
Datum: 25.11.2008
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 89/08
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2008:1125.19U89.08.00

Vorinstanz: Landgericht Hagen, 4 O 448/07
Schlagworte: Bauhandwerkersicherheit, Sicherheit, Mängel, Frist, Nachfrist
Normen: §§ 643, 648a BGB
Leitsätze:

1.

Das Sicherungsverlangen des Unternehmers nach § 648a BGB ist bei Streit über Mängel der Werkleistung erst dann verwerflich, wenn er damit berechnigte Ansprüche des Bestellers abwehren will und das Sicherungsverlangen nur als Vehikel dazu verwendet.

2.

Die Nachfrist zur Herbeiführung der Wirkungen des § 643 S. 2 BGB kann gleichzeitig mit der Frist zur Leistung der Sicherheit gemäß § 648a Abs. 1 S. 1 BGB gesetzt werden.

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 10. April 2008 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Hagen wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Tenor im 2. Absatz wie folgt neu gefasst wird:

Es wird weiter festgestellt, dass die Beklagte zu 1 verpflichtet ist, der Kklägerin sämtliche Schäden zu ersetzen, die sie dadurch erlitten hat, dass sie auf die Gültigkeit des Vertrages vom 24.08./27.09.2006 über das Bauvorhaben C2-Straße in F vertraut

hat, sowie dass die Beklagte zu 2 verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche Schäden zu ersetzen, die sie dadurch erlitten hat, dass sie auf die Gültigkeit des Vertrages vom 24.08./27.09.2006 über das Bauvorhaben C-Straße vertraut hat.

Die Beklagten tragen die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagten dürfen die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe	1
I.	2
Gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO wird auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen, soweit sich aus dem Nachfolgenden nichts anderes ergibt.	3
Die Beklagten tragen zur Berufung vor,	4
das Landgericht habe Verfahrensfehler begangen, indem es das Urteil am Schluss des ersten Verhandlungstermins verkündet habe, obwohl der Klageerwiderungsschriftsatz den Prozessbevollmächtigten der Beklagten erst zwei Tage vor dem Termin zugestellt worden sei.	5
Dabei habe das Landgericht nicht darauf hingewiesen, dass es den von der Klägerin vorprozessual und in der Klageschrift mehrfach zugestandenen Schimmelbefall als streitig angesehen habe.	6
Mit der Behinderungsanzeige der Klägerin sei unstreitig, dass der gesamte Innenausbau eine vorherige Beseitigung der Schimmelercheinungen erforderte. Dazu sei die Klägerin auch verpflichtet gewesen. Zum Einen aufgrund des Sanierungsauftrags in Kenntnis von aufsteigender Feuchtigkeit, zum Anderen, weil die Klägerin bei den Dacharbeiten eine Durchnässung der Gebäude verursacht habe.	7
Damit stelle sich die Frage nach der Leistungsbereitschaft der Klägerin.	8
Darauf, dass das Landgericht insoweit von der Rechtsprechung des BGH vom 27.09.2007 habe abweichen wollen, habe es nicht hingewiesen, obwohl die Fälle wegen der Unstreitigkeit der Mängel durchaus vergleichbar seien.	9
Die Klägerin habe die von ihr geschuldete Werkleistung endgültig verweigert.	10
Die von der Klägerin gesetzte Frist sei in der konkreten Situation nicht angemessen gewesen.	11
	12

Allein die 7. Abschlagsrechnung sei nicht bezahlt gewesen. Das deshalb, weil die Rechnung nicht dem Baufortschritt entsprochen habe.	
Jedenfalls sei das Sicherungsverlangen nach Verweigerung der Arbeiten durch die Klägerin für die Beklagten überraschend gekommen.	13
Die gesetzte Nachfrist sei unwirksam.	14
Die Nachfrist dürfe erst nach Verstreichen der ersten Frist gesetzt werden.	15
Hier hätten die Beklagten auch angesichts der fehlenden Reaktion der Kläger auf das Schreiben der Beklagten vom 8.06.2007 davon ausgehen dürfen, dass sich die gesetzte unangemessen kurze Frist erledigt habe. Auch die Nachfrist habe auf drei Wochen gesetzt werden müssen.	16
Jedenfalls sei der Feststellungstenor wegen behaupteter Vertrauensschäden aufzuheben. Der Tenor beinhalte eine Gesamtschuld der Beklagten, die nicht bestehe.	17
Die Beklagten beantragen,	18
die Klage abzuweisen.	19
Die Klägerin beantragt,	20
die Berufung zurückzuweisen.	21
Sie trägt vor,	22
die Beklagten würden verkennen, dass die streitigen Ansprüche der Beklagten wegen behaupteter Mängel das Recht der Klägerin aus § 648a BGB, Sicherung verlangen zu können, nicht berührten.	23
Es sei unzutreffend, dass die Klägerin die Mängelbeseitigung endgültig verweigert habe. Die Klägerin schulde die Beseitigung des Schimmels nicht.	24
Jedenfalls hätten die Beklagten in erster Instanz nicht substantiiert zu einem Anspruch auf Beseitigung des Schimmels gegen die Klägerin vorgetragen. Neuer Vortrag der Beklagten sei nunmehr unzulässig, weil alles bereits hätte vorgetragen werden können.	25
Die Klägerin habe bereits in der Klage vorgetragen, dass sie keine Schimmelbeseitigung schulde und der Schimmelbefall nicht von ihr verursacht sei. Der Schimmelpilzbefall sei älteren Ursprungs, was an den Schimmelpilzarten zu erkennen sei.	26
Auf einen Zahlungsverzug der Beklagten komme es für die Sicherheit nach § 648a BGB nicht an. Jedenfalls aber habe die Klägerin ihre bis dahin erbrachten Leistungen ordnungsgemäß erbracht und abgerechnet.	27
Wegen des Feststellungstenors würden die Beklagten verkennen, dass es sich nicht um eine Leistungsklage handele. Eine gesamtschuldnerische Haftung sei nicht tenoriert worden.	28
II.	29
Die Berufung hat keinen Erfolg.	30
	31

Die Bauverträge der Beklagten mit der Klägerin sind zum 19.06.2007 beendet. Bezüglich der Feststellung der Schadensersatzpflicht war lediglich der Urteilstenor klarer zu fassen.

1. 32

Die zwischen den Parteien jeweils geschlossenen Bauverträge vom 24.08./27.09.2006 sind mit Ablauf des 18.06.2007 gemäß §§ 648a Abs. 1, 643 S.2 BGB aufgehoben. Die Beklagten haben die von der Klägerin mit Schreiben vom 1.06.2007 verlangte Sicherheit nicht fristgerecht geleistet. 33

1.1. 34

Das Sicherungsverlangen der Klägerin war berechtigt. 35

Die gesetzlich normierten Voraussetzungen des § 648a Abs.1 BGB liegen vor; die Ausnahmen des § 648a Abs.6 BGB greifen nicht ein. 36

Ungeschriebene Voraussetzung des Sicherungsrechtes ist aber auch, dass der Unternehmer bereit und in der Lage ist, das geschuldete Werk mangelfrei herzustellen (BGH NJW 2001, 822; BauR 2007, 2052). 37

Dass die Klägerin in der Lage war, die Sanierung der Gebäude – ob mit oder ohne Schimmelbeseitigung – fertig zu stellen, ist unstreitig. 38

Es kann auch nicht festgestellt werden, dass die Klägerin zur Fertigstellung des geschuldeten Werkes nicht bereit war. 39

Die damals aufgetretene Meinungsverschiedenheit darüber, ob die Klägerin den zutage getretenen Schimmel auf ihre Kosten zu beseitigen hatte, ändert daran nichts. Diese Situation ist nicht anders zu bewerten, als ob die Bauvertragsparteien sich über das Vorhandensein von Mängeln streiten. Auch wenn kein Streit darüber herrscht, ob bautechnisch Mängel vorliegen, sehr wohl aber darüber, in wessen Verantwortungsbereich diese fallen, hindert das ein Sicherungsverlangen des Unternehmers in Höhe der vereinbarten Vergütung für die von ihm unstreitig zu erbringende Leistung nicht. 40

Ein Unternehmer ist auch dann berechtigt, Sicherheit gemäß § 648a BGB zu verlangen, wenn er noch Mängelbeseitigungsmaßnahmen vorzunehmen hat; auch dann hat er ein grundsätzlich schützenswertes Interesse an der Absicherung seines nach Mängelbeseitigung in voller Höhe durchsetzbaren Vergütungsanspruchs (BGH NJW 2001, 822). Erst wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung endgültig verweigert (BGH BauR 2007, 2052) oder das Mängelbeseitigungsrecht verloren hat (BGH NJW 2001, 822), steht fest, dass er eine abzusichernde Vorleistung nicht mehr erbringen wird und er sich nicht mehr auf ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 648a BGB berufen kann. Befindet sich der Vertrag noch in der Erfüllungsphase, haben Gegenansprüche des Auftraggebers keinen Einfluss auf das Sicherungsverlangen des Unternehmers, weil im Wege der Nacherfüllung die Leistung noch vollständig und mangelfrei erbracht werden kann; erst wenn Gegenansprüche durch Aufrechnung oder Verrechnung geltend gemacht werden, erlischt insoweit der Vergütungsanspruch, was die Höhe der Sicherheit entsprechend verringert (Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts 3. Aufl., 10. Teil Rn 68). Allein ein mögliches Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers wegen Mängeln gegenüber einer Abschlagszahlungsforderung hat keinen Einfluss auf das Sicherungsrecht des Unternehmers, denn es beträfe lediglich den im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Zahlungsanspruch, 41

nicht aber die Sicherstellung (BGH NJW 2001, 822). Deshalb kann der Auftraggeber sich auch selbst im Verzug des Unternehmers mit seinen Leistungen nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Sicherungsverlangen berufen (Kniffka/Koeble a.a.O. Rn 50). Solange Streit über Mängel herrscht, ist das Verlangen nach Sicherung des Unternehmers nicht verwerflich, sondern erst dann, wenn er damit die Durchsetzung berechtigter Ansprüche des Bestellers wegen Mängeln abwehren will (Kniffka BauR 2007, 246) und das Sicherungsverlangen nur als Vehikel dazu verwendet (Kniffka/Koeble a.a.O. Rn 71). Es kommt deshalb für ein Sicherungsverlangen nicht darauf an, ob ein Mangel bestritten ist oder nicht (Joussen in Ingenstau/Korbion 16. Aufl. Anhang 2 Rn 157; Werner/Pastor 12. Aufl. Rn 328, 330, 331).

Hier hatten die Beklagten die Klägerin aufgefordert, den zutage getretenen Schimmel zu beseitigen, wozu die Klägerin jedoch nur nach entgeltpflichtiger Beauftragung bereit war. Einig war man sich grundsätzlich darin, dass ohne nachhaltige Beseitigung des Schimmels eine Weiterführung der Innenausbauarbeiten nicht sinnvoll war. Gleichzeitig waren aber auch erhebliche Meinungsverschiedenheiten über die Vergütung und Bezahlung von Abschlagsforderungen aufgetreten. Die Beklagten weigerten sich, die Mehrwertsteuererhöhung zu berücksichtigen, Nachträge wegen Planungsänderungen zu akzeptieren und sie hatten auch bereits Abschlagsrechnungen nur zögerlich gezahlt. Über die siebte Abschlagsrechnung bestand Streit, ob diese dem Baufortschritt entsprach. In dieser Situation setzten die Beklagten mit Schreiben ihres Rechtsvertreters vom 30.05.2007 eine Frist zur Wiederaufnahme der Arbeiten und drohten die Kündigung der Bauverträge an. Mit Schreiben vom 1.06.2007 verlangte die Klägerin für die Bauvertragssummen Sicherheit gemäß § 648a BGB bis zum 11.06.2007 und setzte gleichzeitig eine Nachfrist zum 18.06.2007. Weiter wies die Klägerin auf die bestehenden Streitpunkte hin und verblieb bei ihrem Standpunkt, z.B. dass sie den Schimmel nach entgeltlicher Beauftragung beseitigen werde. 42

Angesichts dieser Meinungsverschiedenheiten über Zahlungshöhe, Zahlungsstermine und die Frage, ob die Beklagten für die Schimmelbeseitigung zu zahlen haben werden, durfte die Klägerin Zweifel an der Durchsetzbarkeit ihrer berechtigten Forderungen entwickeln. Ihr Interesse an einer Sicherung ihres vereinbarten Vergütungsanspruchs war nach wie vor schützenswert. Dass die Klägerin eine Beseitigung des Schimmels auf ihre Kosten auch dann verweigern würde, wenn z.B. sicher festgestellt werden würde, dass sie das Auftreten des Schimmels durch unzureichende Absicherungsmaßnahmen bei den Arbeiten am Dachgeschoss verursacht hatte, ist dem Verhalten der Klägerin nicht zu entnehmen. Man tauschte nach wie vor die gegensätzlichen Positionen aus. Daran ist jedoch nichts Verwerfliches, was zum Verlust des Sicherungsrechts führen würde. Auch die Beklagten machten nicht den Vorschlag, etwa durch ein Schiedsgutachten klären zu lassen, was die Ursache des Schimmelbefalls war und anschließend die Arbeiten mit der Schimmelbeseitigung fortzusetzen und den Streit über die Kostentragung später entscheiden zu lassen. Dass der Streit über die Kostentragung der Schimmelbeseitigung auch von den Beklagten nicht so verstanden wurde, dass die Klägerin nunmehr berechnete Mängelbeseitigungsansprüche der Beklagten endgültig abwehren wollte, zeigt das Schreiben der Rechtsvertreter der Beklagten vom 8.06.2007. Darin wird zum Sicherungsverlangen lediglich angekündigt, dass die Sicherheit zeitgerecht gestellt werde. Zu den Streitfragen werden noch einmal die eigenen Standpunkte wiederholt. Das Sicherungsverlangen der Klägerin wird aber kommentarlos akzeptiert. 43

1.2. 44

Dass die Klägerin ihr Sicherheitsverlangen im Schreiben vom 1.06.2007 nicht betragsmäßig auf die noch offen stehende Restvergütungsforderung begrenzt hat, ist unschädlich.

Ist die Höhe der Sicherheit für den Auftraggeber feststellbar, muss er eine solche Sicherheit anbieten, wenn der Unternehmer bereit ist, die Sicherheit, die er nach § 648a BGB der Höhe nach fordern darf, anzunehmen (BGH NJW 2001, 822).

Hier war es der Klägerin wegen des Streits um die Bezahlung der siebten Abschlagsrechnung schon nicht möglich, einen genauen Betrag der noch unbezahlten Restvergütung anzugeben. Des Weiteren bestand Streit darüber, ob sich die Auftragssummen durch die Erhöhung der Mehrwertsteuer ebenfalls erhöht hatten. Es war aber den Beklagten ohne weiteres möglich, die Differenz jedenfalls zwischen den Auftragssummen laut Verhandlungsprotokollen und den geleisteten Zahlungen zu errechnen. Die Beklagten haben sich auch in der unmittelbaren Folgezeit nicht gegen die fehlende Bezifferung des Sicherheitsverlangens gewendet. Sie haben vielmehr die ihrer Meinung nach offen stehenden Restsummen der vereinbarten Vergütung errechnet und dem entsprechend Bürgschaften der finanzierenden Bank besorgt. Dass die Klägerin die Bürgschaften in der Höhe nicht entgegen genommen hätte, ist in keiner Weise ersichtlich.

1.3. 48

Die von der Klägerin im Schreiben vom 1.06.2007 bis zum 11.06.2007 gesetzte Frist gemäß § 648a Abs.1 S.1 BGB war angemessen. 49

Zwar wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur diskutiert, ob bei Kleingewerbetreibenden als Auftraggebern eine dreiwöchige Frist zu setzen sei und bei Großunternehmen eine kürzere Frist (s.d. Jousen in Ingenstau/Korbion a.s.O. Rn 145). Der Gesetzgeber ging von einer zu setzenden Frist von 7 bis 10 Tagen aus (s.d. Palandt/Sprau § 648a Rn 6). Es kommt stets auf die Umstände des Einzelfalles an; dem ohne schuldhaftes Zögern handelnden Auftraggeber muss die Beschaffung der Sicherheit innerhalb der Frist möglich sein (BGH NJW 2005, 1939). Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass die Stellung der Sicherheit vom Unternehmer bereits ab dem Vertragsschluss verlangt werden kann und der Auftraggeber stets damit zu rechnen hat. 50

Die Beklagten selbst haben nach dem Sicherheitsverlangen der Klägerin die Dauer der gesetzten Frist nicht beanstandet. Sie haben im Schreiben vom 8.06.2007 angekündigt, die verlangte Sicherheit werde "zeitgerecht" gestellt. Ohne irgendwie geäußerten Wunsch nach Fristverlängerung konnte ein objektiver Erklärungsempfänger diesen Begriff nicht dahin verstehen, dass die gesetzte Frist der Beklagten zu kurz gewesen wäre. 51

Auch hat die Beklagte nichts dazu vorgetragen, warum es tatsächlich bis zum 14.06.2007 gedauert hat, dass die Bürgschaftsurkunden unterzeichnet wurden. Eine Prüfung, warum in diesem Fall eine längere Frist notwendig gewesen wäre, ist demnach gar nicht möglich. 52

1.4. 53

Auch die Nachfristsetzung zum 18.06.2007 war wirksam. 54

Die Dauer der Frist von 7 Tagen ist nicht zu beanstanden. Hier gilt sinngemäß das oben Gesagte, wobei besonders zu berücksichtigen ist, dass die Bürgschaftsurkunden bereits am 14.06.2007 unterzeichnet worden waren und nichts dazu vorgetragen ist, warum die Beklagten nicht dafür gesorgt haben, dass diese fristgerecht bei der Klägerin eingingen. 55

Es ist auch nicht zu beanstanden, dass die Nachfrist bereits in dem Schreiben vom 1.06.2007 mit dem Sicherungsverlangen und der diesbezüglichen Fristsetzung gesetzt wurde.	56
Richtig ist, dass die Frist zur Stellung der Sicherheit in § 648a BGB normiert ist und erst nach deren ergebnislosem Ablauf die Rechte aus § 643 BGB gegeben sind und dort eine Nachfristsetzung verlangt wird. Nach Meinung des Senats bestehen aber keine durchgreifenden Bedenken, wenn der Unternehmer die Nachfrist bereits mit seiner ersten Frist zur Sicherheitsleistung verbindet (so auch Jousen a.a.O. Rn 177). Es entstehen dem Auftraggeber keinerlei Nachteile dadurch, dass er von vornherein weiß, dass der Unternehmer aus einer nicht fristgerechten Sicherheit nicht nur die Konsequenz eines Leistungsverweigerungsrechts ziehen will, sondern sich auch vom Vertrag lösen wird. Dem Auftraggeber wird von Anfang an deutlich, wie ernst es dem Unternehmer mit seinem Verlangen ist. Es war auch unter der Geltung des § 326 BGB a.F. anerkannt, dass die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung mit der den Verzug begründenden Mahnung verbunden werden kann (st. Rspr. BGH NJW-RR 1990, 444). Es ist nicht ersichtlich, warum das im Falle der §§ 648a, 643 BGB nicht gelten sollte.	57
2.	58
Der Feststellungsausspruch des zweiten Absatzes des Tenors des angegriffenen Urteils konnte eindeutiger gefasst werden, womit jedoch keine sachliche Änderung einhergeht.	59
Dass die festgestellten Ansprüche dem Grunde nach bestehen, weil die Bauverträge mit ergebnislosem Ablauf der Nachfrist zum 18.06.2007 ohne weiteres als aufgelöst gelten, ergibt sich aus § 648a Abs.5 S.2 BGB.	60
Allerdings könnte die vom Landgericht antragsgemäß ausgesprochene diesbezügliche Feststellung möglicherweise falsch dahin verstanden werden, dass die Beklagten jeweils auch für Schäden haften, die nicht auf dem Vertragsverhältnis beruhen, an dem sie beteiligt sind. Es ist aber nicht ersichtlich, dass die Klägerin mit ihrer undifferenzierten Antragstellung beabsichtigt hatte, die Beklagten in eine gesamtschuldnerische Haftung auch für das jeweils andere Vertragsverhältnis zu nehmen. Deshalb ist mit der durch den Senat erfolgten Klarstellung kein Berufungserfolg für die Beklagten verbunden.	61
III.	62
Die Entscheidungen zur Kostentragung und vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf den §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.	63
Die Revision war nicht zuzulassen, da Gründe gemäß § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.	64