
Datum: 28.11.2002
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 62/02
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2002:1128.24U62.02.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 22 O 154/01

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 22. Februar 2002 verkündete Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, falls nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.
Gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO n.F. wird auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochteten Urteils Bezug genommen.
Diese werden wie folgt ergänzt:

1
2
3
4

Nach Verkündung des landgerichtlichen Urteils hat die Beklagte der Klägerin eine Bankbürgschaft vom 4.04.2002 zur Verfügung gestellt. In der diesbezüglichen Urkunde heißt es unter Hinweis auf das Urteil des Landgerichts u.a.: "Aufgrund dieses Urteils kann gegen Sicherheitsleistung die Beklagte die Zwangsvollstreckung abwenden. Kann die ... bezeichnete Prozeßpartei die Zwangsvollstreckung abwenden, übernimmt die Bank hiermit dem Bürgschaftsnehmer gegenüber zur Sicherung der Durchsetzbarkeit seiner im Urteil zuerkannten Ansprüche die Bürgschaft" Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf Bl. 317 GA verwiesen.	5
Die Beklagte meint in der Berufung,	6
das Werk der Klägerin sei zwischen den Parteien dieses Vertrages nicht abgenommen und sei auch nicht abnahmefähig.	7
Die Rechtsauffassung des Landgerichts zu § 648 a BGB überzeuge nicht. Zunächst könne keine Sicherheitsleistung für erbrachte Leistungen verlangt werden. Desweiteren könne der Unternehmer nach Abnahme nicht mehr nach § 648 a BGB vorgehen. Deshalb sei das Vorbringen der Klägerin nicht schlüssig. Jedenfalls müsse § 648 a BGB teleologisch reduziert werden, so dass der Werklohnanspruch nur insoweit als einredefrei zu betrachten sei, als er die Nachbesserungskosten übersteige. Hier überstiegen die Nachbesserungskosten aber die Werklohnforderung.	8
Weiter habe das Landgericht außer Acht gelassen, dass § 648 a BGB gemäß § 651 Abs. 1, 2. HS. BGB hier gar nicht anwendbar sei.	9
Nach Leistung der Bürgschaft vom 4.04.2002 werde die Klägerin nunmehr aufgefordert, Nachbesserung zu leisten. Die Bürgschaft diene einer Doppelfunktion als Prozeßbürgschaft und als Sicherheit gemäß § 648 a BGB.	10
Weiterhin werde eine Verletzung des § 139 ZPO durch das Landgericht gerügt. Den Parteien sei keine Gelegenheit gegeben worden, zum von ihm herangezogenen Urteil des OLG Naumburg Stellung zu nehmen.	11
Die Beklagte beantragt,	12
die Klage abzuweisen.	13
Die Klägerin beantragt,	14
die Berufung zurückzuweisen.	15
Sie verteidigt das angegriffene Urteil.	16
Das Landgericht habe die Einredefreiheit der Vergütungsforderung wegen Verweigerung einer Sicherheitsleistung gemäß § 648 a BGB durch die Beklagte zutreffend angenommen. Dazu verweist sie auf die jüngste Rechtsprechung des BGH, der auch zum Ausdruck gebracht habe, dass die Sicherheit so lange verlangt werden könne, bis die Vergütung vollständig bezahlt sei. Auch eine Begrenzung auf den Betrag, der die Nachbesserungskosten überschreite, finde nicht statt.	17
Die Prozeßbürgschaft sei wegen ihrer Akzessorietät keine Sicherheitsleistung nach § 648 a BGB, da sie bei Aufhebung des landgerichtlichen Urteils auch erlöschen werde.	18
	19

Ein Verfahrensfehler liege nicht vor. Unbestritten trägt die Klägerin vor, das Landgericht habe in der Güteverhandlung vom 18.01.2002 angeregt, dass die Beklagte eine Bürgschaft übergeben möge, weil es der Auffassung sei, dass sie hierzu verpflichtet sei und sich nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen könne.	
II.	20
Die Berufung hat keinen Erfolg.	21
1.	22
Ein wesentlicher Verfahrensfehler des Landgerichts liegt nicht vor.	23
Ein solcher ist bei einer Hinweispflichtverletzung nur gegeben, wenn das Gericht bei seiner Entscheidung auf einen Gesichtspunkt abstellen will, der bisher von den Parteien nicht als möglicherweise entscheidungserheblich erkannt worden ist und auf den sie deshalb nicht im notwendigen Umfang eingegangen sind.	24
Das Problem der Anwendung des § 648 a BGB und seiner Folgen auf die Durchsetzbarkeit des Vergütungsanspruchs war hier beiden Parteien bereits vor der Klageerhebung bekannt. In den Rechtsstreit wurde es von der Klägerin in der Replik auf die Klageerwidernung, mit der die Beklagte Mängel geltend gemacht hatte, eingeführt. Darauf ging die Beklagte auch in ihrem Schriftsatz vom 17.01.2002 - wenn auch nur kurz - ein. Unstreitig hat das Landgericht in der Güteverhandlung vom 18.01.2002 seine Rechtsauffassung mitgeteilt. In der mündlichen Verhandlung vom 22.02.2002 hat es das Problem ausweislich des Protokolls noch einmal ausdrücklich erörtert und danach gefragt, ob inzwischen eine Sicherheit geleistet worden war.	25
Bei einer in der Rechtsprechung noch nicht endgültig geklärten Frage, wie der Anwendung des § 648 a BGB, ist jede Partei gehalten, von sich aus die Probleme zu bedenken und dazu seine Rechtsmeinung vorzutragen. Sie kann sich keinesfalls darauf verlassen, dass das Instanzgericht eine bestimmte Antwort auf die Frage gibt. Die Gelegenheit zu einem solchen Parteivortrag war auch in diesem Verfahren ausreichend vorhanden. Eine Notwendigkeit, dass das Landgericht noch ausdrücklicher auf die Relevanz dieser Frage hinwies, sieht der Senat auch unter der Geltung des neuen Rechts zu den Hinweispflichten gerade in der ersten Instanz nicht. Auch war weiterer tatsächlicher Vortrag der Parteien weder nötig, noch möglich.	26
2.	27
Eine Rechtsverletzung iSd. §§ 513, 546 ZPO n.F. des Landgerichts bei der Feststellung der Fälligkeit der Werklohnforderung gemäß § 641 Abs.1 BGB liegt nicht vor.	28
Die Leistung der Klägerin ist durch schlüssige Handlung abgenommen worden.	29
Eine ausdrücklich erklärte Abnahme der Leistungen der Klägerin durch die Beklagte kann nicht festgestellt werden.	30
Unstreitig sind die Leistungen der Beklagten, die diejenigen der Klägerin enthielten, von den Erwerbern der Häuser bzw. der Auftraggeberin der Beklagten dieser gegenüber abgenommen worden.	31
	32

Bei der Abnahme der Bauvorhaben H.Straße und O.Straße war ebenfalls unstreitig ein Mitarbeiter der Klägerin zugegen. Daraus kann nur der Schluss gezogen werden, dass zumindest diese Leistungen der Klägerin auch zwischen den Parteien abgenommen wurden.

Bei den übrigen Bauvorhaben sind unstreitig der Klägerin insoweit Abnahmeprotokolle zugesandt worden, als darin geringfügige Mängel aus dem Gewerk der Klägerin aufgeführt wurden, als Aufforderung, diese zu beseitigen. Die Zusendung von Protokollen der Abnahmen zwischen dem Auftraggeber und seinem Auftraggeber kann ohne eine ausdrückliche gegenteilige Erklärung aber auch nur als Abnahme unter Mangelvorbehalt verstanden werden. Weiter sind unstreitig die in den Protokollen gerügten Mängel beseitigt worden, so dass jedenfalls anschließend durch Zeitablauf ohne erneute Rügen die Abnahme schlüssig erklärt wurde. 33

Soweit die Beklagte vorträgt, eine Reihe von Mängelanzeigen an die Klägerin gesandt zu haben, die einer schlüssigen Abnahme entgegenstünden, ist dies durch substantiierten Vortrag nicht belegt. Es hat eine Reihe von Reparaturaufträgen an die Klägerin gegeben, während der Bauzeit an den Fenstern entstandene Schäden zu beseitigen. Die diesbezüglichen Rechnungen sind auch bezahlt worden. Solche Reparaturaufträge sind jedoch keine Mängelrügen. Die Beklagte hat lediglich Mängelanzeigen in Bezug auf zwei Häuser vorgelegt. Das steht jedoch bei einem Volumen der Aufträge von insgesamt 73 Häusern einer schlüssigen Abnahme nicht entgegen. 34

Ob auch eine fiktive Abnahme gemäß § 12 VOB/B gegeben ist, kann deshalb dahingestellt bleiben. Bisher kann aber die Vereinbarung der Geltung der VOB/B nicht festgestellt werden. 35

3. 36

Ein Rechtsfehler des Landgericht bei der Anwendung des § 648 a BGB ist ebenfalls nicht gegeben. 37

Der Klägerin steht gegenüber dem Mängelbeseitigungsverlangen der Beklagten ein Leistungsverweigerungsrecht zu, weil diese keine Sicherheit gemäß § 648 a BGB geleistet hat. Damit steht der Beklagten das geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht jedenfalls zur Zeit nicht zu. 38

3.1. 39

Entgegen der Meinung der Beklagten findet § 651 Abs. 1, S. 2, 2. HS BGB in diesem Fall keine Anwendung, weil § 651 Abs. 2 BGB eingreift. Zwar handelt es sich unstreitig bei den von der Klägerin gelieferten Fenstern um nicht vertretbare Sachen. Die Klägerin hat die Fenster jedoch auch eingebaut. Damit hat sie lediglich "Zutaten" beschafft und das Eigentum daran verloren, weil sie in die Hauptsache des Baugrundstückes integriert wurden. 40

3.2. 41

Dass die Sicherheit gemäß § 648 a BGB auch in Bezug auf die Vergütung für bereits erbrachte, aber noch nicht bezahlte Leistungen verlangt werden kann, hat der BGH inzwischen eindeutig festgestellt (BGH NJW 2000, 822, 824). Der erkennende Senat sieht das genau so. Zur Begründung wird auf das BGH-Urteil verwiesen. 42

3.3. 43

44

Das Sicherheitsverlangen kann nach Meinung des erkennenden Senats auch nach Abnahme des Werkes in Bezug auf noch offene Mängelbeseitigungsansprüche gestellt werden, solange noch ein fälliger Werklohnanspruch des Auftragnehmers und noch der Erfüllungs- bzw. Mängelbeseitigungsanspruch des Auftraggebers besteht.

Anderenfalls hätte die Abnahme als Zeitpunkt des Wegfalls eines Leistungsverweigerungsrechtes des Auftragnehmers zur Konsequenz, dass der Auftraggeber es in der Hand hätte, ob der Auftragnehmer Sicherheit verlangen kann oder nicht. Zwar hat er dann auch die Beweispflicht für Mängel, das ist aber nach Meinung des Senats kein angemessener Ausgleich dafür, dass er den Auftragnehmer zwingen kann, selbst bei möglicher finanzieller Gefährdung der Vergütungszahlung durch den Auftraggeber, seine Leistung vollständig zu erbringen, ohne irgendwie gesichert zu sein. 45

Das Argument, dass ein ordentlich arbeitender Auftragnehmer, der mangelfrei gearbeitet hat, nach der Abnahme schlechter stünde, als ein Auftragnehmer der Mängel produziert hat, greift schon deshalb nicht, weil ein ordentlich arbeitender Auftragnehmer überhaupt keine Leistung mehr verweigern kann, denn er muss nichts mehr leisten. Zu bedenken ist, dass gemäß § 648 a BGB bereits Sicherheit für den gesamten Werklohn verlangt werden kann, noch bevor überhaupt irgend etwas hergestellt wurde. Endzeitpunkt dieses Verlangens muss es sein, wenn der Auftragnehmer seine gesamte Leistung erbracht hat. Der Sinn des § 648 a BGB, den Auftragnehmer vor einem Hinauszögern der Vergütungszahlung und damit vor einem steigenden Insolvenzrisiko zu schützen, würde nicht erreicht, wenn man die Mängelbeseitigungsarbeiten nicht mit einbeziehen würde. Es wäre sonst möglich, dass der Auftraggeber mit immer neuen Mängelrügen den Auftragnehmer zumindest zur Prüfung seiner Leistung zwingen könnte, ohne dass der Auftragnehmer vor einer näher kommenden Insolvenz geschützt wäre. Richtig ist, dass der Auftragnehmer seine gesamte Vergütung nur für eine mangelfreie Leistung nach deren Abnahme bekommen soll. Die Praxis zeigt jedoch, dass sich gerade die Auseinandersetzungen, ob die Mängelrügen überhaupt berechtigt sind, oft jahrelang hinziehen können. Es entspräche nicht dem Sinn des § 648 a BGB, wenn der Auftragnehmer allein das Insolvenzrisiko des Auftraggebers während dieser Zeit tragen müsste. Die Leistung einer Sicherheit bedeutet nicht, dass der Auftraggeber die Vergütungsforderung erfüllt und damit die Vorleistungspflicht des Auftragnehmers mit seinen Mängelbeseitigungsarbeiten verändert würde. Der Auftraggeber soll nicht zahlen, es soll dem Auftragnehmer lediglich eine Sicherheit gegeben werden, für die dieser auch noch gemäß § 648 a Abs. 3 BGB die Kosten zu tragen hat. Durch die Abnahme ändert sich weder an der Vorleistungspflicht des Auftragnehmers, noch an der Möglichkeit des Sicherheitsverlangens gemäß § 648 a BGB etwas. Dazu ist ein sachlicher Grund nicht erkennbar. 46

3.4. 47

Ein Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers besteht nicht mehr, wenn ein Erfüllungsanspruch oder Nachbesserungsanspruch des Auftraggebers gegen den Auftragnehmer nicht mehr besteht, wenn also die Voraussetzungen der Gewährleistungsrechte nach §§ 634, 635 BGB - Ablauf einer Frist mit Ablehnungsandrohung - erfüllt sind. Dann stehen sich nur noch Zahlungsforderungen gegenüber und der Vertrag ist abzurechnen, wobei selbstverständlich die Mängelansprüche zu berücksichtigen sind. 48

Dass im vorliegenden Fall dieses Stadium bereits erreicht wäre, kann nicht festgestellt werden. Die Klägerin hat zwar das Vorhandensein von Mängeln prozessual bestritten, sich aber zu keinem Zeitpunkt der Prüfung, ob die vorgetragenen Mängel tatsächlich vorliegen, verschlossen, sondern diese Prüfung sowie eine Mängelbeseitigung nach Sicherheitsleistung angeboten. Deshalb hat es auch nach dem Güte Termin vor dem Landgericht Gespräche der 49

Parteien unter beiderseitiger Hinzuziehung von Sachverständigen gegeben. Ob sich die Beklagte dabei ihrerseits einer gemeinsamen Prüfung von Mängeln an den Häusern verschlossen hat, um die Erwerber nicht auf mögliche Mängel hinzuweisen - wie es im Vortrag der Klägerin anklingt - und sie möglicherweise bereits deshalb ihr Zurückbehaltungsrecht nicht ausüben kann, brauchte nicht weiter geprüft zu werden. Es besteht bereits Streit, ob eine Konstruktionsvorgabe für den Einbau der Fenster, die von der Klägerin eingehalten wurde, zu einem Mangel geführt hat und wer dafür verantwortlich ist. Wie oben bereits gesagt, kann die Klägerin aber für die Zeit der Klärung dieser Frage nicht das Insolvenzrisiko der Beklagten tragen. Die Beklagte hatte und hat es in der Hand, durch Stellung einer Sicherheit gemäß § 648 a BGB die Durchsetzbarkeit der Werklohnforderung zu verhindern.

3.5. 50

Die Höhe der Sicherheit ist auch nicht begrenzt auf einen "einredefreien" Teil der Vergütungsforderung. 51

Würde dieser Meinung (s. Nachweise bei Palandt/Sprau § 648 a Rn 9) gefolgt werden, wäre dem Sinn des § 648 a BGB nicht entsprochen. Wie auch § 648 a Abs. 3 S. 2 BGB zeigt, liegt dieser darin, den Auftragnehmer vor unberechtigter Verzögerung der Erfüllung der Vergütungsforderung zu schützen. Stellt sich dagegen heraus, dass der Mangel einwand berechtigt war, trägt der Auftragnehmer auch die aus der Stellung der Sicherheit resultierenden Kosten. Diesem Sinn würde es zuwiderlaufen, wenn nur der nicht von Gegenrechten wegen Mängeln erfasste Teil der Vergütungsforderung zu sichern wäre. Der Auftragnehmer soll gerade für die Zeit der Auseinandersetzung über die Berechtigung der Mängelrügen vor einer möglichen Vermögensverschlechterung auf Seiten des Auftraggebers und damit einem möglichen Ausfall seiner berechtigten Forderungen geschützt werden. Der Auftraggeber erleidet demgegenüber keinen wirklichen Nachteil, weil er den Vergütungsanspruch noch nicht erfüllen muss und lediglich für den Fall, dass er unberechtigt Mängelrügen erhoben hat, die Kosten der Sicherheitsleistung zu tragen hat. 52

4. 53

Die Beklagte hat die verlangte Sicherheit gemäß § 648 a BGB bis zur mündlichen Verhandlung des Senates nicht erbracht. 54

Die Bürgschaft vom 4.04.2002 ist keine demgemäße Sicherheit. Nach ihrem eindeutigen Urkundeninhalt handelt es sich um eine Bürgschaft, die übernommen wurde, um die Vollstreckung aus dem für vorläufig vollstreckbar erklärten angegriffenen landgerichtlichen Urteil durch die Klägerin zu verhindern. Ihr liegt also eine diesbezügliche Abwendungsvereinbarung der Parteien zugrunde. Der auch von der Bürgin verfolgte Zweck der Bürgschaft ist die Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem Titel. Dabei geht der Bürgschaftstext allerdings von einer im Urteil ausgesprochenen Abwendungsbefugnis aus. Es handelt sich also um eine sogenannte Prozeßbürgschaft. Der Senat läßt offen, ob deshalb überhaupt ein wirksamer Bürgschaftsvertrag zustande gekommen ist. 55

Jedenfalls können die Parteien des Rechtsstreits dieser Bürgschaft nicht ohne die Bürgin eine andere oder weitere Hauptforderung oder einen anderen Zweck unterlegen, § 767 Abs. 1, S. 3 BGB. Die Sicherheitsleistung gemäß § 648 a BGB sichert zwar letztlich auch die Vergütungsforderung. Sie wird aber wegen eines anderen materiellen Anspruchs zwischen den Parteien gegeben. Wegen dieses Anspruchs auf Sicherheitsleistung hat sich die Bürgin aber nicht verpflichtet. 56

III.	57
	58
Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.	59
Der Senat hat die Revision zugelassen, weil es sich bei den streitentscheidenden Fragen um bisher noch nicht höchstrichterlich entschiedene, in der Instanzenrechtsprechung und der Literatur aber umstrittene Fragen von grundsätzlicher Bedeutung bei der Anwendung des § 648 a BGB in der Praxis handelt.	60