

Gericht: OLG Zweibrücken 5. Zivilsenat
Entscheidungsdatum: 28.03.2024
Rechtskraft: ja
Aktenzeichen: 5 U 53/23
ECLI: ECLI:DE:POLGZWE:2024:0328.5U53.23.00
Dokumenttyp: Beschluss
Quelle: 
Normen: § 640 Abs 1 BGB, § 12 Abs 1 VOB B

Sonstiger Orientierungssatz

Hinweis der Dokumentationsstelle des Bundesgerichtshofs: Die Nichtzulassungsbeschwerde vor dem BGH (VII ZR 65/24) ist zurückgenommen worden.

Verfahrensgang

vorgehend OLG Zweibrücken 5. Zivilsenat, 5. März 2024, 5 U 53/23, Beschluss
vorgehend LG Kaiserslautern, 19. April 2023, 2 O 742/17

Tenor

1. Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Einzelrichters der 2. Zivilkammer des Landgerichts Kaiserslautern vom 19.04.2023 wird zurückgewiesen.
2. Der Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
3. Das Urteil des Einzelrichters der 2. Zivilkammer des Landgerichts Kaiserslautern vom 19.04.2023, Az.: 2 O 742/17, ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
4. Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird auf **10.558,62 €** festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Die Kläger als Bauherrengemeinschaft und Auftraggeber machen gemäß ihrer Anspruchsbegründung vom 29.01.2028 (nach Einlegung von Widerspruch des Beklagten gegen den Mahnbescheid vom 30.10.2017) gegen den Beklagten als Auftragnehmer wegen Mängeln an den im Jahr 2011 durchgeführten Elektroarbeiten am Anwesen ... in ... einen Kostenvorschussanspruch in Höhe von 10.558,62 € nebst Zinsen, die Feststellung der Ersatzpflicht der Mehrwertsteuer bei Ausführung der Mängelbeseitigungsarbeiten und Kostenersatz für Privatgutachten in Höhe von 212,50 € nebst Zinsen geltend.
- 2 Am 11.01.2014 haben die Parteien einen VOB/B-Bauvertrag über Elektroarbeiten zum Pauschalpreis von 54.786,84 € abgeschlossen.
- 3 Auf Antrag der Kläger vom 27.04.2016 wurde wegen der streitgegenständlichen Elektroarbeiten am Anwesen ... ein selbständiges Beweisverfahren vor dem Landgericht Mainz mit dem Az.: 80 H 3/16 durchgeführt, deren Akten das Erstgericht beigezogen hat.

- 4 Bereits mit der Antragsschrift vom 29.01.2018 haben die Kläger acht von ihr nicht bezahlte Rechnungen des Beklagten vom 27.12.2011 über einen Gesamtwerklohn von 14.395,61 € vorgelegt und vorgetragen, dass die Arbeiten nicht abgenommen und die Rechnungen nicht prüffähig seien.
- 5 Wegen des weiteren Sach- und Streitstands in erster Instanz wird auf die dortigen Schriftsätze nebst Anlagen und die Verhandlungsprotokolle Bezug genommen.
- 6 Das Erstgericht hat den Beklagten nach Einholung mehrerer Sachverständigengutachten am 19.04.2023 verurteilt, an die Kläger einen Kostenvorschuss in Höhe von 10.558,62 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 02.03.2018 zu zahlen. Zudem wurde festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, den Klägern die durch die Ausführung der Mängelbeseitigungsarbeiten anfallende Mehrwertsteuer zu erstatten und der Beklagten wurde außerdem verurteilt, an die Kläger 212,50 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 02.03.2018 zu zahlen.
- 7 Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, dass zwischen den Parteien ein Abrechnungsverhältnis vorliege und das Setzen einer Nacherfüllungsfrist wegen endgültiger Verweigerung der Mängelbeseitigung durch den Beklagten entbehrlich gewesen sei.
- 8 Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme bestünden wegen Mängeln der Elektroarbeiten Kostenvorschussansprüche in Höhe von insgesamt 10.558,62 € (was auf neun Seiten im Einzelnen in den Urteilsgründen ausgeführt wird).
- 9 Im Übrigen wird auf das angegriffene Urteil Bezug genommen.
- 10 Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten, der eine Klageabweisung erstrebt.
- 11 Der Beklagte trägt vor, dass die Klage auf Kostenvorschuss unschlüssig sei, weil die Kläger die acht Rechnungen über Elektroarbeiten vom 27.12.2011 bis heute nicht bezahlt hätten und sich wegen der Kosten der Mängelbeseitigung aus dem zurückgehaltenen Werklohn befriedigen könnten. Der ausgeurteilte Kostenvorschuss widerspreche dem schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbot und dem Gedanken der Vorteilsausgleichung.
- 12 Die Kläger hätten schlüssig zu einem Abrechnungsverhältnis vortragen sowie eventuelle Einwendungen gegen die Rechnungen des Beklagten erheben und schließlich auch eine schlüssige Verrechnung des Vorschusses mit der Vergütung vornehmen müssen.
- 13 Eine Abrechnungsposition „einbehaltene Vergütung“ nach Durchführung der Ersatzvornahme habe nichts mit Mängelbeseitigungskosten zu tun.
- 14 Der Beklagte sei deshalb nicht gehalten gewesen, erstinstanzlich die Aufrechnung mit der Vergütung gegenüber dem eingeklagten Vorschuss zu erklären.
- 15 Rein vorsorglich und hilfsweise werde in der Berufung die Aufrechnung gegenüber der Klageforderung bzw. dem ausgeurteilten Betrag mit der einbehaltenen Vergütung in Höhe von 14.395,61 € erklärt.

- 16 Die Aufrechnungserklärung sei auch nicht verspätet, weil sie auf unstreitigen Sachvortrag gestützt werde bzw. auf Tatsachen, die ohnehin durch das Gericht zugrunde zu legen seien.
- 17 Mit dem Einwand der mangelnden Prüffähigkeit könne die Klägerin in der Berufung nicht mehr gehört werden. Habe der Auftraggeber eines Vertrags, in dem die VOB/B vereinbart worden sei, nicht binnen zwei Monaten nach Zugang der Schlussrechnung Einwendungen gegen deren Prüfbarkeit erhoben, werde der Werklohn auch dann fällig wenn die Rechnung objektiv nicht prüfbar sei.
- 18 Der Beklagte beantragt,
- 19 das Urteil des Landgerichts Kaiserslautern vom 19.04.2023 wie folgt abzuändern:
Die Klage wird abgewiesen.
- 20 Die Kläger beantragen,
- 21 die Berufung zurückzuweisen.
- 22 Die Kläger tragen vor, da der Beklagte während des gesamten erstinstanzlichen Verfahrens den Einwand eigener Ansprüche zu keinem Zeitpunkt eingebracht habe, sei er damit in der Berufungsinstanz präkludiert.
- 23 Wegen der behaupteten Zahlungsansprüche aus den Rechnungen vom 27.12.2011 habe der Beklagte im Übrigen bereits am 19.12.2012 Klage beim Landgericht Mainz erhoben.
- 24 Die Kläger würden die Werklohnforderung in Höhe von 14.395,61 € nach wie vor bestreiten. Wenn der Beklagte meine ihm stehe ein aufrechnungsfähiger Anspruch zu, reiche es nicht aus auf bestrittene Rechnungen zu verweisen, er müsse vielmehr im Einzelnen substantiiert darlegen und unter Beweis stellen, dass ein fälliger und einredefreier Anspruch gegen die Kläger bestehe.
- 25 Der Senat hat die Parteien mit Beschluss vom 05.03.2024 darauf hingewiesen, dass er beabsichtigt, die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Einzelrichters der 2. Zivilkammer des Landgerichts Kaiserslautern vom 19.04.2023 gemäß § 522 Abs. 2 ZPO durch einstimmigen Beschluss wegen offensichtlich fehlender Erfolgsaussicht zurückzuweisen. Zur Begründung wird auf Bl. 70 bis 76 d.A. Bezug genommen.
- 26 Der Beklagte hat hierzu mit Schriftsatz vom 25.03.2024 eine Stellungnahme eingereicht.
- 27 Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes im Berufungsverfahren wird auf die dort gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

- 28 1. Der Senat ist einstimmig davon überzeugt, dass die Berufung des Beklagten in der Sache offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO).
- 29 Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts. Eine mündliche Verhandlung ist nicht geboten (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Nr. 3, Nr. 4 ZPO).

- 30 Eine Zulassung der Revision ist nicht veranlasst, weil die Rechtsfrage, ob der Vorschussanspruch ausgeschlossen ist, wenn der Besteller die Möglichkeit hat, den für die Mängelbehebung erforderlichen Geldbetrag auf andere Weise zu erlangen, so z.B. durch Einbehalt der noch ausstehenden Werklohnforderung des Unternehmer, für die vorliegende Entscheidung dahinstehen kann, da nämlich nicht feststeht, ob und in welcher Höhe dem Beklagten ein Restwerklohnanspruch aus einem Werkvertrag vom 11.01.2014 über 54.786,84 € gemäß den von den Klägern selbst mit ihrer Anspruchsbegründung vom 29.01.2028 vorgelegten acht Rechnungen vom 27.12.2011 über insgesamt 14.395,61 € zusteht.
- 31 Zur Begründung verweist der Senat zunächst auf seinen Hinweisbeschluss vom 05.03.2024, Bl. 70 bis 76 d.A.. Die Stellungnahme des Beklagten im Schriftsatz vom 25.03.2024 gibt keinen Anlass zu einer abweichenden Entscheidung.
- 32 Entgegen der Rechtsauffassung des Beklagten haben die Beklagten die acht Rechnungen über insgesamt 14.395,61 € weder nach einer erfolgten Rechnungsprüfung als unstreitiges Guthaben anerkannt noch mit der Erhebung der Vorschussklage konkludent eine Aufrechnung mit der geschuldeten Vergütung erklärt. Vielmehr haben die Kläger diese Rechnungen bereits mit außergerichtlichem Schreiben vom 12.01.2012 (Anlage K 10) wegen fehlender Abnahme aufgrund mangelhafter Leistungen und mangels Prüffähigkeit nach VOB/B zurückgewiesen und dies ausdrücklich zum Gegenstand ihres Sachvortrags in der Anspruchsbegründung gemacht. Es gibt deshalb kein „unstreitiges Guthaben“ des Beklagten.
- 33 Die erstmals im Berufungsverfahren erklärte Aufrechnung des Beklagten mit Werklohnansprüchen aus acht Rechnungen vom 27.12.2011 über insgesamt 14.395,61 € ist gemäß § 531 Abs. 2 ZPO wegen Verspätung nicht berücksichtigungsfähig. Die Aufrechnung kann wie die Klageänderung nur auf Tatsachen unter Beachtung der Beschränkung des § 533 Nr. 2 ZPO gestützt werden (BeckOK ZPO/Wulf, 51. Ed. 1.12.2023, ZPO § 533 Rn. 22).
- 34 Lediglich ergänzend ist auszuführen, dass es dem Beklagten unbenommen bleibt, einen etwaigen Werklohnanspruch gesondert geltend zu machen.
- 35 2. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO.
- 36 3. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit findet seine Grundlage in den §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.
- 37 4. Die Streitwertfestsetzung findet ihre Grundlage in § 3 ZPO.