
Datum: 17.08.2010
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 3. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 U 69/09
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2010:0817.3U69.09.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 4 O 568/02

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 25. März 2009 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 4 O 568/02 – teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Unter Abweisung der Klage im Übrigen wird die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 34.099,83 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.07.2002 abzüglich auf den Zinsanspruch am 06.04.2009 gezahlter 2.819,31 € zu zahlen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben die Klägerin zu 43 % und die Beklagte zu 57 % zu tragen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin zu 1/3 und der Beklagten zu 2/3 auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, soweit nicht der Gegner vor der Vollstreckung in

<u>Gründe</u>	1
I.	2
Die Klägerin macht als Subunternehmerin der Beklagten gegen diese restliche Werklohnansprüche aus dem VOB/B-Bauvertrag vom 07.02.2001 über die Lieferung und Montage der Fenster- und Sonnenschutzanlage für das Wohn- und Geschäftshaus B. Straße 00 in L. in Höhe von 83.826,40 € nebst Zinsen geltend.	3
Die Parteien haben in erster Instanz darüber gestritten, ob eine Vielzahl nachträglich geänderter Ausführungen vergütungspflichtig ist, ferner über Mängel, bezüglich derer sie sich während des Rechtsstreits auf den Abzug eines Betrages von 10.300,00 € geeinigt haben, so dass in der Berufungsinstanz rechnerisch ein restlicher Werklohnanspruch in Höhe von jedenfalls 46.249,52 € unstreitig ist.	4
Die Beklagte hat den Bauvertrag vor dem 30.08.2001 gekündigt. Sie hat kündigungsbedingte Mehraufwendungen geltend gemacht und mit einer streitigen Vertragsstrafenforderung in Höhe von 20.418,97 € aufgerechnet. Die Klägerin hat ihrerseits kündigungsbedingte unnütze Aufwendungen geltend gemacht.	5
Das Landgericht hat nach Einholung von Sachverständigengutachten und der Vernehmung von Zeugen der Klage in Höhe von 63.626,34 € nebst Zinsen stattgegeben. Aus den streitigen Rechnungspositionen N 1, N 2, N 9, N 12, N 13, N 15 hat es der Klägerin weitere 18.484,27 € brutto abzüglich 3 % Nachlass und 3 % Umlagen, also 17.377,09 € zugesprochen. Einen Vertragsstrafenanspruch hat es der Beklagten nicht zuerkannt, weil die Vertragsstrafenregelung in § 10 des Vertrags eine Allgemeine Geschäftsbedingung darstelle, die wegen unangemessener Benachteiligung der Klägerin unwirksam sei.	6
Mit ihrer beschränkt eingelegten zulässigen Berufung wehrt sich die Beklagte gegen die Zuerkennung von Ansprüchen aus den Positionen N 1 (196,85 € netto), N 2 (11.758,67 € netto), N 9, N 13, N 15 (2.710,87 € netto), N 12 (1.270,05 € netto) und verfolgt ihre Gegenansprüche auf Zahlung von kündigungsbedingten Mehrkosten in Höhe von brutto 6.187,19 € sowie auf Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 20.418,97 € weiter.	7
Die Parteien haben sich in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geeinigt, dass der streitige Betrag aus der Position N 1 fallengelassen wird.	8
Zur Position N 2 behauptet die Beklagte, es liege keine gegenüber dem ursprünglichen Vertrag geänderte Ausführung der Fenster vor.	9
Zu den Positionen N 9, N 13, N 15 behauptet die Beklagte, die Notwendigkeit des Auswechselns der Fensterbänke nicht verursacht zu haben.	10
Die Beklagte bestreitet, dass die Klägerin das unter Position N 12 in Rechnung gestellte Material für F 30-Türen bereits vor der Kündigung des Vertrags bestellt hatte. Sie ist der Auffassung, der Klägerin stehe wegen der Kündigung aus wichtigem Grund ein Anspruch insoweit nicht zu. Vielmehr habe sie selbst einen Anspruch auf Zahlung von kündigungsbedingten Mehrkosten, die für die Anfertigung der Türen durch ein anderes Unternehmen angefallen seien. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat haben die	11

Parteien zu der Position N 12 einen Betrag von 800,00 € netto unstreitig gestellt.

Zu dem Anspruch auf Vertragsstrafenzahlung macht die Beklagte geltend, die Vertragsstrafenklausel sei zwischen den Parteien verhandelt worden; sie sei im Übrigen nicht unangemessen. Wegen der Entscheidung zur Vertragsstrafe regt sie die Zulassung der Revision an. 12

Die Beklagte beantragt, 13

das angefochtene Urteil teilweise abzuändern, soweit die Beklagte zur Zahlung von mehr als 19.643,09 € nebst Zinsen seit dem 20.08.2008 verurteilt wurde, abzüglich am 03.04.2009 gezahlter 17.284,08 €. 14

Die Klägerin beantragt, 15

die Berufung zurückzuweisen. 16

Sie verteidigt das angefochtene Urteil. 17

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils sowie die von den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Wegen der Begründung des landgerichtlichen Urteils wird auf dessen Entscheidungsgründe verwiesen. 18

II. 19

Die – beschränkt eingelegte – zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache teilweise Erfolg. 20

Die Klage ist in Höhe von 34.099,83 € begründet; im Übrigen ist sie unbegründet. 21

1. Position N 1: Änderung der Posttür 22

Die Beklagte wehrt sich dagegen, dass das Landgericht der Klägerin nicht nur 600,00 DM, sondern weitere 385,00 DM als Zulageposition zu Position 19 des Leistungsverzeichnisses wegen einer nachträglichen Änderung der Türeinteilung zugesprochen hat. Insoweit besteht zwischen den Parteien nunmehr Einigkeit, dass dieser zusätzliche Betrag von der Klägerin nicht mehr geltend gemacht wird. 23

2. Position N 2: Zusätzliche Flügel in den Unterlichtern der Fenster 24

Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Mehrkosten in Höhe von 11.758,67 € ist nicht gemäß § 2 Nr. 6 VOB/B begründet. 25

Bei der Anbringung der zusätzlichen Flügel in den Unterlichtern der Fenster handelt es sich nicht um eine im Vertrag der Parteien nicht vorgesehene Leistung, die den Anspruch auf eine besondere Vergütung begründen würde. Die von der Klägerin ausgeführte Art der Unterfenster mit zwei feststehenden Flügeln entspricht vielmehr bereits der ursprünglichen vertraglichen Vereinbarung der Parteien und hat damit keine Mehrkosten wegen geänderter Ausführung verursacht. 26

Ob eine Leistung zum bisher vereinbarten Vertragsinhalt gehört oder nicht, richtet sich nach dem insoweit maßgebenden Vertragsinhalt, vor allem der Leistungsbeschreibung, den Technischen Vertragsbedingungen, den Besonderen und / oder Zusätzlichen 27

Grundlage des von den Parteien geschlossenen Vertrages ist nach dessen § 1 das Angebot der Klägerin vom 11.11.2000, das sich u. a. auf die Zeichnung in Anlage B 23 (AH II S. 79) stützt. Diese Zeichnung ist im Leistungsverzeichnis (S. 2) als „Bl. 12 Ansicht Hofseite, verkleinert“ erwähnt. Auf der Zeichnung ist sichtbar, dass die Unterlichter in zwei verschiedenen Größen, die größeren mit zusätzlichen Sprossen, in beiden Größen umlaufend mit einer mittleren Unterteilung in genau gleicher Breite und Ausgestaltung wie die darüber liegenden Fensterfelder vorgesehen waren, die aus zwei Flügeln bestehen. Auf der Ansichtszeichnung befindet sich der handschriftliche Zusatz: „Alle Fenster mit Stulp“, was zu einer einheitlichen Optik der doppelflügeligen Fenster und der darunter liegenden Unterlichter führt. Auf S. 2 des Leistungsverzeichnisses heißt es hierzu: „Achtung: Entgegen den beigefügten Ansichtszeichnungen sind alle doppelflügeligen Fenster als Stulp-Elemente (ohne Setzholz) auszuführen“. Diese Anweisung konnte aber nicht dahin verstanden werden, dass von den in der Ansichtszeichnung ohne Stulp-Profile eingezeichneten Fenster die Unterlichter anders auszuführen waren als die großen doppelflügeligen Fenster. Durch die Anbringung der Stulp-Elemente sollte offensichtlich keine uneinheitliche Optik entstehen. Vielmehr konnte auch die Klägerin den Vertragsinhalt nur dahin verstehen, dass die Unterlichter umlaufend optisch gleich wie die darüber liegenden Fensterflügel auszuführen waren. Die Anbringung der – feststehenden – Flügel in den Unterlichtern der Fenster war damit von vorneherein geschuldet.

3. Position N 9, N 13, N 15: Verbreiterung der Fensterbänke, Änderung der Markisenhalter 29

Auch insoweit ist ein Anspruch auf die vom Landgericht zugesprochenen Mehrkosten für eine Neufertigung der Fensterbänke in Höhe von 2.710,87 € gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B nicht begründet. Eine Mehrforderung für die Markisenhalter hat das Landgericht nicht zuerkannt. 30

Die Klägerin hat nicht bewiesen, dass die Notwendigkeit zur Fertigung neuer Fensterbänke, die statt der vertraglich vorgesehenen Ausladung von ca. 120 mm (Position 23 des Leistungsverzeichnisses) eine Ausladung von 150 mm haben mussten, auf einer Änderung des Bauentwurfs oder anderer Bauanordnungen der Beklagten beruhten. 31

Der vom Landgericht beauftragte Sachverständige Andree hat durch Nachmessung festgestellt, dass der Putz entgegen den Angaben der Klägerin nicht dicker als 70 mm war und damit nicht dicker als im Plan vorgesehen aufgebracht worden ist. Er konnte nicht sagen, welcher Umstand eine nachträgliche Erweiterung der Fensterbänke erforderte. 32

Soweit die Klägerin weiterhin einen vom Plan abweichenden Wandaufbau behauptet, kann sie mit diesem unsubstantiierten Vortrag nicht gehört werden. Im Übrigen hat die Klägerin den durch den Austausch der Fensterbänke entstandenen Mehraufwand selbst verursacht. Denn es hätte ihr oblegen, vor Anfertigung der Fensterbänke die exakt erforderliche Ausladung entsprechend dem tatsächlichen Wandaufbau nachzumessen. Das genaue Maß der Ausladung hing wesentlich davon ab, in welche Tiefe der Gesamtlattung die Klägerin die Fensterrahmen einsetzte und welche Breite der von ihr gewählte Profiltyp hatte. Erst nach dieser Festlegung durch die Klägerin hatte sie die genaue Ausladung der Fensterbänke abzumessen. 33

Die Mehrkosten, die durch die Vergrößerung der von der Klägerin kalkulierten Ausladung von 120 mm auf 150 mm entstanden sind, hat die Beklagte entsprechend der Einheitspreisänderung bei Breitenänderung gemäß dem Gutachten des Sachverständigen Andree mit 5,00 DM/m, insgesamt 525,00 DM zu Gunsten der Klägerin berücksichtigt. Ein 34

weitergehender Anspruch ist nicht begründet.

4. Position N 12: Materialkosten für F-30 Türen

35

Die Beklagte schuldet gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B i. V. m. § 649 BGB die Zahlung der Materialkosten für die F-30 Türen in Höhe von 800,00 € netto.

36

Die Klägerin war mit der Anfertigung von drei F-30 Flurtüren beauftragt worden. Sie hat infolge der Kündigung des Vertrages durch die Beklagte die Materialkosten für die von ihr kündigungsbedingt nicht mehr gefertigten Türen nicht erspart, da sie die Profile für die Türen bereits vor der Kündigung bestellt hatte und bestellen durfte.

37

Das Landgericht hält die Bestellung der Profile aufgrund der Aussage des Zeugen A. für bewiesen. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Der Zeuge hat bestätigt, die Profile im Rahmen einer Sammelbestellung persönlich bestellt zu haben. Soweit die Beklagte die Aussage für nicht glaubhaft hält, weil das Material für die Türen erst dann bestellt zu werden pflegt, wenn die genaue Ausgestaltung der Türen durch Werkstattzeichnungen festgelegt sei, berücksichtigt sie nicht die weitere Bekundung des Zeugen A., die Profile für die Türen seien zusammen bestellt worden, weil sie auch zusammen beschichtet würden und dann keine Farbabweichungen vorlägen. Die genauen Maße der Türen spielten für die Bestellung der Profile noch keine Rolle. Sie hätten dann jeweils etwas mehr oder weniger Verschnitt. Dass dies nicht zutrifft, wird von der Beklagten nicht behauptet. Auch der Vortrag der Beklagten über die längere Lieferzeit und Vorlaufzeit für das Sicherheitsglas spricht nicht gegen die Argumentation des Zeugen A. für eine frühzeitige Bestellung der Profile. Der Senat sieht daher keinen Grund, der Aussage des Zeugen nicht zu folgen.

38

Die Klägerin war auch berechtigt, die Profile zu bestellen, obwohl für die Türen noch keine Werkstattzeichnungen angefertigt worden waren und sie die Türen nicht fertigen durfte, bevor ihr bestätigte Werkstattzeichnungen vorlagen. Diese vertragliche Vereinbarung schließt ein frühzeitiges Bestellen der Profile nicht aus, da diese auch unstreitig für breitere Flurtüren – wie sie die Beklagte nachträglich wünschte – hätten verwendet werden können und die Bestellung der Profile noch keine Fertigung der Türen durch die Klägerin darstellt.

39

Die Parteien haben in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat den Betrag der anzusetzenden Materialkosten mit 800,00 € netto unstreitig gestellt.

40

Die Zahlungspflicht der Beklagten ist nicht aufgrund berechtigter Kündigung des Vertrags gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B entfallen.

41

Eine wirksame Kündigung des Vertrages hatte die Beklagte erstmals mit Schreiben vom 22.08.2001 (Bl. 634 f. d. A.) ausgesprochen. Ihr Schreiben vom 19.08.2001 (Anlage K 10) enthält keine Kündigungserklärung, sondern lediglich eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung. Diese kann nicht als Kündigungserklärung ausgelegt werden, da eine solche vor fruchtlosem Fristablauf noch nicht zulässig wäre (vgl. BGH NJW 1973, 1463). Entsprechendes gilt für die mit Schreiben vom 03.08.2001 erklärte Teilkündigung, da das Schreiben ebenfalls eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung enthält und sich im Übrigen nicht auf die streitgegenständlichen Türen bezieht.

42

Bei der Kündigung vom 22.08.2001 handelt es sich um eine jederzeit mögliche Kündigung gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B, nicht jedoch um eine berechtigte Entziehung des Auftrags gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B.

43

44

Ein Kündigungsrecht nach dieser Bestimmung stand der Beklagten zu, wenn in den Fällen des § 4 Nr. 7 und des § 5 Nr. 4 VOB/B die von ihr gesetzte Frist fruchtlos abgelaufen war. Eine Fristsetzung zur Mängelbeseitigung gemäß § 4 Nr. 7 VOB/B ist zwar in dem Schreiben vom 19.08.2001 enthalten. Jedoch fehlt es an der notwendigen genauen Bezeichnung der zu beseitigenden Mängel. Die bloße Forderung, die gerügten Mängel zu beseitigen, reicht nicht aus. Die Aufforderung zur Mängelbeseitigung muss vielmehr so hinreichend bestimmt sein, dass der Auftragnehmer zweifelsfrei erkennen kann, was er im Einzelnen nachbessern soll.

Das Schreiben der Beklagten vom 19.08.2001 enthält auch eine Fristsetzung zur Ausführung der Restarbeiten gemäß § 5 Nr. 4 VOB/B. Aber auch hier fehlt es an der genauen Bezeichnung der Restarbeiten. Die bloße Aufforderung, sämtliche Restarbeiten zu erledigen, reicht wiederum aus den vorgenannten Gründen nicht aus. Im Übrigen ergibt sich auch aus dem Vortrag der Beklagten nicht, welche Restarbeiten am 19.08.2001 noch geschuldet wurden. Dies ist insbesondere weder der tabellarischen Aufstellung im Schriftsatz der Beklagten Bl. 54 d. A. zu entnehmen noch dem Abnahmeprotokoll vom 30.08.2001 (Anlage K 11).

5. Somit errechnet sich der restliche Werklohnanspruch der Klägerin wie folgt: Unstreitiger Betrag entsprechend der Aufstellung der Beklagten in der Berufungsbegründungsschrift (Bl. 552 d. A.): 46.249,25 €. Hinzu kommen 800,00 € netto Materialkosten für die F-30 Türen zuzüglich 16 % MwSt. = 128,00 €, insgesamt 928,00 €, abzüglich 3 % Nachlass und 3 % Umlagen = 55,68 €, so dass dem unstreitigen Betrag 872,32 € hinzuzurechnen sind und die Beklagte 47.121,57 € schuldet. Hierauf hat sie am 06.04.2009 unstreitig 13.021,74 € gezahlt. Diese Zahlung soll nach dem Willen beider Parteien, wie er in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geäußert wurde, berücksichtigt werden, so dass der restliche Werklohnanspruch in Höhe von 34.099,83 € begründet ist.

6. Dieser Anspruch ist nicht teilweise durch die von der Beklagten erklärte Aufrechnung gemäß § 389 BGB erloschen, da die geltend gemachten Gegenforderungen in Höhe von 6.187,19 € (kündigungsbedingte Mehrkosten) und in Höhe von 20.418,97 € (Vertragsstrafe) nicht begründet sind.

a) Die Beklagte begehrt zu Unrecht kündigungsbedingte Mehrkosten für die F-30 Türen in Höhe von 6.187,19 € brutto. Ein Anspruch gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B steht ihr insoweit nicht zu, als die Entziehung des Auftrags aus den oben genannten Gründen nicht gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B gerechtfertigt war.

b) Ein Anspruch auf Zahlung von Vertragsstrafe gemäß § 10 des von den Parteien geschlossenen Vertrags ist ebenfalls nicht begründet. Die Vertragsstrafenklausel ist gemäß dem hier anzuwendenden § 9 Abs. 1 AGBG a. F. wegen unangemessener Benachteiligung der Klägerin unwirksam.

aa) Das Landgericht hat die Vertragsstrafenklausel in § 10 des Vertrags zu Recht als Allgemeine Geschäftsbedingung gewertet. Es handelt sich um eine von der Beklagten vorformulierte Vertragsbedingung, die sie für eine Vielzahl von Verträgen verwendet und der Klägerin bei Abschluss des Vertrags gestellt hat.

Die Beklagte bestreitet nicht, die Klausel mehrfach verwendet zu haben. Sie wurde im schriftlichen Kaufvertrag auch unstreitig von der Beklagten vorformuliert. Diese hat die Klausel gestellt, indem sie ein konkretes Einbeziehungsangebot gemacht hat. Unerheblich ist, ob der Zeuge N. mit einem unbeschriebenen Blatt Papier in die Verhandlung mit der Klägerin gegangen ist und die Eintragungen über den Vertragsinhalt (Anlage B 1) erst während der

Verhandlungen vorgenommen hat.

Die Klausel wurde entgegen der Auffassung der Beklagten nicht zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt. „Aushandeln“ setzt mehr als „verhandeln“ voraus. Wie das Landgericht zutreffend ausführt, muss der Verwender den in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellen und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumen; er muss die reale Möglichkeit erhalten, den Inhalt der Vertragsbedingungen zu beeinflussen (vgl. BGH NJW 2005, 2543, 2544).

52

Die Beklagte bezieht sich für ihre Behauptung, die Vertragsstrafenklausel sei verhandelbar gewesen und zur Disposition gestellt worden, auf das Zeugnis des für sie tätig gewordenen Zeugen N.. Nach dessen Aussage vor dem Landgericht kann aber lediglich davon ausgegangen werden, dass der Zeuge – weil er es immer so macht – die prozentuale Höhe der Vertragsstrafe pro Werktag sowie die Höchstgrenze dargestellt und anschließend gefragt hat, ob dies in Ordnung gehe oder nicht. Nach der von ihm nicht bestrittenen Aussage des Zeugen A. hat er hinzugefügt, das sei so, wie es bei Generalunternehmern üblich sei. Unter diesen Umständen reicht ein „Abnicken“ durch den Geschäftsführer der Klägerin nicht aus, um ein „Aushandeln“ anzunehmen. Denn weder dem Vortrag der Beklagten noch den Aussagen der Zeugen N. und A. ist zu entnehmen, dass die Beklagte eine Bereitschaft zu erkennen gegeben hat, eine von der Klägerin gewünschte Änderung vorzunehmen, auf die Vertragsstrafenklausel ganz zu verzichten oder geringere Prozentsätze zu vereinbaren. Es ist nicht ersichtlich, woraus dem Geschäftsführer der Klägerin bewusst geworden sein soll, dass die Beklagte zu einer Abänderung der von ihr dargestellten prozentualen Höhe der Vertragsstrafe pro Werktag und der Höchstgrenze oder gar zu einem Verzicht auf die Klausel bereit gewesen sein soll. Jedenfalls wurden der Klägerin keine Alternativen angeboten, zwischen denen sie hätte wählen können. Unter diesen Umständen reicht es nicht aus, wenn die Klausel – weil bei Generalunternehmern üblich – beim Geschäftsführer der Klägerin nicht auf Bedenken stieß oder sogar von ihm erwartet wurde (vgl. BGH NJW 2000, 1110, 1111).

53

bb) Der Senat teilt auch die Auffassung des Landgerichts, dass die Vertragsstrafenklausel die Klägerin unangemessen benachteiligt und deshalb unwirksam ist.

54

Entgegen der Auffassung der Beklagten erstreckt sich der Vertrauensschutz in Bezug auf die Obergrenze von 10 % der Bruttoauftragssumme, die nach dem Urteil des Bundesgerichtshofes (NJW 2003, 1805) zu Gunsten der Beklagten gilt, nicht auf die gesamte Vertragsstrafenvereinbarung.

55

Ob bereits der Tagessatz von 0,35 % pro Werktag unangemessen hoch ist, mag dahinstehen. Dieser Tagessatz entspricht 0,42 % pro Arbeitstag, wobei als Arbeitstage die Tage von Montag bis Freitag gelten (vgl. Urteil des Bundesgerichtshofs vom 06.12.2007 – VII ZR 28/07 -). Eine Vertragsstrafe von 0,5 % pro Arbeitstag bei einer Obergrenze von 5 % der Auftragssumme ist nach der auch vom Senat geteilten Auffassung des Bundesgerichtshofs (NJW 2000, 2106) unangemessen.

56

Zu Recht hat das Landgericht die Unangemessenheit jedenfalls in der möglichen Kumulierung der Einzelvertragsstrafen für sieben verschiedene Gewerkegruppen mit unterschiedlichen Ausführungsfristen gesehen, die dazu führen konnte, dass bereits bei geringfügigen Verzögerungen von wenigen Tagen bei mehreren Gewerkegruppen die gesamte Vertragsstrafe von 10 % der Bruttoauftragssumme verwirkt werden konnte, und zwar unabhängig davon, ob der Endtermin eingehalten wurde. Hinzu kommt, dass sich die Vertragsstrafe für jede einzelne Gewerkegruppe nicht nach den diesen zugeordneten Preisen

57

richtet, sondern an der gesamten Bruttoauftragssumme orientiert. Durch eine solche Regelung wird der Auftragnehmer typischerweise unangemessen belastet. Ihm droht ein spürbares Verlustgeschäft, das sich ohne Weiteres ganz erheblich auf seiner Liquidität auswirken kann. Eine Vertragsstrafe als Allgemeine Geschäftsbedingung mit solchen Wirkungen ist nicht zu rechtfertigen, da auch mit einer niedrigeren Strafe die Druck- und Kompensationsfunktion ausreichend erfüllt werden kann.

7. Der Anspruch der Klägerin auf Verzugszinsen ist entsprechend dem angefochtenen Urteil seit 17.07.2002 begründet. 58

Die Beklagte hat nicht substantiiert vorgetragen, dass ihr nach diesem Zeitpunkt noch ein Zurückbehaltungsrecht zustand. Nach ihrem eigenen erstinstanzlichen Vorbringen hat sie der Klägerin unter dem 17.05.2002 eine letzte Nachfrist zur Mängelbeseitigung bis 31.05.2002 gesetzt und habe danach zur Ersatzvornahme übergehen können. Es ist nicht ersichtlich, welche Mängelbeseitigungsarbeiten die Klägerin danach noch schuldete, die ein Zurückbehaltungsrecht bis zum 20.08.2008 (von der Beklagten akzeptierter Zinsbeginn) hätten begründen können. Die Vereinbarung eines Abzugs von 10.000,00 € wegen „Mängelansprüchen“ besagt nichts über das Fortbestehen von Mängelbeseitigungsansprüchen. Soweit die Beklagte sich hilfsweise „auf die Mängel gemäß Hinweisbeschluss des Landgerichts vom 29.05.2008“ (Bl. 454 d. A.) beruft, lassen sich auch daraus keine Mängelbeseitigungsansprüche herleiten. Denn bis zur Vereinbarung des Abzugs von 10.300,00 € ist nicht geklärt worden, ob und in welchem Umfang noch Mängelbeseitigungsansprüche begründet waren oder ob der Beklagten Aufwendungsersatzansprüche bzw. Minderungsansprüche zustanden. 59

Auf den Zinsanspruch sind nach dem Willen beider Parteien die am 06.04.2009 als Zinsbetrag gezahlten 2.819,31 € anzurechnen. 60

8. Die Kostenentscheidung ergeht nach §§ 92 Abs. 1, 269 Abs. 3 ZPO. 61

Die Entscheidungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgen aus §§ 708 Nr. 10, 709 ZPO. 62

9. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Frage, ob die Parteien die Vertragsstrafenklausel ausgehandelt haben, ist in Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgrund aller zu berücksichtigenden Umstände des Einzelfalles entschieden worden und damit nicht von grundsätzlicher Bedeutung. Die Entscheidung über die Unwirksamkeit der Vertragsstrafenklausel orientiert sich ebenfalls an der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur unangemessenen Benachteiligung des Auftragnehmers durch Vertragsstrafenklauseln. 63

Berufungsstreitwert: 43.983,25 €. 64