

**Titel:**

**Werklohnanspruch, Abnahme, Vertragsstrafe, Sicherheitseinbehalt, Verzug, Rechtsanwaltskosten, Streitwert**

**Schlagworte:**

Werklohnanspruch, Abnahme, Vertragsstrafe, Sicherheitseinbehalt, Verzug, Rechtsanwaltskosten, Streitwert

**Rechtsmittelinstanzen:**

OLG München, Beschluss vom 22.02.2022 – 28 U 2310/21 Bau

BGH, Beschluss vom 13.12.2023 – VII ZR 47/22

**Tenor**

1. Der Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Coburg, Aktenzeichen ... vom 09.03.2020 bleibt aufrechterhalten, soweit die Beklagte verpflichtet wurde, 26.660 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 28.11.2019 und vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.141,90 € zu bezahlen.
2. Im Übrigen wird der Vollstreckungsbescheid aufgehoben und die Klage abgewiesen.
3. Die Widerklage wird abgewiesen.
4. Von den Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger 30 % und die Beklagte 70 % zu tragen.
5. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

**Beschluss**

Der Streitwert wird bis 10.09.2020 auf 43.690,00 € und ab 11.09.2020 stattdessen auf 57.010,64 € festgesetzt.

**Tatbestand**

**1**

Der Kläger fordert Werklohn.

**2**

Mit Nachunternehmer-Bauvertrag vom 17.09.2019 (Anlage K1) beauftragte die Beklagte den Kläger mit Trockenbauarbeiten an der Decke, BA 2.2, beim Bauvorhaben .... Die Parteien vereinbarten einen Pauschalpreis von 43.000 € netto und als Fertigstellungstermin den 08.10.2019. Darüber hinaus vereinbarten die Parteien „als Beschleunigungszulage zur Einhaltung der vorgenannten Termine zusätzlich 17.000 € netto“. Auf Anlage K1 wird ergänzend Bezug genommen.

**3**

Als Anlage K2 legte der Kläger einen Arbeitsbericht für den Zeitraum 17.9.2019 bis 29.09.2019 vor. Die darin aufgeführten 75 Stunden Sonderstunden/Regiestunden sind vom Zeugen ... unterzeichnet. Tatsächlich handelte es sich jedoch nur um 65 Regiestunden.

**4**

Als Anlage K3 legte der Kläger einen Arbeitsbericht für den Zeitraum 30.09.2019 bis 10.10.2019 vor. Darin sind 23 Sonderstunden/Regiestunden aufgeführt und vom Zeugen ... unterzeichnet.

**5**

Als Anlage K4 legte der Kläger einen Arbeitsbericht für den Zeitraum 11.10.2019 bis 24.10.2019 vor. Der Arbeitsbericht, der 34 Sonderstunden/Regiestunden ausweist, ist vom Zeugen ... unterzeichnet.

**6**

Einwände gegen die Stundenabrechnungen des Klägers hat die Beklagte nicht (Blatt 50).

**7**

Am 25.10.2019 stellte der Kläger seine Schlussrechnung (Anlage K8). Mit E-Mail vom 28.10.2019 (Anlage K9) übersandte die Beklagte dem Kläger ihr Prüfaxemplar (Anlage K8) und bat um gleichlautende Buchung.

**8**

Bezahlt hatte die Beklagte lediglich die 1. Abschlagsrechnung (Anlage K5) über 20.000 €. Den auf dem Prüfaxemplar angegebenen Betrag von 44.710 € abzüglich der geleisteten Zahlung von 20.000 €, also 24.710 € hat die Beklagte an den Kläger nicht bezahlt.

**9**

Mit Rechtsanwaltsschreiben vom 12.12.2019 (Anlage K 10) forderte der Kläger Zahlung bis 18.12.2019.

**10**

Am 20. Dezember teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass sie die Kosten der Beseitigung von Mängeln, die sie nicht näher bezeichnete, in Abzug bringe.

**11**

Eine Frist zur Mangelbeseitigung hatte die Beklagte dem Kläger nicht gesetzt.

**12**

Der Kläger behauptet (Blatt 29), er habe die vertraglich geschuldeten Arbeiten fristgerecht am 08.10.2019 fertiggestellt. Lediglich aufgrund eines vom Kläger nicht zu verantwortenden Höhenunterschieds zwischen der „alten“ Decke und der „neuen“ Decke habe der Kläger auf Bitten der Beklagten einige Mitarbeiter auf der Baustelle belassen um die Anpassungsarbeiten durchzuführen. Diese über die vertraglich geschuldeten Leistungen hinausgehenden Arbeiten hätten bereits am 09.10.2019 begonnen. Die Beschleunigungszulage sei deshalb zu bezahlen.

**13**

Unter Berücksichtigung der geleisteten Abschlagszahlung von 20.000 € stehe dem Kläger eine Forderung in Höhe von 43.660 € zu. Auf die Darstellung auf Blatt 32 der Akte wird Bezug genommen.

**14**

Eine Vertragsstrafe stehe der Beklagten nicht zu. Zwar sei die Vereinbarung zur Vertragsstrafe im Bauauftrag (Anlage K1) als Anlage aufgeführt, jedoch habe der Kläger diese „Vereinbarung zur Vertragsstrafe“ nie erhalten und auch nicht gegengezeichnet (Blatt 56; Blatt 10 im Anlagenkonvolut B1). Auch auf Ziffer 6.5 könne sich die Beklagte nicht berufen, da diese für einen Einheitspreisvertrag gelte, die Parteien jedoch einen Pauschalpreis vereinbarten.

**15**

Nacharbeit sei keine Voraussetzung für die Beschleunigungszulage gewesen (Blatt 57).

**16**

Der Zeuge ... habe dem Kläger am 30.10.2019, also 5 Tage nach Rechnungsstellung, versichert, dass die Überweisung der Rechnung des Klägers am 29.10.2019 gemacht wurde, diese aber nicht geklappt hätte, und das Geld „erst Ende der Woche rausginge“ (Blatt 61, Anlage K 11; Zeuge F.). Diese Erklärung des Zeugen ... sei auch als Abnahme anzusehen.

**17**

Der Kläger habe die Beklagte nicht um Unterstützung gebeten; dementsprechend sei auch nicht vereinbart worden, dass die Beklagte Personaleinsatz gegenüber dem Kläger abrechnen könne. Dass die mit Anlage B2 vorgelegten Stundenzettel Leistungen für den Kläger betreffen, werde bestritten. Die Arbeitsmittel der Beklagten seien bereits auf der Baustelle gewesen, weshalb der Kläger diese nutzte und davon absah, eigene Arbeitsmittel zur Baustelle zu bringen.

**18**

Anlage B3 sei schon nicht aus sich heraus schlüssig und nachvollziehbar. Deren Richtigkeit werde vorsorglich bestritten. Dort aufgeführte Rechnungen datierten bereits mehr als einen Monat vor der Beauftragung des Klägers.

**19**

Für einen Sicherheitseinbehalt fehle es an einer Rechtsgrundlage.

## **20**

Im Mahnverfahren hat das Amtsgericht Coburg, Aktenzeichen ... am 09.03.2020 Vollstreckungsbescheid gegen die Beklagte über 43.690 € zuzüglich Nebenforderungen erlassen, der der Beklagten am 12.03.2020 zugestellt wurde.

## **21**

Der Kläger beantragt (Blatt 26):

der Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Coburg vom 09.03.2020, Aktenzeichen ... bleibt aufrechterhalten.

## **22**

Die Beklagte beantragt (Blatt 36)

den Vollstreckungsbescheid aufzuheben und die Klage abzuweisen,

und erhebt Widerklage mit dem Antrag (Blatt 48):

den Kläger zu verurteilen, an die Beklagte 13.320,64 € nebst Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

## **23**

Der Kläger beantragt (Blatt 52)

Abweisung der Widerklage

## **24**

Die Beklagte behauptet (Blatt 38), Prämisse der Beschleunigungszulage sei gewesen, dass der Kläger auch nachts arbeite und weiteres Personal nachts einsetze. Tatsächlich habe der Kläger lediglich sporadisch gearbeitet und viel zu wenig Personal auf der Baustelle eingesetzt. Er habe deshalb die vereinbarte Leistung nicht am 08.10.2019 fertiggestellt gehabt (Blatt 39). Tatsächlich sei der Kläger zu diesem Zeitpunkt nicht ansatzweise in dem Bereich einer Fertigstellung gekommen (Blatt 40/42). Die Beklagte habe deshalb auch die Leistung des Klägers nicht abgenommen. Das gelte insbesondere auch für die vom Kläger erbrachten Regieleistungen. Auch die seien nicht abgenommen, insbesondere nicht gesondert. Die Unterschriften auf den Arbeitsberichten stellten keine Abnahme dar, sondern bestätigten lediglich, dass die Regiestunden erbracht worden seien (Blatt 43).

## **25**

Der Kläger habe die Beklagte gebeten, ihn bei der Fertigstellung mit Personal und Arbeitsmaterial zu unterstützen, was ihm der Zeuge ... zugesagt habe. Dabei hätten die Parteien vereinbart, dass die Beklagte dem Personaleinsatz mit 48,50 € abrechnen und dem Kläger in Rechnung stellen solle. Herr ... habe erklärt, dass dies als Schadensersatz geltend gemacht werde (Blatt 44; Zeuge ...). Auf Grundlage dieser Absprache habe die Beklagte den Kläger nahezu täglich mit dem Einsatz von Mitarbeitern unterstützt. Wegen der Einzelheiten verweist die Beklagte auf die als Anlage B2 vorgelegte Stundenaufstellung. Insgesamt sei das Personal der Beklagten unterstützend für den Kläger 366,75 Stunden im Einsatz gewesen.

## **26**

Darüber hinaus habe die Beklagte den Kläger auch mit Arbeitsmitteln unterstützt. Nur mithilfe des zusätzlichen Personals und des Arbeitsgeräts sei es dem Kläger überhaupt möglich gewesen, die Arbeiten zum 24.10.2019 weitgehend, jedoch nicht abschließend fertig zu stellen (Blatt 45).

## **27**

Unter Berücksichtigung des vereinbarten Stundensatzes von 48,50 € ergebe sich ein Erstattungsanspruch der Beklagten für den Einsatz ihres Personals in Höhe von 17.787,40 €, mit dem die Beklagte die Aufrechnung mit dem etwaigen Vergütungsanspruch des Klägers erkläre.

## **28**

Gemäß der vertraglichen Regelung habe der Kläger der Beklagten die Kosten für das zur Verfügung gestellte Material, dass der Kläger nicht selbst geliefert hatte, zuzüglich einer Bearbeitungspauschale von 10 % zu erstatten. Unter Verweis auf Anlage B3 behauptet die Beklagte Kosten in Höhe von insgesamt

15.521,64 €. Die in Anlage B3 abgerechneten Liefermengen entsprechen dem tatsächlich vor Ort aufgewandten Material. Die zugrunde gelegten Preise seien ortsüblich und angemessen.

### **29**

Die Beklagte habe die Preise an den Lieferanten bezahlt und erklärt auch mit diesem Betrag die Aufrechnung gegen einen etwaigen Vergütungsanspruch des Klägers (Blatt 46).

### **30**

Als der Kläger am 24.10.2019 plötzlich und unerwartet die Arbeiten beendete, jedoch ohne diese vorher fertig zu stellen, seien Leistungen nicht abgeschlossen gewesen. Auf Blatt 46 wird ergänzend Bezug genommen.

### **31**

Die Beklagte meint (Blatt 47), der Kläger habe lediglich ein Vergütungsanspruch in Höhe von 46.660 €. Davon sei die geleistete Abschlagszahlung abzuziehen, sodass noch eine Forderung in Höhe von 26.660 € bestehe. Von dieser sei der zwischen den Parteien vereinbarte 5-prozentige Sicherheitseinbehalt für Mängelrechte abzuziehen, der 2.201 € betrage. Damit verbleibe ein Vergütungsanspruch des Klägers in Höhe von 22.988,40 €. Von diesem Betrag sei der zur Aufrechnung gestellte vertraglich vereinbarte Erstattungsanspruch der Beklagten für das bereitgestellte Material in Höhe von 15.521,64 € abzuziehen. Damit verbleibe ein Vergütungsanspruch des Klägers in Höhe von 7.466,76 €. Von diesem Betrag abzuziehen sei der von der Beklagten zur Aufrechnung gestellte Erstattungsanspruch für den Personaleinsatz in Höhe von 17.787,40 €. Die Beklagte kommt so zu einer Überzahlung des Klägers in Höhe von 10.320,64 €. Diesem Betrag sei die vom Kläger verwirkte Vertragsstrafe in Höhe von 5 % der Nettoauftragssumme, also 3.000 € (5 % von 60.000 €) hinzuzurechnen, sodass der Kläger in Höhe von 13.320,64 € überzahlt sei.

### **32**

Die Beklagte hat gegen den Vollstreckungsbescheid mit Schriftsatz vom 13.03.2020 Einspruch eingelegt (Blatt 12). Am 09.03.2020 war bereits ein als Einspruch zu behandelnder Widerspruch der Beklagten eingegangen (Blatt 9).

### **33**

Auf Antrag der Beklagten hat die Kammer mit Beschluss vom 30.07.2020 die Zwangsvollstreckung aus dem Vollstreckungsbescheid gegen Sicherheitsleistung einstweilen eingestellt (Blatt 16).

### **34**

Mit Beschluss vom 01.09.2020 hat die Kammer den Rechtsstreit auf die Einzelrichterin übertragen (Blatt 34/35).

### **35**

Die Einzelrichterin hat Beweis erhoben durch Einvernahme der Zeugen ... und .... Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 09.12.2020 (Blatt 75/81) und 10.03.2021 (Blatt 91 ff). Darauf wird auch zur Ergänzung des Tatbestands Bezug genommen, ebenso auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 14.09.2020 (Blatt 49/52) und die von den Parteien eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen.

## **Entscheidungsgründe**

### **36**

Die zulässige Klage ist teilweise begründet. Der Einspruch der Beklagten erfolgte fristgerecht, weshalb in der Sache zu entscheiden war.

### **37**

Die zulässige Widerklage ist unbegründet.

A.

### **38**

Die Klage ist zulässig, insbesondere ist das Landgericht München I örtlich zuständig. Die Beklagte hat eine Niederlassung in München, § 21 ZPO.

B.

**39**

Die zulässige Klage ist teilweise begründet.

**40**

I. Der Beklagte hat gegen die Klägerin einen Anspruch auf restlichen Werklohn in Höhe von 26.660 Euro aus § 631 Abs. 1 BGB.

**41**

1. Unstreitig vereinbarten die Parteien für die Durchführung der dem Kläger beauftragten Trockenbauarbeiten an der Decke einen Pauschalpreis von 43.000 € netto. Ebenso hat der Kläger darüber hinaus unstreitig Zusatzleistungen erbracht, die er der vertraglichen Vereinbarung entsprechend zutreffend auf Regie zu 30 € netto die Stunde abrechnete. Die abgerechnete Stundenanzahl von insgesamt 122 Stunden ist zwischen den Parteien unstreitig. Daraus errechnet sich ein Zusatzbetrag von 3.660 €. Insgesamt ergibt das einen rechnerischen Werklohn in Höhe von 46.660 €. Das akzeptiert auch die Beklagte (Blatt 47).

**42**

2. Anspruch auf die Beschleunigungszulage von 17.000 € netto hat der Kläger nicht. Der Kläger hat nicht zur Überzeugung des Gerichts nachgewiesen, dass er die vertragliche Leistung bis 08.10.2019 fertiggestellt hat. Die hierzu vom Kläger angebotenen und einvernommenen Zeugen haben eine Fertigstellung zum 08.10.2019 nicht bestätigt. Damit bleibt der Kläger beweisfällig.

**43**

3. Von diesem rechnerischen Werklohn in Höhe von 46.660 € netto ist die von der Beklagten an den Kläger unstreitig geleistete Abschlagszahlung in Höhe von 20.000 € netto abzuziehen, sodass ein Betrag in Höhe von 26.660 € netto verbleibt.

**44**

4. Der Werklohnanspruch des Klägers ist auch fällig. In der Rechnungsprüfung (Anlage K8) und der Zahlungsankündigung (Anlagen K 11 und K 12) ist jedenfalls eine konkludente Abnahme zu sehen. Unabhängig davon, wären die klägerischen Leistungen zumindest jetzt zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abnahmefähig, nachdem die Beklagte nicht vorträgt, dass jetzt noch etwas an den Leistungen des Klägers zu tun ist.

**45**

Letztlich besteht auch aufgrund der Tatsache, dass sich die Parteien in einem Abrechnungsverhältnis befinden und die Beklagtenseite Gegenansprüche geltend macht, kein Zweifel an der Fälligkeit des klägerischen Anspruchs.

**46**

5. Ein Gegenanspruch der Beklagten in Höhe von 17.787,40 € wegen des Einsatzes ihres Personals besteht nicht. Die in diesem Zusammenhang erklärte Aufrechnungserklärung der Beklagten bleibt ohne Wirkung.

**47**

Dabei kann dahinstehen, ob Mitarbeiter der Beklagten den Kläger bei der Fertigstellung seiner Leistung unterstützt haben, was bereits zwischen den Parteien streitig ist. Denn jedenfalls hat die Beklagte die formalen Voraussetzungen eines auf Geld gerichteten Ersatzanspruchs, insbesondere eine vorherige Fristsetzung gegenüber dem Kläger nicht behauptet.

**48**

Ihre bestrittene Behauptung, die Parteien hätten sich darauf geeinigt, dass die Beklagte den Kläger unterstützt und die Leistungen zu je 48,50 € gegenüber dem Kläger abrechnet, konnte die Beklagte nicht nachweisen. Der hierzu angebotene und vernommene Zeuge ... hat diese Behauptung der Beklagten nicht bestätigt.

**49**

6. Ebenso wenig besteht ein Anspruch der Beklagten in Höhe von 15.521,64 € wegen Material. Er folgt schon nicht aus Ziffer 6.5 des Bauvertrags. Die Parteien haben keinen Einheitspreisvertrag, sondern einen Pauschalpreisvertrag geschlossen. Der Kläger hat auch nicht, wie in Ziffer 6.5 vorgesehen, das Material auf

die Kostenstelle des AG zu den beim Baustoffhändler hinterlegten Konditionen bestellt. Vielmehr hatte die Beklagte dem Kläger das Material zur Verfügung gestellt.

#### **50**

Unabhängig von vorstehendem ist der – auch der Höhe nach bestrittene – Anspruch nicht schlüssig vorgetragen. Anlage B3 ist nicht verständlich. Das wurde mit den Parteien in der mündlichen Verhandlung vom 14.09.2020 auch erörtert. Die Beklagtenseite wollte die Kostenaufstellung aus der Anlage B3 noch erläutern (Blatt 51/52). Das hat sie in der Folge nicht getan.

#### **51**

7. Die Beklagte hat gegen den Kläger auch keinen Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 3.000 €. Der Kläger hat bestritten, die Vertragsstrafe mit der Beklagten vereinbart zu haben. Zu deren Vereinbarung hat die Beklagte keinen Beweis angeboten, sondern bezieht sich lediglich auf den als Anlage B1 vorgelegten Bauauftrag und die damit vorgelegte Vereinbarung zur Vertragsstrafe. Letztere hat der Kläger jedoch – anders als den Bauauftrag und die ebenfalls mit Anlage B1 vorgelegte Tariftreuerklärung – nicht unterzeichnet. Damit ist schon die Vereinbarung nicht zur Überzeugung des Gerichts nachgewiesen.

#### **52**

Ein Anspruch würde zudem auch daran scheitern, dass sich die Beklagte eine Vertragsstrafe bei der Abnahme durch Rechnungsprüfung und Ankündigung der Zahlung nicht vorbehalten hat.

#### **53**

8. Auch ein Sicherheitseinbehalt von 5 % der netto Abrechnungssumme ist nicht zu Gunsten der Beklagten abzuziehen. Der Kläger hatte bestritten, dass die Parteien einen solchen vereinbarten. Die Beklagte hat dazu keinen Beweis angeboten. In dem vorgelegten Bauauftrag (Anlage K1 und Anlage B1) findet sich keine Vereinbarung zu einem Sicherheitseinbehalt.

#### **54**

II. Der Zinsanspruch erfolgt aus Verzug, §§ 286 Abs. 3 Satz 1, 288 Abs. 2 BGB.

#### **55**

Ebenso der Anspruch auf vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten, dem jedoch ein Streitwert von 26.660 € zugrunde zu legen war, da nur insoweit ein Anspruch des Klägers besteht.

C.

#### **56**

Die zulässige Widerklage ist unbegründet. Die beklagtenseits behaupteten Ansprüche bestehen nicht, sodass auch die behauptete Überzahlung des Klägers nicht vorliegt (vgl. oben).

D.

#### **57**

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 ZPO, die zur vorläufigen Vollstreckbarkeit aus § 709 ZPO.

E.

#### **58**

Der Streitwert war nach § 63 Abs. 2 GKG endgültig festzusetzen und zwar gemäß § 48 Abs. 1 GKG, §§ 3, 4 ZPO in Höhe der geltend gemachten Beträge. Klage und Widerklage waren zusammenzurechnen, § 45 Abs. 1 Satz 1 GKG.