

Titel:

Vorleistungspflicht, Entsorgungsnachweise, Abrechnungsverhältnis, Treuwidrigkeit

Schlagworte:

Vorleistungspflicht, Entsorgungsnachweise, Abrechnungsverhältnis, Treuwidrigkeit

Rechtsmittelinstanzen:

OLG München, Endurteil vom 14.06.2023 – 20 U 8406/21

BGH, Beschluss vom 04.12.2024 – VII ZR 125/23

Tenor

Die Klage wird als derzeit unbegründet abgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

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

Der Streitwert wird auf 281.584,38 € festgesetzt.

Tatbestand

1

Die Klägerin macht als Nachunternehmerin gegen die Beklagte Restwerklohn geltend.

2

Die Beklagte war Auftragnehmerin der x x) für das Bauvorhaben y in ... München. Die Beklagte beauftragte im Rahmen dessen mit Nachunternehmervertrag die Klägerin mit den Erd- und Abbrucharbeiten gemäß deren Angebot vom 25.09.2017 in Verbindung mit dem Leistungsverzeichnis. Es handelte sich um einen Einheitspreisvertrag mit einer Angebotssumme von netto 491.522,50 €. Insoweit wird wegen der Einzelheiten Bezug genommen auf die Anlage K1.

3

Am 20.02.2019 fand eine Besprechung der Parteien wegen Unstimmigkeiten betreffend das vorgenannte Bauvorhaben statt. Mit E-Mail vom 27.03.2019 forderte die Klägerin unter Fristsetzung bis 05.04.2019 von der Beklagten die Gestellung einer Sicherheit nach § 650f BGB in Höhe von 200.000,00 € zur Absicherung seinerzeit offener Vergütungsansprüche (K 19). Die am 05.04.2019 durch die Zurich Insurance ausgestellte Bürgschaft (B14, B15), wurde der Klägerin in der Folge nicht mehr übergeben. Nach einer Fristsetzung durch x gegenüber der Beklagten unter Kündigungsandrohung am 29.03.2019 forderte die Beklagte mit Schreiben vom 02.04.2019 (B8) und vom 03.04.2019 (B9) sowie mit E-Mail vom 05.04.2019 (B10) die Klägerin unter Fristsetzung auf, mitzuteilen, welche Maßnahmen die Klägerin zur Einhaltung vereinbarter Termine ergreifen werde. Mit Schreiben vom 05.04.2019 setzte die x der Beklagten unter Kündigungsandrohung eine letztmalige Nachfrist bis 12.04.2019, um die dort genannten Haufwerke zu beseitigen (B 11). Mit Schreiben vom 08.04.2019 übermittelte die Beklagte der Klägerin dieses Schreibens und setzte dieser ihrerseits eine Frist bis 11.04.2019 (B12). Mit Schreiben vom 12.04.2019 setzt die Beklagte der Klägerin unter Kündigungsandrohung eine letztmalige Nachfrist bis 15.04.2019 (B13). Daraufhin erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 15.04.2019 die außerordentliche Kündigung (K3), welche die Klägerin mit anwaltlichem Schreiben vom 25.04.2019 zurückwies und ihrerseits vorsorglich den Vertrag außerordentlich kündigte (K4).

4

Am 16.04.2019 erfolgte eine gemeinsame Leistungsfeststellung. Mit Schlussrechnung vom 31.05.2019 stellte die Klägerin der Beklagten nach Abzug der bis dahin geleisteten Abschlagszahlungen in Höhe von 445.911,96 € und unter Berücksichtigung des vertraglich vereinbarten Nachlasses von 2% noch brutto 281.584,36 € in Rechnung (K5). Mit Schreiben vom 27.06.2019 wies die Beklagte die Schlussrechnung mangels Prüffähigkeit zurück (K 6).

5

Mit Schreiben vom 13.01.2020 nahm x die Beklagte wegen klägerseits für das streitgegenständliche Bauvorhaben geschuldeter, ausstehender Beitragsanteile zur Finanzierung des Urlaubsverfahrens in Höhe von 74.682,16 € in Haftung (B18). Eine Zahlung durch die Beklagte erfolgte nicht. Stattdessen traf die Klägerin mit der x im März 2020 eine Ratenzahlungsvereinbarung über die per Januar 2020 bestehenden Beitragsrückstände.

6

Mit anwaltlichem Schreiben vom 27.01.2020 forderte die Klägerin die Beklagte unter Fristsetzung bis 14.02.2020 zur Zahlung der noch offenen Restwerklohnforderung sowie der vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten auf (K22). Mit anwaltlichem Schreiben vom 07.02.2020 wies die Beklagte die Zahlungsaufforderung zurück und erklärte vorsorglich die Aufrechnung mit zwei Gegenforderungen in Höhe von insgesamt 40.227,57 € (B 33).

7

Die Klägerin behauptet, der Nachunternehmervertrag sei tatsächlich auch erst mit Unterschrift am 23.01.2018 geschlossen worden. Anzuwenden sei daher das ab dem 01.01.2018 geltende Bauvertragsrecht. § 2 Abs. 5, 6 VOB/B sei wegen Verstoßes gegen § 307 BGB nicht wirksam in den Vertrag einbezogen und auch nicht nachträglich im Rahmen der Besprechung am 20.02.2019 vereinbart worden. Nach der Teilkündigung der Beklagten vom 10.04.2019 (K20) sei eine außerordentliche Kündigung nicht mehr möglich gewesen. Die Kündigung vom 15.04.2019 stelle daher eine freie Auftraggeberkündigung dar. Zudem sei die unter erstmaliger Kündigungsandrohung vom 12.04.2019 gesetzte Frist unangemessen kurz und habe sich die Klägerin zu diesem Zeitpunkt auch nicht in Verzug befunden, da die Bürgschaft noch ausgestanden habe. Die Schlussrechnung sei prüffähig. Alle notwendigen Dokumente und Nachweise seien der Beklagten übermittelt worden. Die Beklagte habe auch alle davor gestellten 13 Abschlagsrechnungen akzeptiert beziehungsweise teilweise nach Überprüfung gekürzt. Die Beklagte könne die Urkalkulation nicht verlangen, da nach tatsächlich angefallenen Kosten abzurechnen sei. Die abgerechneten Nachträge und Mehrkosten in Höhe von 80.671,40 € seien von der Beklagten mehrfach eingefordert und klägerseits ausgeführt worden. Sämtliche abgerechneten Leistungen seien beauftragt und mangelfrei erbracht worden, so auch die Entsorgung von Materialien gemäß Position 06. Insoweit wird wegen der Einzelheiten auf die Darstellung in der Klageschrift vom 26.05.2020 (Seite 10 ff.) sowie der Replik vom 10.11.2020 (Seite 17 ff.) Bezug genommen.

8

Die Klägerin hat zunächst Restwerklohn in Höhe von 206.902,22 € eingeklagt. In der mündlichen Verhandlung vom 10.06.2021 hat die Klagepartei die Klage in der Hauptsache um 74.682,19 € erweitert. Es handelte sich hierbei der Höhe nach um die Forderung der x gegenüber der Klägerin, welche zunächst von der Restwerklohnforderung in Abzug gebracht worden war.

9

Die Klagepartei beantragt zuletzt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von 281.584,38 EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von jeweils 9 Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz p. a. seit dem 07.07.2019 zu zahlen.
2. Weiterhin wird die Beklagte verurteilt außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 3.104,90 € nebst Zinsen hieraus seit dem 15.02.2020 in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz p. a. zu bezahlen.
3. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin alle künftigen Zinsen auf die verauslagten Gerichtskosten in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem Zeitpunkt der Einzahlung der Gerichtskosten zur Gerichtskasse bis zum Tag des Eingangs des Kostenfestsetzungsantrags bei Gericht zu zahlen.

10

Die beklagte Partei beantragt

Klageabweisung.

11

Die Beklagte behauptet, der Nachunternehmervertrag sei noch im Jahr 2017 mündlich, jedenfalls aber konkludent geschlossen worden, so dass noch das bis 31.12.2017 geltende Bauvertragsrecht zur Anwendung komme. § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B seien aber unabhängig hiervon auch bei Anwendung des neuen Bauvertragsrechts anwendbar. Außerdem sei in § 7 des Vertrags eine konkrete individualvertragliche Regelung zur Vergütung von Nachträgen getroffen worden. Auch habe man sich im Rahmen der Besprechung vom 20.02.2019 darauf verständigt, Nachträge auf Basis der Urkalkulation abzurechnen. Die Beklagte habe sich spätestens nach Ablauf von 6 Monaten, also seit dem 01.08.2018 in Verzug befunden, nachdem ursprünglich eine Ausführungsdauer von rund 5 Monaten und einer Woche vorgesehen gewesen sei, man sich dann aber einvernehmlich auf den 01.02.2018 als Ausführungsbeginn verständigt habe. Daher habe die Beklagte am 15.4.2019 zu Recht außerordentlich gekündigt. Zudem könne die Beklagte als weiteren Kündigungsgrund nachschieben, dass die Klägerin ihrer Verpflichtung zur Abführung der geschuldeten Beiträge an x nicht nachgekommen sei. Die Schlussrechnung sei insgesamt nicht prüffähig, da mit der Schlussrechnung nur ein Aufmaß zu einer Position und im übrigen auch mit den Abschlagsrechnungen nur einzelne, beklagten-seits zudem nicht geprüfte und nicht freigegebene Aufmäße vorgelegt worden seien. Daneben würden Regieberichte fehlen und auch die gesetzlich vorgeschriebenen Entsorgungsnachweise, welche nicht nur ein Zurückbehaltungsrecht begründen würden, sondern geschuldetes Leistungsoll seien, so dass bei deren Fehlen eine Vergütung für die Position Entsorgung nicht anfalle. Wegen der Einzelheiten wird insoweit auf die Darstellung in der Klageerwiderung (Seite 34 ff.) sowie in der Duplik vom 09.12.2020 (Seite 9 ff.) Bezug genommen. Die Klage sei nicht schlüssig, jedenfalls aber unsubstantiiert, zumindest aber mangels Fälligkeit derzeit unbegründet. Der Beklagten stünden zudem Gegenforderungen in Höhe von 1.702,924,87 € zu, mit denen die Beklagte in der Klageerwiderung vom 14.08.2020 hilfsweise die Aufrechnung erklärt hat. Insoweit wird auf die Darstellung in der Klageerwiderung (Seite 89 ff.) Bezug genommen.

12

Die Klagepartei hat hierauf erwidert, dass die Schlussrechnung prüffähig und der Einwand fehlender Prüffähigkeit jedenfalls rechtsmissbräuchlich sei. Die Entsorgungsleistung sei ordnungsgemäß erbracht und die hierzu geschuldeten Entsorgungsnachweise seien der Beklagten vollständig übermittelt worden, im April 2021 auch nochmals an die x. Zudem könne ein Zurückbehaltungsrecht darauf nicht gestützt werden, da der Gegenanspruch verhältnismäßig gering sei. Aufrechenbare Gegenforderungen stünden der Beklagten nicht zu.

13

Die Parteien wurden angehört. Es wurde Beweis erhoben durch uneidliche Einvernahme der Zeugen Dr. H., K., F. und W.. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 10.06.2021.

14

In der mündlichen Verhandlung wurde mit den Parteien das weitere Vorgehen erörtert, insbesondere auch der klägerseits noch zu erbringende Vortrag zur Thematik der Entsorgungsnachweise. Die Klagepartei hat binnen nachgelassener Frist mit Schriftsatz vom 17.08.2021 ohne nähere Darstellung ein 562-seitiges Anlagenkonvolut (K27) vorgelegt, welches die Entsorgungsnachweise beinhalten soll. Die beklagte Partei hat hierzu mit Schriftsatz vom 23.09.2021 ergänzend Stellung genommen. Auf die beiden Schriftsätze sowie Anlage K27 wird Bezug genommen.

15

Wegen des Parteivorbringens im übrigen wird zur Ergänzung des Tatbestandes Bezug genommen auf die wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen.

Entscheidungsgründe

16

Die Klage ist zulässig aber jedenfalls derzeit unbegründet.

17

Das Landgericht Landshut ist nach §§ 71 Abs. 1, 23 Nr. 1 GVG, 12, 17 ZPO sachlich und örtlich zuständig.

18

Die Klageerweiterung ist nach §§ 264 Nr. 2, 261 Abs. 2 ZPO zulässig und wirksam erfolgt.

19

Die Klage ist derzeit unbegründet und insoweit abzuweisen. Die Klägerin kann Restwerklohn – unabhängig davon, ob ein solcher besteht und wenn ja, in welcher Höhe – in streitgegenständlicher Höhe jedenfalls derzeit mangels Fälligkeit nicht mit Erfolg gegen die Beklagte geltend machen.

20

1. Unstreitig haben die Parteien einen Nachunternehmervertrag geschlossen, wobei es für den vorliegenden Rechtsstreit im Ergebnis unerheblich ist, ob der Vertrag noch im Jahr 2017 oder erst im Jahr 2018 geschlossen wurde und ob demgemäß das bis zum 31.12.2017 oder das ab dem 01.01.2018 geltende Bauvertragsrecht anzuwenden ist. Ebenfalls kann dahinstehen, ob die Beklagte den Vertrag wirksam außerordentlich gekündigt hat, oder ob es sich um eine freie Auftraggeberkündigung handelte. Unstreitig liegt jedenfalls ein Abrechnungsverhältnis vor. Dahinstehen kann im Ergebnis auch, ob und wenn ja, in welcher Höhe, Gegenforderungen der Beklagten bestehen, mit denen lediglich hilfsweise aufgerechnet wurde. Dies alles, weil eine etwaige Forderung der Klägerin jedenfalls nicht fällig ist, mangels ausreichend substantiierter Darstellung und prozessualen Nachweises der – für einen über die Klageforderung hinausgehenden Teil der schlussgerechneten Vergütung – als Vorleistung geschuldeten Entsorgungsnachweise.

21

a) Gemäß Nachunternehmervertrag wurden als Vertragsbestandteile in § 1 Ziffern 2. und 3. für die klägerseits geschuldete Werkleistung nicht nur das zweiseitige, verhandelte Nachunternehmerangebot der Klägerin vom 25.09.2017 (Anlage K1 Bl. 14/15) einbezogen, sondern insbesondere zur näheren Beschreibung der Leistungspositionen auch das Leistungsverzeichnis der für die Hauptauftraggeberin x tätigen S. vom 30.08.2017. Dieses enthält unter „Nr. 06 Titel Entsorgung“ einleitende Vorbemerkungen, die aufgrund der umfassenden Bezugnahme auf das Leistungsverzeichnis auch Bestandteil des Nachunternehmervertrags zwischen den Parteien geworden sind. Darin heißt es auszugsweise:

„Eine Vergütung der Entsorgung erfolgt erst bei Vorlage des Nachweises der ordnungsgemäßen Entsorgung der Abfälle durch den AN, z.B. über Begleit-/Übernahmescheine, Annahmebestätigungen, etc.“.

22

Es stellt dies eine individualvertragliche Fälligkeitsvoraussetzung für die Vergütung für erbrachte Entsorgungsleistungen dar, wobei nach der vertraglichen Vereinbarung der Auftragnehmer und dementsprechend vorliegend auch die Klägerin als Nachunternehmerin im Verhältnis zur Beklagten vorleistungspflichtig ist. Aufgrund der Vorleistungspflicht der Klägerin scheidet eine Zug-um-Zug-Verurteilung nach § 322 Abs. 1 BGB aus. Die Klägerin als klagende vorleistungspflichtige Vertragspartei hat im übrigen auch die Voraussetzungen nach § 322 Abs. 2 BGB nicht dargetan, was zur Klageabweisung mangels Fälligkeit führt (BGH, Urteil vom 05.06.1973 – VII ZR 112/71; Palandt/Grüneberg, 80. Auflage 2021, § 322 Rn. 5). Nichts anderes folgt aus der vorgenannten Entscheidung des Bundesgerichtshofs insoweit, als dort ausgeführt wurde, dass die Vorleistungspflicht des Unternehmers mit der Abnahme entfällt. Denn vorliegend haben die Parteien über die gesetzlich vorgesehene Abnahme hinausgehend eine teilweise Vorleistungspflicht der Klägerin betreffend die Entsorgung von Materialien und Vorlage der Entsorgungsnachweise vereinbart, die auch mit der Abnahme oder dem Übergang in ein Abrechnungsverhältnis nicht entfällt.

23

b) Der nach Abzug der unstreitig beklagtenseits geleisteten Abschlagszahlungen verbleibende Restwerklohn in streitgegenständlicher Höhe von 281.584,38 € liegt deutlich unterhalb der in Höhe von 340.368,46 € schlussgerechneten Position 06.02 „Entsorgung Materialien“, hinsichtlich der die Werklohnforderung jedenfalls nicht fällig ist. Insoweit hat die darlegungs- und beweisbelastete Klagepartei weder ausreichend substantiiert vorgetragen noch zur Überzeugung des Gerichts nachgewiesen, dass die hierfür als Fälligkeitsvoraussetzung geschuldeten Nachweise einer ordnungsgemäßen Entsorgung auch tatsächlich erbracht wurden.

24

Die beklagte Partei hat zulässigerweise den zunächst pauschalen Vortrag der Klagepartei, die Nachweise seien vollumfänglich erbracht worden, einfach bestritten. In der mündlichen Verhandlung vom 10.06.2021 wurde – nach teilweise durchgeführter Beweisaufnahme, insbesondere zum streitigen Zeitpunkt des Vertragsschlusses – abschließend mit den Parteien der weitere Verfahrensgang erörtert. Obwohl seitens des Gerichts darauf hingewiesen wurde, dass hinsichtlich mehrerer Abrechnungspositionen bislang klägerseits ausreichend substantiierter Vortrag fehle, wurde unter prozessökonomischen Gesichtspunkten darauf verwiesen, dass zunächst im Sinne eines gestuften Vorgehens noch substantiierter Klägervortrag zu den Entsorgungsnachweisen erfolgen solle, da andernfalls die Klage bereits unter diesem Gesichtspunkt mangels teilweiser Fälligkeit als derzeit unbegründet abzuweisen sei, ohne dass es einer weitergehenden aufwändigen Beweisaufnahme bedürfe. Es wurde trotz hiergegen erhobener Einwände der beklagten Partei – der Klagepartei seitens des Gerichts dezidiert aufgezeigt, wie entsprechender Sachvortrag vollständig aber zugleich übersichtlich dargestellt werden könnte, wobei der Klagepartei aufgrund des Beibringungsgrundsatzes die Form des Vortrags freigestellt wurde. Der Klagepartei wurde indes aufgezeigt, dass die Entsorgungsnachweise für jede in der Schlussrechnung aufgeführte Entsorgungsposition (06.02.001 – 06.02.035) in einer aus sich heraus verständlichen Form dargestellt werden müssen, wobei seitens des Gerichts vorgeschlagen wurde, dass im Schriftsatz eine einheitliche tabellarische Darstellung erfolgen solle mit jeweiligem Verweis auf Anlagen mit entsprechend geordneter Zusammenstellung der Entsorgungsnachweise nach den jeweiligen Haufwerken und zugehörigen Wiegescheinen, Entsorgungsnachweisen etc. Hierfür wurde der Klagepartei in Anbetracht des zu erwartenden Aufwands und Umfangs des nötigen Vortrags eine mit der Klagepartei in der mündlichen Verhandlung abgestimmte Schriftsatzfrist von 2 Monaten gewährt, deren Verlängerung um 5 Wochen mit standardisierter Begründung am 28.07.2021 beantragt wurde. Aufgrund der vorgenannten Umstände wurde nach Anhörung der beklagten Partei die Frist mit Verfügung vom 06.08.2021 letztlich bis 19.08.2021 verlängert. Der schriftsätzliche Vortrag der Klagepartei vom 17.08.2021 ist nicht ausreichend substantiiert. Darin wird letztlich lediglich auf die 562-seitige Anlage K27 verwiesen, ohne darzustellen, wie diese aufgebaut und zur Schlussrechnungsposition 06.02 in Bezug zu setzen ist. Eine Bezugnahme auf Anlagen in Schriftsätzen ist nur bei übersichtlichen und aus sich heraus verständlichen zur Substantiierung des Sachvortrags prozessual zulässig (BGH, Beschluss vom 02.10.2018 – VI ZR 213/17). Selbst bei wohlwollendster Handhabung ist es weder dem Gericht noch der beklagten Partei – welche hierzu im Schriftsatz vom 23.09.2021 in prozessual übergebühlicher Form sogar noch punktuell konkrete Einwände vorgetragen hat – zumutbar, sich aus der äußerst umfassenden und unübersichtlichen Anlage K27 die erforderlichen Informationen herauszusuchen und diese den jeweiligen Schlussrechnungsunterpositionen zu Position 06.02 zuzuordnen. Es wäre dies Sache der darlegungsbelasteten Klagepartei gewesen, die dem binnen nachgelassener Frist nicht ausreichend nachgekommen ist.

25

c) Entgegen der klägerischen Ansicht handelt die beklagte Partei auch nicht treuwidrig, indem sie sich auf die vertraglich ausdrücklich vereinbarte Vorleistungspflicht der Klägerin beruft, zumal die Beklagte auch gegenüber ihrer Auftraggeberin x der identischen Vorleistungspflicht unterliegt.

26

2. Zinsen und vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten teilen als Nebenforderungen das Schicksal der Hauptforderung.

27

Die Entscheidung über die Kosten und die vorläufige Vollstreckbarkeit beruhen auf §§ 91 Abs. 1 S. 1, 709 S. 1, 2 ZPO.

28

Der Streitwert entspricht nach §§ 48 Abs. 1 GKG, 3 ZPO dem Hauptsachewert nach Klageerweiterung.