

OLG Schleswig

Urteil

vom 11.09.2024

12 U 156/22

BGB §§ 389, 406, 648, 648a, 650f

1. Grundsätzlich hat zwar der Unternehmer die Höhe der vom Besteller verlangten Bauhandwerkersicherung anzugeben. Allerdings ist ein Verlangen ohne Angabe der Höhe jedenfalls dann wirksam sein, wenn es dem Besteller auch ohne Anknüpfungspunkte möglich ist, die Höhe festzustellen, die Höhe also bestimmbar ist.
2. Durch Auslegung ist zu ermitteln, welches Lösungsrecht der Erklärende in Anspruch nimmt. Fehlen eine vorausgehende Fristsetzung oder Abmahnung, sprechen die Gesamtumstände für eine Auslegung der Kündigung als freie Kündigung.
3. Stammen Haupt- und Gegenforderung aus einem einheitlichen Rechtsverhältnis, ist eine Aufrechnung auch dann zulässig, wenn die Gegenforderung erst nach Kenntniserlangung von der Abtretung entsteht und nach ihr fällig wird.

OLG Schleswig, Urteil vom 11.09.2024 - 12 U 156/22

vorhergehend:

LG Kiel, 18.11.2022 - 9 O 108/21

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Kiel vom 18.11.2022, Az. 9 O 108/21, unter Zurückweisung der Berufung im übrigen, teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 1.843,47 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 06.07.2021 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat zu 89% die Klägerin, zu 11% der Beklagte zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Beschluss:

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 16.613,69 Euro festgesetzt.

Gründe:

(abgekürzt nach § 313a Abs. 1 ZPO)

Die zulässige Berufung hat in der Sache überwiegend Erfolg.

Der Klägerin steht gegen den Beklagten ein Anspruch auf Rückzahlung nur in Höhe von 1.843,47 Euro, nicht in Höhe der geltend gemachten 16.6123,69 Euro, aus dem Vertrag des Beklagten mit der Firma R GmbH i. V. m. § 398 BGB zu.

Dass ein Vertrag mit dem Beklagten geschlossen wurde, hat das Landgericht aufgrund durchgeführter Beweisaufnahme festgestellt. An diese Feststellungen ist das Berufungsgericht gebunden, da keine konkreten Anhaltspunkte für Fehler bei der Tatsachenfeststellung vorliegen, welche eine Neufeststellung gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO erforderlich machen würden.

Die Firma R GmbH hat der Klägerin die Rechte aus diesem Vertrag einschließlich der vertraglichen Gestaltungsrechte auch umfänglich abgetreten. Insofern wird auf die überzeugenden Ausführungen des Landgerichts im angegriffenen Urteil Bezug genommen (Urteil S. 7 f.). Selbst wenn man dem nicht folgen würde, war die Klägerin zumindest nach §

185 Abs. 1 BGB berechtigt, mit Einwilligung des Berechtigten eine Verfügung in Form einer Gestaltungserklärung zu treffen. Denn aufgrund der Regelungen in der Abtretungserklärung wollte die Bauträgerin in den weiteren Fortgang des Bauvorhabens nicht mehr involviert sein. Es ist daher davon auszugehen, dass sie, wenn sie nicht ohnehin Gestaltungsrechte auf die Klägerin übertragen wollte, zumindest schlüssig in die Ausübung entsprechender Rechte durch die Klägerin eingewilligt hat. Dies ergibt sich aus den Gesamtumständen, welche das Landgericht zutreffend gewürdigt hat. § 185 Abs. 1 BGB ist insofern auch auf Gestaltungsgeschäfte anzuwenden; dem Erklärungsgegner steht dann analog §§ 184, 111 BGB ein Zurückweisungsrecht zu (vgl. Grüneberg-Ellenberger, BGB, 81. Auflage, § 185, Rn. 2). Insofern hat sich der Beklagte aber nicht gegen die Kündigung durch die Klägerin gewandt, sondern vielmehr letztlich durch Rechnungsstellung gegenüber der Klägerin mit der Anlage K8 als Schlussrechnung zum Ausdruck gebracht, die Vertragsbeendigung der Klägerin zu akzeptieren.

Die Klägerin ist indes von dem Vertrag nicht zurückgetreten, sondern hat den Vertrag gekündigt. Die Erklärung vom 28.04.2021 (Anlage B10) ist insofern als Kündigung auszulegen. Hierfür spricht bereits der Wortlaut der Erklärung, wo es heißt: "... kündige ich diesen Vertrag ...".

Die Erklärung ist auch nicht als Rücktritt zu verstehen oder umzudeuten. Es steht zwar nach den Feststellungen des Landgerichts fest, dass der Beklagte seine Leistung verweigert hat, jedoch fehlt es für ein Rücktrittsrecht an einer Fristsetzung nach § 323 Abs. 1 BGB, weil von einer ernsthaften und endgültigen Leistungsverweigerung des Beklagten nicht ausgegangen werden kann. Entgegen der Auffassung des Landgerichts hat sich der Beklagte insofern nicht vom Vertrag losgesagt oder versucht, nachträglich andere Bedingungen als vereinbart durchzusetzen.

Der Zeuge Gö hat zwar in seiner Vernehmung erklärt, bei einer Baubesprechung habe der Beklagte vor mehreren Handwerkern gesagt, dass er den Auftrag nicht mehr ausführen werde und dass er danach auch zu mehreren Baubesprechungen nicht mehr erschienen sei. Allerdings sind an eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung strenge Anforderungen zu stellen, die hier nicht erfüllt werden.

Der Beklagte hat insofern, von der Klägerin unbestritten, vorgetragen, dass einige Handwerker verspätet oder gar nicht von der Firma R GmbH bezahlt wurden. Die Klägerin selbst hat insofern Zahlungsschwierigkeiten des Bauträgers vorgetragen, die letztlich auch der Grund dafür waren, dass die Klägerin das Bauvorhaben selbst zu Ende führte. Der Beklagte hat zudem vorgetragen, dass er in der Baubesprechung vom 04.08.2020 eine Vertragserfüllungsbürgschaft gefordert habe. (Schriftsatz vom 22.11.2021, B. 55 d. A.). Diesen Vortrag hat sich die Klägerin im Schriftsatz vom 06.12.2021 hilfsweise zu eigen gemacht (Bl. 64 d. A.).

Zu diesem Zeitpunkt war zwar bereits eine Anzahlung in Höhe der Hälfte der vereinbarten Vergütung geleistet worden, jedoch bestand ein Anspruch des Beklagten nach § 650 f Abs. 1 S. 1 BGB auf Sicherheit in Höhe der weiteren noch nicht gezahlten Vergütung zuzüglich 10% für Nebenforderungen. Auch wenn der Beklagte eine Sicherheit nicht in einer bestimmten Höhe gefordert hat, war dies vorliegend unschädlich. Grundsätzlich hat zwar der Unternehmer die Höhe der vom Besteller verlangten Sicherheit anzugeben. Allerdings ist ein Verlangen ohne Angabe der Höhe jedenfalls dann wirksam sein, wenn es dem Besteller auch ohne Anknüpfungspunkte möglich ist, die Höhe festzustellen, die Höhe also bestimmbar ist. Denn der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass es die Wirksamkeit des Verlangens unberührt lässt, wenn das Verlangen die Höhe des tatsächlichen Vergütungsanspruchs des Unternehmers für die vereinbarte und noch nicht bezahlte Vergütung übersteigt, und für den Besteller die Höhe feststellbar ist. Es obliegt insofern dem zur Kooperation verpflichteten Besteller, eine Sicherheit in einer angemessenen Höhe anzubieten (Vgl. zum Ganzen: Cramer in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Auflage, § 650f, Rn. 38 m.w.N.).

Ohne Leistung einer entsprechenden Sicherheit war der Beklagte zur Leistungsverweigerung zwar gemäß 650f Abs. 5 BGB nur nach entsprechender Fristsetzung berechtigt. Dass er eine solche Frist nicht gesetzt hat, ändert jedoch nichts daran, dass er die Leistung nicht ernsthaft und endgültig verweigert hat, sondern diese nur von der Leistung finanzieller Sicherheit abhängig gemacht hat. Dass er nach wie vor leistungsbereit war, wird insbesondere nicht dadurch widerlegt, dass er bereit war, mit dem Miteigentümer G über die Leistungserbringung zu verhandeln, mit dem er sich am 13.09.2020 traf. Auch hat er insofern der WEG ein neues Angebot unterbreitet, bei dem die Anzahlung, welche der Beklagte als eine solche der Firma R GmbH ansah, wenngleich sie von den Eigentümern stammte, gerade nicht verrechnet werden sollte. Insofern hat der Beklagte seinem Verhalten nach zwischen beiden Vertragsverhältnissen unterschieden. Auch der Zeuge G hat hierzu ausgeführt, dass der Beklagte nicht gesagt habe, er werde den Auftrag nicht ausführen, sondern einfach ein neues Angebot erstellt habe. (Protokoll vom 02.06.2022, S. 10, B. 143 d. A.) Da die Firma R GmbH zu diesem Zeitpunkt keine Leistungserbringung vom Beklagten forderte und auch keine Sicherheit leistete, stellte sich das Gesamtverhalten des Beklagten insofern ihr gegenüber nicht als ernsthafte endgültige Erfüllungsverweigerung dar. Insbesondere hat er auch nicht ihr gegenüber versucht, andere Bedingungen durchzusetzen, sondern lediglich der Klägerin ein verändertes Angebot gemacht.

Damit kam für eine Lösung der Klägerin vom Vertrag nur eine Kündigung in Betracht. Diese war als Kündigung nach § 648 BGB zu werten, da aufgrund des oben Gesagten von einer Pflichtverletzung des Beklagten, welche eine Kündigung aus wichtigem Grund nach § 648 a Abs. 1 BGB gerechtfertigt hätte, nicht ausgegangen werden kann. Es ist insofern gegebenenfalls durch Auslegung zu ermitteln, welches Lösungsrecht der Erklärende in Anspruch nimmt, was sich häufig schon aus den Umständen wie vorangehender Fristsetzung, Abmahnung etc. ergibt (vgl. Grüneberg-

Retzlaff, BGB, 81. Auflage, § 648a, Rn. 9). Eine vorherige Fristsetzung gegenüber dem Beklagten fehlt hier ebenso wie eine Abmahnung. Insofern sprechen die Gesamtumstände für eine Auslegung der klägerischen Kündigung als freie Kündigung.

Dies hat zur Folge, dass der Beklagte gegenüber der Rückzahlungsforderung der Klägerin mit seinem Anspruch aus § 648 S. 2 BGB aufrechnen kann, was gemäß § 406 BGB auch gegenüber der Klägerin möglich ist, wenn eine Abtretung vorliegt. Auch wenn die Gegenforderung des Beklagten später fällig wurde als der Rückforderungsanspruch der Klägerin, so stammen Haupt- und Gegenforderung aus einem einheitlichen Rechtsverhältnis. In diesem Fall lässt die herrschende Meinung in teleologischer Reduktion des § 406 Hs. 2 eine erweiterte Aufrechnungsmöglichkeit zu, auch wenn die Gegenforderung erst nach Kenntniserlangung von der Abtretung entsteht und nach ihr fällig wird (BeckOGK-Lieder, BGB, Stand: 1.8.2024, § 406, Rn. 47).

Die Aufrechnungsforderung des Beklagten beläuft sich in der Höhe auf 14.770,00 Euro. Insofern hat er zwar mit der Schlussrechnung vom 28.05.2021 (Anlage K8) eine Forderung in Höhe von 16.613,00 Euro geltend gemacht. Jedoch können hieraus die verlangten Stundenlohnleistungen in Höhe von 2.409,50 Euro netto nicht verlangt werden, weil sich aus dem Angebot vom 15.06.2020 (Anlage K1), das letztlich angenommen wurde, keine vergütungspflichtigen Vorleistungen ergeben, welche als Stundenlohnarbeiten abgerechnet werden konnten. Die Vergütung ist deshalb ausgehend von nicht erbrachten Leistungen in Höhe von 36.164,83 Euro zu errechnen, welche nach dem Angebot geschuldet waren, von denen noch ersparte Aufwendungen des Beklagten abzuziehen sind.

Dabei handelt es sich zum einen um Materialkosten von 10.100,63 Euro. Die Klägerin hat zwar zunächst behauptet, dass hier höhere Materialkosten erspart wurden, jedoch letztlich ihr diesbezügliches Beweisangebot zurückgezogen, so dass die Materialkosten nunmehr nur in der Höhe, wie in der Schlussrechnung aufgeführt, zu berücksichtigen waren, weil die Klägerin für eine höhere Ersparnis beweisfällig geblieben ist.

Zudem waren unstreitig ersparte Lohnkosten in Höhe von 11.293,98 Euro laut Schlussrechnung abzuziehen.

Dass der Beklagte infolge von Füllaufträgen noch Gewinne erzielt hat, welche er sich anrechnen lassen muss, konnte durch das Berufungsgericht nicht festgestellt werden. Der Beklagte hat zuletzt ausführlich und unter Vorlage von Belegen unter anderem im Schriftsatz vom 11.04.2024 dargelegt, wie die Auftragslage in seinem Betrieb sich ab Mitte Dezember 2020 gestaltete, als eigentlich der Auftrag hätte erfüllt werden sollen. Daraus ergibt sich, dass der Betrieb des Beklagten, insbesondere im Bereich der Werkstatt, wo ein Großteil der Arbeiten hätte verrichtet werden sollen, im fraglichen Zeitraum nicht ausgelastet war, weil anderweitige Aufträge nicht generiert werden konnten. Dem diesbezüglichen substantiierten Vortrag ist die Klägerseite nicht substantiiert entgegengetreten, so dass er gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden gelten muss. Damit hat die beweispflichtige Klägerin weitere abzugsfähige Gewinne des Beklagten nicht bewiesen.

Damit verbleibt von den nicht erbrachten Leistungen ein Betrag von 14.770,22 Euro, welchen der Beklagte von der Klägerin verlangen konnte.

Ausgehend davon, dass der Beklagte als Anzahlung 21.518,07 Euro erhalten hatte und der Klägerin bereits 4.904,38 Euro hiervon erstattet hat, verblieben ihm noch 16.613,69 Euro. Da er hiervon nur 14.770,22 Euro beanspruchen kann, hat der an die Klägerin noch die Differenz von 1.843,47 Euro zu erstatten, weil seine Gegenforderung die Klagforderung nicht in voller Höhe zum Erlöschen nach § 389 BGB bringt.

Ein Zinsanspruch besteht erst ab Rechtshängigkeit aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB, da eine erhebliche Zuvielforderung der Klägerin im Rahmen der Mahnung vorlag und der Beklagte nicht davon ausgehen konnte, dass sich die Klägerin mit der Leistung eines geringeren Betrages als der gesamten geleisteten Anzahlung zufrieden geben würde, so dass es an einem Verzug im Sinne des § 286 BGB aufgrund der Mahnungen vom 14.12.2020 und vom 02.02.2021 fehlte.

Vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten können mangels Verzugs aus §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB nicht verlangt werden.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 2 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Zitiervorschlag:

OLG Schleswig Urt. v. 11.9.2024 – 12 U 156/22, IBRRS 2024, 3392

© Verlag C.H.Beck GmbH & Co. KG 2025