
Datum: 14.02.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 22 U 184/10
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:0214.22U184.10.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 83 O 23/10

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 28.10.2010 verkündete Urteil der 3. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Aachen – 83 O 23/10 – abgeändert und wie folgt neu gefaßt:

Unter Abweisung der Klage im übrigen wird die Beklagte verurteilt, an die Klägerin die Vertragserfüllungsbürgschaft der X Bank e. G. zum Bauvorhaben S Krankenhaus, P, Teilersatzneubau II. BA Ärztehaus, Gewerk Metallbauarbeiten, Fenster und Fassaden, Auftrags-Nr. RKO 5x.xx/E-xx. lautend über einen Betrag in Höhe von 71.235,13 € herauszugeben.

Es wird festgestellt, daß sich die Beklagte mit der Herausgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft seit dem 27.01.2010 in Verzug befindet und verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche hieraus entstehende Schäden zu ersetzen.

Die Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz werden gegeneinander aufgehoben; die Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich der Kosten der Streithelfer werden der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, sofern nicht die Klägerin vor einer Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Der Klägerin wird

nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Beklagten und der Streithelfer durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, sofern nicht die Beklagte bzw. die Streithelfer vor einer Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

<u>Gründe:</u>	1
I.	2
Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zahlung restlichen Werklohns aus einem Bauvertrag vom 24.1. 2008 in Anspruch. Im Berufungsverfahren streiten die Parteien lediglich noch über die Frage, ob der Beklagten ein – im Wege der Aufrechnung geltend gemachter – Gegenanspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe zusteht.	3
Die Erteilung des Auftrages – durch Individualschreiben vom 9. 1. 2008 (Anlage B 5 im Anlagenheft II), auf das Bezug genommen wird - erfolgte aufgrund einer Ausschreibung, der u. a. die EVM (B) BVB (Besondere Vertragsbedingungen) zugrunde lagen, Anlage B 14 in AH IV). Diese waren auch Bestandteil des Angebots der Klägerin vom 12. Dezember 2007. In den Abschnitten 1 und 2 dieser besonderen Vertragsbedingungen (Anlage 1 im AH II) heißt es:	4
„1. Ausführungsfristen (§ 5)	5
1.1 ...	6
Mit der Ausführung ist zu beginnen ...	7
innerhalb von 12 Werktagen nach Zugang der Aufforderung durch den Auftraggeber ...	8
Die Leistung ist zu vollenden (abnahmereif fertigzustellen)	9
... siehe LV	10
...	11
1.2 verbindliche Fristen (= Vertragsfristen) gemäß § 5 Nr. 1 sind:	12
vorstehende Frist für den Ausführungsbeginn	13
vorstehende Frist für die Vollendung (abnahmereife Fertigstellung) der Leistung	14
...	15
2. Vertragsstrafen (§ 11)	16
Der Auftragnehmer hat als Vertragsstrafe für jeden Werktag des Verzugs zu zahlen:	17
2.1 bei Überschreitung der Ausführungsfrist	18
...(Leerzeile, in der ein Betrag hätte eingesetzt werden können)	19

0,1 v. H. des Endbetrages der Auftragssumme.“	20
Das quadratische Kästchen am Beginn dieser letztgenannten Zeile enthält keine Ankreuzung.	21
Wegen der Einzelheiten wird auf die Besonderen Vertragsbedingungen (Anlage B 1) Bezug genommen.	22
Im Auftragsschreiben der Beklagten vom 09.01.2008 (Anlage B 5 in Hefter II) heißt es:	23
„Fristen: sh. Pkt. Nr. 1.1 – 1.2 der Besonderen Vertragsbedingungen und Vorgaben im Leistungsverzeichnis	24
Vertragsstrafen: sh. Pkt. Nr. 1.2 – 2.3 der Besonderen Vertragsbedingungen	25
...“	26
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf diese Urkunde Bezug genommen.	27
Im Leistungsverzeichnis (AH IV) finden sich auf den Seiten 41 und 62 Angaben zu Anfangs- und Fertigstellungsterminen; darauf wird ebenfalls Bezug genommen.	28
Bei Abnahme der Arbeiten am 18. September 2009 (Anlage B 2 in AH II) behielt die Beklagte sich die Geltendmachung „der vereinbarten Vertragsstrafe“ vor. Die Klägerin erteilte Schlußrechnung unter dem 19.10.2009 (Anlage B 10 in AH IV).	29
Mit vorliegender Klage hat die Klägerin Zahlung eines restlichen Werklohns in Höhe von 86.298,13 € begehrt.	30
Sie hat beantragt,	31
1.a) die beklagte Partei zu verurteilen, an die klagende Partei einen Betrag in Höhe von 86.298,13 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21.12.2009 zu zahlen,	32
1.b) die beklagte Partei zu verurteilen, die Klägerin von Gebührenansprüchen der Rechtsanwälte Dr. D, N & Partner, S2-Straße 00, 00000 L, in Höhe von 1.680,10 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 13.01.2010 freizustellen,	33
2. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin die Vertragserfüllungsbürgschaftsurkunde der X Bank e. G. zum Bauvorhaben S Krankenhaus, P, Teilersatzneubau II. BA und Ärztehaus, Gewerk Metallbauarbeiten, Fenster und Fassaden, Auftragsnummer RKO xx. xx/E – xx, lautend über einen Betrag in Höhe von 71.235,13 €, an die Klägerin herauszugeben,	34
3. festzustellen, daß die Beklagte sich mit der Herausgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft seit dem 19.10.2009 in Verzug befindet und verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche hieraus entstehenden Schäden zu ersetzen.	35
Die Beklagte hat beantragt,	36
die Klage abzuweisen.	37
Sie hat eine Reihe von Kürzungen und Abzügen geltend gemacht, die im Verlaufe des ersten Rechtszuges zwischen den Parteien unstreitig geworden sind. Außerdem hat sie die	38

Aufrechnung mit einer Vertragsstrafe in Höhe von 71.235,12 € erklärt.

Dieser Aufrechnung ist die Klägerin entgegengetreten. 39

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens im ersten Rechtszug wird auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen. Durch dieses Urteil (Bl. 66 ff. d. A.), auf das auch wegen aller übrigen Einzelheiten Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Beklagte – unter Abweisung der Klage im übrigen – u. a. zur Zahlung von 69.977,56 € nebst Zinsen sowie zur Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltskosten verurteilt. 40

Mit der Berufung begehrt die Beklagte weiterhin die vollständige Abweisung der Klage mit ihren Zahlungsanträgen. Sie macht geltend: 41

Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei die – verbliebene – Klageforderung nach wirksamer Erklärung der Aufrechnung durch die Beklagte am 27.11.2009 (Anlage B 9 in AH II) erloschen. Zu Unrecht gehe das Landgericht davon aus, daß zwischen den Parteien eine Vertragsstrafe nicht vereinbart worden sei; dem liege vor allem eine fehlerhafte Anwendung des § 305 c Abs. 2 BGB zugrunde (Berufungsbegründung S. 2, 101 d. A.). Eine – vom Landgericht nicht vorgenommene – Auslegung des Vertrages ergebe, daß die Parteien eine Vertragsstrafe vereinbart hätten (S. 3, Bl. 102 d. A.); dabei sei auch zu berücksichtigen, daß die Klägerin trotz mehrfacher Erwähnung der Vertragsstrafe deren Vereinbarung vorprozessual nie in Frage gestellt habe. 42

Bei verständiger Auslegung der Vereinbarungen ergebe sich keine Unklarheit i. S. d. § 305 c Abs. 2 BGB, im übrigen wäre es nach dem Pkt. 1 der Bewerbungsbedingungen des Vergabeverfahrens Sache der Klägerin gewesen, auf – vermeintliche – Unklarheiten hinzuweisen. Ein solcher Hinweis sei nicht erfolgt (S. 4, Bl. 103 d. A.). 43

Die Vereinbarung der Vertragsstrafe sei – entgegen der Auffassung der Klägerin – nicht unwirksam; sie beziehe sich nicht auf Zwischenfristen, sondern ausschließlich auf die Nichteinhaltung der vereinbarten Gesamtfrist zur Fertigstellung des Gewerkes; darin liege keine Unangemessenheit der vertraglichen Regelung. 44

Die Vertragsstrafe sei auch verwirkt, da die Klägerin die Ausführungsfrist – trotz mehrfacher Mahnung der Beklagten bzw. der Streithelferin – überschritten habe. Soweit die Klägerin im ersten Rechtszug Behinderungen behauptet habe, gebe es dafür keinerlei Dokumentation (Bl. 104 d.A.). 45

Die Beklagte beantragt, 46

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen, soweit die Beklagte verurteilt wurde, 47

- an die Klägerin 69.977,56 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21.12.2009 zu zahlen, ~~48~~
- die Klägerin von Gebührenansprüchen der Rechtsanwälte Dr. D, N & Partner, S2-Straße 00, 00000 L in Höhe von 1.580,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27.01.2010 freizustellen. 50

Die Streithelfer schließen sich dem Vorbringen und dem Antrag der Beklagten an (Bl. 115 ff. d. A.).	
Die Klägerin beantragt,	52
die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.	53
Sie verteidigt das angefochtene Urteil. (Einzelheiten: Bl. 132 ff., 186 ff. d. A.).	54
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.	55
II.	56
Das zulässige Rechtsmittel der Beklagten hat auch in der Sache Erfolg.	57
1. Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist die im angefochtenen Urteil zuerkannte Klageforderung in Höhe von 69.977,56 € durch die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit einem Vertragsstrafenanspruch in gleicher Höhe untergegangen (§ 389 BGB).	58
Grundlage der von der Beklagten mit der Aufrechnung geltend gemachten Vertragsstrafenforderung sind die §§ 339 S. 1, 341 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem Bauvertrag der Parteien vom 09.01.2008 (Anlage K 1 = Anlage B 1).	59
Die Parteien haben eine Vertragsstrafe wirksam vereinbart; diese Vertragsstrafe ist auch im Streitfall verwirkt und kann deshalb gegenüber der Klageforderung zur Aufrechnung gestellt werden.	60
Im einzelnen:	61
a) Das Landgericht ist davon ausgegangen, der von der Beklagten zur Aufrechnung gestellte Vertragsstrafenanspruch bestehe schon deshalb nicht, weil sich aus den schriftlichen Vertragsunterlagen nicht die Vereinbarung einer Vertragsstrafe ergebe. Ziffer 2.1. der BVB sei nicht angekreuzt, habe also nicht gelten sollen; zumindest sei dies unklar i. S. d. § 305 c Abs. 2 BGB (Bl. 67 R d. A.).	62
Wie die Beklagte mit Recht geltend macht, trifft all dies nicht zu. Die Argumentation des Landgerichts greift zu kurz.	63
Richtig ist zwar, daß keines der eckigen Kästchen in Abschn. 2.1 der BVB angekreuzt ist, dies etwa im Unterschied zu Abschn. 1 dieser BVB, wo die jeweils gültige Variante durch Ankreuzen des eckigen Kästchens kenntlich gemacht ist (vgl. Anl. B 1).	64
Dies allein rechtfertigt aber nicht die Schlußfolgerung, eine Vertragsstrafenregelung sei hier nicht vereinbart worden. Denn während die Zeile des Abschnitts 2. 1 der BVB, in der eine Vertragsstrafe mit einem festen Betrag hätte eingesetzt werden können, ganz unausgefüllt geblieben ist, findet sich in der folgenden Zeile, in der es um eine Vertragsstrafe in Höhe eines prozentualen Anteils der Auftragssumme geht, die Eintragung „0,1“. Außerdem ist Abschn. 2.3 der BVB dahin ausgefüllt, daß die Vertragsstrafe auf insgesamt 5 % der Auftragssumme begrenzt wird. Damit hat die Beklagte hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, daß hier eine Vertragsstrafe vereinbart sein sollte. Denn wie die Beklagte mit Recht geltend macht, wären die vorerwähnten Ausfüllungen unsinnig und widersprüchlich gewesen, wenn eine Vertragsstrafe nicht hätte vereinbart sein sollen. Von einer Unklarheit i. S. v. § 305	65

c Abs. 2 BGB kann deshalb keine Rede sein.

Dafür spricht im übrigen auch, daß das Auftragsschreiben vom 09.01.08, bei dem es sich ersichtlich nicht um ein Formularschreiben handelt, sondern um ein auf den vorliegenden Auftrag zugeschnittenes individuelles Schriftstück, „Vertragsstrafen“ ausdrücklich – mit Bezugnahme auf die Punkte 2.1-2.3 der Besonderen Vertragsbedingungen - erwähnt und daß sich die Beklagte bei der Abnahme die vereinbarte Vertragsstrafe vorbehalten hat, ohne daß die Klägerin dem zeitnah widersprochen hätte. 66

Entgegen der Auffassung der Klägerin folgt etwas anderes nicht aus dem Umstand, daß die Beklagte in der 6. Zeile des Abschnitts 1. der BVB eine Ankreuzung vorgenommen hat (Schriftsatz vom 09.01.2012, S. 3, Bl. 188 d. A.). Denn neben der angekreuzten Variante „siehe LV“ gibt es in diesem Abschnitt des Abschnitts 1.1. der BVB unter anderem die Variante „in der im beigefügten Bauzeitenplan ausgewiesenen Fertigstellungsfrist“. Die Ergänzung der vorerwähnten Variante „siehe Leistungsverzeichnis“ dient danach ersichtlich der Klarstellung, daß diese Variante Vertragsgegenstand sein solle und nicht die letztgenannte Formularbestimmung. Daraus läßt sich für die Auslegung des Abschnitts 2.1. nichts herleiten. 67

Von einer Vertragsstrafenvereinbarung ist deshalb entgegen der Auffassung der Klägerin auszugehen. 68

2. Diese Vereinbarung ist entgegen der Auffassung der Klägerin auch wirksam. 69

a) Zu Unrecht macht die Klägerin geltend, es handele sich um die – in Formularverträgen wirksam nicht mögliche – Kumulierung der Vertragsstrafe für die Nichteinhaltung einerseits von Zwischenfristen und andererseits der Gesamtfertigstellungsfrist. 70

Nach Abschn. 2.1 der BVB ist Voraussetzung der Vertragsstrafe eine „Überschreitung **der** Ausführungsfrist“. Es geht also nicht um mehrere Fristen, sondern nur um eine Frist; dies kann nach Lage der Dinge nur die Fertigstellungsfrist sein, die in Abschn. 1 vereinbart ist. Auf die Frist für den Ausführungsbeginn nimmt Abschnitt 2.1 dagegen nicht Bezug; verbindliche Zwischenfristen sind ohnehin nicht vereinbart. Die auf S. 41 und 62 des Leistungsverzeichnisses (AH IV) erwähnten Fristen sind in Abschnitt 1.2 nicht aufgeführt. 71

b) Entgegen der Auffassung der Klägerin folgt die Unwirksamkeit der Klausel nicht daraus, daß der Beginn der Vertragsfrist nicht definiert sei (Schriftsatz vom 09.01.2012, S. 4 f., Bl. 189 f. d. A.). 72

In Abschnitt 1.1. der BVB heißt es, mit dem Beginn der Ausführung sei innerhalb von 12 Werktagen nach Zugang der Aufforderung durch den Auftraggeber (also die Beklagte) zu beginnen. Daraus folgert die Klägerin ohne Erfolg, damit habe es die Auftraggeberseite, also die Beklagte in der Hand, die der Klägerin eingeräumte Ausführungsfrist beliebig zu verkürzen (Bl. 180 d. A.). Dem steht schon die Regelung in den bereits erwähnten Passagen des Leistungsverzeichnisses (Seiten 41 und 62) entgegen. So heißt es beispielsweise auf Seite 41: „Rohbauarbeiten: 18. 7. 2007 bis 18. 4. 2008.“ Auf Seite 62 des Leistungsverzeichnisses sind ca. - Angaben betreffend die jeweiligen Monate des Montagebeginns enthalten. Danach war der Beginn der Ausführung der Arbeiten gerade nicht in das Belieben der Beklagten gestellt, sondern hinreichend genau geregelt. 73

c) Ohne Erfolg macht die Klägerin weiterhin geltend, die Vereinbarung sei auch deshalb unwirksam, weil nicht klar werde, an welches Fristversäumnis die Verwirkung der 74

Vertragsstrafe anknüpfen solle (Bl. 190 f.). Richtig ist zwar, daß in Abschnitt 1 der BVB „Ausführungsfristen“ geregelt sind. Wie bereits ausgeführt, ist dagegen mit dem Begriff Ausführungsfrist im Sinne des Abschnittes 2.1. der BVB ersichtlich die Fertigstellungsfrist gemeint.

d) Ohne Erfolg wendet die Klägerin schließlich ein, die Vertragsstrafenregelung verstoße gegen das Transparenzgebot, weil sie der Höhe nach nicht hinreichend bestimmt sei (Bl. 191 f. d. A.). 75

Im Ausgangspunkt richtig ist, daß Formularbestimmungen gegen das Transparenzgebot verstoßen, wenn sie für den Verwender ungerechtfertigte Beurteilungsspielräume zulassen (vgl. z. B. BGH VII ZR 28/07, Rn. 12; VIII ZR 48/05, Rn. 23). 76

Solche Beurteilungsspielräume bestehen hier aber nicht. 77

In Abschnitt 2.1. der BVB knüpft die Höhe der Vertragsstrafe an den „Endbetrag der Auftragssumme“ an. Dies ist, wie die Klägerin mit Recht ausführt, die Schlußrechnungssumme als Summe sämtlicher der Klägerin erteilten Aufträge (Bl. 192 d. A.). Soweit es in Abschnitt 2.3. der BVB heißt, die Vertragsstrafe werde auf 5 % „der Auftragssumme“ begrenzt, ergibt sich demgegenüber nichts anderes. Denn damit ist ersichtlich ebenfalls der vorerwähnte Betrag gemeint. Im übrigen würde eine Auslegung dahin, unter der „Auftragssumme“ in der letztgenannten Bestimmung müsse der vereinbarte Werklohn zurzeit der Vergabe verstanden werden, nicht dazu führen, daß die Vertragsstrafenbestimmung unwirksam wäre. 78

3. Die Vertragsstrafe ist auch verwirkt. 79

a) Voraussetzung ist nach § 339 S. 1 BGB eine nicht gehörige Erfüllung, hier also Schuldnerverzug. 80

Unstreitig hat die Klägerin die auf S. 41 des Leistungsverzeichnisses vereinbarte Endfrist „03.2009“, also den 31.03.2009, nicht eingehalten. Die Abnahme des Gewerkes der Klägerin (Abschnitt 1.1. der BVB stellt auf Abnahmereife ab) ist erst am 18. September 2009 erfolgt (Anlage B 2). Daß das Gewerk der Klägerin bereits zu einem früheren Zeitpunkt abnahmereif gewesen wäre, hat die Klägerin nicht dargelegt. 81

b) Ohne Erfolg beruft sich die Klägerin auf Behinderungen. Auf Grundlage ihres Vorbringens ergibt sich weder, daß die Vertragsstrafenvereinbarung mit Blick auf angebliche behinderungsbedingte Verzögerungen hinfällig geworden wäre, noch, daß sich die Fertigstellungsfrist aufgrund solcher Umstände verlängert hätte. 82

Wird der Auftragnehmer durch einen Umstand aus dem Risikobereich des Auftraggebers an der Ausführung gehindert, so sind zwei Rechtsfolgen denkbar: Ist die Störung so schwerwiegend, daß sie den gesamten Zeitplan des Auftragnehmers „umwirft“ und eine durchgreifende Neuerung des Zeitplans erfordert, so wird die Vertragsstrafe hinfällig (vgl. BGH NJW 1993, 2674; OLG Köln Baurecht 2001, 1105, 1107). Ist die Störung nicht in derartiger Weise schwerwiegend, so verlängert sich die Ausführungsfrist gegebenenfalls nach § 6 Nr. 2 Abs. 1 a) VOB/B und die nach wie vor bestehende Vertragsstrafe bezieht sich dann auf diese verlängerte Frist. 83

Im Streitfall sind die Voraussetzungen für die soeben beschriebenen Rechtsfolgen von der Klägerin aber nicht dargetan. 84

aa) Darlegungs- und beweisbelastet für die Behauptung, daß der gesamte Zeitplan des Bauvorhabens in derartiger Weise gestört ist, daß ein Anspruch auf Vertragsstrafe ganz entfällt, ist der Auftragnehmer (BGH NJW 99, 1108, 1109 I. Sp.). Eine derart schwerwiegende Störung hat die Klägerin nicht dargetan. Sie hat im Verfahren vor dem Landgericht lediglich pauschal vorgetragen, daß sie ihre Leistungen viel früher fertig gestellt hätte, wenn nicht der Bauablauf immer wieder durch von ihr nicht zu vertretende Umstände verzögert worden wäre und hat Mängel in der bauseitigen Gerüstgestaltung sowie eine mangelhafte Baustellenkoordinierung nach gesundheitlich bedingtem Ausfall des Bauleiters erwähnt (vgl. Bl. 21 d. A.). Jedoch hat die Klägerin keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen, daß diese von ihr behaupteten Umstände ihren gesamten Zeitplan „umgeworfen“ hätten und es deshalb einer grundlegenden Neuordnung dieses Zeitplanes bedurft hätte.	85
Im Berufungsrechtszug stellt die Klägerin die Vergabe von Zusatzaufträgen dar (Bl. 136 d. A. mit Verweis auf die Schlußrechnung). Aber auch hier hat die Klägerin jedenfalls keinerlei Anhaltspunkte dafür vorgetragen, daß die von ihr erwähnten Zusatzaufträge ihren Zeitplan in einer Weise „umgeworfen“ hätten, daß es einer grundlegenden Neuordnung der im Zeitplan aufgeführten zeitlichen Umstände bedurft hätte.	86
Deshalb kann nicht davon ausgegangen werden, daß die Vertragsstrafe aufgrund von Umständen aus dem Risikobereich der Beklagten hinfällig geworden wäre.	87
bb) Auch eine Verlängerung der Fertigstellungsfrist ist im Streitfall nicht eingetreten.	88
Nach § 6 Nr. 2 Abs. 1 a) VOB/B (in der damals geltenden Fassung) werden Ausführungsfristen verlängert, soweit die Behinderung durch einen Umstand aus dem Risikobereich des Auftraggebers verursacht worden ist. Unter einer Behinderung ist ein Ereignis zu verstehen, das den vorgesehenen Leistungsablauf hemmt oder verzögert (Ingenstau/Korbion-Döring, B § 6 Rn. 2). Auch hier trifft die Darlegungs- und Beweislast die Partei, die sich auf die Verlängerung der Ausführungsfrist beruft (Döring a. a. O. § 6 Abs. 2, Rn. 2). Die Voraussetzung einer Fristverlängerung hat die Klägerin aber nicht dargelegt. Dazu ist nämlich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, der sich der Senat anschließt, eine aussagefähige Dokumentation erforderlich, aus der sich die Behinderung, deren Dauer und deren Umfang ergibt (vgl. BGH NJW 2005, 1650, 1652; 1653/54; NJW 2002, 6 2716, 2717). Danach ist nicht erforderlich, daß der Auftragnehmer eine Fülle an Details vorträgt, er muß aber die Behinderung und deren Umfang nachvollziehbar darlegen (BGH NJW 2005, 1653, 1654). Daran fehlt es im Streitfall.	89
Im Hinblick auf die von der Klägerin erwähnten Zusatzaufträge sind keinerlei Anhaltspunkte für die Dauer einer etwaigen Behinderung dargelegt. Die Klägerin legt keine Bauablaufplanung vor, aus der erkennbar wäre, wie umfangreich die Dauer etwaiger Behinderungen gewesen ist. Aus der von ihr vorgelegten Schlußrechnung läßt sich nur erkennen, daß der Wert der in Rechnung gestellten Nachträge etwa 2,2 % des Schlußrechnungsbetrages ausmacht (vgl. Schlußrechnung Anlage K 2 im AH I, dort Bl. 28: 27.725,93 € netto von insgesamt in Rechnung gestellten 1.246.703,67 € netto). Nach der als Anlage B 6 (in AH II) vorgelegten Rechnungsprüfung sind es sogar nur 6.556,09 € brutto. Das reicht für eine Substantiierung im oben beschriebenen Sinne nicht aus.	90
Auch hinsichtlich des behaupteten krankheitsbedingten Unterlassens von Baustellengesprächen und Protokollversendungen ab März 2009 hat die Klägerin nicht konkretisiert, inwiefern diese von ihr dargestellten Umstände sie an der Ausführung behindert haben, und wie lange das gegebenenfalls gewesen ist. Ihr Vorbringen hierzu ist ohne hinreichende Substanz.	91

Gleiches gilt hinsichtlich der Bereitstellung des Gerüsts. Die Klägerin legt zwar dar, das Gerüst sei erst am 29.05.2008 fertig gestellt gewesen. Ob darin eine Behinderung liegt, braucht nicht entschieden zu werden. Denn auch hier fehlt es an einer baustellenbezogenen Darstellung der Ist- und der Sollabläufe auf der Baustelle. Anhaltspunkte, inwiefern sich die von der Klägerin dargestellte angebliche Behinderung in Form fehlender Nutzbarkeit des Gerüsts auf die Gesamtfertigstellungsfrist ausgewirkt hat, hat die Klägerin nicht vorgetragen.	92
Gleiches gilt, soweit die Klägerin geltend macht, die Ausführung von Arbeiten an der Fassade auf dem Dachgeschoß sei auf Wunsch der Bauleitung vorgezogen worden (Schriftsatz vom 30. 9. 2010, S. 6, Bl. 51 d.A.) bzw. andere Arbeiten seien von der Beklagten nicht rechtzeitig abgerufen worden.	93
Danach kann auch von einer Verlängerung der Ausführungsfrist nicht ausgegangen werden.	94
Die Vertragsstrafe ist danach verwirkt.	95
4. Die Berechnung des Vertragsstrafenanspruchs als solche ist zwischen den Parteien nicht im Streit. Danach ist die Klageforderung durch Aufrechnung mit einer gleichhohen Gegenforderung erloschen (§ 389 BGB).	96
5. Ein Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten kommt nicht in Betracht, weil die Rückwirkung der Aufrechnung (§ 389 BGB) einen etwaigen Verzug der Beklagten hat entfallen lassen (Palandt-Grüneberg, § 389 BGB, Rn. 2).	97
Der Berufung der Beklagten hat deshalb der Erfolg nicht versagt bleiben können.	98
Die prozessualen Nebenentscheidungen ergeben sich aus den §§ 91, 92 Abs. 2, 708 Nr. 10, 711 ZPO.	99
Es besteht keine Veranlassung die Revision zuzulassen (§ 543 ZPO). Weder hat der vorliegende Rechtsstreit grundsätzliche Bedeutung, noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung die Befassung des Revisionsgerichtes mit dem vorliegenden Streitfall.	100
Es handelt sich vielmehr hier um die Entscheidung eines Einzelfalles, der über das Rechtsverhältnis der Parteien hinaus Wirkungen nicht zu entfalten vermag.	101
Streitwert des Berufungsverfahrens: 69.977,56 €.	102