

**Titel:**

**Leistungen, Werklohn, Werklohnforderung, Abnahme, Werklohnanspruch, Aufrechnung, Versicherung, Leistung, Forderung, Zahlung, Werkvertrag, Rechtsanwaltskosten, Unternehmer, Anlage, Treu und Glauben, nicht ausreichend, stillschweigende Abnahme**

**Schlagworte:**

Leistungen, Werklohn, Werklohnforderung, Abnahme, Werklohnanspruch, Aufrechnung, Versicherung, Leistung, Forderung, Zahlung, Werkvertrag, Rechtsanwaltskosten, Unternehmer, Anlage, Treu und Glauben, nicht ausreichend, stillschweigende Abnahme

**Rechtsmittelinstanz:**

OLG München, Endurteil vom 14.12.2020 – 3 U 3130/20

**Fundstelle:**

BeckRS 2020, 58145

**Tenor**

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € ... nebst Zinsen hieraus in Höhe von 9 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem ... zu zahlen.
2. Die Beklagte wird verurteilt, weitere € ... nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem ... zu bezahlen.
3. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.
4. Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.
5. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.
6. Der Streitwert wird auf € ... festgesetzt.

**Tatbestand**

**1**

Die Klägerin macht gegen die Beklagte einen Werklohnanspruch aus einem Vertrag über den Austausch der Kühlzellen im von der Beklagten betriebenen Hotel geltend.

**2**

Die Beklagte ist Inhaberin des Hotels .... Im Hotel ereignete sich im ... ein Wasserschaden, der von der Küche ausgehend den kompletten Keller sowie Teile des Erdgeschosses beschädigte. Die Klägerin wurde von der Beklagten zum Austausch der hierdurch beschädigten Kühl- und Tiefkühlzellen beauftragt. Die vorhandenen Tiefkühlzellen mussten aus- und neue Zellen eingebaut werden, weil die alten Tiefkühlaggregate durch das Wasser beschädigt waren. Die Klägerin kam ihrer Verpflichtung nach, baute im ... die defekten Kühlgeräte aus und die neuen Geräte im selben Raum wieder ein. Ihre Leistung stellte sie der Beklagten mit Rechnung vom ... mit € ... brutto in Rechnung. Eine Zahlung erfolgte nicht, weshalb die Klägerin mit Schreiben vom ... den offenen Betrag anmahnte und eine Zahlungsfrist bis ... setzte. Die Beklagte leistete keine Zahlungen. Letztmals forderte der anwaltliche Vertreter der Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom ... ebenso erfolglos - zur Zahlung bis zum ... auf. In der Folge beantragte die Klägerin den Erlass eines Mahnbescheids; der Antrag ging am ... beim Amtsgericht ... - zentrales Mahngericht - ein. Der Mahnbescheid wurde am ... erlassen und am ... zugestellt. Die Beklagte erhob gegen den Mahnbescheid Widerspruch, welcher am ... das Amtsgericht Coburg erreichte. Von dort wurde das Verfahren am ... an das Landgericht Deggendorf abgegeben. Mit anwaltlichem Schriftsatz vom ... erklärte die Beklagte die Aufrechnung (Bl. 26 d.A.).

**3**

Die Klägerin begehrt die Zahlung des vollen Rechnungsbetrages, weil sie der Ansicht ist, die vereinbarten Leistungen vollständig erbracht zu haben. Gründe für eine Reduzierung der Forderung seien nicht ersichtlich und von der Beklagten auch nicht geltend gemacht worden.

**4**

Die Klägerin beantragt zuletzt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, € ... nebst Zinsen hieraus in Höhe von 9 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem ... an die Klägerin zu bezahlen.

2. Die Beklagte wird verurteilt, weitere € ... nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem ... an die Klägerin zu zahlen.

**5**

Die Beklagte beantragt

Klageabweisung.

**6**

Sie ist der Ansicht, dass die Klägerin die vereinbarten Einbauarbeiten nicht ordnungsgemäß erbracht habe. Die Klägerin hätte erkennen müssen, dass der Raum, in dem die neuen Kühlaggregate eingebaut wurden, noch nicht ausreichend getrocknet war, die Beklagte hierauf hinweisen und die Einbauarbeiten zurückstellen müssen. Aufgrund des verfrühten Einbaus sei es zu Schäden an den neuen Kühlgeräten gekommen. Die Kühl- und Tiefkühlzellen seien von Schimmel befallen und müssten komplett ersetzt werden, was Kosten in Höhe von € ... nach sich ziehen würde. Aufgrund der Aufrechnung könne die Klägerin von der Beklagten nichts mehr beanspruchen. Zusätzlich sei die klägerische Forderung mangels Abnahme nicht fällig.

**7**

Das Gericht erteilte den Parteien mit Verfügungen vom ... (Bl. 29 d.A.) und ... (Bl. 35 d.A.) rechtliche Hinweise, auf die Bezug genommen wird. Im Termin vom ... wurden die Parteien gehört. Auf das Sitzungsprotokoll (Bl. 49/51 d.A.) wird ebenfalls Bezug genommen. Zur Vervollständigung des Tatbestands wird schließlich Bezug genommen auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze vom ... und ... nebst allen Anlagen.

## **Entscheidungsgründe**

**8**

Die zulässige Klage ist begründet.

**9**

I. Die Klage ist zulässig. Das Landgericht Deggendorf ist sachlich (§§ 1 ZPO, 23 Nr. 1, 78 I GVG) und örtlich (§§ 12, 13, 29 I ZPO, 270 I, IV, 269 I BGB) zuständig.

**10**

II. Die Klage ist in der Hauptsache vollumfänglich begründet. Die Beklagte schuldet der Klägerin aus dem zwischen den Prozessparteien geschlossenen Werkvertrag den Werklohn in Höhe von € ... (§ 631 I BGB).

**11**

1. Zwischen den Parteien wurde ein Werkvertrag über den Austausch der durch einen Wasserschaden beschädigten Kühl- und Tiefkühlzellen im von der Beklagten betriebenen ... geschlossen. Der Umstand ist zwischen den Prozessparteien unstrittig; die Beklagte ließ über ihren damaligen Rechtsanwalt den Vertragsinhalt mit der Klageerwiderung vom ... (Bl. 24 d.A.) vortragen. Nichts anderes behauptete die Klägerin in der Anspruchsbegründung vom ... (Bl. 10 d.A.). Weiterer Vortrag, wie vom Beklagtenvertreter im letzten Schriftsatz vom ... (Bl. 52/53 d.A.) gefordert, ist von der Klägerin nicht zu erwarten, nachdem über Abschluss und Inhalt des Werkvertrages keinerlei Streit besteht. Der von den Parteien übereinstimmend vorgetragene Vertragsinhalt spiegelt sich in der Rechnung der Klägerin vom ... (Anlage K1) wider. Die Klägerin rechnete lediglich ab, was die Parteien übereinstimmend als Vereinbarung vortrugen.

**12**

2. Die Höhe der geltend gemachten Werklohnforderung wurde nicht bestritten, sondern mit der Klageerwiderung lediglich Mängelbehauptungen erhoben und die Aufrechnung erklärt (Bl. 25/26 d.A.).

### 13

3. Die Werklohnforderung war bei Stellung des Antrages auf Erlass eines Mahnbescheids (...) auch fällig (§ 641 I.1 BGB). Die Leistung der Klägerin wurde von der Beklagten jedenfalls stillschweigend abgenommen.

### 14

a) Die Abnahme durch den Besteller korrespondiert mit dem Darbieten des ordnungsgemäß hergestellten Werkes durch den Unternehmer. Daraus resultieren die beiden Elemente des sog. zweigliedrigen Abnahmebegriffs, nämlich die Hinnahme/Entgegennahme des Werkes durch den Besteller verbunden mit der Billigung als im wesentlich vertragsgerechte Leistung (vgl. BGH NJW 1993, 1972).

### 15

b) Die Vorschrift des § 640 BGB zeigt zwei Formen auf, wie die Wirkung herbeigeführt werden kann, nämlich die rechtsgeschäftliche Abnahme (§ 640 I.1 BGB) und die fiktive bzw. fingierte Abnahme (§ 640 II BGB). Sofern nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist, tritt nach § 646 BGB die Vollendung des Werkes an die Stelle der Abnahme.

### 16

Eine ausdrückliche Abnahme durch die Beklagte hat die Klägerin selbst nicht behauptet. Es liegt zur Überzeugung des Gerichts aber eine stillschweigende Abnahme vor.

### 17

aa) Konkludent bzw. stillschweigend handelt der Besteller, wenn er ohne ausdrückliche Erklärung gegenüber dem Unternehmer zu erkennen gibt, dass er dessen Werke als im wesentlichen vertragsgemäß billigt. Erforderlich ist ein tatsächliches Verhalten des Bestellers, das geeignet ist, seinen Abnahmewillen dem Unternehmer gegenüber eindeutig und schlüssig zum Ausdruck zu bringen (vgl. BGH NJW-RR 1999, 1246; NJW 2001, 818; NJW-RR 2010, 748). Entscheidend sind die Umstände des jeweiligen Einzelfalles. Da der Besteller die Leistung gerade nicht ausdrücklich abnimmt, kann nur aus Indizien auf eine durch das Verhalten zum Ausdruck gebrachte Billigung rückgeschlossen werden. Im Ergebnis ist die stillschweigende oder konkludente Abnahme das Resultat der Auslegung der Gesamtumstände, insbesondere des Verhaltens des Bestellers, aus welchem nach Treu und Glauben sowie mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§§ 133, 157 BGB) auf seinen dahinterliegenden Willen geschlossen werden kann (vgl. BGH NJW 1974, 95). Ist dem geäußerten Verhalten des Bestellers eindeutig zu entnehmen, dass er die Leistung als im wesentlichen vertragsgerecht akzeptiert, kann eine konkludente Abnahme angenommen werden (vgl. BGH NJW-RR 1999, 1246; NJW 2001, 818).

### 18

bb) Im von der Beklagten betriebenen Hotel kam es zu einem Wasserschaden, der die Kühlanlage in Mitleidenschaft zog. Der Wasserschaden ereignete sich in der Küche (Bl. 24 d.A.), wobei sich das Wasser seinen Weg durch die Decke in den Keller und dort in die aufgestellten Tiefkühlzellen bahnte. Nachdem zunächst mit der regulierenden Versicherung korrespondiert und erörtert wurde, warum ein Komplettaustausch nötig ist oder beschädigte Teile repariert werden können (Anlage B3), gab der Mitarbeiter der Versicherung am ... die Entsorgung der beschädigten Teile und deren Ersatz durch Neugeräte frei (Bl. 33 d.A.). Die Arbeiten wurden bis zum ... ausgeführt (Anlage K1).

### 19

Aus dem Verfahren ... ist bekannt, dass der Wasserschaden im Hotel zu einer vorübergehenden Schließung desselben führte. Um das Hotel und seine Küche wieder betreiben zu können, waren (u.a.) einsatzfähige Kühlzellen notwendig, um den Gastronomiebetrieb aufrechterhalten zu können. Aus dem aktuellen Internetauftritt der Beklagten ... folgt, dass der Hotelbetrieb läuft. Von einer (anhaltenden oder erneuten) Schließung ist keine Rede. Dies ist nur dann möglich, wenn und weil die von der Klägerin eingebauten Kühlzellen benutzt werden. Das der Geschäftsbetrieb nach Vornahme der klägerischen Arbeiten erneut eingestellt worden sei, wird von der Beklagten noch nicht einmal behauptet. Deshalb geht das Gericht davon aus, dass die neu eingebauten Kühlzellen nach Abschluss der Arbeiten im ... alsbald in Betrieb genommen und verwendet wurden. Funktionsfähig waren die eingebauten Geräte; an keiner Stelle werden beklagtenseits Funktionsmängel wegen der Installation als solcher geltend gemacht. Zwischen dem ... (Anlage K1) und dem Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids vom ... äußerte sich die Beklagte 2 Monate lang nicht und schon gar nicht negativ über die Leistungen der Klägerin. Sie zahlte einfach nicht, nutzte aber die eingebauten Geräte im täglichen Geschäftsbetrieb.

## 20

cc) Dieses Verhalten der Beklagten kann ein objektiver Erklärungsempfänger nur dahingehend verstehen, dass sie als Bestellerin mit den erbrachten Leistungen zufrieden ist und keine Beanstandungen erhebt. Wenn die installierten Geräte nicht funktionsfähig gewesen wären, hätte die Klägerin es bei einer für einen Gastronomie- und Hotelbetrieb so elementar wichtigen Einrichtung wie der Kühlung nach den Umständen von Treu und Glauben erwarten können, dass die Beklagte sich alsbald meldet. Da sie das nicht tat, konnte die Klägerin das Verhalten nur so verstehen, dass ihre Leistung als im wesentlichen vertragsgemäß akzeptiert, mithin abgenommen wurde.

## 21

4. Die Werklohnforderung ist nicht durch Aufrechnung mit Schadenersatzansprüchen der Beklagten erloschen (§ 389 BGB). Die Beklagte konnte die Schadenersatzforderung, mit der aufgerechnet werden sollte, schon nicht nachweisen.

## 22

a) Die Beklagte macht geltend (Bl. 25/26, 31/34, 44/45, 54/55 d.A.), dass die Klägerin vor Einbau der neuen Kühlaggregate die Tauglichkeit des Raumes, in dem die Arbeiten stattfinden sollten, nicht geprüft habe und die Aggregate beschädigt worden seien, weil der Raum noch zu feucht gewesen sei. Die Beklagte behauptet noch nicht einmal, dass die Überprüfung des Feuchtigkeitsgrades der Wände des Kellers, in dem die Aggregate eingebaut wurden, Vertragsbestandteil mit der Klägerin gewesen sei. In der Klageerwiderung (Bl. 24 d.A.) wird lediglich vorgetragen, dass die Klägerin mit dem Ersatz der durch den Wasserschaden beschädigten Kühl- und Tiefkühlzellen beauftragt wurde. Von einer stillschweigenden Beauftragung zur Feuchtigkeitsmessung kann schon deshalb nicht ausgegangen werden, weil die Klägerin ein Fachunternehmen für Kälteanlagen, EDV-Klimaanlagen und Gastrotechnik (vgl. Anlage K1) ist, nicht jedoch ein Fachunternehmen für die Instandsetzung durchfeuchteter Gebäudeteile. Der Beklagten war bereits seit ... bewusst, dass die Kühlräume desinfiziert und getrocknet werden müssen (Anlage B4). Ihr wurde nahegelegt, eine Kältetechnikfirma zur Begutachtung der Kühlräume zu beauftragen. Allerdings beauftragte sie lediglich die Klägerin mit dem Austausch der beschädigten Aggregate. Die mangelhafte Ausführung einer vereinbarten Leistung der Klägerin, auf die die Beklagte Schadenersatzansprüche (§ 633 II.1, 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 BGB) stützen könnte, kann das Gericht vor diesem Hintergrund überhaupt nicht erkennen.

## 23

b) Ein Verstoß der Klägerin gegen ihre Prüf- und Hinweispflichten aus dem Werkvertrag liegt ebenfalls nicht vor.

## 24

aa) Die rechtliche Grundlage für die Prüf- und Hinweispflichten des Werkunternehmers finden beim VOB-Vertrag ihre Grundlage in §§ 4 III, 13 III VOB/B. Diese Regelungen stellen eine Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben dar und gelten entsprechend beim Werkvertrag nach den §§ 631 ff. BGB (vgl. BGH NZBau 2008, 1109; OLG Stuttgart IBR 2015, 352). Dabei stellt die Prüfungspflicht die Voraussetzung für den zu gebenden Hinweis dar. Der Unternehmer muss zunächst prüfen, ob ein Hinweis überhaupt erforderlich ist. Er ist verpflichtet, bei Beginn der Arbeiten zu prüfen, ob die Vorarbeiten eine geeignete Grundlage für ein mangelfreies eigenes Werk sind (vgl. OLG Frankfurt/M. IBR 2019, 422).

## 25

bb) Der Umfang der Prüfungspflicht hängt vom Einzelfall ab, wobei in der Rechtsprechung Pflichtenkreise gebildet werden. Dabei soll die Prüfungspflicht in dem Bereich am geringsten sein, wo es um die Art der Ausführung der Werkleistung geht. Dies ist hauptsächlich dem Planungsbereich zuzuordnen, in dem der Besteller regelmäßig einen eigenen Fachmann beschäftigt. Beispielsweise muss der Werkunternehmer grundsätzlich nicht prüfen, ob das vom Planer vorgegebene Konzept zur Kellerabdichtung geeignet ist. Die Prüfungs- und Hinweispflicht entfällt auch dann, wenn sich der Werkunternehmer darauf verlassen kann, dass der Besteller selbst hinreichend fachlich in der Lage ist, die Unzulänglichkeiten und Abweichungen von der an sich notwendigen Art der Ausführung zu erkennen (vgl. OLG Celle IBR 2012, 580). Bloße Vermutungen des Werkunternehmers, der Besteller sei bereits entsprechend informiert, genügen nicht. Vielmehr muss er die zu beweisende Gewissheit haben, dass der Besteller die maßgeblichen Umstände bereits tatsächlich kennt und seine Ausführungsentscheidung - im Sinne einer ausdrücklichen bzw. konkludenten Risikoübernahme - auf dieser Basis getroffen hat (vgl. OLG Düsseldorf NJOZ 2018, 727).

## 26

cc) Vor diesem Hintergrund traf die Klägerin keinerlei Hinweispflicht. Die Beklagte wurde im ... darüber informiert, dass die Kühlräume desinfiziert und getrocknet werden müssen (Anlage B4). Die Beklagte wusste ganz genau, wo in ihrem Hotel der Wasserschaden auftrat und welche Folgen das austretende Wasser verursachte. Ihr war positiv bekannt, dass das Wasser durch den Boden der Küche bis in den Keller lief und dort die vorhandenen Kühlaggregate beschädigte (Bl. 24 d.A.). Sie war von ... bis jedenfalls Februar 2019 (Anlage K1) mit der Behebung der Wasserschäden und der Wiedereröffnung des Hotels beschäftigt und hatte den Überblick über die notwendigen Arbeiten. Ihr wurde im ... nahe gelegt, die Kühlräume begutachten zu lassen (Anlage B4). Dies tat sie jedoch nicht und beauftragte die Klägerin mit dem Austausch der Kühlgeräte, nachdem der Kompletttausch von der Versicherung am ... freigegeben wurde (Bl. 33 d.A.).

## **27**

Die Klägerin hätte - soweit man eine Hinweispflicht annimmt - nur auf Tatsachen hingewiesen, die der Beklagten ohnehin bereits seit Monaten bekannt waren. Wenn die Beklagte die streitgegenständlichen Arbeiten beauftragt, ohne eine Begutachtung des beschädigten Kühlraums durchgeführt zu haben - der als Anlage B2 vorgelegte Kurzbericht datiert vom ... der Ortstermin fand 2 Tage vorher (also nach den Arbeiten der Klägerin) statt - so ist dies die unternehmerische Entscheidung der Beklagten, für die sie das Risiko trägt. Sie kann die Folgen ihrer Entscheidung nicht im Wege der Mängelrechte auf die Klägerin als Werkunternehmerin abwälzen, wenn die Beklagte keine Untersuchung des Kühlraumes wollte. Eine möglicherweise unzureichende Trocknung des Kühlraumes musste sich der Klägerin auch nicht aufdrängen. Die Arbeiten fanden über 3 Monate nach Auftreten des Wasserschadens statt. In dieser Zeit konnten ausreichende Trocknungsmaßnahmen erfolgen. Die in der Anlage B1 vorgelegten Fotos zeigen zur Überzeugung des Gerichts keinen Zustand, in dem von vornherein davon auszugehen ist, dass die bauseits zur Verfügung stehenden Räumlichkeiten für die durchzuführenden Installationsarbeiten vollkommen ungeeignet sind. Zudem ist das Aufnahmedatum unklar.

## **28**

c) Mangels nachgewiesener Pflichtverletzung der Klägerin kann die Beklagte darauf keinen Schadenersatzanspruch stützen und mit ihm aufrechnen. Auf die unsubstantiierte Schadenhöhe muss deshalb nicht eingegangen werden.

## **29**

5. Die Zinsen auf die Hauptforderung schuldet die Beklagte aus §§ 286 I.1, 288 I.1, II, 14 I BGB. Die Beklagte schloss den streitgegenständlichen Werkvertrag nicht als Privatperson, sondern als Betreiberin des ... und somit als Unternehmerin im Sinne von § 14 I BGB ab. Die Rechnung vom ... sah ein Leistungsdatum ... vor. Die einseitige Festsetzung der Leistungszeit erfüllt nicht die Voraussetzungen des § 286 II Nr. 1 BGB. Mit Schreiben vom ... (Anlage K2) wurde die Beklagte gemahnt. Sie befindet sich seit dem ... in Verzug (§§ 187 I, 188 II, 1. Alt. BGB). Deshalb war die Klage teilweise abzuweisen.

## **30**

Die Beklagte schuldet die der Klägerin die entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten aus der Werklohnforderung als Verzugsschaden (§§ 280 I.1, II, 286 1.1 BGB). Die Beauftragung der Klägervertreter erfolgte zum ... (Anlage K3) und somit nach Eintritt des Zahlungsverzuges der Beklagten.

## **31**

Die Prozesszinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz auf diese Nebenforderungen folgen aus §§ 288 I.2, 187 I, 188 II, 1. Alt. BGB, 696 III ZPO. Die werden ab dem auf die Zustellung des Mahnbescheids folgenden Tag, also ab dem ... geschuldet. Im Übrigen war die Klage deshalb ebenfalls abzuweisen.

## **32**

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 II Nr. 1 ZPO. Die Zuvielforderung der Klägerin betraf lediglich Nebenforderungen (§ 4 I ZPO), war verhältnismäßig geringfügig (10 Tage) und führt zu keinen höheren Kosten. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 709.1, 2 ZPO.

## **33**

Der Streitwert wurde nach §§ 63 II.1 GKG, 3 ZPO festgesetzt und entspricht dem wirtschaftlichen Interesse der Klägerin am Verfahren. Eine Streitwerterhöhung nach § 45 III GKG scheidet aus, weil die Aufrechnung der Beklagten nicht hilfsweise geltend gemacht wurde.