbarung des Inhalts, dass die Arbeiten mit dem Eingang der Vertragssumme auf dem Konto der Klägerin unverzüglich aufgenommen werden und ab diesem Zeitpunkt die 14 Monate bis zur Fertigstellung zu laufen beginnen; am Ende des Schreibens heißt es, der Klägerin sei ja bekannt, dass es lebenswichtig sei, dass das Objekt bis Ende 1994 fertiggestellt werde. Der Senat ist mit dem Landgericht der Auffassung, dass es unerheblich ist, ob - was die Klägerin bestritten hat - dem Schreiben eine Vereinbarung voraus gegangen war. Jedenfalls nahm sie in der Folge die vorausbezahlte Vertragssumme entgegen und begann widerspruchslos mit den Arbeiten. Damit hat sie sich zumindest stillschweigend auf die von Auftraggeberseite angestrebte Verschiebung der Baubeginn- und Fertigstellungstermine eingelassen. Dem kann nicht mit Erfolg entgegen gehalten werden, das Schreiben vom 29.10.1993 stamme nicht von dem Vertragspartner. Der Inhalt des Schreibens entsprach offensichtlich dem Willen des Vertragspartners. Der Zeuge H. war sowohl Geschäftsführer der Ho. -Gesellschaft als auch Ansprechpartner der Klägerin bei der H. H. Nr. 4 KG (vgl. etwa Schreiben der Klägerin vom 20.09.1994, Bl. 129 AH) und bei anderen Gesellschaften der H. -Gruppe (vgl. etwa Schreiben der Klägerin an die H. H. Bauverwaltungsgesellschaft vom 23.09.1993, Bl. 121 AH). 79

Dass die Klägerin von einer bloßen Verschiebung des Fertigstellungstermins unter Beibehaltung der sonstigen vertraglichen Vereinbarungen ausging, ergibt sich auch aus ihrem soeben erwähnten schreiben vom 23.09.1993. Dort heißt es: 80

"... wie vereinbart ... haben wir alle Vorbereitungen nunmehr auf den Baubeginn Ende September abgestellt und organisiert. Die vertraglich fixierte Bauzeit von 14 Monaten wird von uns eingehalten. Im Gegenzug werden Sie ... dem Vorauszahlungsbetrag von DM 28.750.000,- ... auf unser Konto überweisen." 81

Dem voraus gegangen war eine Vereinbarung der Klägerin mit der Firma H. H. Baubetreuungs- und Beteiligungs KG vom 24.08.1993 (Bl. 100 AH), in der es unter anderem heißt: 82

"Die G. bestätigt weiterhin, dass ... die im Bauvertrag vereinbarte Frist mit Zahlung des Vorauszahlungsbetrages ... beginnt und sich sonst keine Veränderungen gegenüber dem Vertrag ergeben, so dass der im Vertrag vereinbarte Fertigstellungstermin in der vorgesehenen Gesamtlaufzeit eingehalten wird. Lediglich der Beginn der Baumaßnahme wird sich auf Ende September 1993 verschieben, so dass sich unter Berücksichtigung der Bauzeitlänge die Fertigstellung um den gleichen Zeitraum verschiebt." 83

- Nichts spricht dafür, dass sich an dieser Sichtweise etwas geändert hat, nachdem sich der Baubeginn dann noch einmal auf November 1993 verschoben hatte. 84
- Zutreffend hat das Landgericht bereits darauf hingewiesen, dass sich auch aus den Schreiben der Klägerin aus der Zeit nach Beendigung der Arbeiten und Forderung der Vertragsstrafe durch die Beklagte mit kaum zu überbietender Deutlichkeit ergibt, dass die Klägerin selbst stets von einem (verbindlichen) Fertigstellungstermin zum 03.01.1995 ausging (Schreiben der Klägerin vom 13.04.1995, Bl. 68 ff. AH, und vom 02.06.1995, Bl. 73 ff. AH, in denen lediglich versucht wird, eine Rechtfertigung für die Nichteinhaltung des vereinbarten Termins zu begründen). 85
- Schließlich weist die Beklagte zu Recht darauf hin, dass auch der schriftsätzliche Vortrag der Firma W. in dem Rechtsstreit gegen die Firma R.-Bau (Anlagenheft BE 2, zitiert in der Berufungserwiderung, Seite 6 = Bl. 152 d.A.) dafür spricht, dass die Klägerin von einem garantierten Termin zu Ende 1994 ausging. 86
3. Zutreffend nimmt das Landgericht auch an, dass die Verzugsvoraussetzungen spätestens am 17.01.1995 vorlagen. Die Leistungszeit war nach dem Kalender bestimmbar und konnte nach dem Eingang des Geldes am 03.11.1995 auf den 03.01.1995 errechnet werden. Das Schreiben der Firma H. H. NR. 4 KG vom 17.01.1995 (Bl. 81 AH), das der Klägerin am selben Tage per Telefax übermittelt wurde, enthält eine Mahnung. Dort wird ausgeführt, dass die "jetzt auftretende Verzögerung des Vertragstermins, der mit dem 3.1.1995 vereinbart war, ... selbstverständlich zu Ihren Lasten" gehe; ferner wird die Klägerin aufgefordert, die "von Ihnen zugesagten Termine zur Fertigstellung der Baumaßnahme unbedingt einzuhalten". 87
4. Dafür, dass der gesamte Zeitplan wegen der Verschiebung des Baubeginns völlig umgeworfen wurde mit dem Ergebnis, dass die Vertragsstrafe ganz entfällt (vgl. dazu BGH NJW 1966, 971; BauR 1972, 48, 49; 1974, 206, 207), ist nach Auffassung des Senats nicht ausreichend vorgetragen. 88
- a) Dies hat schon das Landgericht zutreffend so gesehen. Auf dessen Ausführungen wird Bezug genommen (Urteil Seite 10 f.). Die Klägerin trägt selbst vor, das Bauvorhaben sei am 24.02.1995 mangelfrei übergeben worden. Eine Verzögerung von ca. 7 1/2 Wochen lässt bei einem auf 14 Monate angelegten Objekt mit einem Auftragsvolumen von ca. 28 Millionen DM keinen Rückschluss auf eine völlige Umstellung des Zeitplans zu. Unstreitig ist, dass bereits ab August 1993 Arbeiten ausgeführt wurden, wie sie sich aus den Bautagebuchblättern (Anlagenheft BE 3) ergeben. Es mag unterstellt werden, dass die Gründungsarbeiten sodann erst nach Vorauszahlung der Vertragssumme in Angriff genommen wurden. Wieso sich daraus ergeben soll, dass der gesamte Zeitplan völlig umgeworfen wurde, ist indes nicht nachvollziehbar. Dagegen spricht schon, dass der Zeitpunkt des Baubeginns von vorn herein unsicher war, weil er von der Rechtskraft der Baugenehmigung abhing; danach musste in Rechnung gestellt werden, dass - je nach Verlauf des Baugenehmigungsverfahrens - ein Baubeginn zu Anfang des Winters erforderlich werden könnte. Dagegen spricht auch, dass die Klägerin noch Ende September 1993, nachdem sich der Baubeginn bereits um drei Monate verschoben hatte, ohne weiteres davon ausging, der vereinbarte Zeitraum von 14 Monaten lasse sich auch bei verspätetem Baubeginn einhalten (vgl. das bereits zitierte Schreiben der Klägerin an die H. H. Bauverwaltungsgesellschaft vom 23.09.1993, Bl. 121 AH), obwohl auch zu diesem Zeitpunkt bereits klar war, dass wesentliche Vertragsleistungen während der Winterzeit würden erbracht werden müssen. 89

Abgesehen davon rügt die Beklagte auch mit Recht, dass die Klägerin zu durch die Winterzeit bedingten Behinderungen nicht ausreichend vorgetragen hat. Sie trägt nur allgemein vor, die Erd- und Gründungsarbeiten hätten witterungsbedingt unterbrochen werden müssen, es sei ein zusätzlicher Bodenaustausch erforderlich gewesen, die Baufirma habe sich mit eintretendem Frost auseinandersetzen müssen (Klageschrift S. 8 = Bl. 8 d.A.; Schriftsätze vom 03.03.1998, S. 8 ff. = Bl. 43 ff. d.A., 10.12.1998, S. 2 f. = Bl. 71 f. d.A., Berufungsbegründung S. 3 f. = Bl. 111 f. d.A. und S. 14, Bl. 122 d.A.; Schriftsatz vom 07.07.1999, S. 5 f. = Bl. 169 f. d.A.). Dem sind konkrete, zeit- und mengenmäßig fassbare Verzögerungen, die Gegenstand eines konkreten Gegenvortrags, einer Beweisaufnahme und einer Wertung in Richtung auf ein vollständiges Umwerfen des (welchen?) Zeitplans sein könnten, nicht zu entnehmen. Dies gilt auch, soweit geltend gemacht wird, das Erlebnisbad erfordere ein Bauvolumen, das zu 35% bis 40% technische Einbauten betreffe, weshalb eine hinreichende Planung der Arbeiten der Subunternehmer erforderlich gewesen sei; auch dieser Vortrag ist nicht konkret fassbar.

b) Ohne Erfolg beruft sich die Klägerin darauf, bis September 1994 habe sie davon ausgehen dürfen, die Außenanlagen würden anderweit in Auftrag gegeben, wobei unter "Außenanlagen" auch die Herstellung der Leitungen zur Medienversorgung zu verstehen gewesen seien (insbesondere Sachvortrag in dem Schriftsatz vom 10.11.1998, S. 4 ff. = Bl. 58 ff., in der Berufungsbegründung, S. 5 ff. = Bl. 113 ff. d.A., und in dem Schriftsatz vom 07.07.1999, S. 3 ff. = Bl. 167 ff. d.A., nebst dem dort zitierten Schriftwechsel). Diesem Vortrag kann schon vom rechtlichen Ausgangspunkt her nicht gefolgt werden. Nach § 1 Ziffer 1 des Generalunternehmervertrages war der Klägerin die schlüsselfertige Erstellung des Erlebnisbades "einschließlich aller Hausanschlüsse an die Medienver- und entsorgung wie Strom, Gas, Wasser, Fernwärme, Kanal, Telefon, Breitbandkabel etc." übertragen. Die damit verbundenen Arbeiten waren demgemäß von der Formulierung "Nicht enthalten ist im Leistungsumfang die Ausführung der Außenanlagen" nicht erfaßt, sondern gehörten zu dem von der Klägerin zu erstellenden Gewerk. Unerheblich ist, wie die DIN 276 Teil 2 Seite 3 die Kosten der Außenanlagen definiert. Maßgeblich ist die von den Parteien getroffene Vereinbarung, die den Auftragsinhalt bestimmt. Eine Verzögerung, die sich dadurch ergeben hat, dass die Arbeiten zur Medienver- und Entsorgung nicht rechtzeitig vorbereitet wurden und dazu zunächst Schriftwechsel stattfand, ist mithin von der Klägerin zu vertreten. Unerheblich ist dabei, ob dadurch, dass die Klägerin ihre Leistungspflicht insoweit in Frage stellte, von Mitarbeitern des Auftraggebers zunächst erklärt worden ist, man wolle für eine Auftragsvergabe Sorge tragen.

c) Die vorstehenden Ausführungen gelten auch, soweit die Klägerin eine Verzögerung auf die notwendige Installation eines Rückhaltebeckens zurückführt. Die Klägerin hatte auf Grund des Vertrages mit der Firma H. H. Bauverwaltungs GmbH & Co. KG vom 13.11.1992 (Bl. 113 ff. AH) die gesamte Planung des Objekts zu erbringen und erhielt dafür eine Nettovergütung von 2,3 Mio. DM. Diese Planung war u.a. Grundlage des Generalunternehmervertrages (vgl. dort § 2 Ziffern 7, 9). In § 1 Ziffer 5 des Generalunternehmervertrages erklärt die Klägerin, dass sie sich ohne Vorbehalt von Art und Umfang der von ihr zu erbringenden Leistung unter Zugrundelegung der vorliegenden Plan-, Ideenskizzen, Beschreibungen und sonstigen Unterlagen und unter Berücksichtigung der örtlichen Gegebenheiten der Baustelle überzeugt hat. Die Klägerin war nach den glaubhaften Aussage des Zeugen H. auch gerade deshalb eingeschaltet worden, weil sie auf die Errichtung von Erlebnisbädern spezialisiert war; der Zeuge T. hat bekundet, die Klägerin habe bereits 1990/1991 für die Stadt D. den Entwurf eines Erlebnisbades erstellt. Wenn aber, wie die Klägerin vorträgt, ein Rückhaltebecken für die Inbetriebnahme des Bades auf Grund der örtlichen Verhältnisse unbedingt notwendig war, so hätte sie dies auf Grund ihrer

Fachkunde bereits bei ihrer Planung und bei Annahme des Auftrags in Rechnung stellen müssen. Es kann auch kein Zweifel daran bestehen, dass die Erstellung des notwendigen Rückhaltebeckens zum Auftragsumfang gehörte und nicht den "Außenanlagen" zuzuordnen ist; insoweit kann auf die vorstehenden Ausführungen Bezug genommen werden. Die Notwendigkeit des Rückhaltebeckens ist mithin, ungeachtet der Tatsache, dass die entsprechende Auflage erst nach Vertragsabschluss von der Stadt D. erteilt wurde, kein Umstand, der die Annahme rechtfertigt, die Planung der Klägerin sei durch einen der Beklagten zuzurechnenden Umstand völlig umgeworfen worden.

d) Abgesehen davon ist, wie die Beklagte zu Recht rügt, auch nicht ausreichend dazu vorgetragen, welche konkreten Umstände die (zu oben b und c) behauptete Verzögerung von 20 Tagen oder gar zweieinhalb Monaten veranlasst haben sollen. 93

5. Ohne Erfolg beruft sich die Klägerin darauf, wegen der Anzahl der Schlechtwettertage habe Verzug am 17.01.1995 nicht eintreten können. Die Klägerin macht geltend, an insgesamt 25 arbeitsamtlich anerkannten Schlechtwettertagen habe auf der Baustelle nicht gearbeitet werden können, wovon gemäß § 8 Ziffer 5a des Generalunternehmervertrages 10 Tage auf die Bauzeit anzurechnen seien. Dies ist bereits insofern unrichtig, als nach der genannten Vereinbarung die ersten 15 vom Arbeitsamt anerkannten Schlechtwettertage des Winters 93/94 nicht in die anzurechnenden Schlechtwettertage einbezogen werden, sondern in dem vereinbarten Ausführungszeitraum enthalten sind. Von den in Berufungsbegründung (S. 12 ff. = Bl. 120 ff. d.A.) aufgeführten 16 Schlechtwettertagen und den in dem Schreiben der Beklagten vom 17.12.1995 (Bl. 98 f. AH) anerkannten 9 Schlechtwettertagen verbleiben mithin 10 Tage. Im übrigen hat die Klägerin trotz der Beanstandung des Landgerichts (Urteil S. 11) und der Einwände in der Berufungserwiderung (S. 16 = Bl. 162 d.A.) bisher nicht belegt, dass eine Anerkennung des Arbeitsamtes hinsichtlich der in der Berufungsbegründung aufgeführten Tage erfolgt ist. Zu den Tagen vom 24. bis 31.12.1993 fehlen schon die Bautagebuchblätter (vgl. Bl. 102 ff. AH). Auf all das und auf die weiteren Einwände der Beklagten kommt es nicht einmal entscheidend an. Verlängert man die Ausführungsfrist um die 10 behaupteten Tage, so war die Leistung der Klägerin - unter Außerachtlassung der Samstage und Sonntage - spätestens am 17.01.1995 fällig. Unstreitig war das Werk an diesem Tag nicht fertig gestellt. Die Beklagte konnte die Klägerin mithin durch das Schreiben von diesem Tage wirksam in Verzug setzen. 94

6. Gegen die Berechnung der Vertragsstrafe unter den vorstehend genannten Prämissen bestehen keine Bedenken. Insoweit wird auf das angefochtene Urteil (S. 12) Bezug genommen. Angesichts der Tatsache, dass der "mängelfreie Schlußabnahmeschein" des Bauordnungsamts (vgl. § 8 Ziffer 4 des Generalunternehmervertrages) erst am 24.05.1995 erteilt wurde, ist eventuellen Verzögerungen, zu denen im Übrigen nichts Konkretes vorgetragen ist, bei dem Ansatz von 45 Werktagen ausreichend Rechnung getragen, zumal auch noch die vereinbarte Strafhöhe von 11.500,00 DM zwecks eines angestrebten Kompromisses (vgl. Schreiben der Beklagten vom 17.12.1995, Bl. 49 AH) auf 10.000,00 DM reduziert worden ist. 95

Die Berufung kann danach keinen Erfolg haben. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 96

Die Beschwer der Klägerin übersteigt 60.000,00 DM. 97

Berufungsstreitwert: 517.500,00 DM 98
