



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VII ZR 176/20

Verkündet am:  
5. Mai 2022  
Kirschler,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 305c Abs. 2

Zur Auslegung des Begriffs "Abrechnungssumme" in einer vom Besteller gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingung, mit der eine Vertragsstrafe vereinbart wird.

BGH, Urteil vom 5. Mai 2022 - VII ZR 176/20 - OLG Zweibrücken  
LG Frankenthal

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat gemäß § 128 Abs. 2 ZPO im schriftlichen Verfahren, in dem Schriftsätze bis zum 18. März 2022 eingereicht werden konnten, durch den Vorsitzenden Richter Pamp, die Richter Halfmeier, Dr. Kartzke und Prof. Dr. Jurgeleit sowie die Richterin Sacher

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Pfälzischen Oberlandesgerichts Zweibrücken vom 6. Oktober 2020 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden zu 82 % der Beklagten und zu 18 % der Klägerin auferlegt. Dies gilt nicht für die Kosten der Streithelferin der Klägerin; diese werden nach einem Streitwert von bis zu 500.000 € der Beklagten auferlegt.

Streitwert für das Revisionsverfahren bis zum 24. November 2021: bis zu 650.000 € (Revision der Beklagten: 523.870,30 €; Revision der Klägerin: 125.633,15 €).

Streitwert für das Revisionsverfahren ab dem 25. November 2021: 23.870,30 €.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin begehrt von der Beklagten die Zahlung restlichen Werklohns. Die Beklagte erklärt - soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse - die

Primäraufrechnung mit einem Anspruch auf Vertragsstrafe wegen verspäteter Fertigstellung in Höhe von 23.870,30 €.

2 Die Klägerin erhielt von der Beklagten im Februar 2006 den Zuschlag für die Sanierung der bühnentechnischen Einrichtungen des "T. " in L. . Sie beauftragte ihrerseits die Streithelferin mit der Erstellung des Bühnenbodens.

3 In den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag sind unter anderem die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) und die Besonderen Vertragsbedingungen der Beklagten (BVB) einbezogen. Nach Ziffer 4.10.0 der BVB war eine Ausführungsfrist bis zum 13. Oktober 2006 einzuhalten. Ziffer 11.1.0 der BVB lautet wie folgt:

"Wird der vereinbarte Fertigstellungstermin durch Verschulden des Auftragnehmers überschritten, so hat dieser eine Vertragsstrafe für jeden Werktag der Verspätung in Höhe von 0,2 % der Abrechnungssumme, höchstens jedoch 5 % der Abrechnungssumme zu zahlen."

4 Die Sanierungsarbeiten wurden im Juli 2007 fertiggestellt. Die Beklagte nahm die Leistungen der Klägerin mit Ausnahme des Bühnenbodens ab und behielt sich ausweislich der erstellten "Teil-Abnahmebescheinigungen" vom 1. August 2007 im Abnahmetermin vor, die vereinbarte Vertragsstrafe geltend zu machen. Die Klägerin forderte die Beklagte in der Folge unter Fristsetzung bis zum 15. Februar 2008 erfolglos zur Abnahme des Bühnenbodens auf.

5 Mit Schlussrechnung vom 28. Juni 2009 rechnete die Klägerin ihre Vergütung in Höhe eines Gesamtbetrags von 2.990.069,18 € (2.512.663,18 € zuzüglich Umsatzsteuer) ab und verlangte von der Beklagten den nach Abzug bereits erfolgter Zahlungen verbleibenden restlichen Werklohn.

6 Die Parteien streiten über die Berechtigung der von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Vertragsstrafe sowie über das Vorliegen von Mängeln des Bühnenbodens.

- 7 Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung restlichen Werklohns in Höhe von 571.798,51 € nebst Zinsen verurteilt und festgestellt, dass hinsichtlich der Leistungen "Bühnenboden" die Abnahmewirkungen am 15. Februar 2008 eingetreten sind. Es hat die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit einem Anspruch auf Vertragsstrafe in Höhe von 149.503,45 € für unbegründet erachtet, weil die Klausel in Ziffer 11.1.0 der BVB der Inhaltskontrolle nicht standhalte. Die von der Beklagten weiter erklärte Aufrechnung mit einem Anspruch auf Vorschuss für Mängelbeseitigungskosten hat es ebenfalls als unbegründet zurückgewiesen, weil nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme keine Mängel des Bühnenbodens vorlägen. Das Berufungsgericht hat - unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung der Beklagten - das erstinstanzliche Urteil teilweise abgeändert und die Beklagte zur Zahlung von 446.165,36 € nebst Zinsen verurteilt. Es hat abweichend vom Landgericht die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit einem Anspruch auf Vertragsstrafe in Höhe von 125.633,15 € für begründet erachtet.
- 8 Das Berufungsgericht hat im Tenor seines Urteils die Revision zugelassen. In den Entscheidungsgründen hat es hierzu ausgeführt, dass die Revision wegen Grundsatzbedeutung und zur Fortbildung des Rechts im Hinblick auf das Verhältnis zwischen der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB und der Auslegungsregel des § 305c Abs. 2 BGB zugelassen worden sei.
- 9 Die Beklagte hat uneingeschränkt Revision eingelegt mit dem Ziel der vollständigen Klageabweisung. Die Klägerin hat ihre zunächst eingelegte Revision zurückgenommen.
- 10 Der Senat hat mit Beschluss vom 24. November 2021 festgestellt, dass das Berufungsgericht die Zulassung der Revision auf den von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Anspruch auf Vertragsstrafe gegen die Klägerin in Höhe von 149.503,45 € wirksam beschränkt hat, und die Revision der Beklagten insoweit als unzulässig verworfen, als sie über die beschränkt zugelassene Revision hin-

ausgegangen ist. Zugleich hat er die von der Beklagten vorsorglich eingelegte Beschwerde gegen die teilweise Nichtzulassung der Revision im Urteil des Berufungsgerichts zurückgewiesen.

- 11 Die Beklagte verfolgt mit der Revision nunmehr noch das Ziel der Klageabweisung in Höhe von weiteren 23.870,30 € aufgrund der Aufrechnung mit dem Anspruch auf Vertragsstrafe (149.503,45 € abzüglich bereits zuerkannter 125.633,15 €).

Entscheidungsgründe:

- 12 Die zulässige Revision der Beklagten hat keinen Erfolg.

I.

- 13 Das Berufungsgericht hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - Folgendes ausgeführt:

- 14 Der Beklagten stehe gegen die Klägerin ein Anspruch auf Vertragsstrafe in Höhe von 125.633,15 € gemäß der wirksam vereinbarten Klausel in Ziffer 11.1.0 der BVB zu, mit dem sie wirksam die Aufrechnung gegen die restliche Werklohnforderung der Klägerin erklärt habe.

- 15 Die Voraussetzungen für die Verwirkung der vereinbarten Vertragsstrafe seien erfüllt. Die Beklagte habe sich die Vertragsstrafe wirksam bei Abnahme am 1. August 2007 vorbehalten; ein erneuter Vorbehalt im Zeitpunkt einer etwaigen fiktiven Abnahme am 15. Februar 2008 sei nicht erforderlich gewesen.

- 16 Eine zur Unwirksamkeit der Klausel in Ziffer 11.1.0 der BVB führende unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB liege nicht vor, da die Klausel keine Regelung zum Verhältnis der Vertragsstrafe zu einem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder wegen nicht gehöriger Erfüllung treffe und damit nicht von der gesetzlichen Regelung in § 340 Abs. 2, § 341 Abs. 2 BGB abweiche.
- 17 Die Klausel sei auch nicht unwirksam, weil unklar bleibe, ob die Höhe der Vertragsstrafe nach Ziffer 11.1.0 der BVB aus der Brutto- oder der Netto-Abrechnungssumme zu berechnen sei.
- 18 Allerdings lasse die Klausel in Bezug auf den verwendeten Begriff "Abrechnungssumme" ihrem Wortlaut nach zwei mögliche Auslegungen zu. Danach könne die Brutto- oder die Netto-Abrechnungssumme maßgebend sein. Eine eindeutige Auslegung lasse sich auch unter teleologischen oder systematischen Gesichtspunkten nicht entwickeln. Das Argument, die Umsatzsteuer sei nur ein unselbständiger Bestandteil der vereinbarten Bruttovergütung, sei nicht durchgreifend. In den Besonderen Vertragsbedingungen der Beklagten werde an mehreren Stellen ausdrücklich zwischen Netto- und Bruttosummen unterschieden. Dies gelte auch hinsichtlich des Begriffs "Abrechnungssumme". So werde beispielsweise in Ziffer 7.1.0 der BVB (Höhe der Bauleistungsversicherung) und in Ziffer 17.1.0 der BVB (Höhe der Gewährleistungsbürgschaft) ausdrücklich an die Brutto-Abrechnungssumme angeknüpft. Es sei daher im Rahmen der objektiven Auslegung nicht fernliegend, dass mit der abweichenden Formulierung in Ziffer 11.1.0 der BVB die Netto-Abrechnungssumme gemeint sein solle, auch wenn der Werklohn als Brutto-Vergütung vereinbart worden sei.
- 19 Die insoweit verbleibende Unklarheit der Klausel stehe indes weder ihrer wirksamen Einbeziehung gemäß § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB entgegen noch führe sie zu einer Unwirksamkeit gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot.

20 Zur Abgrenzung zwischen dem Anwendungsbereich des § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB und der Auslegungsregel des § 305c Abs. 2 BGB gelte, dass eine wirksame Einbeziehung nur bei einer in ihrem Kernbereich unklaren Klausel scheitere. Dagegen sei für eine im Grundsatz verständliche Klausel, die lediglich in Einzelpunkten mehrdeutig sei, der Anwendungsbereich der Auslegungsregel des § 305c Abs. 2 BGB eröffnet. Letzteres sei hier der Fall, da Ziffer 11.1.0 der BVB nur in einem Einzelpunkt - nämlich hinsichtlich des Anknüpfungspunktes für die Berechnung der Höhe der Vertragsstrafe - unklar sei.

21 Die Abgrenzung zwischen dem Anwendungsbereich des § 307 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB und der Auslegungsregel des § 305c Abs. 2 BGB sei streitig. Zutreffend sei die Auffassung, dass gemäß § 305c Abs. 2 BGB zunächst anhand der kundenfeindlichsten Auslegungsalternative eine Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB zu erfolgen habe. Halte die Klausel danach der Inhaltskontrolle stand, setze sich die Auslegungsvariante durch, die den Kunden begünstige. Diese Auffassung führe nicht zu einer Marginalisierung der Transparenzkontrolle. § 305c Abs. 2 BGB greife bei auslegungsfähigen Klauseln ein und beseitige die Unklarheit vor Anwendung des § 307 BGB. Unbestimmte Klauseln, deren Auslegung nach § 305c Abs. 2 BGB nicht zu eindeutigen Ergebnissen führten, könnten demgegenüber wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB unwirksam sein. Nach diesen Maßstäben sei Ziffer 11.1.0 der BVB wirksam. In ihrer kundenfeindlichsten Auslegung, mithin bei Berechnung der Vertragsstrafe nach der Brutto-Abrechnungssumme, halte die Klausel der Inhaltskontrolle stand. Insbesondere regule die Klausel auch bei einem solchen Verständnis keine unangemessen hohe Vertragsstrafe. Daher sei Ziffer 11.1.0 der BVB gemäß § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten der Beklagten als Verwenderin dahin auszulegen, dass die Netto-Abrechnungssumme die Grundlage für die Berechnung der Vertragsstrafe bilde.

22 Da die Klägerin mit ihrer Schlussrechnung vom 28. Juni 2009 einen Nettobetrag in Höhe von 2.512.663,18 € abgerechnet habe, betrage die in Höhe von

5 % der Abrechnungssumme vereinbarte Vertragsstrafe 125.633,15 €. In dieser Höhe sei die Werklohnforderung der Klägerin durch die Aufrechnung der Beklagten erloschen. Die darüber hinausgehende Aufrechnung der Beklagten mit einer auf Grundlage der Brutto-Abrechnungssumme berechneten Vertragsstrafe in Höhe von weiteren 23.870,30 € sei dagegen unbegründet.

II.

23 Das hält der rechtlichen Überprüfung stand.

24 Die Werklohnforderung der Klägerin ist nicht in Höhe eines weiteren Betrags von 23.870,30 € wegen der von der Beklagten erklärten Aufrechnung mit einem Anspruch auf Vertragsstrafe gemäß Ziffer 11.1.0 der BVB erloschen.

25 Es kann dahinstehen, ob - wie die Klägerin im Wege der Gegenrüge geltend macht - die Vertragsstrafenklausel in Ziffer 11.1.0 der BVB der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB oder § 307 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB nicht standhält und deshalb insgesamt unwirksam ist. Denn die Beklagte hat gegen die Klägerin nach dieser Klausel jedenfalls keinen höheren als den vom Berufungsgericht bereits rechtskräftig zuerkannten Anspruch auf Vertragsstrafe.

26 1. Bei der Vertragsstrafenklausel in Ziffer 11.1.0 der BVB handelt es sich nach den unangegriffenen und rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts um eine Allgemeine Geschäftsbedingung, die die Beklagte der Klägerin gestellt hat, § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB.

27 2. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, die Vertragsstrafenklausel in Ziffer 11.1.0 der BVB könne nicht eindeutig dahin ausgelegt werden, dass mit der als Anknüpfungspunkt für die Berechnung der Vertragsstrafe vorgesehenen "Abrechnungssumme" die Brutto-Abrechnungssumme gemeint sei.



- 28 a) Das vom Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegte Klauselverständnis von Ziffer 11.1.0 der BVB unterliegt uneingeschränkter revisionsrechtlicher Nachprüfung. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind wie reversible Rechtsnormen zu behandeln und infolgedessen vom Revisionsgericht frei auszulegen, da bei ihnen ungeachtet der Frage, ob sie über den räumlichen Bezirk eines Berufungsgerichts hinaus Verwendung finden, ein Bedürfnis nach einheitlicher Handhabung besteht (vgl. BGH, Urteil vom 8. September 2021 - VIII ZR 97/19 Rn. 17, RdE 2022, 23; Urteil vom 16. Juli 2020 - VII ZR 159/19 Rn. 26, BauR 2020, 1933 = NZBau 2020, 708; Urteil vom 12. Mai 2016 - VII ZR 171/15 Rn. 41, BGHZ 210, 206, jeweils m.w.N.).
- 29 b) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden. Dabei sind die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen (vgl. BGH, Urteil vom 8. September 2021 - VIII ZR 97/19 Rn. 18, RdE 2022, 23; Urteil vom 16. Juli 2020 - VII ZR 159/19 Rn. 27, BauR 2020, 1933 = NZBau 2020, 708; Urteil vom 20. Juli 2017 - VII ZR 259/16 Rn. 19, BauR 2017, 1995 = NZBau 2018, 29, jeweils m.w.N.). Ansatzpunkt für die bei einer Formulklausel gebotene objektive Auslegung ist in erster Linie ihr Wortlaut (vgl. BGH, Urteil vom 8. September 2021 - VIII ZR 97/19 Rn. 21, RdE 2022, 23; Urteil vom 16. Juli 2020 - VII ZR 159/19 Rn. 27, BauR 2020, 1933 = NZBau 2020, 708; Urteil vom 5. November 2015 - VII ZR 59/14 Rn. 18, NJW 2016, 242, jeweils m.w.N.). Ist der Wortlaut nicht eindeutig, kommt es entscheidend darauf an, wie die Klausel aus der Sicht der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen ist (vgl. BGH, Urteil vom 8. September 2021 - VIII ZR 97/19 Rn. 22, RdE 2022, 23; Urteil vom 10. Juni 2020 - VIII ZR 289/19 Rn. 29, MDR 2020, 1047, jeweils

m.w.N.). Dabei sind auch der Sinn und Zweck einer Klausel sowie systematische Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Eine Formulklausel ist vor dem Hintergrund des gesamten Formularvertrags zu interpretieren (vgl. BGH, Urteil vom 8. September 2021 - VIII ZR 97/19 Rn. 23, RdE 2022, 23; Urteil vom 10. Juni 2020 - VIII ZR 289/19 Rn. 30, MDR 2020, 1047, jeweils m.w.N.).

30 Sind danach mehrere Auslegungen rechtlich vertretbar, gehen Zweifel bei der Auslegung gemäß § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders. Außer Betracht bleiben Verständnismöglichkeiten, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fernliegend und nicht ernstlich in Erwägung zu ziehen sind (vgl. BGH, Urteil vom 16. Juli 2020 - VII ZR 159/19 Rn. 27, BauR 2020, 1933 = NZBau 2020, 708; Urteil vom 20. Juli 2017 - VII ZR 259/16 Rn. 19, BauR 2017, 1995 = NZBau 2018, 29; Urteil vom 5. November 2015 - VII ZR 59/14 Rn. 21, NJW 2016, 242, jeweils m.w.N.).

31 c) Nach diesen Maßstäben führt die Auslegung des Begriffs "Abrechnungssumme" in Ziffer 11.1.0 der BVB entgegen der Auffassung der Revision nicht zu dem eindeutigen Ergebnis, dass damit die Brutto-Abrechnungssumme gemeint ist. Vielmehr kommt auch eine Auslegung als Netto-Abrechnungssumme ernsthaft in Betracht.

32 aa) Der Wortlaut der Klausel ist insoweit nicht eindeutig. Mit "Abrechnungssumme" kann grundsätzlich sowohl die Brutto-Abrechnungssumme als auch die Netto-Abrechnungssumme gemeint sein.

33 bb) Die Revision kann sich ferner nicht auf ein übereinstimmendes Verständnis der beteiligten Verkehrskreise - hier: in der Baubranche tätige Unternehmer und öffentliche Auftraggeber - in Bezug auf den Begriff "Abrechnungssumme" stützen. Auch für den Fall, dass eine Vergütung zuzüglich Umsatzsteuer vereinbart und dementsprechend in der Schlussrechnung abgerechnet wird, lässt sich nicht feststellen, dass der Begriff "Abrechnungssumme" in einer Vertrags-

strafenklausel aus Sicht der beteiligten Verkehrskreise typischerweise als Brutto-Abrechnungssumme verstanden wird.

34 So hat der Bundesgerichtshof hinsichtlich einer von der öffentlichen Hand verwendeten Klausel betreffend pauschalierten Schadensersatz entschieden, dass der Begriff "Abrechnungssumme" im unternehmerischen Verkehr ohne Weiteres dahin zu verstehen sei, dass diese die Umsatzsteuer nicht einschlieÙe, weil im unternehmerischen Verkehr die Vertragspartner typischerweise zum Vorsteuerabzug berechtigt seien (BGH, Urteil vom 10. Februar 2021 - KZR 63/18 Rn. 52, BGHZ 229, 1 - Schienenkartell VI). Bereits hieraus ergibt sich, dass im Streitfall eine Auslegung des Begriffs "Abrechnungssumme" als Netto-Abrechnungssumme ernsthaft in Betracht kommt.

35 Der baurechtlichen Rechtsprechung und Literatur ist insoweit ebenfalls kein einheitliches Verständnis der beteiligten Verkehrskreise im Sinne der Revision zu entnehmen. Allerdings wird die Auffassung vertreten, dass mit dem Begriff "Abrechnungssumme" in einer Vertragsstrafenklausel an die Brutto-Abrechnungssumme angeknüpft wird, sofern der Umsatzsteuerbetrag als Teil des Werklohns geschuldet ist und vom Unternehmer demgemäß abgerechnet wird (vgl. KG, Urteil vom 7. Januar 2002 - 24 U 9084/00, KGR 2003, 263; juris Rn. 100; Jurgeleit in: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl., 6. Teil Rn. 150; von Rintelen in: Kniffka/Jurgeleit, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand: 15. November 2021, § 631 Rn. 368/3). Demgegenüber soll nach anderer Ansicht - vorbehaltlich abweichender Angaben im Vertrag - in einem solchen Fall mit "Abrechnungssumme" stets die Netto-Abrechnungssumme gemeint sein. Dies wird damit begründet, dass die auf den Werklohn berechnete Umsatzsteuer nur ein Durchlaufposten sei und nicht bei dem Unternehmer verbleibe (vgl. Staudinger/Leupertz, 2019, Anhang zu §§ 305-310 B Rn. 229; Bolz/Jurgeleit/Plücker, ibr-online-Kommentar VOB/B, Stand: 7. März 2022, § 11 Rn. 145), sowie damit, dass auf eine Vertragsstrafe keine Umsatzsteuer anfalle (vgl. Messerschmidt/Voit/Wolff, Privates Baurecht, 4. Aufl., I. Teil M Rn. 293; Kemper,

BauR 2001, 1015, 1016). Jedenfalls wenn der Besteller gemäß § 13b UStG die Umsatzsteuer schulde und der Unternehmer daher nur die Nettovergütung abrechne, könne mit "Abrechnungssumme" nur die Netto-Abrechnungssumme gemeint sein (vgl. Leinemann/Hafkesbrink, VOB/B, 7. Aufl., § 11 Rn. 66; hierzu auch OLG Köln, Urteil vom 23. Dezember 2011 - 19 U 24/11, juris). Schließlich wird die Auffassung vertreten, dass bei einer Vertragsstrafenregelung in einer Allgemeinen Geschäftsbedingung des Bestellers der Begriff "Abrechnungssumme" zumindest mehrdeutig sei und daher gemäß § 305c Abs. 2 BGB zu dessen Lasten als Netto-Abrechnungssumme zu verstehen sei (vgl. BeckOK VOB/B/Oberhauser, Stand: 30. April 2021, § 11 Abs. 2 Rn. 9 a.E.; Kapellmann/Messerschmidt/Schneider, VOB/B, 7. Aufl., § 11 Rn. 97; Vogel, ZfIR 2005, 373, 378). Ergänzend wird darauf verwiesen, dass dies gerade auch bei Verträgen mit einem öffentlichen Auftraggeber gelte. Wie sich aus der Allgemeinen Richtlinie Vergabeverfahren 100 Nr. 1.2 ergebe, entspreche es dem Verständnis der öffentlichen Hand, dass - vorbehaltlich einer abweichenden Festlegung - stets die Nettobeträge gemeint seien (vgl. Althaus/Vogel in: Althaus/Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, 2. Aufl., 2013, Teil 1 Rn. 206 a.E. sowie Teil 5 Rn. 147).

36 cc) Auch aus den sonstigen Bestimmungen des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags ergibt sich nicht, dass mit dem in Ziffer 11.1.0 der BVB verwendeten Begriff "Abrechnungssumme" eindeutig an die Brutto-Abrechnungssumme angeknüpft werden sollte.

37 So führen die in den Vertrag einbezogenen Besonderen Vertragsbedingungen der Beklagten an anderer Stelle, nämlich in Ziffer 7.1.0 der BVB (Bauleistungsversicherung) und in Ziffer 17.1.0 der BVB (Gewährleistungsbürgschaft) - anders als in Ziffer 11.1.0 der BVB - ausdrücklich die Brutto-Abrechnungssumme als Anknüpfungspunkt für die jeweilige Berechnung an. Dies mag - wie die Revision meint - dahin verstanden werden können, dass der Begriff "Brutto-Abrechnungssumme" nur die ausführlichere Version des Begriffs "Abrechnungssumme" sein und in den Besonderen Vertragsbedingungen stets an die Brutto-

Abrechnungssumme angeknüpft werden sollte. Aus der abweichenden Formulierung in Ziffern 7.1.0 und 17.1.0 der BVB kann aber auch der Schluss gezogen werden, dass der in Ziffer 11.1.0 der BVB verwendete Begriff "Abrechnungssumme" im Gegensatz dazu als Netto-Abrechnungssumme zu verstehen sei.

38           3. Danach ist der Begriff "Abrechnungssumme" in Ziffer 11.1.0 der BVB in Bezug auf die Frage, ob dieser die Umsatzsteuer einschließt, zumindest mehrdeutig im Sinne des § 305c Abs. 2 BGB, mit der Folge, dass Zweifel bei der Auslegung zu Lasten der Beklagten als Verwenderin gehen.

39           Dabei gilt auch im Individualprozess, dass nach der Auslegungsregel des § 305c Abs. 2 BGB grundsätzlich die "kundenfeindlichste" Auslegung zugrunde zu legen ist, wenn diese im Rahmen einer vorzunehmenden Inhaltskontrolle zur Unwirksamkeit der Klausel führt und dadurch den Vertragspartner des Verwenders begünstigt (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 8. September 2021 - VIII ZR 97/19 Rn. 20, RdE 2022, 23; Urteil vom 16. Juli 2020 - VII ZR 159/19 Rn. 27, BauR 2020, 1933 = NZBau 2020, 708; Urteil vom 20. Juli 2017 - VII ZR 259/16 Rn. 23, BauR 2017, 1995 = NZBau 2018, 29, jeweils m.w.N.).

40           Im Streitfall braucht indes nicht entschieden zu werden, ob - wie die Klägerin meint - Ziffer 11.1.0 der BVB bei "kundenfeindlichster" Auslegung des Begriffs "Abrechnungssumme" als Brutto-Abrechnungssumme wegen unangemessener Benachteiligung der Klägerin im Hinblick auf die Höhe der Vertragsstrafe insgesamt unwirksam ist. Ferner kann offenbleiben, ob - wie die Klägerin ebenfalls geltend macht - die Verwendung des Begriffs "Abrechnungssumme" zur Intransparenz der Klausel und damit zu deren Unwirksamkeit gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB führt oder ob die Klausel der Inhaltskontrolle wegen einer Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der § 340 Abs. 2, § 341 Abs. 2 BGB nicht standhält, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

41           Denn nach der Auslegungsregel des § 305c Abs. 2 BGB greift - sofern die Wirksamkeit von Ziffer 11.1.0 der BVB zugunsten der Beklagten unterstellt wird -

der Grundsatz, dass die Auslegung maßgebend ist, durch die die Klägerin als Vertragspartnerin der Verwenderin begünstigt wird. Danach ist der Begriff "Abrechnungssumme" indes zugunsten der Klägerin als Netto-Abrechnungssumme auszulegen mit der Folge, dass die Beklagte keinen höheren als den bereits rechtskräftig zuerkannten Anspruch auf Vertragsstrafe hat.

### III.

42 Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1, § 565 Satz 1, § 516 Abs. 3,  
§ 101 Abs. 1 ZPO.

43 Da der Beitritt der Streithelferin nur bezüglich der Vorschussforderung wegen der behaupteten Mangelhaftigkeit des Bühnenbodens und des Feststellungsantrags erfolgt ist, bestimmt sich die Verteilung der Kostenlast hinsichtlich ihr etwa entstandener Kosten nach dem Schicksal dieses Teils, das heißt bei einer Beschränkung der Nebenintervention auf einen Teil des Rechtsstreits ist dem Gegner von den Kosten der Nebenintervention derselbe Kostenanteil aufzuerlegen, den er von den Kosten des Rechtsstreits tragen müsste, wenn der Rechtsstreit nur hinsichtlich dieses Teils geführt worden wäre. Auf die unter Einbeziehung der weiteren Prozessteile zu bildende Gesamtkostenquote kommt es

nicht an, da der Grundsatz der Kostenparallelität aus Gründen der Kostengerechtigkeit zugunsten des Nebenintervenienten nicht weiter reichen kann, als sich Nebenintervention und Rechtsstreit decken (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Oktober 2019 - II ZR 94/17 Rn. 11, AG 2020, 126 m.w.N.).

Pamp

Halfmeier

Kartzke

Jurgeleit

Sacher

Vorinstanzen:

LG Frankenthal, Entscheidung vom 01.08.2017 - 7 O 266/15 -

OLG Zweibrücken, Entscheidung vom 06.10.2020 - 8 U 71/17 -