
Datum: 05.07.2024
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 95/22
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2024:0705.12U95.22.00

Vorinstanz: Landgericht Arnsberg, 4 O 456/19

Schlagworte: Werklohn, Nullpositionen, AGB, unangemessene Benachteiligung, Vertragsstrafe, Nettoauftragssumme, Nettoangebotssumme, Nettoschlussrechnungssumme, Skontovereinbarung, Abschlagszahlungen, Skontierfähigkeit, Sicherheitseinbehalt, Teilzahlungen, Schlusszahlung, Feststellungsinteresse, Aufrechnung der Klägerseite, Gegenforderung, Rechtskraft

Normen: BGB §§ 305c Abs. 2, 307 Abs. 1 Satz 1, 648 Satz 2; VOB/B §§ 2 Abs. 3 Nr. 3, 8 Abs. 1 Nr. 2; ZPO § 256 Abs. 1

Leitsätze:

1. Ordnet der Auftraggeber nachträglich den Wegfall einzelner Leistungen eines Einheitspreisvertrages an und kommen diese Leistungen dann letztlich einvernehmlich nicht zur Ausführung, liegt kein der Äquivalenzstörung durch Mengenminderung im Sinne des § 2 VOB/B entsprechender Sachverhalt vor. Für die Abrechnung der nicht unter § 2 VOB/B fallenden Nullpositionen kommt dann nur eine Abrechnung nach § 8 VOB/B bzw. § 648 BGB (analog) in Betracht (Anschluss an OLG München, Beschluss vom 02.04.2019 – 28 U 413/19, juris), sofern sich die Parteien nicht anderweitig geeinigt haben. 2. Eine Klausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen, nach welcher die Vertragsstrafe für die Überschreitung der Frist für die Vollendung auf insgesamt 5 % der vor der Ausführung des Auftrags vereinbarten Nettoauftragssumme begrenzt ist, beeinträchtigt bei einem Einheitspreisvertrag den Auftragnehmer als Vertragspartner des Verwenders nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen (Anschluss an BGH, Urteil vom 15. Februar 2024 – VII ZR 42/22, juris). 3. Dies gilt auch dann, wenn unklar bleibt, ob mit der Klausel auf die

Nettoangebotssumme oder die korrekte Nettoschlussrechnungssumme Bezug genommen wird. Diese Unklarheit geht gemäß § 305c Abs. 2 BGB bei der Auslegung zu Lasten des Verwenders.4. Eine Klausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers, die als Sicherungsvereinbarung einen Einbehalt von 5 % der Auftragssumme vorsieht, ohne den Zeitraum für den Einbehalt zu regeln, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen, weil sie es dem Auftraggeber ermöglicht, die Bürgschaft nach seinem Belieben zu befristen (Anschluss an BGH, Urteil vom 10.04.2003 – VII ZR 314/01, juris; OLG Köln, Urteil vom 05.04.2012 – I-7 U 195/11, juris).5. Ob Skonto nur für die Schlusszahlung oder auch für Abschlagszahlungen vereinbart ist, muss durch Auslegung des Vertrages ermittelt werden. Die Auslegung einer Skontovereinbarung kann ergeben, dass Skonto auch dann auf eine innerhalb der Skontofrist geleistete Abschlagszahlung zu gewähren ist, wenn zwar nicht die gesamte Summe der berechtigten Abschlagsrechnung bezahlt wird, jedoch ein nicht unerheblicher Teil der berechtigten mit einer Abschlagsrechnung begehrten Forderung.6. Der Auftraggeber einer Werkleistung ist bei Leistung von Abschlags- oder Vorauszahlungen auf den Werklohn innerhalb einer eingeräumten Skontierungsfrist nach dem Sinn und Zweck der Skontoabrede auch dann zum Skontoabzug hinsichtlich des geleisteten Betrages berechtigt, wenn er die Schlussrechnung selbst nicht vollständig oder verspätet bezahlt (Fortführung OLG Hamm, Urteil vom 12.01.1994 – 12 U 66/93, beck-online; Anschluss an OLG Köln, Urteil vom 30.01.1990 – 22 U 181/89, beck-online).7. Rechnet der Kläger mit (einem Teil) der ihm zuerkannten Klageforderung gegen eine anderweitige Gegenforderung des Beklagten auf, so erstreckt sich die Rechtskraftwirkung des Urteils, das die Klage mit Rücksicht auf die Aufrechnung (teilweise) abweist, nicht in entsprechender Anwendung des § 322 Abs. 2 ZPO auf die Gegenforderung (Anschluss an BGH, Urteil vom 04.12.1991 – VIII ZR 32/91, juris).

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 29.06.2022 verkündete Urteil der

4. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg (Az. 4 O 456/19) unter Zurückweisung des weitergehenden Berufungsbegehrens teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 17.791,07 € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21.09.2019 sowie vorgerichtlich angefallene Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.642,40 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24.12.2019 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. Die Widerklage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:	1
I.	2
Die Klägerin nimmt die Beklagte mit der Klage auf Zahlung restlichen Werklohns in Anspruch.	3
Die Beklagte erkundigte sich bei der Klägerin für den Neubau ihres Verwaltungsge- bäudes nach der Erstellung und dem Einbau von Metallbaufenstern sowie einer Pfostenriegelkonstruktion nebst Sonnenschutz. Am 15.10.2018 erstellte die Klägerin ein Angebot (Anlage K19), woraufhin am 31.10.2018 ein sog. „Aufklärungsgespräch“ stattfand, über das ein Protokoll erstellt wurde (Anlage B2). Dort ist in Ziffer 2.2 hinter	4
„Bauausführungstermine“ handschriftlich eingefügt:	5
„Werkplanung nach Auftragserteilung 3 KW Montagebeginn 2. KW 2019/Fertigstellung 7 KW “.	6
Mit Schreiben vom 06.11.2018 erteilte die Beklagte der Klägerin den Auftrag (Anlage B1). Nach Ziffer 1.1 des Auftragsschreibens, welches die Klägerin am 16.11.2018 un- terzeichnete, sind Vertragsgrundlagen:	7
„1.1.1 Dieses Auftragsschreiben	8
1.1.2 Das Verhandlungsprotokoll vom 31.10.2018 – 9:30 Uhr und alle darin referenzierten Unterlagen	9
1. EP Liste mit aktuellen Mengen und Einheitspreisen	10
2. Verhandlungsprotokoll vom 31.10.2018 – 9:30 Uhr	11
3. Baufristenplan – Ausführungsbeginn nach Vereinbarung – 2. KW 2019	12
4. Angebot der Firma A vom 15.10.2018, Angebotsnummer: AN181149	13

5. VOB Teil B und C in der bei Auftragserteilung geltenden Fassung“	14
Gemäß Ziffer 1.3 sollten bei Widersprüchen zwischen den Vertragsgrundlagen diese in der vorgenannten Reihenfolge gelten.	15
Nach Ziffer 2.1 beträgt die vorläufige Nettoangebotssumme 363.394,00 €, der Nachlass 2 %, und unter der Bedingung der Zahlung innerhalb von zehn Kalendertagen nach Rechnungseingang ist ein Skonto in Höhe von 3 % vereinbart. In Ziffer 4.3 ist als Beginn der Bauausführung „Januar 2019 – KW 2“ angegeben.	16
Auch im Protokoll vom 31.10.2018 ist eine Skontovereinbarung festgehalten. Handschriftlich sind dort 3 % eingetragen sowie „10 AT nach Rechnungseingang“, während unterhalb vorgegeben ist: „*Skontovereinbarung für Abschlagszahlungen	17
innerhalb von Kalendertagen nach Rechnungseingang“. In die Lücke wurde handschriftlich ebenfalls „10“ eingesetzt.	18
Unter Ziffer 3. „Zahlungen“ ist ausgeführt:	19
„3.1. Sie können Abschlagszahlungen nach Baufortschritt beanspruchen bis zu 90 % der Auftragssumme, weitere 5 % werden nach Abnahme bezahlt.	20
3.2. Es wird ein Gewährleistungseinbehalt von 5 % der Auftragssumme vereinbart, der gegen Bankbürgschaft entsprechend der VOB/B abgelöst werden kann.“	21
Diese Regelung entspricht Ziffer 4. des Protokolls.	22
Unter Ziffer 5. des Auftragsschreibens haben die Parteien eine Vertragsstrafe vereinbart. Unter Ziffer 5.1. ist ausgeführt:	23
„Geraten Sie mit der Fertigstellung Ihrer Leistungen in Verzug, so sind Sie verpflichtet, uns für jeden Werktag des Verzugs eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,2 % der Nettoauftragssumme zu zahlen, höchstens jedoch 5 % der Nettoauftragssumme.“	24
Im Gesprächsprotokoll ist hierzu maschinenschriftlich vorgedruckt ausgeführt:	25
„Vertragsstrafe Terminverzug: 0,2 % der Nettoauftragssumme pro AT max. 5 %“	26
Nach Ziffern 6.2. bzw. 7.2. des Auftragsschreibens werden § 7 VOB/B und die Abnahmefiktion des § 12 Abs. 5 VOB/B sowie des § 640 Abs. 2 BGB ausgeschlossen.	27
Für die Beklagte war das Planungsbüro B C tätig, als Bauleiter der Zeuge D des Ingenieurbüros E & Partner.	28
Die Beklagte leistete unstreitig Zahlungen auf Abschlagsrechnungen in Höhe von insgesamt 368.214,29 €.	29
Die Leistungen der Positionen 02.20 und 02.29 (Angebotspreise: 1.971,00 € netto bzw. 1.717,00 € netto) kamen nicht zur Ausführung, weil anstelle der ursprünglich geplanten Fenster Lamellen-Lüftungsgitter montiert wurden. Mit Schreiben vom 18.03.2019 hatte sich die Klägerin an das Ingenieurbüro B C gewandt mit der Bitte um „Klärung beziehungsweise Freigabe der Fensterelemente“ der Positionen 02.29, 02.19 und 02.20. Das Material sei bereits seit Dezember 2018 bei ihr gelagert. Es werde um kurzfristige Klärung gebeten, da man sich für das Bauvorhaben mit der Herstellung der Elemente vor dem Abschluss befinde.	30

Die Klägerin fragte an, ob die Fenster montiert würden und „Aussenvor“ die Lüftungsgitter. Daraufhin hatte die Beklagte mündlich mitteilen lassen, dass diese Fensterelemente überhaupt nicht verbaut werden sollten. Mit Schreiben vom

17.04.2019 teilte die Klägerseite mit, dass das Material bereits im Dezember gekauft worden sei und die Materialkosten 55 % des angegebenen Positionspreises betrügen. Rücknahme und Stornierung seien nicht möglich. 31

Am 17.07.2019 wurden die Bauleistungen technisch abgenommen. 32

Am 04.07.2019 hatte die Klägerin eine (erste) Schlussrechnung erstellt, die eine Auftragssumme von 371.476,50 € netto auswies. Abzüglich 2 % Nachlass reduzierte sich diese auf 364.046,97 € netto bzw. 433.215,89 € brutto. Unter Berücksichtigung von Abschlagszahlungen und Skonti – soweit von der Klägerin akzeptiert – verblieb eine Restforderung von 61.059,25 €, wobei ausgeführt ist, dass sich diese Summe bei Zahlung bis zum 13.07.2019 um 3 % Skonto auf 59.227,47 € reduziere. Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlage 4 zur Klageschrift verwiesen. 33

Die Schlussrechnungsprüfung seitens der Beklagten ergab lediglich eine offene Rechnungssumme von 11.164,94 €. Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlage 5 zur Klageschrift verwiesen. 34

Die Klägerin erstellte unter dem 26.07.2019 eine neue Schlussrechnung, die auch Stundenlohnarbeiten für Gerüst-Umbauarbeiten enthielt und für die entfallenen Fensterelemente unter Pos. 02.20 und 02.29 jeweils 50 % des ursprünglichen Auftragspreises auswies (insgesamt 1.844,00 € netto). Die Rechnung endete mit einer Nettoauftragssumme von 369.212,02 €. Abzüglich 2 % Nachlass reduzierte sich diese auf 361.827,77 € bzw. 430.575,05 € brutto. Unter Berücksichtigung der geleisteten Abschlagszahlungen in Höhe von insgesamt unstreitig 368.214,29 € verblieb eine Restforderung von 62.360,76 € brutto. Skonti wurden nicht mehr erwähnt. Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlage 6 zur Klageschrift verwiesen. 35

Das Ingenieurbüro B C gab lediglich eine Summe von 28.416,32 € zur Zahlung frei. Die streitigen beiden Positionen wurden nicht anerkannt, sodass sich unter Berücksichtigung des Nachlasses eine Nettorechnungssumme von 360.020,66 € ergab. Ferner wurden von der Nettosumme eine Vertragsstrafe in Höhe von 18.169,70 € abgezogen sowie von der Bruttosumme die unstreitigen Zahlungen und Skonti in Höhe von insgesamt 10.172,04 €. Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlage 8 zur Klageschrift verwiesen. 36

Unter dem 31.07.2019 widersprach die Klägerin den inhaltlichen Kürzungen und forderte eine Bürgschaft zurück. Die Beklagte ist derzeit (wieder) im Besitz der Gewährleistungsbürgschaft. 37

Unter Berücksichtigung eines Sicherheitseinbehalts zahlte die Beklagte vorprozessual weitere 6.785,24 €. Erstinstanzlich hat die Beklagte noch behauptet, sie habe 6.995,09 € gezahlt, was nach den insoweit unangegriffenen Feststellungen des Landgerichts jedoch nicht der Fall war. 38

Mit anwaltlichem Schreiben vom 06.08.2019 an das Ingenieurbüro B C wurde die Beklagte zur Zahlung von 62.360,76 € bis zum 22.08.2019 gemahnt. Die Prozessbevollmächtigten der Beklagten lehnten mit Schriftsatz vom 20.09.2019 eine weitere Zahlung ab. 39

Die Nettorechnungssumme der letzten Schlussrechnung in Höhe von 369,212,02 € (vor Nachlass) ist zwischen den Parteien im Wesentlichen unstreitig. Sie streiten lediglich um die Berechtigung der Positionen 02.20 und 02.29 in Höhe von insgesamt 1.844,00 € netto, die Berechtigung der Beklagten zu Skontoabzügen und die Frage, ob die Klägerin zur Zahlung einer Vertragsstrafe von 5 % der Nettoangebotssumme in Höhe von 363.394,00 €, mithin 18.169,70 €, verpflichtet ist.

Die Klägerin hat mit der Klage zunächst die Zahlung weiterer 55.864,44 € zuzüglich Nebenforderungen begehrt. Am 13.01.2020 – nach Rechtshängigkeit der Klage – zahlte die Beklagte weitere 18.000,00 €. Die Parteien haben den Rechtsstreit insoweit übereinstimmend für erledigt erklärt. Darüber hinaus überwies die Beklagte nach Rechtshängigkeit weitere 18.000,00 € an die Klägerin, wobei zwischen den Parteien streitig ist, ob es sich insoweit um eine versehentliche Doppelüberweisung handelte. Die Klägerin hat vorsorglich die „Verrechnung“ der zweiten Zahlung mit dem von ihr behaupteten Werklohnanspruch erklärt, nachdem die Beklagtenseite erklärt hatte, diese Zahlung stehe unter „Rückforderungsvorbehalt“.

41

Hinsichtlich der streitigen Rechnungspositionen begehrt die Klägerin die Zahlung eines Materialanteils von 50 % der Angebotssumme. Sie hat erstinstanzlich hierzu vorgetragen, sie habe – unstreitig – das Material dieser Fenster bereits bestellt gehabt und seit Dezember 2018 eingelagert. Sie habe kein Interesse an den Fenstern und biete die Herausgabe an. Die Materialkosten betrügen – ebenfalls unstreitig – 55 % des Positionspreises. Rücknahme und Stornierung seien nicht möglich. Herr C habe am 17.04.2019 erklärt, dass die Fenster nicht mehr gebraucht würden und er Herrn F, den Geschäftsführer der Beklagten, über die entstandenen Kosten informieren wolle.

42

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, Skontoabzüge seien nicht berechtigt. Ein Skonto sei nur dann zu berücksichtigen, wenn alle Zahlungen fristgerecht erfolgt seien, was hier unstreitig nicht der Fall gewesen sei. Ein Skontoabzug sei auch nicht für die Abschlagsrechnungen vorgesehen gewesen.

43

Eine Vertragsstrafe sei nicht abzuziehen. Es sei eine Ausführungsfrist von sieben Kalenderwochen vereinbart worden, nicht die Fertigstellung in der siebten Kalenderwoche. Das Protokoll sei unzutreffend. Im Bauvertrag seien keine Fristen genannt. Darüber hinaus hat sie verschiedene Gründe dargelegt, weshalb das Werk ihrerseits unverschuldet nur verzögert habe fertiggestellt werden können.

44

Die Klägerin hat erstinstanzlich zuletzt beantragt,

45

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie einen Betrag von 19.864,44 € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21.09.2019 zu zahlen sowie vorgerichtliche Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 1.954,46 € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit und

46

2. festzustellen, dass sie, die Klägerin, nicht verpflichtet ist, die seitens der Beklagten geleistete zweite Zahlung in Höhe von 18.000,00 €, die nach der Erklärung der Beklagten irrtümlich an sie überwiesen worden sei, an die Beklagte zurückzuzahlen, da auch insoweit ein berechtigter Restwerklohnanspruch ihrerseits bestehe.

47

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

48

49

-Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, sie sei berechtigt, die Vertragsstrafe von der Rechnungssumme in Abzug zu bringen. Vereinbart gewesen sei als Fertigstellungs- termin die „7. KW“. Der Punkt hinter der „7“ fehle versehentlich. Die Fenster seien erst zum 11.04.2019 eingebaut worden, sodass ein Verzug von 39 Arbeitstagen vorliege, der wiederum zum Abzug der Höchstsumme der vereinbarten Vertragsstrafe berechtige.	
Da die Fensterelemente der streitigen Positionen – unstreitig – nicht ausgeführt wor- den seien, stehe der Klägerin hierfür keine Vergütung zu. Auch sei nicht vereinbart gewesen, dass die Klägerin 50 % abrechnen könne. Die Klägerin sei zur Materialbe- schaffung nicht beauftragt gewesen. Eine Freigabe sei nicht erfolgt.	50
Skonto sei betreffend die Abschlagsrechnungen, mit Ausnahme betreffend die zweite Abschlagsrechnung, zu Recht abgezogen worden. Die vierte und fünfte Abschlags- rechnung seien zu Recht jeweils erst nach Fälligkeit freigegeben worden, weil diese Leistungen enthalten hätten, die zunächst noch nicht erbracht worden seien. Betref- fend die fünfte Abschlagsrechnung habe ihr ein Zurückbehaltungsrecht zugestanden.	51
Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Terminsprotokolle vom 24.06.2020, 09.06.2021 sowie 26.01. und 29.06.2022 Bezug genommen.	52
Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen G, C, H, I, K und D. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird ebenfalls auf die Terminsprotokolle vom 09.06.2021 sowie 26.01. und 29.06.2022 Bezug genommen.	53
Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht festgestellt, dass die Klägerin im Umfang eines Teilbetrages von 14.071,12 € nicht verpflichtet sei, die seitens der Be- klagten geleistete Zahlung in Höhe von 18.000,00 €, die nach der Erklärung der Be- klagten irrtümlich an die Klägerin überwiesen worden sei, an die Beklagte zurückzu- zahlen. Wegen des weitergehenden Feststellungsantrags und der übrigen Klagean- träge hat es die Klage abgewiesen.	54
Die Positionen 02.20 und 02.29 seien nicht zu vergüten, weil sie nicht zur Ausführung gelangt seien. Eine Vereinbarung, dass 50 % zu vergüten seien, sei nicht bewiesen. Eine Freigabe sei weder substantiiert dargelegt noch unter Beweis gestellt. Die Voraussetzungen einer Preisanpassung nach § 2 Abs. 3 VOB/B seien nicht dargelegt und auch sonst nicht ersichtlich.	55
Es sei eine Vertragsstrafe in Höhe von 5 % der berechtigten Nettoauftragssumme abzuziehen, weil ein schuldhafter Verzug von mindestens 25 Arbeitstagen festzustellen sei.	56
Ein Skontoabzug sei lediglich in Höhe von 1.784,46 € betreffend die erste Abschlags- zahlung berechtigt. Weitere Zahlungen seien nicht innerhalb von zehn Kalendertagen nach Eingang der Rechnung erfolgt. Die Beklagte sei darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass die in den Abschlagsrechnungen geltend gemachten Werkleistungen noch nicht vollständig erbracht worden seien, worauf sie mit Beschluss vom 15.07.2020 hingewiesen worden sei. Ein entsprechender Vortrag sei nicht erfolgt.	57
Auf die Schlussrechnung seien weitere 6.785,24 € gezahlt worden. Dass es sich um einen Betrag von 6.995,09 € gehandelt habe, sei nicht bewiesen. Auch dass diesbe- züglich ein entsprechender Skontoabzug berechtigt gewesen sei, sei weder dargelegt noch bewiesen.	58
	59

Unter Berücksichtigung der beiden Zahlungen in Höhe von jeweils 18.000,00 € hat das Landgericht eine Überzahlung von 5.869,02 € bezogen auf die Werklohnforderung errechnet. Weiterhin hat das Landgericht die aus seiner Sicht berechtigten Nebenforderungen (vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten sowie Zinsforderungen) ausgerechnet. Insoweit sei zwar keine Aufrechnung erklärt worden. Im Rahmen des Feststellungsantrags seien diese aber gleichwohl im Sinne der dolo-agit-Einrede zu berücksichtigen. Es errechne sich eine „wirtschaftliche Überzahlung“ von (nur noch) 3.928,88 €. In dieser Höhe sei der Feststellungsantrag unbegründet. Es verbleibe entsprechend ein Betrag von 14.071,12 €, den die Klägerin nicht zurückzuzahlen habe. Insoweit sei der Feststellungsantrag der Klägerin begründet.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen. 60

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens mit ihrer Berufung. 61

Sie ist der Ansicht, die anteilige Vergütung für die streitigen Positionen der Rechnung, die nicht ausgeführt worden seien, stehe ihr zu. Es handele sich entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht um eine Preisanpassung gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B, sondern um eine Teilkündigung des Bauvertrages gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B, wenn – wie hier – nach Vertragsschluss von der Beklagten als Auftraggeberin einzelne Teilleistungen aus dem Bausoll herausgenommen würden vor dem Hintergrund, dass unstreitig anstelle der beiden Fenster in diesen Bereich Dauerbelüftungen nur mit Gittern zur Ausführung gelangen sollten. Gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B stehe dem Auftragnehmer die vereinbarte Vergütung zu. Die Behauptung der Klägerin, die Materialkosten für die einzelnen Positionen beliefen sich auf 55 % des Einheitspreises, sei unstreitig. Unstreitig sei ferner, dass sie, die Klägerin, hier nur 50 % der Materialkosten bei beiden Positionen mit insgesamt 1.844,00 € netto abgerechnet habe. Es handele sich bei dem Material und den hierfür aufgewendeten Kosten auch nicht um ersparte Aufwendungen, die anzurechnen seien. Unstreitig sei eine Rücknahme und Stornierung dieses Materials, welches bereits im Dezember 2018 durch die Klägerin angeschafft gewesen sei, nicht möglich. Dieses Material sei ausschließlich für die beiden Titelpositionen angeschafft und in Teilen schon verarbeitet worden. Eine anderweitige Verwendung sei unstreitig nicht möglich gewesen. In einem solchen Fall seien dem Auftragnehmer die Anschaffungskosten gegen Herausgabe des Materials zu ersetzen. Ein solches Verlangen sei unstreitig von der Beklagten nicht gestellt worden und im Übrigen sei eine entsprechende Aufforderung der Klägerin hierzu an die Beklagte auch entbehrlich, da diese durch ihr gesamtes Verhalten durchgängig zum Ausdruck gebracht habe, dass diese Positionen nie beauftragt gewesen seien. Zahlungsansprüche im Hinblick auf die Materialaufwendungen stünden ihr zu. 62

Die Vertragsstrafenklausel sei nicht wirksam. Diese benachteilige sie, die Klägerin, unangemessen. Sie sei intransparent. Es sei unklar, an welche Fristüberschreitungen die Vertragsstrafe angeknüpft sei, weil in den Vertragsunterlagen unterschiedliche Regelungen hierzu enthalten seien. Zudem sei zum einen von Werktagen und zum anderen von Arbeits tagen die Rede. Hinzu komme, dass nicht nur eine Fristüberschreitung, sondern auch der schuldhaft verzögerte Baubeginn strafbewehrt sei. Eine solche Regelung sei unwirksam. Dabei sei auch unklar, ob der Beginn der Ausführung oder der Montagebeginn maßgeblich sei. Schließlich sei auch die Höhe des Tagessatzes von 0,2 % zu hoch. 63

Letzten Endes sei die Vertragsstrafe auch nicht verwirkt. Die vom Landgericht angenommenen Daten hinsichtlich des Montagebeginns sowie des Fertigstellungstermins seien 64

falsch und beruhten auf einer fehlerhaften Beweiswürdigung. Sie, die Klägerin, habe sich nicht in Verzug mit der Fertigstellung befunden; es habe kein Terminverzug bestanden.

Das Landgericht habe außerdem fehlerhaft auf die angenommene verwirkte Vertragsstrafe in Höhe von 18.001,03 € noch die Mehrwertsteuer aufgeschlagen. 65

Entgegen der Auffassung des Landgerichtes sei die Beklagte nicht berechtigt, bei der ersten Abschlagsrechnung einen Skontobetrag von 1.784,46 € geltend zu machen. Hier sei beklagteseits zweimal der Skontobetrag aus der ersten Abschlagsrechnung gezogen worden. Es sei auch nicht zutreffend, dass – wie vom Landgericht ausgeführt – eine Zahlung in Höhe von 59.482,06 € bei der Klägerin am 21.01.2019 eingegangen sei. Aus der von ihr, der Klägerin, überreichten Anlage 5 gehe hervor, dass sich die erste Abschlagsrechnung der Klägerin über brutto 61.321,71 € verhalten habe und seitens des prüfenden Architekturbüros ein Skontoabzug von 1.839,65 € angeführt sei. Ziehe man hiervon den ausgewiesenen Skontobetrag ab, gelange man zu einem Betrag von 59.482,05 €. 3 % Skonto hiervon entsprächen dann den vom Landgericht aufgeführten 1.784,46 €. Überdies scheitere ein Skontoabzug schon daran, dass die Kürzung der Abschlagsrechnung um 5 % Sicherheitseinbehalt in Höhe von 3.227,46 € nicht gerechtfertigt sei. An keiner Stelle in den Vertragsunterlagen sei geregelt, dass die Beklagte berechtigt sein sollte, die vereinbarte Sicherheit in Teilbeträgen von Abschlagsforderungen einzubehalten. Es fehle hier an einer entsprechenden Regelung gemäß § 17 Abs. 6 Nr. 1 VOB/B. 66

Die Klägerin beantragt, 67

das angefochtene Urteil abzuändern und 68

die Beklagte zu verurteilen, an sie 19.575,52 € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 21.09.2019 sowie weitere 1.642,40 € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 69

Die Beklagte beantragt, 70

die Berufung zurückzuweisen. 71

Sie beantragt darüber hinaus widerklagend, 72

die Klägerin zu verurteilen, an sie, die Beklagte, 3.928,88 € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozent über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 73

Die Beklagte verteidigt die angefochtene Entscheidung ebenfalls unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Mit ihrer in der Berufungsinstanz erhobenen Widerklage begehrt sie die Rückzahlung des vom Landgericht errechneten „wirtschaftlich überzahlten“ Betrages. 74

Hinsichtlich der nicht zur Ausführung gekommenen Positionen liege keine Teilkündigung eines bestehenden Werkvertrages vor. Die Beteiligten hätten auch keinen Auftrag zur Materialbeschaffung vereinbart, sondern zur Bepreisung von Bauleistungen lediglich eine Einheitspreisliste zugrunde gelegt. Hieraus erlange die Klägerin nur dann den zuvor bepreisten Zahlungsanspruch, wenn entsprechende Mengen im Rahmen der Vereinbarung auch freigegeben worden seien, was aber nicht der Fall 75

gewesen sei. Die Behauptung, die Klägerin habe dieses Material ausschließlich für die beiden Titelpositionen angeschafft und in Teilen auch schon verarbeitet, sei neuer Sachvortrag in der zweiten Instanz und werde insoweit bestritten. Die Vertragsstrafenklausel sei wirksam und die Vertragsstrafe verwirkt.

Die Vertragsstrafe sei richtigerweise „netto“ berechnet worden und nicht „brutto“. 77

Hinsichtlich des Skontobetrags habe das Landgericht 3 % Skonto von der ersten Abschlagszahlung am 21.01.2019 in Höhe von 59.482,06 € berücksichtigt. Dies ergebe rechnerisch den Betrag in Höhe von 1.784,46 €. Aus welchem Grunde die Klägerin meine, dass dieser Betrag zweimal in Abzug gebracht worden sei, könne nicht nach- vollzogen werden. Weitere Skontoabzüge seien nicht berücksichtigt, sodass die mit der Berufung insoweit erhobenen Einwendungen unerheblich seien. 78

Die Klägerin beantragt, 79

die Widerklage abzuweisen. 80

Zunächst hatte Klägerin in der Berufungsinstanz weitergehend sinngemäß beantragt, unter Abänderung und Neufassung des angefochtenen Urteils feststellen, dass sie insgesamt nicht verpflichtet ist, die seitens der Beklagten geleistete zweite Zahlung in Höhe von 18.000,00 €, die nach ihrer Erklärung irrtümlich an sie, die Klägerin, über- wiesen wurde, an die Beklagte zurückzuzahlen. Nach einem Hinweis des Senats hat die Klägerin diesen Antrag nach der mündlichen Verhandlung für erledigt erklärt. Die Beklagte ist auf die Folgen des § 91a Abs. 1 Satz 2 ZPO hingewiesen worden und hat dieser Teilerledigungserklärung innerhalb der Notfrist von zwei Wochen seit Zustellung des Schriftsatzes der Klägerseite nicht widersprochen. 81

Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze sowie das Terminsprotokoll vom 24.05.2024 nebst dem zugehörigen Berichterstattervermerk Bezug genommen. 82

Der Senat hat den Geschäftsführer der Klägerin ergänzend persönlich zur Sache an- gehört. Wegen des Ergebnisses der Anhörung wird ebenfalls Bezug genommen auf das Terminsprotokoll vom 24.05.2024 nebst dem zugehörigen Berichterstatter- vermerk. 83

II. 84

1. Berufung der Klägerin 85

Die zulässige Berufung hat in der Sache im tenorierten Umfang Erfolg. 86

a) Leistungsantrag 87

Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen restlichen Vergütungsanspruch in Höhe von 17.791,07 € aus §§ 631 Abs. 1, 650a BGB in Verbindung mit den Regelungen der VOB/B (2016). 88

89

Letztere sind in den Vertrag einbezogen. Allerdings sind die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart, weil in den Vertragsbedingungen zwei Regelungen der VOB/B abbedungen sind. Dies ändert zwar nichts an der wirksamen Einbeziehung, die (abgeänderte) VOB/B gilt aber nur, soweit die einzelnen Regelungen einer Inhaltskontrolle zu Lasten des Verwenders, also der Beklagten, standhalten (vgl. nur Jurgeleit in Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 2. Teil Rn. 227). Das bedeutet, dass hier eine Inhaltskontrolle der jeweils zur Anwendung kommenden Vorschrift nur stattfinden muss, soweit es darauf ankommt. Eine Inhaltskontrolle zu Lasten der Klägerin findet hingegen nicht statt.

aa) Pos. 02.20 und 02.29 90

Mit Ausnahme der Pos. 02.20 und 02.29, hinsichtlich derer die Klägerin 50 % des Angebotspreises angesetzt hat, nachdem diese nicht zur Ausführung gelangt sind (sog. Nullpositionen), sind zwischen den Parteien alle Positionen der Schlussrechnung unstreitig. Die Klägerin hat einen Anspruch auf Zahlung in Höhe von 1.844,00 € netto betreffend diese vorgenannten Nullpositionen. 91

(1) 92

Soweit die Klägerin behauptet hat, es sei vereinbart gewesen, dass die Beklagte 50 % des vereinbarten Einheitspreises für diese Positionen zu tragen habe, hat das Landgericht dies als nicht bewiesen angesehen, weil die Aussage des Zeugen C diesbezüglich unergiebig gewesen sei. Dies wird mit der Berufung nicht angegriffen. 93

(2) 94

Das Landgericht hat die Voraussetzungen einer Preisanpassung gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B als weder dargetan noch ersichtlich angenommen. Gegen die Anwendung dieser Vorschrift wendet sich die Berufung zu Recht. 95

(a) 96

Zwar hat der BGH mit Urteil vom 26.01.2012 – VII ZR 19/11 – entschieden, dass der Auftragnehmer einen Anspruch nach Maßgabe des § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B (1996; gleichlautend mit § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B (2016)) haben kann, wenn Leistungspositionen im VOB/B-Einheitspreisvertrag entfallen (Nullpositionen). Ein dahin gehender Anspruch besteht, wenn der Entfall der Positionen auf einem Sachverhalt beruht, der dem in § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B (1996) geregelten Fall einer Äquivalenzstörung entspricht, und beruht auf einer diese Regelung ergänzenden vertraglichen Abrede (BGH, a.a.O., juris Rn. 13). Gelangen einzelne 97

Leistungspositionen eines nach Einheitspreisen abzurechnenden Bauvertrages nicht zur Ausführung, ohne dass dies auf einer Kündigung, einem Verzicht oder einer Anordnung des Bestellers beruht, so entfällt nach in der Literatur einhellig vertretener Auffassung dadurch nicht der Anspruch des Auftragnehmers auf Vergütung in Höhe der Beträge, die er zur Deckung seiner unabhängig von der Leistungserbringung anfallenden Gemeinkosten sowie seines Gewinns in die Einheitspreise für die entfallenen Leistungen einkalkuliert hat. Umstritten ist hingegen die Frage nach den rechtlichen Grundlagen für diesen Vergütungsanspruch (§ 649 Satz 2 BGB a. F. bzw. 98

§ 2 Nr. 4, § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B (1996) oder nach den Grundsätzen des § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B (1996); BGH a.a.O. Rn 14 f.). Der BGH hat sich der Auffassung angeschlossen, dass 99

in dem Fall, in dem der vollständige Wegfall der Mengen auf einem Sachverhalt beruht, der dem in § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B (1996) geregelten Fall der Äquivalenzstörung durch Mengenminderung entspricht, in ergänzender Auslegung der mit der Vereinbarung der VOB/B getroffenen Abrede § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B (1996) anzuwenden ist (BGH, a.a.O., Rn. 17 ff.).

(b) 100

Der Weg über § 2 VOB/B kommt aber auch nach dieser Rechtsprechung nur in Betracht, 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 (OLG München, Beschluss vom 02.04.2019 – 28 U 413/19, juris Rn. 14 ff.). 101

(c) 102

Hier ist kein der Äquivalenzstörung durch Mengenminderung im Sinne des § 2 VOB/B entsprechender Sachverhalt gegeben, weil von Beklagtenseite nachträglich der Wegfall des Leistungsinhalts der streitigen Positionen angeordnet wurde. Die Positionen sind nicht aufgrund einer Fehleinschätzung der für die Ausführung der Bauleistung erforderlichen Menge aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten entfallen, sondern allein auf Veranlassung der Beklagten. 103

(d) 104

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 105

entsprechend (OLG München, a.a.O., juris Rn. 20). 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 durch eine Teilkündigung seine Grundlage (OLG München, a.a.O., Rn. 21). 106

Im Falle der einvernehmlichen Vertragsbeendigung richtet sich die vom Auftragnehmer zu beanspruchende Vergütung nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B (2016), der inhaltlich weitgehend dem § 648 Satz 2 BGB entspricht, sofern sich die Parteien über die Folgen der Vertragsbeendigung nicht anderweitig geeinigt haben (vgl. BGH, Urteil vom 26.04.2018 – VII ZR 82/17, juris Rn. 19 m.w.N., seinerzeit noch zu § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B (2002) bzw. § 649 Satz 2 BGB a. F.). Diese Regelung der VOB/B verdrängt als speziellere Regelung den § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B (2016) (BGH, a.a.O., Rn. 20 m.w.N. zu § 2 Nr. 3 VOB/B (2002)). Eine Anpassung der vereinbarten Vergütung nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B (2016) kommt nur in 107

Betracht, wenn es ohne Eingriff in den ursprünglichen Leistungsbestand zu einer reinen Mengenänderung bei den Vordersätzen der bei Vertragsschluss festgelegten Leistungen kommt (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 20). Der Auftragnehmerin steht danach gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B (2016) die vereinbarte Vergütung zu; sie muss sich jedoch anrechnen lassen, was sie infolge der teilweisen Aufhebung des Vertrags an Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung ihrer Arbeitskraft und ihres Betriebs erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 21 zu § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B (2002)).

(3) 108

109 Dass die streitgegenständlichen Positionen Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung der Parteien waren, ist unstreitig. Sie sind jedenfalls in dem Angebot vom 15.08.2018 (Anlage K19) und in der Einheitspreisliste enthalten, die Vertragsgrundlage sind. Nachdem seitens der Beklagten einseitig der Wegfall dieser streitigen Positionen angeordnet worden war, sind diese letztlich einvernehmlich nicht zur Ausführung gelangt. Gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B kann der Auftraggeber bis zur Vollendung der Leistung jederzeit den Vertrag kündigen. Ihm steht dann gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B die vereinbarte Vergütung zu. Er muss sich jedoch das anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft und seines Betriebs erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.

(a) 110

111 Da die beiden streitigen Positionen letztlich im Einvernehmen der Parteien nicht zur Ausführung gekommen sind, ist es nicht erheblich, ob eine Teilkündigung überhaupt

112 zulässig war (vgl. hierzu z. B. Kniffka in Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 8. Teil, Rn. 8 ff.; Althaus in Ganten/Jansen/Voit, Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 4. Aufl. 2023, VOB/B, § 8 Abs. 1, Rn. 5, BeckOGK/Kessen, Stand 01.04.2024, § 648 BGB, Rn. 32). Auch die Nichteinhaltung der Schriftform (§§ 125, 126, 650h BGB, § 8 Abs. 6 VOB/B), ist deshalb nicht erheblich (vgl. Oberhauser in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, § 650h BGB, Rn. 4).

(b) 113

114 Das Landgericht hat ausgeführt, die Klägerin habe weder substantiiert dargelegt noch unter Beweis gestellt, dass hinsichtlich der einzelnen Mengen die Freigabe einer konkreten Werkplanung erfolgt sei. Aus Ziffer 10 des Angebots vom 15.08.2018 ergibt sich, dass der Auftragnehmer vor Fertigungsbeginn sämtliche für die Detailklärung, Prüfung und Herstellung erforderlichen Zeichnungen, Planungen, Nachweise, Details, etc. zu liefern hatte. Die Klägerin hat mit Schreiben vom 18.03.2019 um Freigabe u. a. der streitigen Fensterpositionen gebeten, wobei sie das Material bereits seit Dezember 2018 gelagert hatte. Die Freigabe ist aber nicht die Auftragserteilung, freigegeben wird ein Plan, nach dem gefertigt werden soll.

(c) 115

116 Hier hat die Klägerin bereits erstinstanzlich unbestritten vorgetragen, dass der Materialanteil der Positionen 55 % betragen habe. Zwar stellt ein angefertigtes und bereitgestelltes Bauteil noch keine Bauleistung dar und kann damit auch nicht als erbrachte Leistung angesehen werden (BGH, Urteil vom 07.01.2003 – X ZR 16/01, juris Rn. 16). Die Klägerin hat mit ihrem Vortrag aber letztlich deutlich gemacht, dass ihre Aufwendungen für die nicht ausgeführten

Positionen bereits (mindestens) 50 % des Preises betrug und sie sich ersparte Aufwendungen allenfalls in Höhe der weiteren, nicht geforderten 50 % anrechnen lasse.

(d) 117

Die Beklagte hat sich in der Berufungsinstanz darauf berufen, dass die Behauptung, die Klägerin habe dieses Material ausschließlich für die beiden Titelpositionen angeschafft und in Teilen auch schon verarbeitet, neuer Sachvortrag in der zweiten Instanz sei und insoweit von ihr, der Beklagten, bestritten werde. Die Tatsachenbehauptungen, dass die Materialkosten (mindestens) 50 % betrug und dass dieses Material bereits angeschafft war, hat die Beklagte jedoch weiterhin nicht bestritten. Es ist aber Sache des Auftraggebers – also hier der Beklagten – darzulegen und zu beweisen, dass höhere Ersparnisse oder mehr anderweitiger Erwerb erzielt wurde als der Auftragnehmer sich anrechnen lässt (Kniffka in Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 8. Teil, Rn. 74 m.w.N.). Dass das Material anderweitig verwendet wurde, trägt aber die Beklagte selbst nicht vor. 118

(e) 119

Die Beklagte wendet ferner ein, dass es nicht zu ihren Lasten gehen könne, wenn die Beklagte ohne Freigabe schon Material bestellt hatte. Dass die Klägerin nach der Auftragserteilung nicht bereits Material hätte bestellen dürfen, ergibt sich aber weder aus Ziffer 10 des Angebots noch aus anderen Stellen der Vertragsunterlagen. Das wäre auch fernliegend. Bei einer wie hier sehr eng getakteten Bauausführung muss das Material frühzeitig vorhanden und ggf. sogar schon vorbearbeitet sein, damit die Fertigung unverzüglich beginnen kann. Dies gilt hier erst recht vor dem Hintergrund der äußerst knappen Fertigungsfristen, die die Beklagte gesetzt hatte. 120

(4) 121

Damit ist von einer berechtigten Nettoschlussrechnungssumme von insgesamt 369.212,02 € auszugehen. 122

(5) 123

Die Klägerin hat auch weder im Sinne des § 16 Abs. 3 Nr. 2 und 3 VOB/B eine Schlusszahlung noch die Ablehnung weiterer Zahlungen durch die Beklagte vorbehaltlos entgegengenommen. Denn sie hat mit Schreiben vom 31.07.2019 schriftlich den Kürzungen widersprochen. 124

bb) Vertragsstrafe 125

Die Beklagte hat gegen die Klägerin keinen Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe aus der Ziffer 5. des Vertrages, mit dem sie gegen die Klageforderung aufrechnen kann. Die Vertragsstrafenklausel ist eine seitens der Beklagten verwendete allgemeine Geschäftsbedingung. Als solche ist sie hier unwirksam, so dass eine Vertragsstrafe nicht als vereinbart gilt und deshalb ein Anspruch der Beklagten auf Zahlung einer Vertragsstrafe nicht besteht. 126

(1) 127

Nach der hier maßgeblichen Klausel bestimmen sich die Höhe und auch die Obergrenze der Vertragsstrafe nach der „Nettoauftragssumme“. 128

Der BGH hat mit Urteil vom 15.02.2024 – VII ZR 42/22 – entschieden, dass eine Klausel, mit welcher die Vertragsstrafe auf „insgesamt 5 v. H. der im Auftragsschreiben genannten Auftragssumme (ohne Umsatzsteuer)“ begrenzt wird, gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam ist, weil die maßgebliche Bezugsgröße für die Grenze von 5 % des Vergütungsanspruchs die <u>Abrechnungssumme</u> in ihrer objektiv richtigen Höhe und nicht die <u>Auftragssumme</u> zu sein habe (BGH, a.a.O., juris, insbes. Rn. 31 ff.). Eine solche Regelung über die Bezugsgröße der Vertragsstrafe beeinträchtigt bei einem Einheitspreisvertrag den Auftragnehmer als Vertragspartner des Verwenders nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen. Bei einem Einheitspreisvertrag, wie er im Fall des BGH	129
– und auch im vorliegenden Fall – geschlossen wurde, kann bei der gebotenen	130
generalisierenden Betrachtungsweise die Anknüpfung der Vertragsstrafe an die vor Auftragsdurchführung vereinbarte (Netto-)Auftragssumme im Falle einer – aus unterschiedlichen Gründen (etwa durch Verringerung der tatsächlich ausgeführten gegenüber den bei Vertragsschluss zugrunde gelegten Mengen) nicht bloß theoretisch denkbaren – nachträglichen Absenkung des Auftragsvolumens dazu führen, dass die vom Auftragnehmer zu erbringende Strafzahlung die Grenze von 5 % seines Vergütungsanspruchs – unter Umständen erheblich – übersteigt. Die damit verbundene, den Auftragnehmer im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unangemessen benachteiligende und damit zur Unwirksamkeit der Klausel führende Privilegierung des Auftraggebers wird innerhalb der Regelung nicht anderweit, etwa durch einen dem gegenüberstehenden Vorteil für den Auftragnehmer, ausgeglichen. Die Klausel enthält insbesondere auch keine Vorkehrungen (beispielsweise durch einen Vorbehalt oder in anderer geeigneter Weise), durch die der Gefahr einer Überschreitung der für die Vertragsstrafe maßgeblichen Grenze angemessen Rechnung getragen wird (BGH, a.a.O., Rn. 41). Der Senat schließt sich dieser Auffassung ausdrücklich an.	131
(2)	132
Allerdings ist der Begriff der „Auftragssumme“ als solcher grundsätzlich unterschiedlichen Deutungen zugänglich. Hierunter kann – nach den jeweiligen Gegebenheiten – einerseits die <u>nach</u> der Abwicklung des Vertrags geschuldete Vergütung zu verstehen sein, andererseits aber auch derjenige Wert, der sich nach der von den Parteien <u>vor</u> der Ausführung des Auftrags vereinbarten Vergütung bemisst (BGH, a.a.O., Rn. 35).	133
(3)	134
Im hier zu beurteilenden Fall wird zwar nicht – wie im vom BGH entschiedenen Fall – ausdrücklich auf ein Auftragsschreiben zur Bestimmung der Auftragssumme Bezug genommen. Bis zu der Entscheidung des BGH scheint der Bezugspunkt „Auftragssumme“ in der Rechtsprechung auch als unproblematisch angesehen worden zu sein (vgl. z. B. BGH, Urteil vom 18.01.2001 – VII ZR 238/00, juris; OLG Hamm, Urteil vom 12.07.2017 – 12 U 156/16, NZBau 2018, 408; Jurgeleit in Kniffka/Koeble/Jurge-	135
leit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 6. Teil, Rn. 122).	136
(4)	137
Auch ohne die Klarstellung, dass die <u>Nettoangebotssumme</u> und nicht die korrekte <u>Nettoschlussrechnungssumme</u> gemeint ist, ist die hier verwendete Klausel aber nach Auffassung des Senats unwirksam (vgl. ebenso: Steffen, NJW-Spezial 2024, 237, beck-online).	138

(a)	139
Denn es bestehen hier – wie vorstehend unter Gliederungspunkt (2) bereits ausgeführt – zwei verschiedene Möglichkeiten, den Begriff „Auftragssumme“ auszulegen.	140
Damit kann die Nettoauftragssumme, aber auch die Schlussrechnungssumme gemeint sein. Auch die Parteien haben diesen Begriff unterschiedlich verwendet. In der Schlussrechnung ist von der „Auftragssumme Netto vor Abzüge“ die Rede, also die <u>Schlussrechnungssumme</u> gemeint. Die Beklagte dagegen hat im Rahmen der Schlussrechnungsprüfung die Netto <u>angebotssumme</u> ihrer Berechnung der Vertragsstrafe zugrunde gelegt. Letzteres belegt, dass es durchaus naheliegend ist, dass sich der von ihr in der Vertragsstrafenklausel verwendete Begriff „Auftragssumme“ auf die ursprüngliche Angebotssumme bezieht.	141
(b)	142
Die hier verwendete Klausel ist unwirksam, weil jedenfalls diese Unklarheit dazu führt, dass die Rechte und Pflichten der Beklagten in der Klausel nicht so klar und präzise wie nötig umschrieben sind (vgl. BGH, Urteil vom 06.12.2007 – VII ZR 28/07, juris Rn. 14, wobei dort die Begriffe „Auftragssumme“ und „Schlussrechnungssumme“ gleichwertig nebeneinanderstanden).	143 144
(c)	145
Nach allgemeiner Meinung greift die Auslegungsregel des § 305c Abs. 2 BGB (erst), wenn eine Klausel nach Ausschöpfung der Auslegung zwei oder mehr mögliche Bedeutungen hat (vgl. BeckOK BGB/H. Schmidt, 70. Edition, Stand: 01.05.2024, § 305c, Rn. 60 m.w.N.). Dies ist hier – wie ausgeführt – der Fall. Im Rahmen der Inhaltsüberprüfung muss eine anwenderfeindliche Auslegung erfolgen (vgl. z. B. auch BGH, Urteil vom 19.12.2018 – VIII ZR 254/17, juris Rn. 19; BGH, Urteil vom 20.07.2017 – VII ZR 259/16, juris Rn. 23). Es ist unzulässig, eine überschießende und damit unwirksame, aber auslegungsfähige Klausel durch Vertragsauslegung zunächst auf einen zulässigen Inhalt zu reduzieren und die Klausel erst mit diesem Inhalt der Kontrolle nach den §§ 307 bis 309 BGB zu unterziehen (BeckOGK/Bonin, Stand: 01.03.2024, BGB, § 305c, Rn. 85). Bei der Inhaltsbestimmung von allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) kommt auch eine geltungserhaltende Auslegung im Grundsatz nicht in Betracht. Würde eine überraschende oder inhaltlich überschießende und damit unwirksame, aber auslegungsfähige Klausel durch Auslegung auf einen (vom redlichen Verwender möglicherweise gewollten) Inhalt reduziert und erst mit diesem der Einbeziehungskontrolle (Abs. 1) oder der Inhaltskontrolle (§§ 307 bis 309 BGB) unterzogen, liefen Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle weitgehend ebenso leer wie die Sanktionsdrohung des § 306 Abs. 2 BGB (BeckOGK/Bonin, a.a.O., Rn. 107). Daher greifen bei mehrdeutigen AGB-Klauseln die allgemeinen Regeln nicht ein; an ihre Stelle tritt der Grundsatz, dass die Unklarheit der AGB-Klauseln zu Lasten desjenigen geht, der sie eindeutig hätte formulieren können (MüKoBGB/Fornasier, 9. Aufl. 2022, BGB, § 305c, Rn. 44).	146 147
(d)	148
Auf die weiteren Fragen im Zusammenhang mit der Wirksamkeit der Klausel und der Verwirkung der Vertragsstrafe kommt es danach nicht mehr an.	149
cc) Nachlass und Umsatzsteuer	150

Von der berechtigten Nettoschlussrechnungssumme von 369.212,02 € sind 2 % Nachlass in Abzug zu bringen und 19 % Umsatzsteuer hinzuzurechnen. Damit ergibt sich eine berechnete Bruttoschlussrechnungssumme von 430.575,06 €.	151
dd) unstrittige Abschlagszahlungen	152
Von dieser Summe sind die unstrittigen Abschlagszahlungen in Höhe von 368.214,29 € abzuziehen. Damit errechnet sich eine Restforderung von 62.360,77 €.	153
ee) Skonto	154
Hinsichtlich der ersten Abschlagszahlung ist ein Skontoabzug berechtigt.	155
(1)	156
Die Parteien haben unstrittig eine Berechtigung zum Abzug von 3 % Skonto vereinbart. Wegen der handschriftlichen Vermerke im Angebot und im Protokoll zum	157
„Aufklärungsgespräch“ unter Ziffer 3. ist davon auszugehen, dass es sich um eine individuell ausgehandelte Vertragsbedingung handelt.	158
(2)	159
Ob Skonto nur für die Schlusszahlung oder auch für Abschlagszahlungen vereinbart ist, muss durch Auslegung des Vertrages ermittelt werden. Diese Auslegung ergibt im hier zu entscheidenden Fall, dass auch einzelne Abschlagsrechnungen skontiert werden konnten. Denn es ist in den Vertragsgrundlagen nur von einem	160
„Rechnungseingang“ die Rede. Eine Einschränkung dahin, dass nur die Schlussrechnung skontiert werden kann, findet sich nicht. Im Gegenteil findet sich im Protokoll zum „Aufklärungsgespräch“ unter Ziffer 3. die Anmerkung:	161
„*Skontovereinbarung für Abschlagszahlungen innerhalb von 10 Kalendertagen nach Rechnungseingang.“ Damit bezieht sich die Vereinbarung ausdrücklich auch auf Abschlagszahlungen. Dies hat die Klägerseite selbst auch so verstanden, was sich darin zeigt, dass sie in der ersten Schlussrechnung zunächst noch selbst einige Skontoabzüge ausgewiesen hatte.	162
(3)	163
Die Skontovereinbarung ist dahingehend zu verstehen, dass es nur auf die Zahlung der jeweils in der Rechnung enthaltenen Vergütungsansprüche ankommt (vgl. auch KG Berlin, Urteil vom 16.12.2011 – 7 U 18/11, juris Rn. 18). Es wird allein auf den Rechnungseingang abgestellt. Es wird <u>nicht</u> verlangt, dass <u>sämtliche</u> Rechnungen rechtzeitig bezahlt werden. Denn der Sinn und Zweck der Skontoabrede ist ein Anreiz zur schnellen Bezahlung und damit frühzeitigen Liquidität des Unternehmers. Dieser Anreiz hat seine Berechtigung sowohl für den Fall der Schlusszahlung als auch für den Fall der Abschlagszahlung (Kniffka in Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 4. Teil, Rn. 519; vgl. auch Kandel in Ganten/Jansen/Voit, Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 4. Aufl. 2013, VOB/B, § 16	164
Abs. 5, Rn. 17 ff. m.w.N.; Motzke/Seewald/Tschäpe, Prozesse in Bausachen, 4. Aufl. 2024, § 5 Ansprüche für und gegen den Unternehmer, A. Rn. 769 m.w.N.).	165

(4)	166
Voraussetzung für die Skontierfähigkeit der Rechnungssummen insgesamt ist damit auch nicht, dass jede Rechnung innerhalb der Skontofrist zu begleichen wäre, sondern es ist jede Rechnung <u>einzel</u> n zu betrachten. Vereinbaren die Parteien ein Skonto für jede einzelne Rate eines Zahlungsplanes, ist das Skonto für jede fristgerecht gezahlte Rate auch dann verdient, wenn andere Raten nicht fristgerecht geleistet werden (Kniffka in Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 4. Teil, Rn. 523 unter Verweis auf BGH-Rechtsprechung).	167
(5)	168
Das Landgericht hat nur einen Skontoabzug betreffend der ersten Abschlagsrechnung in Höhe von 1.784,46 € als berechtigt angesehen.	169
Sowohl aus der Aufstellung der ersten Schlussrechnung als auch aus der Schlussrechnungsprüfung lässt sich ableiten, dass sich die Summe der ersten Abschlagsrechnung auf 59.697,60 € belief, wovon 3 % Skonto (entsprechend 1.784,46 €) abgezogen wurden, sodass 57.697,60 € tatsächlich angewiesen wurden. Die Parteien bzw. ihre Prozessbevollmächtigten haben in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärt, dass dieser Betrag unstreitig bezahlt wurde. Er wurde insoweit bereits als Teil der unstreitigen Zahlungen berücksichtigt.	170
Das Landgericht hat in den Gründen der angefochtenen Entscheidung zwar ausgeführt, dass eine „erste Abschlagszahlung“ von 59.482,06 € geleistet worden sei (UA S. 14), was damit nicht zutreffend ist. In der Berechnung hat es jedoch richtigerweise einen Skontobetrag von 1.784,46 € zugrunde gelegt. Soweit die Klägerin auf die Anlage 5 zur Klageschrift verwiesen hat (Prüfung der ersten Schlussrechnung), sind die dort aufgelisteten Beträge nicht zutreffend, was die Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ebenfalls unstreitig gestellt haben.	171
(6)	172
Entgegen der Ansicht der Klägerin scheitert die Skontierfähigkeit des gezahlten ersten Abschlagsbetrages auch nicht daran, dass die Kürzung der Abschlagsrechnung um 5 % Sicherheitseinbehalt in Höhe von 3.227,46 € nicht gerechtfertigt war.	173
(a)	174
Ein Sicherheitseinbehalt wurde zwar gemäß Ziffer 3.2 des Auftragsschreibens vereinbart, was auch unstreitig ist. Diese Vereinbarung ist allerdings unwirksam, weil es sich um eine von Beklagtenseite gestellte allgemeine Geschäftsbedingung handelt und diese nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam ist.	175
Die Sicherungsvereinbarung sieht einen Einbehalt von 5 % der Auftragssumme vor, der gegen Bankbürgschaft entsprechend der VOB/B eingelöst werden kann. Der Zeitraum für den Einbehalt ist nicht geregelt. Ein solche Klausel benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen. Denn sie ermöglicht dem Auftraggeber, die Bürgschaft nach seinem Belieben zu befristen. Für eine Begrenzung des Bestimmungsrechts auf die Dauer der Gewährleistungsfrist gibt die Klausel nichts her. Wäre dies gewollt gewesen, hätte dies zum Ausdruck gebracht werden müssen (vgl. BGH, Urteil vom 10.04.2003 – VII ZR 314/01, juris	176

(b)	177
Damit hat die Beklagte auf die erste Abschlagsrechnung zu Unrecht nicht den vollen Betrag, sondern nur einen um 5 % gekürzten Anteil gezahlt.	178
Streitig ist, ob Skonto auch dann zu gewähren ist, wenn – wie hier – nicht die gesamte Rechnungssumme bezahlt wird, sondern nur eine Teilleistung erbracht wird (vgl. nur Kniffka in Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 4. Teil, Rn. 523 m.w.N.). Diese Streitfrage braucht hier jedoch nicht abschließend entschieden zu werden.	179 180
Die Auslegung des Vertrages ergibt hier nämlich jedenfalls, dass mit Blick auf die geleistete Zahlung ein Skontoabzug in Höhe von 1.784,46 € berechtigt ist. Denn ausweislich der Formulierung im Gesprächsprotokoll „Skontovereinbarung für Abschlagszahlungen“ sollte diese uneingeschränkt für Abschlagszahlungen gelten. Eine Einschränkung, dass ein Skonto nur bei Zahlung der gesamten berechtigten Abschlagsrechnungssumme berechtigt sei, findet sich demgegenüber nicht. Damit ist die Abrede dahin auszulegen, dass auf jede Abschlagszahlung, jedenfalls soweit es sich um einen nicht unerheblichen Teil der berechtigten mit einer Abschlagsrechnung begehrten Forderung handelt, ein Skonto zu gewähren ist, wenn sie binnen zehn Tagen seit Eingang einer (jeweils prüfbaren) Abschlagsrechnung erfolgt. Es ist nicht erforderlich, dass die Abschlagszahlung jeweils in Höhe der berechtigten Abschlagsrechnung vollständig vorgenommen wird (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 07.02.1995 – 21 U 73/94, juris Rn. 7). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt, weil bezogen auf die Summe der ersten Abschlagsrechnung von 59.697,60 € (nach Abzug von 5 % Sicherheitseinbehalt) diese unter Abzug von 3 % Skonto in Höhe von 57.697,60 € vollständig beglichen wurde.	181
(7)	182
Dass die Schlussrechnung nicht (vollständig) und zumindest auch die zweite Abschlagsrechnung nicht innerhalb der Skontofrist gezahlt wurde, führt nicht zum Entfallen der Skontoberechtigung insgesamt.	183
Zwar ist streitig, ob Skonti für die Abschlagszahlungen bei der endgültigen Abrechnung berücksichtigt werden dürfen, wenn die Schlusszahlung nicht pünktlich geleistet wird (vgl. Kniffka in Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 4. Teil, Rn. 523 m.w.N.). Der Senat verbleibt jedoch bei seiner Ansicht, dass der Auftraggeber einer Werkleistung bei Leistung von Abschlags- oder Vorauszahlungen auf den Werklohn innerhalb einer eingeräumten Skontierungsfrist nach dem Sinn und Zweck der Skontoabrede auch dann zum Skontoabzug hinsichtlich des geleisteten Betrages berechtigt ist, wenn er die Schlussrechnung selbst nicht vollständig oder verspätet bezahlt (vgl. Senat, Urteil vom 12.01.1994 – 12 U 66/93, juris; OLG Köln, Urteil vom 30.01.1990 – 22 U 181/89, beck-online). Dafür spricht auch, dass in dem Fall, dass die Parteien ein Skonto für jede einzelne Rate eines Zahlungsplanes vereinbaren, das Skonto für jede fristgerecht gezahlte Rate auch dann verdient ist, wenn andere Raten nicht fristgerecht geleistet werden (siehe bereits die vorstehenden Ausführungen unter Gliederungspunkt (3)).	184
(8)	185
	186

Ausweislich der zweiten Schlussrechnungsprüfung, der Zahlungsfreigabe gemäß Anlage K21 und der Aufstellung in der Klageschrift ging die erste Abschlagsrechnung am 21.01.2019 bei der Bauleitung ein. Die Zahlung auf die erste Abschlagsrechnung erhielt die Klägerin ausweislich der Schlussrechnungen und der zweiten Schlussrechnungsprüfung am 30.01.2019, sodass die Skontofrist von zehn Tagen eingehalten ist.	
(9)	187
Die weiteren bislang streitigen Skontoabzüge sind nicht mehr Gegenstand des Berufungsverfahrens, nachdem das Landgericht diese als nicht berechtigt angesehen und die Berufungsbeklagte dies nicht angegriffen hat. Vielmehr hat sie sich hinsichtlich ihrer Widerklage sogar auf die Berechnung des Landgerichts gestützt und in der Berufungserwiderng darüber hinaus ausgeführt: <i>„Weitere Skonto-Abzüge sind nicht berücksichtigt, sodass die mit der Berufung insoweit erhobenen Einwendungen unerheblich sind.“</i>	188
(10)	189
Unter Berücksichtigung des Skontobetrages von 1.784,46 € errechnet sich damit eine berechnigte Restwerklohnforderung zum Zeitpunkt der Schlussrechnungserstellung von 60.576,31 €.	190
ff) weiter Zahlungen auf die Schlussrechnung	191
Auf diese Summe von 60.576,31 € wurden vorprozessual weitere 6.785,24 € gezahlt, sodass eine Restforderung von 53.791,07 € zum Zeitpunkt der Klageerhebung verblieb.	192
Nach Rechtshängigkeit wurden weitere 18.000,00 € auf die Forderung gezahlt. Zudem wurden unstrittig weitere 18.000,00 € – möglicherweise ohne Leistungsbestimmung – gezahlt, sodass die Forderung auch in dieser Höhe entweder durch Erfüllung gemäß § 362 Abs. 1 BGB oder wegen der Aufrechnung der Klägerin gemäß § 389 BGB erloschen ist.	193
Es verbleibt damit eine noch offene Restforderung in Höhe von 17.791,07 €, die der Klägerin zuzusprechen ist.	194
gg) Sicherheitseinbehalt	195
Ein Sicherheitseinbehalt ist – unabhängig von der Wirksamkeit der Klausel – schon deshalb nicht zu berücksichtigen, weil die Beklagte im Besitz einer Gewährleistungsbürgschaft ist.	196
hh) Fälligkeit	197
Der Vergütungsanspruch ist auch fällig; die erbrachten Leistungen sind abgenommen. Eine Schlussrechnung ist erteilt. Ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines eventuellen Anspruchs der Beklagten auf Herausgabe des Materials – mit der Folge, dass zur Leistung Zug um Zug zu verurteilen wäre – hat diese nicht geltend gemacht.	198
b) Nebenforderungen	199
aa) Verzugszinsen	200
Die Hauptforderung ist gemäß §§ 286, 288 Abs. 2 BGB bzw. § 16 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B wie beantragt zu verzinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem	201

21.09.2019, spätestens nachdem die Prozessbevollmächtigten der Beklagten eine Zahlung mit Schreiben vom 20.09.2019 abgelehnt haben.

bb) vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten 202

Die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten sind als Verzugsschaden zu ersetzen, berechnet nach einem berechtigten Streitwert von bis zu 65.000,00 € zum Zeitpunkt der Mahnung (§ 286 Abs. 3 BGB, § 16 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B). Die Beklagte befand sich bei Mahnung am 06.08.2019 bereits in Verzug, weil die erste Schlussrechnung auf den 04.07.2019 datierte und 30 Tage ab Zugang abgelaufen waren, was zur Begründung des Verzugs ausreichend war. 203

Damit errechnet sich nach den Anlagen zum RVG eine berechnete Forderung in Höhe von 1.642,40 € netto. Die Klägerin hat selbst in der Berufungsbegründung vorgetragen, dass sie als GmbH vorsteuerabzugsberechtigt sei und daher die Umsatzsteuer nicht beanspruchen könne. 204

cc) Verzinsung der Nebenforderung 205

Die Nebenforderung ist nur in Höhe von fünf (nicht acht) Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit (Zustellung der Klage am 23.12.2019) zu verzinsen, weil es sich nicht um eine Entgeltforderung handelt, 206

§§ 288, 291 BGB. Die weitergehende Klage ist insoweit unbegründet. 207

dd) Verrechnung des Landgerichts 208

Der Senat hat Bedenken, eine Verrechnung, wie sie das Landgericht mit Blick auf eine von Amts wegen angenommene „dolo-agit-Einrede“ vorgenommen hat, hier anzusetzen, wenn die Beklagte die Möglichkeit zur Aufrechnung gehabt, diese jedoch nicht erklärt hat. Jedenfalls kommt eine Verrechnung der Nebenforderungen mit einem Rückzahlungsanspruch der Beklagten wegen des doppelt geleisteten Betrages von 18.000,00 € schon deshalb nicht in Betracht, weil diese Leistung bzw. versehentliche Doppelzahlung bereits anspruchsmindernd bei der Berechnung der berechtigten Klageforderung vollumfänglich berücksichtigt wurde und die Klägerin ohnehin nicht überzahlt ist. 209

c) Feststellungsantrag 210

Eine Entscheidung über den Feststellungsantrag ist nicht mehr veranlasst. 211

Da die Beklagte der Teilerledigungserklärung der Klägerin betreffend ihren Feststellungsantrag nicht innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen seit der Zustellung des Schriftsatzes, mit welchem die Teilerledigung erklärt worden ist, widersprochen hat und die Beklagte zuvor auf diese Folge hingewiesen worden war, gilt ihr Schweigen gemäß § 91a Abs. 1 Satz 2 ZPO als Zustimmung zur Teilerledigungserklärung der Klägerin (vgl. Zöller/Althammer, Zivilprozessordnung, 35. Aufl. 2024, § 91a, Rn. 10; MüKoZPO/Schulz, 6. Aufl. 2020, § 91a, Rn. 30). 212

Übereinstimmende Erledigungserklärungen beenden zwingend die Rechtshängigkeit des Rechtsstreits in der Hauptsache; das Gericht muss und darf nur noch über die Kosten entscheiden (Flockenhaus in Musielak/Voit, Zivilprozessordnung, 21. Aufl. 2024, § 91a, Rn. 17 m.w.N.). 213

2. Widerklage	214
a) Zulässigkeit der Widerklage	215
Die Widerklage in der Berufungsinstanz ist hier gemäß § 533 ZPO ausnahmsweise zulässig, weil sie sachdienlich ist, insbesondere sich das Verfahren durch sie nicht verzögert, und auf Tatsachen gestützt wird, die der Senat seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat.	216
b) Begründetheit der Widerklage	217
Die Widerklage ist allerdings nicht begründet, weil sich auch unter Berücksichtigung der zweiten Zahlung von 18.000,00 € ein berechtigter restlicher Vergütungsanspruch	218
der Klägerin errechnet. Die Klägerin ist nicht überzahlt, so dass die Beklagte keinen Anspruch auf Rückzahlung zu viel geleisteter Beträge hat. Mit Überweisung eines zweiten Betrages von 18.000,00 € hat entweder die Beklagte auf die Klageforderung geleistet, diese also erfüllt, oder aber die Klägerin hat nach den vorstehenden Ausführungen wirksam die Aufrechnung erklärt mit der Folge, dass ein Rückzahlungsanspruch gemäß §§ 812 ff. BGB der Beklagten jedenfalls erloschen ist.	219
III.	220
1.	221
Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91a Abs. 1 Sätze 1 und 2, 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.	222
a)	223
Der Senat hat der Beklagten nach § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO die gesamten Prozesskosten auferlegt, weil die Zuvielforderung der Klägerin verhältnismäßig geringfügig war und nur geringfügig höhere Kosten veranlasst hat.	224
b)	225
Hinsichtlich des für erledigten Teils richtet sich die Kostenentscheidung nach § 91a Abs. 1 ZPO. Unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes waren die Kosten insoweit ebenfalls der Beklagten aufzuerlegen, weil die Feststellungsklage bis zur mündlichen Verhandlung zulässig und begründet war.	226
aa)	227
Dieser Feststellungsantrag war zunächst insgesamt zulässig. Insbesondere bestand ein Feststellungsinteresse im Sinne des § 256 Abs. 1 ZPO.	228
(1)	229
Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein schutzwürdiges rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung zu bejahen, wenn einem subjektiven Recht des Klägers eine gegenwärtige Gefahr oder Ungewissheit droht und das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen. Eine solche Gefahr ist im Falle einer negativen Feststellungsklage jedenfalls dann zu bejahen, wenn sich der Beklagte eines Anspruchs gegen den Kläger berührt (BGH, Urteil vom 22.07.2021 – VII ZR 113/20, juris). Da die Beklagtenseite erklärt hatte, die zweite Zahlung von 18.000,00 € stehe unter	230

„Rückforderungsvorbehalt“, war Letzteres der Fall.

(2)	231
Dem Feststellungsinteresse stand auch nicht entgegen, dass im Rahmen der Klage ohnehin über eine Anrechnung dieser zweiten Zahlung auf die Klageforderung zu entscheiden war. Rechnet der Kläger nämlich – wie hier – mit (einem Teil) der ihm zuerkannten Klageforderung gegen eine anderweitige Gegenforderung des	232
Beklagten auf, so erstreckt sich die Rechtskraftwirkung des Urteils, das die Klage mit Rücksicht auf die Aufrechnung (teilweise) abweist, nicht in entsprechender Anwendung des § 322 Abs. 2 ZPO auf die Gegenforderung (vgl. BGH, Urteil vom 04.12.1991 – VIII ZR 32/91, juris Rn. 6 ff.).	233
bb)	234
Nachdem die Beklagte allerdings Widerklage auf Rückzahlung von 3.928,88 € nebst Zinsen erhoben hat, ist der Feststellungsantrag (erst) in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat unzulässig geworden, weil die Beklagte insoweit eine Leistungswiderklage wegen desselben Anspruchs erhoben hat.	235
Als Prozessvoraussetzung muss das Feststellungsinteresse grundsätzlich bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vorliegen, sonst wird die Klage ex nunc unzulässig (Zöller/Greger, Zivilprozessordnung, 35. Aufl. 2024, § 256 ZPO, Rn. 16 m.w.N.). Die Aufgabe des Bestreitens bzw. der Berühmung lässt das Feststellungsinteresse nur entfallen, wenn der Kläger endgültig gesichert ist (Greger a.a.O.). Wird wegen derselben Ansprüche Leistungs(wider)klage erhoben, so besteht insoweit das ursprüngliche vorliegende Feststellungsinteresse grundsätzlich nur solange fort, bis über die neue Klage streitig verhandelt wurde, diese also gemäß	236
§ 269 Abs. 1 ZPO nicht mehr einseitig zurückgenommen werden kann (Greger a.a.O., Rn. 17 m.w.N.).	237
Soweit die Klägerin also eine (negative) Feststellung betreffend den Betrag begehrt hat, der Gegenstand der Widerklage ist, ist der Feststellungsantrag damit unzulässig geworden. Sie hat nach Hinweis des Senats die Klage insoweit deshalb entsprechend für erledigt erklärt. Schriftsätzliche Erledigungserklärungen können	238
– wie hier – noch nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung bis zum Verkündungstermin abgegeben werden (vgl. MüKoZPO/Schulz, 6. Aufl. 2020, § 91a, Rn. 32 m.w.N.). Die Zustimmung der Beklagten gilt – wie oben bereits ausgeführt – gemäß § 91a Abs. 1 Satz 2 ZPO als fingiert.	239
cc)	240
Im Übrigen war der Antrag auch begründet. Insoweit gelten die Ausführungen zur Abweisung der Widerklage entsprechend.	241
2.	242
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 709 Satz 2, 711 Satz 1 und 2 ZPO.	243
	244

3.

Die Zulassung der Revision beruht auf § 543 Abs. 2 ZPO.

245