
Datum: 25.11.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 155/08
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:1125.12U155.08.00

Vorinstanz: Landgericht Siegen, 6 O 96/06
Schlagworte: Anspruch auf Rückzahlung zu hoher Abschlagszahlungen
Normen: §§ 631 Abs. 1, 632a BGB

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 28.10.2008 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer – 1. Kammer für Handelssachen - des Landgerichts Siegen wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird gestattet, die Vollstreckung der Gegenseite durch Sicher-heitsleistung in Höhe von 120% des beizutreibenden Betrages abzuwenden, falls nicht die Gegenseite zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

(gem. § 540 Abs. 1 S. 1 ZPO)	2
A.	3
Während die Klägerin die Rückzahlung angeblich zu viel gezahlten Werklohns mit der Klage begehrt, verfolgt die Beklagte mit der Widerklage einen angeblichen Restwerklohnanspruch für Arbeiten an Abwasserleitungen auf dem Grundstück der Klägerin.	4
Dem Rechtsstreit liegt folgender Sachverhalt zugrunde:	5
Im September 2004 trat an den auf dem klägerischen Industriegrundstück befindlichen Abwasserleitungen ein Schaden auf. Die Klägerin beauftragte daraufhin mündlich die Beklagte mit der Schadensbeseitigung.	6
Hinsichtlich ihrer Arbeiten in der Zeit vom 08.09. – 17.09.2004 erstellte die Beklagte unter dem 21.09.2004 eine als Abschlagsrechnung bezeichnete Rechnung über einen Betrag von 9.029,50 €. Nach Prüfung durch den Architekten der Klägerin L ist die Rechnung von ihr bezahlt worden.	7
Eine zweite als Abschlagsrechnung bezeichnete Rechnung über einen Betrag i.H.v. 13.747,00 € erstellte die Beklagte für den Zeitraum 20.09. – 02.12.2004 unter dem 09.12.2004. Nach entsprechender Prüfung durch den Architekten L zahlte die Klägerin hierauf insgesamt 13.853,72 €.	8
Während der laufenden Arbeiten legte die Beklagte hinsichtlich der Durchführung der gesamten Sanierungsarbeiten zwei Angebote vor, die beide von der Klägerin als zu hoch abgelehnt worden sind.	9
Nachdem die Baustelle von Mitte Dezember 2004 bis November 2005 still gelegen hatte, die Beklagte hatte im Einvernehmen mit der Klägerin lediglich noch die Baustelleneinrichtung vorgehalten, kündigte die Klägerin Ende November 2005 den Vertrag mit der Beklagten, woraufhin diese ihre bis zum 30.11.2005 erbrachten Leistungen mit 10.304,02 € abgerechnet hat.	10
Eine von der Klägerin eingeschaltete Consulting-Firma kam im Mai 2005 zu dem Ergebnis, dass sich die angemessene Vergütung für die Arbeiten der Beklagten auf lediglich 3.805,96 € belaufe.	11
Daraufhin forderte die Klägerin den ihrer Ansicht nach überzahlten Betrag unter Fristsetzung bis zum 29.05.2006 zurück.	12
Sie hat beantragt,	13
die Beklagte zu verurteilen, an sie 20.388,54 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozent-punkten über dem Basiszinssatz aus 19.076,54 € seit dem 30.05.2006 und von weiteren 1.312,00 € seit dem 02.04.2008 zu zahlen.	14
Die Beklagte hat beantragt,	15
die Klage abzuweisen.	16
Widerklagend hat sie beantragt,	17

die Klägerin zu verurteilen, an sie 10.304,02 € nebst Zinsen i.H.v. 8 Prozent- punkten über dem Basiszinssatz seit dem 21.01.2006 sowie 703,80 € vorgerichtliche Anwaltskosten zu zahlen.	18
Sie hat die Ansicht vertreten, die Klägerin habe durch die Prüfung und Zahlung der Abschlagsrechnungen ein deklaratorisches Anerkenntnis abgegeben.	19
Die Klägerin hat beantragt,	20
die Widerklage abzuweisen.	21
Das Landgericht hat nach Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens des Sachverständigen T der Klage i.H.v.15.789,04 € nebst Zinsen stattgegeben und im Übrigen Klage und Widerklage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Zahlungen der Klägerin seien unter dem Vorbehalt der späteren Abrechnung erfolgt und deshalb nicht als Anerkenntnis zu werten. Aufgrund des Gutachtens des Sachverständigen T sei von einem angemessenen Werklohn i.H.v. 7.094,18 € brutto auszugehen.	22
Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung, mit der sie ihre erstinstanzlichen Anträge weiter verfolgt.	23
Sie ist der Ansicht, das Landgericht habe die Problematik der Schadenslokalisierung nicht ausreichend berücksichtigt.	24
Ferner behauptet sie, bei den von ihr als Abschlagsrechnungen bezeichneten Rechnungen habe es sich tatsächlich um Teilschlussrechnungen gehandelt, da eine Abrechnung nach tatsächlichem Aufwand auf Stundenlohnbasis vereinbart worden sei. Aufgrunddessen habe das Landgericht ihrer Ansicht nach die Beweislast verkannt und die Beweisfrage falsch gestellt.	25
Sie behauptet zudem, der Architekt L habe nicht nur die rechnerische, sondern auch die sachliche Richtigkeit der Rechnungen geprüft.	26
Letztlich ist sie der Ansicht, die Gutachten des Sachverständigen seien nicht nachvollziehbar, weil auf Arbeitszeitrichtwerte abgestellt werde, für die es keine Tatsachengrundlage gebe.	27
Die Klägerin verteidigt die landgerichtliche Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages.	28
Der Senat hat die Parteien persönlich angehört und Beweis erhoben durch ergänzende Vernehmung des Sachverständigen Dipl.-Ing. T. Wegen des Ergebnisses wird auf den Berichterstattervermerk vom 25.11.2009 Bezug genommen.	29
B.	30
Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg.	31
Das Landgericht hat im Ergebnis zutreffend der Klage überwiegend stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.	32
I.	33
Da die vertragliche Beziehung der Parteien nach dem 01.01.2002 begründet worden ist, findet vorliegend neues Recht Anwendung, Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB.	34

Die Geltung der VOB ist bei der mündlich getroffenen Auftragserteilung nach dem unstreitigen Vortrag der Parteien nicht vereinbart worden.	35
Die Angebote der Beklagten hinsichtlich des Gesamtauftrages, die einen entsprechenden Hinweis auf die VOB enthielten, sind von der Klägerin nicht angenommen worden.	36
II.	37
Der Klägerin steht der vom Landgericht zuerkannte Anspruch auf Rückzahlung der ermittelten Überzahlung i.H.v. 15.789,04 € nebst Zinsen gegen die Beklagte zu.	38
1.	39
Der Rückzahlungsanspruch wegen Überzahlung des Unternehmers ist als vertraglicher Anspruch auf Rückzahlung noch vorhandener Überschüsse zu qualifizieren (vgl. BGH NJW 1999, 1867 ff. zu vertraglich vereinbarten Abschlagszahlungen; NJW-RR 2008, 328, 330 Tz. 16; 2005, 129; OLG Oldenburg NJW-RR 2005, 1104 zum VOB/B Vertrag). Dabei hat die Abrechnung im Rahmen der Schlussrechnung zu erfolgen. Im Falle der Kündigung des Vertrages wird der Rückzahlungsanspruch unmittelbar fällig (OLG Dresden NJW-RR 2000, 974).	40
Die Voraussetzungen des Rückzahlungsanspruchs sind gegeben.	41
Der unstreitig abgeschlossene Werkvertrag ist von der Klägerin gekündigt worden, weshalb die an die Beklagte erbrachten Abschlagszahlungen abzurechnen sind. Dementsprechend hat die Beklagte zu beweisen, dass sie die in Rechnung gestellten Arbeiten zu Recht abrechnet.	42
Diesen Beweis hat sie nicht erbracht. Ihre gegen das landgerichtliche Urteil erhobenen Einwände sind nicht durchgreifend.	43
a)	44
Entgegen der Ansicht der Beklagten werden die von ihr abgerechneten Leistungen ihrem Umfang nach nicht durch die vorgelegten Stundenzettel belegt. Stundenzettel zur ersten Abschlagsrechnung fehlen komplett und die zur Rechnung vom 01.12.2005 überreichten Stundenzettel passen zeitlich überwiegend nicht zum Rechnungszeitraum, worauf die Klägerin hingewiesen hat.	45
Darüber hinaus kommt den vorgelegten Stundenzetteln nicht die Wirkung eines Anerkenntnisses zu (vgl. dazu Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl. 2008, 5. Teil Rz. 165), da die Zettel unstreitig von einem Mitarbeiter der Beklagten, nicht aber von der Klägerin unterzeichnet worden sind.	46
Der Senat verkennt nicht, dass die Beklagte Arbeiten, die ihr Geschäftsführer im Senatstermin drastisch beschrieben hat, im Auftrag der Klägerin ausgeführt hat. Der Senat ist auch an die Feststellung einer Stundenlohnvereinbarung durch das Landgericht gebunden, da die Klägerin kein Rechtsmittel eingelegt hat. Wer als Unternehmer aber eine Stundenlohnvereinbarung trifft, muss auch dafür sorgen, dass er den Nachweis für die erbrachten Stunden durch vom Auftraggeber abgezeichnete Stundenzettel erbringen kann. Versäumnisse in diesem Bereich gehen zu Lasten des Unternehmers, hier also der Beklagten.	47

b)

Der erstmals im Berufungsverfahren von der Beklagten erhobene Einwand, es habe sich um Teilschluss- und nicht um Abschlagsrechnungen gehandelt, greift – unabhängig von der Frage, ob der Vortrag gemäß den §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO überhaupt beachtlich ist - nicht durch. 49

Zum einen ist der Vortrag wegen Verstoßes gegen die Wahrheitspflicht unbeachtlich, da die Beklagte erstinstanzlich selbst immer von Abschlagsrechnungen gesprochen und dies auch unstreitig gestellt hat. 50

Zum anderen muss sie sich an der eindeutigen Formulierung ihrer Rechnungen festhalten lassen, die aus Sicht der Klägerin, auf deren Empfängerhorizont es ankommt, sich als Verlangen nach Abschlagszahlungen gem. § 632a BGB darstellten. 51

Letztlich können Teilschlussrechnungen auch deshalb nicht angenommen werden, weil ausweislich der von der Beklagten erstellten Angebote die Gesamtmaßnahme einen erheblich höheren Umfang gehabt hätte. 52

c) 53

Entgegen der Ansicht der Beklagten hat das sachverständig beratene Landgericht die Problematik der Schadenslokalisierung ausreichend berücksichtigt. 54

Der Sachverständige T hat in seinen Gutachten und im Rahmen der ergänzenden Anhörung durch den Senat nachvollziehbar und frei von Widersprüchen dargelegt, dass die Lage der Rohre aufgrund diverser Schächte, über Putz verlegter Leitungen und der vorhandenen Toiletten für ein Fachunternehmen, wie die Beklagte es ist, leicht zu ersehen war. Zudem war die Störung nach den überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen ausschließlich im Bereich des Kellers zu suchen und gerade nicht auf dem mehrere tausend Quadratmeter großen Betriebsgrundstück der Klägerin. 55

d) 56

Die von der Beklagten im Hinblick auf die vom Sachverständigen zugrunde gelegten Arbeitszeitrichtwerte angenommene fehlende Nachvollziehbarkeit der Gutachten besteht nach Auffassung des Senats nicht. 57

Der Sachverständige hat im Rahmen seiner persönlichen Anhörung nachvollziehbar dargelegt, wie er die Arbeitszeitrichtwerte und den durchschnittlichen Stundenlohn aus ihm zur Verfügung stehenden empirischen Daten ermittelt. Gegen diese Vorgehensweise ist nichts einzuwenden, zumal der Sachverständige dargelegt hat, 58

wie er die ihm zur Verfügung gestellten konkreten Daten auswertet und für seine Arbeit nutzbar macht. 59

e) 60

Unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt lässt sich das von der Beklagten angenommene Anerkenntnis der Klägerin hinsichtlich der erbrachten Leistungen begründen. 61

Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass der Zeuge L schon nicht alle Stundenzettel bei seiner Prüfung vorliegen hatte, weshalb auch nur die 2. Abschlagsrechnung den Aufdruck 62

"sachlich und rechnerisch geprüft" trägt. Entscheidend ist aber, dass ein solcher Prüfvermerk keine rechtsgeschäftliche Erklärung des Architekten namens seines Auftraggebers gegenüber dem Unternehmer darstellt (vgl. BGH EBE/BGH 2002, 61).

Ein Anerkenntnis kann – entgegen der Ansicht der Beklagten – auch nicht aus den Zahlungen der Klägerin hergeleitet werden, da es sich, wie dargelegt, um Abschlagszahlungen handelte, die noch endgültig abzurechnen waren. Die abgerechneten Positionen sollten gerade nicht einem Streit entzogen werden. 63

f) 64

Da die Angriffe der Berufung gegen das landgerichtliche Urteil nicht durchgreifen, hat es hinsichtlich der Berechnung der Überzahlung bei den Feststellungen des Landgerichts zu verbleiben. 65

2. 66

Der vom Landgericht zuerkannte Zinsanspruch folgt aus den §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB. 67

Aufgrund des Mahnschreibens vom 17.05.2006 mit Fristsetzung zum 29.05.2006 befand sich die Beklagte seit dem 30.05.2006 in Verzug. 68

III. 69

Die zulässige Widerklage ist im Hinblick auf die dargestellte Überzahlung seitens der Klägerin unbegründet. 70

IV. 71

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus den §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 72

Die Revision war nicht gem. § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO zuzulassen, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordert. 73