

**Titel:**

**AGB-Klauseln zur Preisanpassung bei Mindermengen und zum Skontoabzug im VOB/B-Vertrag**

**Normenketten:**

VOB/B § 2 Abs. 3 Nr. 3

BGB § 305c Abs. 1, § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, § 308 Nr. 1a

**Leitsätze:**

1. Eine in einem Bauvertrag dem Auftragnehmer gestellte, vorformulierte Klausel, wonach Massenabweichungen nicht zu einer Änderung der vereinbarten Einheitspreise berechtigen, soweit dies nicht ausdrücklich vereinbart ist, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen gem. § 307 BGB und ist unwirksam. (Rn. 40 – 41) (redaktioneller Leitsatz)

2. Eine Preisanpassung wegen Mindermengen gem. § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B ist unter kalkulatorischer Fortschreibung der im Leistungsverzeichnis vereinbarten Preise zu berechnen. Auf die tatsächlich entstandenen Kosten kommt es nicht an. (Rn. 42) (redaktioneller Leitsatz)

3. Eine vom Auftraggeber vorformulierte Skontoklausel, nach der Zahlungen innerhalb von 14 Tagen nach Abschluss der Prüffrist mit Abzug 3% Skonto bzw. innerhalb von 30 Tagen netto nach Abschluss der Prüffrist erfolgen, wobei die Prüffrist für Abschlagsrechnungen auf 7 Tage nach Rechnungslegung festgelegt ist, benachteiligen den Auftragnehmer jedenfalls dann unangemessen gem. § 307 BGB und sind unwirksam, wenn der Auftragnehmer zusätzlich durch Klauseln im Zusammenhang mit den Abschlagszahlungen benachteiligt wird. (Rn. 57 – 78) (redaktioneller Leitsatz)

4. Eine vom Auftraggeber vorformulierte Skontoklausel, nach der Zahlungen innerhalb von 14 Tagen nach Abschluss der Prüffrist mit Abzug 3% Skonto bzw. innerhalb von 30 Tagen netto nach Abschluss der Prüffrist erfolgen, wobei die Prüffrist für die Schlussrechnung auf 21 Tage nach Rechnungslegung festgelegt ist, benachteiligen den Auftragnehmer unangemessen gem. § 307, § 308 Nr. 1a BGB und sind unwirksam. Darüber hinaus ist die Klausel überraschend gem. § 305c BGB. (Rn. 90 – 94) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Preisanpassung, Mindermenge, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Skontoeinbehalt, Abschlagszahlung, Anerkenntnis, Gewährleistungseinbehalt

**Fundstellen:**

BauR 2024, 1218

NJW-RR 2024, 634

NZBau 2024, 278

LSK 2023, 44120

**Tenor**

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 67.429,71 € zu bezahlen nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 110.312,40 € vom 01.07.2017 bis 14.02.2018 und aus 67.429,71 € ab dem 15.02.2018 sowie weitere 1.652,00 € zu bezahlen nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 16.02.2018.

2. Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin 36 % und die Beklagte 64 % zu tragen. Ferner hat die Klägerin die Kosten der Streithelferin zu 36 % zu tragen. Im übrigen trägt die Streithelferin ihre Kosten selbst.

3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

Beschluss

Der Streitwert wird auf 105.694,98 € festgesetzt.

## Tatbestand

1

Die Klägerin verfolgt mit der Klage Restwerklohnansprüche aus einem am 02.02.2016/08.02.2016 (Anlagen K 1a, K 1b) mit der Beklagten geschlossenen Bauvertrag (Einheitspreisvertrag) über Rohbauarbeiten und Außenanlagen am Bauvorhaben REWE-Markt in der Nürnberger Straße in Thalmässing. Die Auftragssumme für beide Gewerke insgesamt betrug 844.010,22 € netto bzw. 1.004.372,16 € brutto (K 1a). Auf die Vertragsunterlagen, niedergelegt in Anlagen K 1a-K 1g, wird wegen der Einzelheiten Bezug genommen, ebenso auf die Urkalkulationen zu den Angeboten vom 16.12.2015 (Baumeisterarbeiten), Anlage K 1 f U, und vom 21.01.2016 (Außenanlagen), Anlage K 1 g U. Einbezogen wurden ferner VOB Teil B und C.

2

Im vorformulierten und von der Beklagten gestellten Verhandlungsprotokoll (K 1b) finden sich u.a. folgende Klauseln:

Ziffer 3.2.1.: „Der (...) Preis ist ein Abrechnungspreis (Einheitspreis, Stundenlohnpreis). Massenabweichungen berechtigen nicht zu einer Preisänderung, soweit dies nicht ausdrücklich vereinbart ist.“

3

Weiter heißt es unter Ziffer 12.2.2. („Abschlagszahlungen“) und 12.2.3. („Schlusszahlung“), dass „Zahlungen (Zahlungsfrist) (...) erfolgen innerhalb von 14 Tagen nach Abschluss der Prüffrist mit Abzug 3 % Skonto bzw. innerhalb von 30 Tage netto nach Abschluss der Prüffrist.“

4

Die Prüffrist „für Abschlagsrechnungen und Rechnungen“ beträgt gem. Ziffer 12.2.2. 7 Tage nach Rechnungseingang und für die Schlussrechnung gem. Ziff. 12.2.3. 21 Tage nach Rechnungseingang.

5

Ziffer 12.1 lautet: „Prüffähige Rechnungen (...) sind einmal monatlich, nach Baufortschritt nur an die Adresse des AG und per E-Mail an folgende Adresse: j.pilsl@pilcon.eu.“ (zitiertes Satz endet hier; gemeint ist offenbar: „zu richten“, eingefügt v. Verf.).

6

§ 9.5 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (im Folgenden: „ZVB“) (Anlage K 1c) sieht unter bestimmten Voraussetzungen Abschlagszahlungen für den Auftragnehmer „bis zu einer Höhe von 95 % des geprüften Bruttowertes“ vor. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf § 9 der Anlage K 1c Bezug genommen.

7

Ebenso wird Bezug genommen auf § 11.1 der ZVB (K 1c), der die Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft über 10 % der Bruttoauftragssumme vorsieht.

8

Ziff. 11.2. des Verhandlungsprotokolls (K 1b) lautet auszugsweise: „Als Sicherheit für die Erfüllung sämtlicher Mängelansprüche (...) ist der AG berechtigt für die Dauer der unter Ziff. 10 vereinbarten Verjährungsfristen für Mängelansprüche (...) einen Einbehalt i.H.v. 5 % der Brutto-Schlussrechnungssumme zu tätigen. Die Verpflichtung des AG zur Einzahlung des Einbehalts auf ein Sperrkonto sowie zur Verzinsung wird ausgeschlossen. Der AN kann den Einbehalt ausschließlich durch eine von einem in Deutschland bzw. in den europäischen Gemeinschaften anerkannten Kreditinstitut unwiderrufliche, unbefristete Bürgschaft für Mängelansprüche nach dem Muster des AG, in der der Bürge auf die Einrede der Vorausklage, der Anfechtung und Aufrechnung sowie auf das Recht zu Hinterlegung verzichtet hat und die auf erstes Anforderung gerichtet ist, ablösen. (...)

9

Auf den Abschlagsrechnungen und der Schlussrechnung bot die Klägerin 3 % Skonto bei Zahlung innerhalb von 14 Tagen an.

10

Auf die Schlusszahlung nahm die Beklagte einen Skontoeinbehalt von 2.021,73 € vor, auf die Abschlagsrechnungen insgesamt Skontoabzüge von 22.421,42 €. Hinsichtlich der einzelnen Beträge bei den Abschlagszahlungen wird auf die Tabelle auf S. 2 des Schriftsatzes vom 30.08.2022 (Bl. 152 d.A.) Bezug genommen.

#### 11

Die Leistungen wurden mangelfrei erbracht und am 05.10.2016 (bzgl. Rohbauarbeiten) und am 08.05.2017 insgesamt förmlich abgenommen.

#### 12

Die Schlussrechnung vom 24.05.2017 (K 3), die als Schlussrechnungssumme den Betrag von 925.017,38 € brutto und eine offene Werklohnforderung in Höhe von 177.637,17 € auswies, ging der Beklagten am 01.06.2017 zu. Geprüft wurde sie am 27.06.2017 (K 4). Die Beklagte behielt von der geprüften Schlussrechnungssumme in Höhe von 857.653,80 € brutto einen Sicherheitseinbehalt von 5 %, mithin einen Betrag von 42.882,69 € ein und zahlte im Übrigen unter Abzug von 3 % Skonto einen Betrag von 65.369,18 € (K 4) an die Klägerin.

#### 13

Der Sicherheitseinbehalt wurde am 15.02.2018, nach Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft durch die Klägerin und nach anwaltlichem Aufforderungsschreiben vom 30.01.2018 (K 12), an die Klägerin ausbezahlt.

#### 14

Mit Nachforderungsschreiben vom 20.07.2017 (K 5) machte die Klägerin Ansprüche auf Vergütungsanpassung wegen Mindermengen und wegen behaupteter Nachträge geltend, die mit der korrigierten Schlussrechnung der Klägerin vom 15.11.2019 (K 6) in Rechnung gestellt wurden.

#### 15

Die Bruttoschlussrechnungssumme belief sich auf 951.350,16 €. Der aus dieser korrigierten Schlussrechnung – nach Abzug sämtlicher geleisteter Zahlungen – verbliebene offene Schlussrechnungsbetrag in Höhe von 105.694,98 € war zunächst Gegenstand der Klage.

#### 16

Die Klägerin ist der Meinung, sie habe Anspruch auf Preisanpassung gem. § 2 Abs. 3 VOB/B wegen ausgeführter Mindermengen in Höhe von 43.360,10 € brutto, der sich zusammensetzt wie folgt:

- im Bereich Rohbauarbeiten in Höhe von netto 17.572,42 € und
- im Gewerk Außenanlagen in Höhe von in Höhe von netto 20.382,85 €,

in Summe 37.955,27 €, abzgl. 4 % Nachlass i.H.v. 1.518,21 € (= 36.437,06 €), zzgl. 19 % MwSt. in Höhe von 6.923,04.

#### 17

Ausweislich der Berechnungen in den Anlagen K 9 und K 10, auf die wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird, ergebe sich zu jeder Position, in der sich eine Mengenänderung von mehr als 10 % ergeben hätte, aufgrund eines standardisierten und bewährten Computerprogramms (in das die Werte der Urkalkulation, die ausgeschriebenen und die tatsächlich ausgeführten Mengen eingepflegt werden) eine Preisberechnung gem. § 2 Abs. 3 VOB/B. Berücksichtigt werde jede Position, in der sich sowohl Mindermengen von mehr als 10 % als auch Mehrmengen von mehr als 10 % ergeben hätten. Die Preisberechnung entspreche im Wesentlichen dem Mehrbetrag, der sich durch Verteilung der Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten und der allgemeinen Geschäftskosten auf die verringerte Menge ergebe. Zu den Einzelheiten der Berechnung wird auf den Schriftsatz vom 06.04.2022 Bezug genommen (Bl. 112 ff. d.A.).

#### 18

Auch zu den Positionen 1.1.1.1; 1.2.1.1, 1.3.1.1 und 1.3.2.1 habe die Klägerin Leistungen erbracht, was auch aus der korrigierten Schlussrechnung (K 6) ersichtlich sei. Es habe sich hierbei um doppelt ausgeschriebene Leistungen gehandelt, die die Firma Kreichauf nicht bzw. unvollständig ausgeführt habe. Die Klägerin ist der Auffassung, dass der geltend gemachte Zahlungsanspruch für diese Positionen wenn

nicht nach Abs. 3 des § 2 VOB/B, dann jedenfalls nach § 2 Abs. 4 oder 5 VOB/B oder aus Kündigungsgesichtspunkten bzw. wegen einvernehmlicher Vertragsaufhebung begründet sei. Denn – insoweit unstrittig – bestehe durch den Wegfall oder die Reduzierung der Positionen oder durch Nullpositionen in Form einer Kündigung oder einvernehmlichen Vertragsaufhebung beim Unternehmer eine Unterdeckung im Bereich der Baustellengemeinkosten (BGK), Allgemeinen Geschäftskosten (AKG) und Gewinn. Ergänzend wird auf die Ausführungen im Schriftsatz vom 06.04.2023 (Bl. 214 ff. d.A.) Bezug genommen.

#### **19**

Soweit Ziffer 3 des Verhandlungsprotokolls Preisanpassungen wegen Mehr- oder Minderleistungen ausschließen wolle, sei diese Klausel wegen unangemessener Benachteiligung des Auftragnehmers unwirksam.

#### **20**

Ferner habe sie Anspruch auf Auszahlung unberechtigter Skontoeinbehalte in Höhe von insgesamt 24.443,15 €, da nach Auffassung der Klägerin die Skontierungsvereinbarungen unter Ziff. 12.2.2 und 12.2.3. des vorformulierten Verhandlungsprotokolls gem. §§ 307, 305 c Abs. 1 BGB unwirksam seien und keine einzige Zahlung binnen 14 Tagen geleistet worden sei. Auf die Übersicht zu den Rechnungen und darauf erfolgten Zahlungen auf S. 2 des Schriftsatzes vom 30.08.2022 (Bl. 152 d.A.) wird Bezug genommen. Die Klägerin ist der Auffassung, die Skontoklauseln seien auch aufgrund ihrer Kombination mit nachteiligen Zahlungsklauseln (Ziffern 12.1. und 9.5 der zusätzlichen Vertragsbedingungen) unwirksam. Auf die Rechtsausführungen insbesondere im Schriftsatz vom 29.12.2022 (Bl. 179 ff. d.A.) wird ergänzend Bezug genommen.

#### **21**

Zudem sei die Sicherungsvereinbarung für die Gewährleistung unwirksam, weshalb sie Zahlung der wegen unberechtigten Sicherheitseinhalts (in Höhe von 42.882,69 €) entstandenen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.652,00 € verlangen könne.

#### **22**

Die Klägerin beantragte zunächst mit der der Beklagten am 05.01.2021 zugestellten Klage:

die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 105.694,98 € nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 148.577,67 € vom 01.07.2017 bis 14.02.2018 sowie aus 105.694,98 € ab dem 15.02.2018 sowie weitere 1.652,00 € nebst 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 16.02.2018 zu bezahlen.

#### **23**

Mit Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 06.05.2022 verkündete die Beklagte der von ihr für das streitgegenständliche Bauvorhaben mit der Projektsteuerung und Bauleitung beauftragten Firma Pilcon GmbH, vormals firmierend als Pils Consulting GmbH, den Streit. Die Streitverkündung, zugestellt am 18.05.2022, wurde begründet mit etwaigen Schadensersatzansprüchen der Beklagten wegen der von der Streitverkündeten vorgelegten ggf. unwirksamen Vertragsformulierungen im Blick auf die Skontierung und in der Folge nicht angenommener Skonto-Angebote der Klägerin auf deren Rechnungen (Bl. 124 d.A.).

#### **24**

Mit Anwaltsschriftsatz vom 27.07.2022, eingegangen bei Gericht am gleichen Tag, trat die Streitverkündete dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten bei.

#### **25**

Mit Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 04.07.2023 nahm die Klägerin die Klage in Höhe eines Teilbetrages von 38.265,27 € zurück und erklärte dazu, dass es sich dabei um die Positionen der Nachträge im Gewerk/Titel Außenanlagen handele (Bl. 306 d.A.).

#### **26**

Die Klägerin beantragt zuletzt:

die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 67.429,71 € nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 110.312,40 € vom 01.07.2017 bis 14.02.2018 sowie aus 67.429,71 € ab dem 15.02.2018 sowie weitere 1.652,00 € nebst 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 16.02.2018 zu bezahlen.

**27**

Die Streithelferin beantragt:

Den Klägern die Verfahrenskosten und die Kosten der Streithelferin betreffend den zurückgenommenen Klageanteil aufzugeben und die mit Schriftsatz vom 04.07.2023 reduzierte Klage kostenpflichtig abzuweisen.

**28**

Die Beklagte meint, der klägerseits berechnete Anspruch auf Preisanpassung wegen Mindermengen scheitere zum einen daran, dass der neue Einheitspreis nach neuerer höchstrichterlicher Rechtsprechung aus den tatsächlichen Kosten abzuleiten sei, zum anderen an dem vereinbarten Ausschluss gem. Ziff. 3.2. des Verhandlungsprotokolls (Anlage K 1b). Die Klausel, wonach Massenabweichungen nicht zu einer Preisänderung berechtigen, „soweit dies nicht ausdrücklich vereinbart ist“ habe der Klägerin die Möglichkeit eingeräumt, auf Mengenänderungen hinzuweisen und über eine Preisanpassung zu verhandeln. Aufgrund der darin enthaltenen Öffnungsklausel halte die Vereinbarung in Ziff. 3.2. der AGB-Kontrolle stand. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf S. 9 ff. der Klageerwiderung Bezug genommen (Bl. 55 ff. d.A.).

**29**

Ferner könne kein Mindermengenausgleich für solche Leistungen verlangt werden, die einvernehmlich aus dem Leistungsspektrum des Vertrages herausgenommen und von der Firma Kreichauf ausgeführt worden seien. Dabei handele es sich um die Positionen 1.1.1.1: „Mutterboden ausbreiten“, 1.2.1.1: „Aushub Grab.+ Sch. bis 3,00 m“, 1.3.1.1. „Hinterfüll. m. seitr. gelag. Ausubmaterial“, 1.3.2.1: „AB Schicht Frostschutz FSS“.

**30**

Zur Berechtigung der Skontoabzüge behauptet die Beklagte sämtliche Zahlungen innerhalb der 14tägigen Skontofrist, wie sie auf den jeweiligen Rechnungen angeboten worden sei, geleistet zu haben, jedenfalls aber innerhalb der vertraglich vereinbarten Fristen. Zu den Einzelheiten wird auf die Schriftsätze vom 22.04.2022 (Bl. 118 d.A.) und vom 05.07.2022 (Bl. 137 ff. d.A.) nebst Anlagen Bezug genommen.

**31**

Die Streithelferin verweist darauf, dass die Skontierungsklauseln wirksam seien, insbesondere weil bei den Abschlagszahlungen ein Gleichlauf zwischen Zahlungs- und Fälligkeitsfrist einerseits und Skontofrist andererseits vorliege, die Klausel mithin weder intransparent sei noch unangemessen benachteilige. Zur Argumentation im Einzelnen wird Bezug genommen auf die Schriftsätze vom 04.11.2022 (Bl. 156 d.A.), 04.08.2023 (Bl. 320 ff.) und 23.11.2023.

**32**

Im Übrigen habe die Klägerin ausweislich der Anlage B 1.17 (Abrechnungsprotokoll) den dort ausdrücklich ausgewiesenen Skontoabzug und die Fristen ausdrücklich durch ihre Unterschrift anerkannt und in der Schlussrechnung die Skontierung angeboten.

**33**

Zum Sachvortrag im Übrigen wird ergänzend auf die Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Eine Beweisaufnahme erfolgte nicht.

**34**

Der Beklagtenvertreter hat am 07.07.2023 beantragt, die Kosten betreffend den zurückgenommenen Klageanteil der Klägerin aufzuerlegen und mitgeteilt, das Mandat niedergelegt zu haben.

## **Entscheidungsgründe**

**35**

Die zulässige Klage hat im aufrechterhaltenen Umfang Erfolg.

I.

**36**

Die Klage ist zulässig, insbesondere beim zuständigen Gericht (§ 29 ZPO, §§ 71 Abs. 1, 23 GVG) eingereicht worden.

II.

### 37

Die nach Teilklagerücknahme aufrechterhaltenen Klageanträge sind begründet. Der Anspruch auf Zahlung 67.429,71 € folgt in Höhe von 27.426,40 € aus § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B, in Höhe von 15.933,70 € aus § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B analog; in Höhe von 24.069,61 € beruht der Anspruch auf unberechtigten Skontoeinbehalten.

### 38

1. Die Klägerin hat Anspruch auf Preisanpassung wegen Mindermengen gem. § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B (2012) in Höhe von insgesamt 27.426,40 € brutto.

### 39

Dieser Betrag ergibt sich aus einer Forderung für den Bereich Baumeisterarbeiten in Höhe von 17.572,42 € netto, und für den Bereich Außenanlagen in Höhe von 6.435,28 € netto, mithin insgesamt 24.007,70 € netto, abzgl. des vereinbarten Nachlasses von 4 % und zzgl. Mehrwertsteuer.

### 40

a) Der Anspruch wird nicht durch die Klausel 3.2.1. des Vertrages (Verhandlungsprotokoll, K 1b) ausgeschlossen. Denn diese Klausel, die Bestandteil der unstreitig von der Beklagten gestellten formularmäßigen Vertragsbedingungen ist, ist gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB wegen unangemessener Benachteiligung des Auftragnehmers unwirksam, da sie nicht nur eine Preisanpassung gem. § 2 Abs. 3 VOB/B, sondern darüber hinaus auch eine Preisanpassung zugunsten des Auftragnehmers nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage ausschließt (vgl. BGH NJW-RR 2016, 29).

### 41

Der Verweis der Beklagten auf das Vorliegen einer Öffnungsklausel, die den vorliegenden Fall von der der Entscheidung des BGH zugrunde liegenden Konstellation unterscheidet, überzeugt nicht. Soweit nach dieser Öffnungsklausel Massenabweichungen zu Preisänderungen (allerdings dann) berechtigen sollen, soweit dies „ausdrücklich vereinbart ist“, bezieht sich dieser öffnende Vorbehalt – bereits dem Wortlaut nach und jedenfalls bei der anzuwendenden kundenfeindlichsten Auslegung (§ 305 c Abs. 2 BGB) – nur auf bereits bei Vertragsschluss erfolgte ausdrückliche Vereinbarungen. Dass und unter welchen Voraussetzungen ggf. eine solche Vereinbarung später möglich sein soll, insbesondere der Auftraggeber zu einer Preisanpassung verpflichtet sein soll, erschließt sich nicht, weshalb die Öffnungsklausel nicht dazu geeignet erscheint, die Reichweite der Klausel einzuschränken. Die hier zu beurteilende Klausel ist bei kundenfeindlichster Auslegung daher vergleichbar mit der einschränkenden Formulierung „grundsätzlich“ im Rahmen einer Festpreisklausel (vgl. dazu BGH NJW 2017, 2762): eine Auslegung der Klausel in Ziff. 3.2.1., nach der auch Ansprüche auf Vergütungsanpassung gem. § 313 BGB wegen Störung der Geschäftsgrundlage ausgeschlossen sein sollen, ist auch vorliegend nicht völlig fernliegend.

### 42

b) Entgegen der Auffassung der Beklagten steht dem Anspruch auf Preisanpassung wegen Mindermengen gem. § 2 Abs. 3 VOB/B durch eine Berechnung unter kalkulatorischer Fortschreibung der im Leistungsverzeichnis vereinbarten Preise die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (VII ZR 34/18) nicht entgegen. Denn diese Rechtsprechung, die sich auf den richtigen Maßstab zur Ermittlung für Mehrmengen bezieht (nämlich die tatsächlich erforderlichen, und nicht mehr die kalkulierten Kosten zzgl. angemessener Zuschläge), lässt sich auf die hier vorliegende Konstellation der Anpassung bei Mindermengen nicht übertragen. Denn im Fall der Mindermengen kann eine Bezugnahme auf die tatsächlichen Kosten den kalkulierten Gewinn nicht abbilden, wenn man dem Unternehmer den Erhalt des Vereinbarten zugestehen will (vgl. Buhmann, LMK 2019, 421929).

### 43

c) Die Höhe der nach Maßgabe des § 2 Abs. 3 VOB/B (2012) angepassten Einheitspreise und der sich daraus errechneten Mehrbeträge, wie im Anhang zur korrigierten Schlussrechnung in Anlage K 6 dargestellt, ist inhaltlich zutreffend.

### 44

Bei einer über 10 Prozent hinausgehenden Unterschreitung des Mengenansatzes ist auf Verlangen der Einheitspreis für die tatsächlich ausgeführte Menge der Leistung oder Teilleistung zu erhöhen, soweit der Auftragnehmer nicht (...) einen Ausgleich erhält. Der Sinn des § 2 Abs. 3 Abs. 3 VOB/B liegt darin, dem Auftragnehmer auch bei verringerter Menge insbesondere die kalkulatorischen Deckungsbeiträge gemäß

Vordersatzmenge zu erhalten. Auszugleichen ist die infolge der Mengenminderung entstandene Unterdeckung der Gemeinkosten und des Gewinns (vgl. OLG Brandenburg 4 U 80/18), ohne Wagnis, weil dieses sich nicht durch die verringerte Menge erhöht (vgl. Ingenstau/Korbion, 21. Aufl., § 2 Abs. 3 VOB/B Rn. 42).

#### 45

Die Klägerin hat ihre – anfänglich nur mit Verweis auf eine Berechnung durch ein einschlägiges Computerprogramm begründeten – Ansprüche nach den Vorgaben der VOB/B mathematisch hergeleitet, was exemplarisch anhand der Darstellung der Grundlagen und der darauf gestützten Berechnung im Schriftsatz vom 06.04.2022 (Bl. 113 f. d.A.) und einzelner Positionen aus den Ausdrucken im Anhang zur Schlussrechnung in Anlage K 6 auch nachvollzogen werden konnte. Auf den Schriftsatz und die entsprechenden Unterlagen in Anlage K 6 wird Bezug genommen. Nach ihrer Darlegung hat die Klägerin kalkuliert mit 6,0 % Baustellengemeinkosten, 10,5 % Allgemeine Geschäftskosten, 1,0 % Wagnis und 1,0 % Gewinn, mithin mit Zuschlägen in Höhe von 18,5 %. Letzteres ist aus der jeweiligen Urkalkulation für beide Gewerke (K 1 f U und K 1 g U) auch ersichtlich.

#### 46

Der ursprünglich kalkulierte Einheitspreis wurde für die Berechnung im Rahmen des § 2 Abs. 3 VOB/B folglich mit 118,5 % angesetzt. Für den Fall ausgeführter Mindermengen wurde der Anteil der Zuschläge am Einheitspreis ohne Wagnis, mithin in Höhe von 17,5 %, herausgerechnet. Dieser Anteil am Einheitspreis wurde sodann mit der relevanten (über 10 %igen) Mindermenge, d.h. der Differenz zwischen ausgeschriebener und ausgeführter Menge, multipliziert. Für den Fall von Mehrmengen über 10 %, die zur Ausgleichsberechnung als Abzugsposition ebenfalls zu berücksichtigen waren, wurde der Anteil der Zuschläge zum Einheitspreis ohne Wagnis und Gewinn, mithin in Höhe von 16,5 %, ermittelt. Dieser Betrag, der hinsichtlich der relevanten Mehrmenge eine Überdeckung bei den Gemeinkosten darstellt, wurde mit der ausgeführten Mehrmenge multipliziert und sodann als Abzugsposition in die Ausgleichsberechnung eingestellt.

#### 47

Substantielle Einwände hat die Beklagte hiergegen, auch nach entsprechendem Hinweis der Kammer im Beschluss vom 07.11.2022 (S. 3 Pkt. 2.a] a.E., Bl. 161 d.A.) nicht erhoben. Auch die von der Klägerin als Anlage K 1 f U bzw. K 1 g U vorgelegte Urkalkulation blieb lediglich pauschal und damit unbeachtlich bestritten (insoweit ebenfalls trotz Hinweises im vorgenannten Beschluss Pkt. 2.b), so dass die von der Klägerin angesetzten Anteile für die Baustellengemeinkosten, Allgemeinen Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn der Berechnung zugrunde zu legen waren.

#### 48

d) Die auf dem dargestellten Rechenweg ermittelten Mehr- und Minderbeträge aus Unter- und Überdeckung bei den einzelnen Positionen mit Mengenänderungen über 10 % ergeben per Saldo die oben (Ziff. 1, über lit. a) genannten Beträge. Soweit in die Berechnung auch sog. „Nullmengen“ eingeflossen sind, z.B. bei Ziffer 2.2.1.2., 2.2.1.3., 2.2.1.4 im Gewerk „Baumeister“, ändert dies nichts an der vorgenommenen Berechnung, weil sich der Anspruch insofern, jedenfalls bei einer vom Regelungsgehalt dieser Klausel erfassten Äquivalenzstörung, aus der entsprechenden Anwendung des § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B ergibt (vgl. BGH VII ZR 19/11). Dass ein solcher Fall der von § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B erfassten Äquivalenzstörung – über die Positionen 1.1.1.1, 1.2.1.1, 1.3.1.1, 1.3.2.1 aus dem Gewerk „Außenanlagen“ hinaus – nicht vorläge, hat die Beklagte nicht behauptet.

#### 49

e) Für die Positionen 1.1.1.1, 1.2.1.1, 1.3.1.1, 1.3.2.1 im Bereich „Außenanlagen“ ergibt sich der Anspruch hingegen nicht aus § 2 Abs. 3 VOB/B. Denn insoweit beruht die Mengenabweichung unstreitig auf einer vertraglichen Änderung des Bausolls, worauf die Vorschrift jedoch nicht anwendbar ist (vgl. Jansen, Beck'scher VOB-Kommentar Teil B, 3. Aufl. 2013, § 2 Abs. 3 VOB/B Rn. 14).

#### 50

2. Hinsichtlich der nicht zur Ausführung gekommenen Positionen 1.1.1.1, 1.2.1.1, 1.3.1.1, 1.3.2.1 im Gewerk Außenarbeiten ergibt sich der Anspruch auf Zahlung von insgesamt 15.933,70 € brutto (= 13.947,57 € netto abzgl. 4 % Nachlass zzgl. 19 % Mehrwertsteuer) jedoch aus § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B (2012) (analog).

#### 51

a) Der Einwand der Beklagten, dass die genannten Positionen nicht zur Ausführung gekommen seien, weil insoweit eine einvernehmliche Herausnahme aus dem Vertragsumfang erfolgt sei, konnte als wahr unterstellt werden. Soweit sich hingegen aus dem korrigierten Aufmaß und der Schlussrechnung dennoch ausgeführte Mengen ergeben, wirkt sich dies im Rahmen der Preisanpassungsberechnung jedenfalls nicht nachteilig für die Beklagte aus. Die Klägerin hat auch im Falle der Teilkündigung Anspruch auf die geltend gemachten Vergütungsbestandteile in Höhe von 566,61 € netto für Pos. 1.1.1.1, 323,96 € für Pos. 1.2.1.1, 687,42 € für 1.3.1.1 und 12.369,58 € für Pos. 1.3.2.1:

## **52**

Im Falle einer einvernehmlichen Vertragsbeendigung richtet sich die vom Auftragnehmer zu beanspruchende Vergütung nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B, sofern sich die Parteien nicht anderweitig geeinigt haben (vgl. BGH VII 82/17, IBR 2018, 371). Gem. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B hat der Auftragnehmer Anspruch auf die vereinbarte Vergütung unter Anrechnung dessen, was er infolge der teilweisen Aufhebung des Vertrages an Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung der Arbeitskraft und des Betriebs erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.

## **53**

b) Dementsprechend macht die Klägerin mit ihrer Berechnung der angepassten Einheitspreise Baustellengemeinkosten, allgemeine Geschäftskosten und Gewinn geltend, mithin Vergütungsbestandteile, die nicht erspart werden können und ihr unabhängig von anderweitigem Erwerb zustünden (vgl. BGH IBR 2018, 371). Der Vortrag der Klägerin zur Unterdeckung im Bereich Baustellengemeinkosten, Allgemeine Geschäftskosten und Gewinn infolge der einvernehmlichen Nichtausführung von ursprünglich vorgesehen Positionen (Schriftsatz vom 06.04.2023, Bl. 215 f. d.A.), steht im Einklang mit der zitierten Rechtsprechung des BGH und ist von der Beklagten auch nicht angegriffen worden.

## **54**

3. Die Klägerin hat Anspruch auf Zahlung weiterer 24.069,61 € weil die Skontoeinbehalte aus den Abschlagsrechnungen und der im Übrigen nach Prüfung unstreitigen Schlussrechnung unberechtigt erfolgten.

## **55**

a) Die Einbehalte auf die Abschlagsrechnungen – insgesamt i.H.v. 22.421,42 € (s. S. 2 des Schriftsatzes vom 30.08.2022, Bl. 152 d.A. und S. 6 des Schriftsatzes vom 29.12.2022, Bl. 184 d.A.) – erfolgten ohne vertragliche Grundlage.

## **56**

aa) Soweit die Beklagte geltend gemacht hat, dass die Klägerin selbst auf ihrer Rechnung einen Skontoabzug bei Zahlung innerhalb 14 Tagen angeboten habe, rechtfertigt das die vorgenommenen Einbehalte nicht. Denn nach ihrem eigenen Vortrag (s. die Daten im Schriftsatz vom 05.07.2022, Bl. 138 d.A.) erfolgte keine der Abschlagszahlungen der Beklagten binnen 14 Tagen nach Rechnungseingang.

## **57**

bb) Die Beklagte kann sich auch nicht auf die Einhaltung der Skontofrist gem. Ziff. 12.2.2. des Verhandlungsprotokolls (K 1b) berufen, wonach sie zum Skontoeinbehalt berechtigt ist, wenn sie binnen 21 nach Zugang der Rechnung zahlt (7 Tage Prüffrist, 14 Tage Zahlungsfrist).

## **58**

(1) Zwar gingen alle Abschlagszahlungen mit Ausnahme derjenigen auf die 7. Abschlagsrechnung binnen 21 Tagen bei der Klägerin ein. Die 1. Abschlagszahlung auf die am 09.06.2016 zugegangene 1. Abschlagsrechnung wurde ausweislich Anlage B 3 bereits am 27.06.2016 überwiesen. Soweit die Klägerin insoweit die Überweisung erst am 08.07.2016 behauptet, handelte es sich hierbei um eine versehentliche (zweite) Überweisung auf dieselbe Rechnung, die am 12.07.2016 rückgebucht wurde (B 3).

## **59**

(2) Hierauf kommt es im Ergebnis jedoch nicht an, weil die Klausel in Ziff. 12.2.2 des Verhandlungsprotokolls wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist.

## **60**

Dies folgt daraus, dass sich aus einem Summierungseffekt, also der Kombination einer zulässigen, aber nicht unbedenklichen Bestimmung mit einer unwirksamen, oder aus anderen Wertungsgesichtspunkten die Gesamtnunwirksamkeit einer Klausel ergeben kann (Grüneberg, 82. Aufl., § 307 Rn. 13 m.w.N.).

#### **61**

Das Gericht folgt insoweit der Einschätzung der Klägerin, dass hier mehrere bedenkliche Klauseln zu Lasten der Klägerin summiert wurden:

#### **62**

(a) Der Kerngehalt einer Skontovereinbarung besteht regelmäßig darin, dass dem Schuldner des Zahlungsanspruchs für vorzeitige Zahlungen, d.h. also für Zahlungen vor Eintritt der Fälligkeit der Zahlungsverpflichtung ein Bonus dergestalt gewährt wird, dass er bei vorzeitiger Zahlung mit einem Abschlag von der Zahlungsverpflichtung rechnen kann (LG München I, BeckRS 2011, 12118; BeckOK VOB/B 31.7.2021 § 16 Abs. 5 VOB/B Rn. 8, Messerschmidt/Voit, 2020 § 16 VOB/B Rn. 438 m.w.N.). Wirtschaftlich gesehen handelt es sich um den Preis für die Kreditnutzung oder Vorfinanzierung (OLG Frankfurt NJW-RR 1988, 1485 m.w.N.). Richtigerweise soll das Skonto eine Vergütung für eine rasche Liquiditätszuführung durch den Auftraggeber und damit eine überobligatorische Leistung sein; von daher ist eine Skontovereinbarung nur dann sinnvoll, wenn sie eine Frist vorsieht, die kleiner als die Zahlungsfrist ist (Pauly, NZBau 2013, 198 m.w.N.) Besondere Verdienste des Bestellers sind jedenfalls dann nicht ersichtlich, wenn die Skontofrist ab – oder gar: nach – Fälligkeit der Forderung läuft. § 271 Abs. 1 BGB verpflichtet zur sofortigen Leistung; wenn sich aus einer Vereinbarung oder den Umständen ergibt, dass erst nach Eintritt weiterer Voraussetzungen geleistet zu werden braucht, ist dann sofort zu leisten, wenn diese Voraussetzungen gegeben sind. Damit erfüllt der Besteller nur seine gesetzliche Pflicht, wenn er bei Fälligkeit zahlt. Eine besondere Belohnung ist das nicht wert – schon gar nicht eine selbst ausgesetzte (Peters, NZBau 2009, 584).

#### **63**

(aa) Unbehelflich ist vor diesem Hintergrund zunächst der Einwand, dass nach Ziff. 12.2.2. das Ende der 21 tägigen Skontofrist – abweichend von der Konstellation des LG München I (vom 11.08.2006 – 18 O 22392/04, a.a.O.) – zeitlich mit dem Beginn der Fälligkeit zusammenfallen soll, weil § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B (2012) die Fälligkeit der Abschlagszahlungen erst 21 Tage nach Zugang der Aufstellung eintreten lässt.

#### **64**

Dem steht entgegen, dass auch § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B im Falle einer isolierten Inhaltskontrolle – die auch vorliegend wegen der Abweichungen des vertraglichen Regelwerkes von den Vorschriften der VOB/B durchzuführen ist – gem. § 310 Abs. 1 S. 3 BGB i.V.m. §§ 307 ff. BGB Bedenken begegnet, falls es sich – wie hier – um den Auftraggeber als Verwender handelt: „Die in § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B enthaltene Frist für den Eintritt der Fälligkeit erscheint zu lang. Sowohl nach der gesetzlichen Regelung in § 632 a Abs. 1 S. 5 BGB als auch nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 VOB/B sind die abgerechneten Leistungen durch eine prüfbare Aufstellung, die eine rasche und sichere Beurteilung ermöglichen, nachzuweisen. Genügt eine Abschlagsrechnung diesen Anforderungen, ist nicht ersichtlich, weshalb die Fälligkeit dann erst nach einer fixen Frist von 21 Tagen eintreten soll. Das widerspricht dem erklärten Willen des Gesetzgebers, dass Zahlungen möglichst rasch erfolgen sollen“ (Sienz in Ingenstau/Korbion, 21. Aufl., Anh. 3 Rn. 97).

#### **65**

(bb) Hinzu kommt vorliegend, dass nach der vertraglichen Regelung in Ziff. 12.2.2. abweichend von § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B die Fälligkeit der Abschlagsrechnungen sogar erst insgesamt 37 Tage nach Eingang der Rechnung eintreten soll (7 Tage Prüffrist zzgl. 30 Tage Zahlungsfrist). Diese Regelung unterliegt dem Klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit gem. § 308 Nr. 1 a BGB (zur Anwendbarkeit auf Abschlagszahlungen vgl. beckOGK § 308 Nr. 1a BGB 1.2.2021 Rn. 41), wonach eine Bestimmung unwirksam ist, durch die sich der Verwender eine unangemessen lange Zeit für die Erfüllung einer Entgeltforderung des Vertragspartners vorbehält, was im Zweifel bei einer Frist von mehr als 30 Tagen ab Zugang einer Rechnung bzw. Zahlungsaufstellung der Fall sein soll.

#### **66**

Zumindest werden § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B entgegen stehende Vereinbarungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen, wie etwa die Verlängerung der Zahlungsfrist auf einen Monat, wegen unangemessener Benachteiligung aufgrund des damit u.U. existenzbedrohenden Zahlungsaufschubs für

unwirksam (OLG München NJW-RR 1989, 276), zumindest für aber problematisch erachtet (Kleine/Möller/Merl/Glückner, 6. Aufl., § 22 Rn. 170, BeckOGK, § 308 Nr. 1b Rn. 46 m.w.N.).

#### 67

Selbst wenn man aber vor dem Hintergrund des § 307 Abs. 1 BGB nach § 286 Abs. 3 BGB es nicht für unangemessen erachtet, die Prüfungs- und damit die Zahlungsfrist auf insgesamt 30 Tage zu verlängern (Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar Teil A/B, 7 Aufl. 2020 Rn. 241), geht die vorliegende Regelung darüber hinaus, da sie insgesamt eine Zahlungsfrist von 37 Tagen erlaubt.

#### 68

Besondere Gründe, aus denen sich die Angemessenheit ergibt, sind nicht dargelegt, was bei einem Verstoß gegen § 308 Nr. 1 a BGB dazu führt, dass die unwirksame Klausel durch dispositives Recht ersetzt wird (§ 306 Abs. 2 BGB) (vgl. Christiansen, ZfBR 2015, 211), mithin würde sich die Fälligkeit nach den Voraussetzungen des § 632 a BGB bestimmen.

#### 69

(b) Zu Recht hat die Klägerin darauf hingewiesen, dass bei der Würdigung bzw. bei der Beurteilung, ob eine unangemessenen Benachteiligung vorliegt, zu berücksichtigen ist, dass Ziff. 12.1 des Verhandlungsprotokolls die Möglichkeit Abschlagsrechnungen zu stellen auf „einmal monatlich“ beschränkt. Dies widerspricht dem gesetzlichen Leitbild des § 632 a Abs. 1 S. 1 BGB, wonach Abschlagsrechnungen entsprechend dem jeweiligen Wertzuwachs beim Besteller gestellt werden können.

#### 70

Auch zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses 2016 galt § 632 a BGB a.F. für Abschlagszahlungen, der ebenfalls an den Wertzuwachs anknüpfte (vgl. Palandt, 76. Aufl. 2017 § 632 a BGB Rn. 6). Die gesetzgeberische Intention des mit dem Forderungssicherungsgesetz mit Wirkung vom 01.01.2009 neu gefassten (und damit zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden) § 632 a BGB a.F. war u.a., die finanzielle Situation der Unternehmen durch eine erleichterte Möglichkeit zur Einforderung von Abschlagszahlungen zu verbessern (vgl. Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, BGB § 632 a Rn. 4).

#### 71

Der Verweis der Streithelferin auf die ebenfalls bestehende Beschränkung der zu verlangenden Raten nach MaBV verfährt deshalb nicht, weil dabei übersehen wird, dass beim herkömmlichen Bauträgervertrag der Bauträger auf eigenem Grund und Boden baut und sich für etwas bezahlen lässt, was ihm gehört (Grundstück) bzw. ihm gemäß § 946 BGB zu Eigentum wächst (Bausubstanz). Der Verbraucher-Besteller zahlt in dieser Konstellation mithin für etwas, ohne dafür sofort eine Gegenleistung zu erhalten, weshalb es sich insoweit um ratenweise Vorauszahlungen handelt (vgl. Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Auflage 2022 Teil E Rn. 71).

#### 72

Auch Zahlungspläne i.S.d. § 16 Abs. 1 VOB/B (2012) haben bei formularmäßiger Vorgabe durch den Auftraggeber zu beachten, dass § 632 a BGB zumindest eine gewisse Leitfunktion zukommt und der Ausgleichsanspruch des vorleistungspflichtigen Werkunternehmers nicht durch zu lange Zahlungsintervalle unangemessen beschränkt werden kann (Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 4. Auflage 2016, § 16 Rn. 12 m.w.N.), v.a. dann, wenn die Zahlungspläne nicht so aufgestellt werden, dass die Abschlagszahlungen dem Wert der erbrachten Leistungen des Auftragnehmers entsprechen (s. Beck'scher Online-Kommentar VOB/B, Preussner/Kandel/Jansen, 25. Edition, Stand: 01.10.2016, § 16 Rn. 41 f.).

#### 73

Die hier formularvertraglich vorgenommene Kombination der Beschränkung auf monatlich nur eine Abschlagsrechnung mit der Fälligkeitsregelung von 37 Tagen führt vor diesem Hintergrund zu einer unangemessenen Benachteiligung des Auftragnehmers, weil die dem Auftragnehmer zufließende Liquidität zeitlich weitgehend vom Wertzuwachs abgekoppelt wird.

#### 74

(c) Schließlich liegt mit § 9.5 der zusätzlichen Vertragsbedingungen (Anlage K 1 c) eine weitere benachteiligende Regelung im Komplex der Abschlagszahlungen vor: Die Vorschrift bestimmt, dass der Auftragnehmer im Falle vertragsgemäßer Leistungserbringung und Stellung einer

Vertragserfüllungssicherheit Abschlagszahlungen „bis zu einer Höhe von 95 % des geprüften Bruttowertes“ erhält.

#### **75**

Klauseln, in denen dem Besteller die Befugnis eingeräumt wird, lediglich 90 oder 95 % der aus der Abschlagsrechnung geschuldeten Vergütung zu bezahlen, sind bedenklich, weil § 632 a BGB in engen Grenzen Leitbildfunktion mit der Folge zukommt, dass sich die Unwirksamkeit derartiger Klauseln aus § 307 Abs. 1 BGB ergeben kann, da die gesetzliche Abschlagsbestimmung unter den genannten Voraussetzungen von der Verpflichtung zur 100 %igen Erfüllung begründeter Abschlagsforderungen ausgeht (vgl. Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Auflage 2012, Rn. 60).

#### **76**

Unwirksam sind Klauseln, bei denen der vertraglich zulässige Sicherheitseinbehalt mit weiteren prozentualen Abschlägen aus der Abschlagsforderung kumuliert wird. Dies gilt bei Vertragsklauseln, mit denen der Unternehmer verpflichtet wird, eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10 % der Auftragssumme zu stellen und gleichzeitig in dem Vertrag bestimmt ist, dass die sich aus den geprüften Abschlagsrechnungen ergebenden Werklohnforderungen des Unternehmers nur zu 90 % bezahlt werden sollen (Messerschmidt/Voit, a.a.O. mit Verweis auf BGH NZBau 2011, 229 = BauR 2011, 677 und w.N.).

#### **77**

Eine entsprechende Kombination liegt im streitgegenständlichen Vertragswerk ebenfalls vor: Gem. § 11.1 der zusätzlichen Vertragsbedingung (Anlage K 1c) hat der Auftragnehmer eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10 % der Bruttoauftragssumme zu leisten.

#### **78**

Die Kumulation von benachteiligenden Regelungen im Zusammenhang mit Abschlagszahlungen führt dazu, dass die Skontoklausel im Ergebnis wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam ist.

#### **79**

(3) Wegen der dargestellten Benachteiligung im Regelungskomplex der Abschlagszahlungen einschließlich Skontierung durch mehrere bedenkliche Klauseln kommt es nicht darauf an, ob sich die Klausel zur Skontofrist, wie die Klägerin meint, darüber hinaus als intransparent erweist, weil etwa der Wortlaut „nach Abschluss der Prüffrist“ so auszulegen sei, dass entweder der „Abschluss der Prüfung“ oder aber der „Ablauf der Prüffrist“ gemeint sein könnte.

#### **80**

cc) Ein „Anerkenntnis“ der unwirksamen Skontoregelung bzw. eine individualvertragliche Vereinbarung der Skontofrist von 21 Tagen ist entgegen der in der mündlichen Verhandlung geäußerten Ansicht der Streithelferin im Abrechnungsprotokoll zur 1. Abschlagsrechnung (Anlage B 1.17) nicht zu sehen.

#### **81**

(1) Abgesehen davon, dass eine Unterschrift des Auftragnehmers im Feld „Mit der Abrechnungssumme einverstanden“ lediglich auf der „1. Teilrechnung“ zu finden ist, nicht aber auf den weiteren Abschlagsrechnungen oder der Schlussrechnung, und sich der Erklärungsgehalt daher gegenständlich auf diese Teilrechnung beschränken würde, kommt eine Auslegung dergestalt, dass damit auch eine unwirksame Skontovereinbarung gebilligt werden sollte, nicht in Betracht.

#### **82**

(2) Bei der gebotenen Auslegung nach objektivem Empfängerhorizont (§ 133 BGB) kommt es darauf an, wie der Erklärungsempfänger die Erklärung nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte aufgrund der ihm erkennbaren Umstände bei Anwendung der zumutbaren Sorgfalt verstehen musste (Grüneberg, 82, Aufl. § 133 BGB Rn. 9).

#### **83**

Nach dem Wortlaut „Mit der Abrechnungssumme einverstanden“ bezieht sich die Erklärung allenfalls auf das Rechenwerk im Abrechnungsprotokoll, an dessen Ende sowohl der Betrag „Überw. Summe inkl. MwSt. abzgl. Skonto“ als auch der Betrag „Überw. Summe inkl. MwSt. ohne Skonto“ ausgewiesen sind. Einen Erklärungsgehalt dahingehend, dass ein Einverständnis auch hinsichtlich der Zahlungsfristen erteilt werden sollte, lässt sich dem Wortlaut nicht entnehmen, denn die „Abrechnungssumme“ mit und ohne Skonto enthält noch keine Aussage darüber, unter welcher Bedingung Skonto gewährt wird.

**84**

Hinzu kommt, dass sich dem Abrechnungsprotokoll selbst auch keine eindeutige Regelung der Skontierungsfrist entnehmen lässt. Denn oben rechts auf dem Formular sind untereinander folgende Fristen aufgelistet: Prüffrist: 7 Tage; Zahlungsziel: 30 Tage; Skonto: 14 Tage. Dass die für die Skontoberechtigung maßgebliche 14tägige Frist erst nach Ablauf der Prüffrist beginnen (und damit 21 Tage ab Rechnungszugang betragen) soll, lässt sich dem gerade nicht entnehmen, so dass das darunter – und rechts neben der Überweisungssumme – ausgewiesene Datum für die Zahlung mit Skonto (i. Erg. 21 Tage nach Rechnungseingang) jedenfalls in Widerspruch zu den vorgenannten Fristen steht. Selbst wenn man der für die Klägerin geleisteten Unterschrift also überhaupt einen Erklärungsgehalt bezogen auf die Skontofrist entnehmen wollte, wäre keinesfalls eindeutig ersichtlich, dass hier die 21tägige Frist maßgeblich sein sollte.

**85**

Zudem ist das Abrechnungsprotokoll vom 09.06.2016 vor dem Hintergrund der Abschlagsrechnung vom 08.06.2016 zu sehen, auf der seitens der Klägerin ausdrücklich das Skonto bei Zahlung innerhalb von 14 Tagen angeboten wurde. Es sind keine Anhaltspunkte und kein Grund dafür ersichtlich, dass bzw. warum die Klägerin mit der Unterschrift unter dem Abrechnungsprotokoll nunmehr verbindlich die gegenüber ihrer Rechnung deutlich ungünstigere Skontofrist von 21 Tagen vereinbaren wollte.

**86**

Schließlich haben Abschlagszahlungen ohnehin nur vorläufigen Charakter, weshalb auch aus diesem Grund die Reichweite der mit der Unterschrift verbundenen Erklärung sich nach objektivem Empfängerhorizont und der Verkehrsanschauung nicht auf die endgültige Abrechnungssumme beziehen kann.

**87**

cc) Nach alledem sind die Einbehalte bei den Abschlagszahlungen in Höhe von 1.766,82 € auf die 1., 4.274,93 € auf die 2., 4.803,16 € auf die 3., 2.626,63 € auf die 4., 1.441,01 € auf die 5., 3.355,17 € auf die 6. und 4.153,70 € auf die 7. Abschlagsrechnung unberechtigt erfolgt, so dass der einbehaltene Betrag in Höhe von insgesamt 22.421,42 € der Klägerin zusteht.

**88**

b) Der Einbehalt von 2.021,73 € auf die Schlussrechnung erfolgte ebenfalls ohne wirksame vertragliche Grundlage und ist von der Beklagten zu zahlen.

**89**

aa) Die Beklagte kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die Klägerin selbst auf ihrer Rechnung 3 % Skonto „bei Zahlung innerhalb 14 Tagen“ angeboten hat (s. Anlage K 3). Denn nach eigenem Vortrag der Beklagten erfolgte die Zahlung auf die am 01.06.2017 bei ihr eingegangenen Schlussrechnung erst am 05.07.2017 (Schriftsatz vom 05.07.2022 S. 2, Anlage B 3), und damit nicht innerhalb von 14 Tagen.

**90**

bb) Auf Ziff. 12.2.3. des Verhandlungsprotokolls kann die Beklagte den Einbehalt ebenfalls nicht stützen. Nach ihr beträgt die Skontofrist 14 Tage, beginnend mit dem „Abschluss der Prüffrist“. Die Prüffrist beträgt 21 Tage, Fälligkeit soll erst nach weiteren 30 Tagen eintreten. Diese Klausel verstößt gegen §§ 307, 308 Nr. 1a BGB.

**91**

(1) Mit der vorliegenden Klausel wird zwar auf den ersten Blick der Kerngehalt einer Skontovereinbarung gewahrt, der darin liegt, dem Schuldner des Zahlungsanspruchs für vorzeitige Zahlungen, d.h. also für Zahlungen vor Eintritt der Fälligkeit einen Bonus in Form eines Abschlags von der Zahlungsverpflichtung zu gewähren (vgl. LG München I, Az. 18 O 22392/04, BeckRS 2011, 12118, in diesem Sinne auch Messerschmid/Voit, 4 Aufl., Teil K, Rn. 41 und oben Pkt. a) (2) (a)).

**92**

(2) Dementsprechend soll mit der streitgegenständlichen Klausel die Skontovergünstigung eintreten, wenn vor Eintritt der vertraglich vereinbarten Fälligkeit gezahlt wird. Die Unwirksamkeit dieser Regelung ergibt sich jedoch daraus, dass bereits die formularmäßige Fälligkeitsregelung, die zu einer Fälligkeit der Schlussrechnung erst nach 51 Tagen führen soll, wegen Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung (§ 641 Abs. 1 BGB: Fälligkeit bei Abnahme) ihrerseits bereits unwirksam ist, §§ 307

Abs. 2 Nr. 1 BGB, 308 Nr. 1 a BGB (so im Erg. auch Ingenstau/Korbion, 21. Aufl., Anhang 3 Rn. 98 m.w.N. für die Fälligkeitsregelung des § 16 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 VOB/B, die bei isolierter Inhaltskontrolle trotz ihrer Maximalfrist von 30 bzw. 60 Tagen mangels Abhängigkeit der Fälligkeit von der objektiv erforderlichen Dauer der Prüfung der Schlussrechnung bei isolierter Inhaltskontrolle für unwirksam erachtet wird).

#### 93

Mit Hinweis auf den Sinn und Zweck der Skontogewährung, den Auftraggeber dafür zu belohnen, dass er durch Zahlung vor Fälligkeit das Vorfinanzierungsrisiko des Auftragnehmers abmildert, wird deshalb teilweise sogar eine wirksame Koppelung der Skontogewährung an die Zahlungsfristen des § 16 VOB/B nur in AGB des Auftragnehmers in Betracht gezogen (vgl. Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. Rn. 22 Teil K. Rn. 41 mit Verweis auf Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann VOB/B § 2 Rn. 12).

#### 94

cc) Ziff. 12.2.3. des Verhandlungsprotokolls enthält zudem eine überraschende Klausel gem. § 305 c BGB Abs. 1 BGB, da sie eine Skontierung auch dann noch zuließe, wenn die Forderung nach Maßgabe des gem. § 16 Abs. 3 VOB/B (2012) fällig geworden und gem. § 16 Abs. 5 Ziff. 3 S. 3 VOB/B (2012) Verzug eingetreten ist (30 Tage nach Zugang der Rechnung) (vgl. auch Kandel in Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B § 16 Abs. 5 VOB/B Rn. 35).

#### 95

c) Von den auf die Abschlagsrechnungen und die Schlussrechnung einbehaltenen Beträgen in Höhe von insgesamt 24.443,15 € fließt entsprechend der Berechnung in der Klageschrift S. 4, auf die im Schriftsatz vom 04.07.2023 auf S. 2 (Bl. 306) Bezug genommen wurde, nur der Betrag in Höhe von 24.069,61 € ein.

#### 96

4. Die Klägerin hat auch Anspruch auf Zahlung der durch die außergerichtliche Geltendmachung des zu Unrecht einbehaltenen Gewährleistungseinbehalts entstandenen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.652 € (1,5fache Gebühr gem. § 13 RVG Nrn. 2300, 7002 VV RVG) gem. §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 3 BGB.

#### 97

a) Auf die am 01.06.2017 zugegangene und am 27.06.2017 geprüfte Schlussrechnung (K 4), nahm die Beklagte einen Gewährleistungseinbehalt („Hafrücklass“) in Höhe von 42.882,69 € vor, das entspricht 5 % der geprüften Schlussrechnungssumme.

#### 98

Die dem Einbehalt zugrunde liegende Vertragsbestimmung gem. Ziff. 11.2 des Verhandlungsprotokolls ist jedoch gem. § 307 Abs. 1 BGB unwirksam:

#### 99

Nach der Rechtsprechung des BGH ist eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bauvertrags, wonach – wie im vorliegenden Fall – der Besteller 5 % der Auftragssumme bis zum Ablauf der Gewährleistungsfrist als Sicherheit einbehalten darf, und dieser Einbehalt ausschließlich durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern abgelöst werden kann, wegen unangemessener Benachteiligung des anderen Teils unwirksam (Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Komm. 7. Aufl. § 17 VOB/B Rn. 171 m.w.N.), weil das ihm gewährte Ablösungsrecht keinen angemessenen Ausgleich für die mit dem Sicherheitseinbehalt verbundenen besonderen Vorteile darstellt (vgl. BGH NZBau 2001, 311 mit Verweis auf BGH NJW 1997, 2598 und BGH, NZBau 2000, 285; vgl. auch BGH BauR 2002, 1239).

#### 100

Hinzu kommt vorliegend, dass der Gewährleistungseinbehalt, der nur durch die Bürgschaft auf erstes Anfordern abgelöst werden kann, auch nicht auf ein Sperrkonto einzuzahlen ist (vgl. BGH NJW 1997, 2598).

#### 101

b) Mit Schriftsatz ihrer Prozessbevollmächtigten vom 30.01.2018 (K 12) ließ die Klägerin die Beklagte unter Hinweis auf die Rechtslage zur Auszahlung des Gewährleistungseinbehalts auffordern. Gem. § 16 Abs. 5 Ziff. 3 S. 3 VOB/B (2012) bzw. § 286 Abs. 3 BGB (wegen Verstoßes von Ziff. 12.2.3 des Verhandlungsprotokolls gegen § 308 Nr. 1 a BGB) war die Beklagte bereits seit dem 01.07.2017 mit der vollständigen Zahlung der Rechnung in Verzug. Die Einschaltung eines Rechtsanwalts war zur Prüfung der streitgegenständlichen Klausel auch erforderlich, zumal die Klägerin bereits eine selbstschuldnerische Bürgschaft gestellt hatte, die von der Beklagten zurückgewiesen worden war (vgl. K 12 S. 2).

## 102

5. Verzugszinsen waren gem. § 288 Abs. 2 BGB wie beantragt zuzusprechen Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz vom 01.07.2017 bis 14.02.2018 aus 110.312,40 € und nach Zahlung des Gewährleistungseinbehalts noch aus 67.429,71 € sowie aus 1.652 € seit 16.02.2018.

## 103

a) Die Schlussrechnung vom 24.05.2017 (K 3) ging ausweislich des Abrechnungsprotokolls zur Schlussrechnung (K 4) am 01.06.2017 bei der Beklagten ein. Verzug trat damit hinsichtlich einer Forderungshöhe von 110.312,40 € (= erfolgreich eingeklagter Betrag i.H.v. 67.429,71 € + 42.882,69 € Gewährleistungseinbehalt) gem. § 16 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B bzw. gem. § 286 Abs. 3 BGB am 01.07.2017 ein.

## 104

Nach Auszahlung des Gewährleistungseinbehalts am 15.2.2018 reduzierte sich die zu verzinsende Forderung auf den (nach Teilklagerücknahme verbliebenen) Klagebetrag.

## 105

b) Hinsichtlich der Rechtsanwaltskosten enthielt die im Schriftsatz vom 30.01.2018 enthaltene Zahlungsaufforderung bis 15.02.2018 eine Androhung gerichtlicher Schritte für den Fall des erfolglosen Fristablaufs und damit zugleich eine Mahnung.

III.

## 106

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1, 269 Abs. 3, 4, 101 ZPO.

## 107

1. Aufgrund der Teil-Klagerücknahme in Höhe von 38.265,27 € und des Obsiegens der Klägerin mit dem verbliebenen Teil war eine Kostenquote gemessen am Streitwert von 105.694,98 € zu bilden, woraus sich der Anteil der Klägerin an den Verfahrenskosten von 36 % und der Beklagten von 64 % ergab.

## 108

2. Die Klägerin hat auch 36 % der Kosten der Streithelferin zu tragen, § 101 Abs. 1 ZPO.

## 109

Eine abweichende Entscheidung unter dem Aspekt eines etwaigen Teil-Beitritts der Streithelferin, also des Beitritts nur bezüglich eines Teils des Streitgegenstands, mit der Folge, dass sich die Verteilung der Kostenlast nach dem Schicksal nur dieses Teils bestimmt (vgl. Kniffka/u.a., Kompendium des Baurechts 5. Auflage 2020, Teil 18 Rn. 57 m.N.), ist vorliegend nicht geboten.

## 110

Denn der Beitritt der Streithelferin erfolgte ausweislich der Erklärung im Schriftsatz ihrer Prozessbevollmächtigten vom 23.06.2022 inhaltlich unbeschränkt.

## 111

Zwar kann die Auslegung auch ohne ausdrückliche Beschränkung der Beitrittserklärung ergeben, dass sich der Beitritt nur auf diejenigen Rückgriffsansprüche beziehen sollte, denen sich der Streithelfer nach dem Inhalt der Streitverkündung und dem zugrundeliegenden Prozessstoff im Falle des Unterliegens der Partei ausgesetzt sieht (Kniffka/Koebler a.a.O. Rn. 45 m. Verweis auf OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 443).

## 112

Der Inhalt der Streitverkündungsschrift, insbesondere deren Ziffern 2 und 3 (Bl. 125 d.A.), wonach explizit nur etwaige Rückgriffsansprüche im Zusammenhang mit den Skontierungsklauseln erwähnt wurden, mag zunächst auf einen insoweit beschränkten Beitritt hindeuten.

## 113

Gegen einen inhaltlich beschränkten Beitritt spricht jedoch die Tatsache, dass die Streithelferin sich über diesen Themenkomplex hinaus am Rechtsstreit beteiligt hat, insbesondere auch Stellung genommen hat zu den ursprünglich rechtshängigen Nachtragspositionen (Schriftsatz vom 26.06.2023, Bl. 284 ff.), und damit die Beklagte auch in Bezug auf den Streitgegenstand des zurückgenommenen Teils der Klage unterstützt hat. Schließlich hat die Streithelferin durch – unbeschränkte – Antragstellung ihrer Prozessbevollmächtigten im Termin die Säumnis der unterstützten Partei abgewendet.

**114**

Ein rechtliches Interesse an einer unbeschränkten, über den Gegenstand der Streitverkündung hinausreichenden Nebenintervention (§ 66 Abs. 1 ZPO) ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass die Streitverkündete mit der Projektsteuerung und der Bauleitung für das streitgegenständliche Vorhaben beauftragt war und der Ausgang des Rechtsstreits voreiflich in Bezug auf etwaige sonstige befürchtete Regressansprüche ist.

IV.

**115**

Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 S. 1, 2 ZPO.