

OLG München

Beschluss

vom 02.04.2019

28 U 413/19 Bau

BGB § 648; VOB/B §§ 2, 8

Lässt der Auftraggeber einzelne Positionen nach Auftragserteilung nicht vom Auftragnehmer ausführen, liegt eine Teilkündigung und keine Leistungsänderung vor, so dass dem Auftragnehmer die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen zusteht.

LG München, Beschluss vom 02.04.2019 - 28 U 413/19 Bau

orhergehend:

LG München II, 20.12.2018 - 3 O 4755/17 Bau

In Sachen

(...)

wg. Forderung

Hinweis

Der Senat beabsichtigt, die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts München II vom 20.12.2018, Az. 3 O 4755/17 Bau, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil er einstimmig der Auffassung ist, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordern und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist.

I. Urteil des Landgerichts München II

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von etwa 7.600 Euro nebst Zinsen verurteilt und im Übrigen im Umfang von etwa 300 Euro und weiteren Zinsen die Klage abgewiesen. Auf den Tenor wird Bezug genommen.

Das Landgericht sprach - soweit in der Berufung von Relevanz - entgangenen Gewinn (etwa 1.800 Euro) zu, weil die Beklagte zwei Leistungen aus dem Vertrag über Metallbauarbeiten nicht abgerufen habe. Dies sei als Teilkündigung zu werten und damit nach § 8 VOB/B zu vergüten. Weitere etwa 850 Euro entfielen auf Zusatzaufträge für ein Lüftungsgitter und ein Geländer. Die Beklagte könne keine Reinigungskosten über 500 Euro abziehen und der geltend gemachte Einbehalt über etwa 2.400 Euro für fehlende Dokumentation sei unschlüssig und daher nicht gerechtfertigt.

II. Berufungen

1. Die Klägerin beschränkt ihre Berufung auf die aberkannten Zinsen im Umfang von über 600 Euro.
2. Die Beklagte meint, dass das Gericht die Klage hinsichtlich der o.g. Einzelposten hätte abweisen und nur etwa 2.000 Euro zusprechen dürfen.

Hinsichtlich des entgangenen Gewinns habe das Erstgericht nicht berücksichtigt, dass die Klägerin jeweils einen Ausgleich erhalten hätte. Hinsichtlich der Zusatzaufträge hätte die Klägerin weder Regiestunden noch Aufwendungen ansetzen dürfen. Die Kosten für die Reinigung seien als Verzugschaden abzuziehen. Ein Abzug für die fehlende Dokumentation sei gerechtfertigt, da die Klägerin nicht nachgewiesen habe, dass diese vollständig übergeben worden sei.

Auf die Einzelheiten der Berufungsbegründungen wird Bezug genommen.

III. Einschätzung des Senats

Aus Sicht des Senats ist die Berufung der Klägerin als Anschlussberufung zu werten. Die Berufung der Beklagten hat keine Aussicht auf Erfolg hat.

1. Die Berufung der Klägerin ist als Anschlussberufung zu bewerten.

Der BGH hat in einer Grundsatzentscheidung (**NJW 1958, 342**, kommentiert in Zöller, § 511 RNr. 32) deutlich gemacht, dass ein Verzicht auf einen Teil des Streitgegenstands den Streitwert nicht erhöhen kann. In einem fiktiven Beispiel hat der BGH klar gemacht, dass bei einem nicht revisiblen Teilunterliegen über 1000 DM mangels Erreichens der Beschwer die Revision nicht dadurch eröffnet wird, dass unter Verzicht auf diese 1000 DM allein die Zinsen im Umfang von 10.000 DM weiter verfolgt werden; dies "wäre widersinnig". Da die Berufung den Beschwerdewert des § 511 ZPO nicht erreicht, lebt sie als Anschlussberufung weiter, da diese beschwerdewertunabhängig ist (Zöller, § 524 RNr. 31). Als solche ist sie vom Schicksal der Berufung der Beklagten abhängig; da der Senat insoweit eine Zurückweisung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO beabsichtigt, ist eine Einschätzung zu den Erfolgsaussichten der Berufung der Klägerin entbehrlich.

2. Die Berufung der Beklagten hat keine Aussicht auf Erfolg.

a) Nullpositionen

In der Kommentarliteratur und Rechtsprechung ist streitig, wie sich der vollständige Verzicht auf Einzelpositionen bei einem Einheitspreisvertrag auswirkt. U. a. wird die Vorschrift des § 2 Abs. 3 VOB/B für Mengenminderungen herangezogen, z. T. wird wertend auf die Vorschriften über eine Teilkündigung zurückgegriffen.

aa) Der BGH hat in der von der Beklagten zitierten Grundsatzentscheidung (BGH **NJW 2012, 1348**) deutlich gemacht, dass der Weg über § 2 VOB/B nur in Betracht kommt, wenn ein Fall der vom Regelungsgehalt dieser Vorschrift umfassten Äquivalenzstörung vorliegt. Der Regelungsgehalt dieser Vorschrift will einen interessengerechten Ausgleich für Mengenänderungen herbeiführen, wenn sich die anfängliche Schätzung als unzutreffend

erweist. Bei Einheitspreisverträgen wird der zu erwartende Aufwand geschätzt und zur Grundlage der Preiskalkulation gemacht. Es liegt nun aber in der Natur von Schätzungen, dass die späteren tatsächlichen Begebenheiten hiervon abweichen können. Dann ist unmittelbar die Geschäftsgrundlage der Preiskalkulation betroffen und der Preis ist unter Abwägung der widerstreitenden Interessen anzupassen.

Wenn aber der Auftraggeber auf eine bestimmte Position verzichtet, fällt dies nicht unter diesen Regelungsgehalt, da der Verzicht nicht mit der Ungenauigkeit einer Prognose vergleichbar ist, was der BGH in seiner Entscheidung ausdrücklich hervorgehoben hat.

Vorliegend wurde von der Beklagten als Auftraggeberin auf die genannten Positionen verzichtet; mithin liegt keine Störung der Geschäftsgrundlage gemäß den Wertungen des § 2 VOB/B vor. Die "Nullpositionen" waren daher nicht nach dieser Bestimmung abzurechnen.

Nur ergänzend bemerkt der Senat an dieser Stelle: Die Einschätzung, dass sich die Klägerin durch Ergänzungsaufträge etwas erspart hat, geht vorliegend fehl. Die Bestimmung des § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B ähnlich der Wertung des § 8 Abs. 2 VOB/B — geht davon aus, dass Bestandteil eines Einheitspreises die Baustelleneinrichtungskosten, die Baustellengemeinkosten und die Allgemeinen Geschäftskosten sind. Eine Überwälzung dieser Kosten auf den Unternehmer ist nicht sachgerecht, da diese Kosten in jedem Fall eingetreten und auf den Besteller umgelegt worden wären. Die "Umlage" dieser Unkosten ist aber entbehrlich, wenn sie durch Erhöhung anderer Positionen und Zusatzaufträge bereits abgedeckt sind. Ein versteckter Verlust oder Gewinn soll hierdurch verhindert werden. Anders verhält es sich aber mit dem Gewinn des Unternehmers: Es besteht Einigkeit, dass insoweit ein Redaktionsversehen vorliegt und § 2 VOB/B auch den Gewinn umfasst. Eine Kompensation ist hier denklogisch ausgeschlossen.

bb) Ob nun eine Teilkündigung vorliegt oder nicht, kann offenbleiben. Für die Abrechnung der nicht unter § 2 VOB/B fallenden "Nullpositionen" kommt nur eine Abrechnung nach § 8 VOB/B (bzw. § 648 BGB) in Betracht, sei es direkt oder entsprechend. Daher geht die Rüge der Formunwirksamkeit der (Teil-) Kündigung ins Leere, da es um die nicht in Streit stehende - grundsätzliche Vergütungspflicht geht, wenn die Beklagte, entgegen der getroffenen Absprache, einseitig auf vereinbarte Vertragsleistungen verzichtet. Dass die Beklagte die Leistungen einseitig abbestellt hat, ist unstrittig.

Mit der Wertung der vorgenannten Vorschriften wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Kalkulationsgrundlage der Klägerin der Gesamtauftrag war. Der Unternehmer wird regelmäßig zur Steigerung der Attraktivität seines Angebots, bestimmte Positionen günstig anbieten und seinen Gewinn über andere Positionen, bei denen ein entsprechendes Knowhow vorliegt oder günstige Produktions- oder Einkaufsmöglichkeiten bestehen, sichern. Dieses Berechnungssystem verliert nun durch eine Teilkündigung ihre Grundlage.

Der Gesetzgeber hat sich in den vorgenannten Bestimmungen nun dafür entschieden, dass die Interessen des Unternehmers schützenswert sind und ihm die vereinbarte Vergütung zusteht, allerdings nur in eingeschränktem Umfang. Die Rechtsprechung hat in zahlreichen Entscheidungen die Anforderungen an die vom Unternehmer zu erstellende Abrechnung konkretisiert und fordert unter Offenlegung der Urkalkulation die Aufschlüsselung von ersparten Lohnkosten und Materialaufwendungen. Dem ist die Klägerin nachgekommen.

Die Berufung rügt insoweit keine Fehler, sondern meint, dass die Klägerin durch Zusatzaufträge eine entsprechende Kompensation erhalten habe. Das ist im Anwendungsbereich des § 8 VOB/B unbeachtlich.

b) Soweit die Berufung die Abrechnung der Zusatzkosten für Geländer und Lüftungsgitter rügt, folgt der Senat dem nicht.

Es war streitig, welche Vergütung für diese Zusatzaufträge vereinbart wurde und ob abrechenbare Aufwendungen entstanden sind.

Das Gericht hat die klägerischen Forderungen nach entsprechender Beweisaufnahme als berechtigt anerkannt. Die Berufung greift insoweit die Beweiswürdigung erster Instanz an. Der Senat hat keine konkreten Anhaltspunkte, die Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen. Der Hinweis u. a. auf die pauschale Beweiswürdigung verfängt nicht, da sich das Erstgericht der Problematik des Näheverhältnisses des Zeugen Filser bewusst war und dessen Glaubwürdigkeit nachvollziehbar begründet hat. Hierbei hat das Erstgericht auch aus den Gesamtumständen Indizien für die Glaubhaftigkeit der Angaben abgeleitet. Der Berufung gelingt es nicht, konkrete Zweifel aufzudecken, die eine Wiederholung der Beweisaufnahme rechtfertigen würden und der Senat macht sich die nachvollziehbare Beweiswürdigung zu Eigen.

c) Soweit die Berufung rügt, dass die Reinigungskosten als Verzögerungskosten in Abzug zu bringen seien, folgt das Gericht dem ebenfalls nicht.

Das Erstgericht hat sich nach Vernehmung des angebotenen Zeugen nicht die erforderliche Gewissheit bilden können, dass bei Jour Fix Terminen die "Reinigung" ausreichend thematisiert wurde. So gab der vernommene Zeuge im Wesentlichen an, er habe immer alle Firmen zur Reinigung aufgefordert, meistens mit einer Frist von einer Woche. Er habe aber keine konkrete Erinnerung mehr.

Das Erstgericht hat den Nachweis für eine verzugsbegründende Mahnung als nicht erbracht erachtet. Letztlich erstrebt die Berufung die Ersetzung der gerichtlichen Einschätzung zum Ergebnis der Beweisaufnahme durch die eigene Einschätzung. Da der Senat keine konkreten Anhaltspunkte hat, die Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen, dringt die Berufungsrüge nicht durch. Berücksichtigt man den Umfang der Arbeiten, die Dauer der Baustelle und die erheblichen Rechtsfolgen eines Verzugs, begegnet es keinen Bedenken, wenn das Gericht entsprechende Anforderungen an die Eindeutigkeit der Leistungsaufforderung stellt. Der Beklagten gelang der Nachweis nicht, wo und in welchem Umfang mit Fristsetzung welche Reinigungsarbeiten als fehlerhaft moniert wurde. Das Gericht hat den Hinweis als allgemeines Verlangen gedeutet, die "Baustelle sauber zu halten". Das ist für eine In-Verzug-Setzung nicht ausreichend.

Das Gericht hat zudem zutreffend darauf hingewiesen wurde, dass ein konkreter Schaden nicht nachvollziehbar ermittelt wurde, da der Schaden auf "Gefühl" geschätzt wurde. Das entspricht nicht den Anforderungen an den von der Beklagten geschuldeten Nachweis eines Schadens.

d) Soweit die Beklagte einen Einbehalt über etwa 2.380 Euro für eine unvollständige Schlussdokumentation geltend macht, wurde der Einwand als unsubstantiiert zurückgewiesen.

Im Tatbestand, der mangels Berichtigungsantrags insoweit maßgeblich ist, wurde festgehalten, dass der Beklagten die Unterlagen am 4.2.2015 übergeben wurden und sich die Beklagte lediglich auf eine fehlende Vollständigkeit berufen hätte. Die Beklagte habe es aber versäumt, die fehlenden Unterlagen zu benennen und auch in der Berufung fehlt ein entsprechender Vortrag. Fehler des Ersturteils sind nicht ersichtlich und mangels Substantiierung ist es nicht möglich, die Einwendungen überhaupt rechtlich bestimmten Gegenrechten — Verletzung einer Nebenpflicht, einer Hauptpflicht oder bestimmte Sekundärrechte - zuzuordnen; Ausführungen hierzu fehlen. Ob nun die Unterlagen bei der Abnahme am 10.9.2014 vorlagen oder nicht, wäre z. B. vor dem Hintergrund des § 641 Abs. 3 BGB nicht entscheidungserheblich.

Der Senat regt daher die Rücknahme der Berufung an.

Hierzu bzw. zur Stellungnahme zu diesem Hinweis besteht Gelegenheit bis zum 25.04.2019.