
Datum: 09.01.2019
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Teilurteil
Aktenzeichen: 12 U 123/18
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2019:0109.12U123.18.00

Vorinstanz: Landgericht Arnsberg, 8 O 55/18
Schlagworte: vorläufige Vollstreckbarkeit, Höhe der Sicherheitsleistung, Bauhandwerkersicherung
Normen: ZPO § 718 Abs. 1, 717 Abs. 2, 709 Satz 1; BGB (Fassung vom 23.10.2008) § 648a

Leitsätze:

Der Schaden, der durch die Sicherheitsleistung gemäß § 709 Satz 1 ZPO abgedeckt werden soll, ist in Höhe der Bauhandwerkersicherheitsleistung nach § 648a BGB (in der Fassung vom 23.10.2008) nebst zusätzlich rund 10 % (Kostenzuschlag und mögliche weitere Vollstreckungsschäden) zu bemessen.

Tenor:

Auf den Antrag der Beklagten vom 02.11.2018 wird das am 06.09.2018 verkündete Urteil des Landgerichts Arnsberg hinsichtlich der Vollstreckbarkeitsentscheidung wie folgt abgeändert:

Das Urteil ist bezüglich der Stellung der Sicherheit gemäß § 648a BGB (a.F.) gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 45.700 €, hinsichtlich der Kosten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Die Kostenentscheidung bleibt der die Instanz abschließenden Entscheidung vorbehalten.

Tatbestand	1
Gegenstand des Teilurteils ist der Antrag nach § 718 Abs. 1 ZPO, vorab über die vorläufige Vollstreckbarkeit zu entscheiden.	2
Das Landgericht hat mit am 06.09.2018 verkündetem Urteil die Beklagte verurteilt, der Klägerin für Vergütungsansprüche einschließlich der dazugehörigen Nebenforderungen aus dem Bauvertrag vom 29.06.2016 für das Bauvorhaben „Neubau S #, T #, #####-N-F“ Sicherheit nach ihrer Wahl durch die in § 232 BGB aufgeführten Arten der Sicherheitsleistung in Höhe von 41.467,58 € zu leisten. Es hat das Urteil gegen Sicherheitsleistung hinsichtlich der Hauptsacheentscheidung in Höhe von 2.000,00 € und hinsichtlich der Kostenentscheidung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages für vorläufig vollstreckbar erklärt.	3
In Bezug auf die vorläufige Vollstreckbarkeit hat es ausgeführt, dies beruhe auf § 709 ZPO, wobei sich die Höhe hinsichtlich der Hauptsacheverurteilung nach der Regelung des § 717 Abs. 2 ZPO richte und die Folgen einer möglichen Abänderung des Urteils berücksichtige. Nach der Regelung des § 648a Abs. 3 S. 1 BGB (a.F.) gehe der Gesetzgeber von „üblichen Kosten der Sicherheitsleistung“ bis zu einem Satz von 2 % für das Jahr aus. Die Kammer habe den Betrag auf 5 % des ausgeurteilten Sicherheitsbetrages erhöht.	4
Die Beklagte hat gegen das Urteil Berufung eingelegt. Die Berufung ist innerhalb der verlängerten Berufungsbegründungsfrist begründet worden.	5
Die Beklagte wendet sich vorab gegen den Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit.	6
Dazu führt sie aus, das Landgericht habe die Höhe der Sicherheitsleistung fehlerhaft festgesetzt. Die Sicherheitsleistung müsse vollständig den Schaden decken, den der Vollstreckungsschuldner im Falle der Abänderung des Urteils bei zwischenzeitlich erfolgter Vollstreckung erleiden würde. Der Schaden erstrecke sich auf die Wiederherstellung des früheren Zustandes durch Rückgabe von allem, was der Vollstreckungsschuldner gezahlt oder geleistet habe. Vorliegend beliefe sich der Schaden im Falle der Vollstreckung zunächst auf mindestens den ausgeurteilten Betrag, da das Vermögen der Beklagten in diesem Umfang gemindert sei. Werde das Urteil im Berufungsverfahren aufgehoben und sollte die vollstreckte Bauhandwerkersicherheit nicht mehr vorhanden oder die Freigabe praktisch nicht mehr durchsetzbar sein, sei der Schaden endgültig entstanden. § 648a Abs. 3 S. 1 BGB (a.F.) regele nur die Kostentragung der Sicherheitsleistung beim Besteller, die der Unternehmer zu erstatten habe. Die Sicherheitsleistung hätte auf mindestens 45.700 € (41.467,58 € + 10 %) festgesetzt werden müssen.	7
Die Klägerin verteidigt die ausgesprochene Höhe der Sicherheitsleistung.	8
Entscheidungsgründe	9
I.	10
Der Antrag auf Vorabentscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit nach § 718 Abs. 1 ZPO ist zulässig.	11
Der Antrag ist statthaft, da ein Urteil vorliegt, das für vorläufig vollstreckbar erklärt wurde, und das Urteil mit der Berufung angefochten wurde (vgl. Herget in: Zöller, Zivilprozessordnung, 32. Aufl. 2018, § 718 ZPO, Rn. 1). Die Berufung ist zulässig, da sie form- und fristgerecht eingelegt und begründet wurde.	12

Es liegt auch das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis vor. Das Rechtsschutzbedürfnis besteht, solange die Zwangsvollstreckung noch nicht beendet ist (vgl. MüKoZPO/Götz, 5. Aufl. 2016, § 718 ZPO, Rn. 3 m.w.N.). Die Klägerin hat die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils beantragt und die vollstreckbare Ausfertigung wurde erteilt.	13
II.	14
Der Antrag ist auch begründet.	15
1. Die vorläufige Vollstreckbarkeit hinsichtlich der Hauptsacheentscheidung richtet sich – wie das Landgericht zutreffend zugrunde legt – nach § 709 S. 1 ZPO, da keine Geldforderung zu vollstrecken ist.	16
Bei der Ermittlung der Höhe der auszusprechenden Sicherheitsleistung nach § 709 S. 1 ZPO ist die Regelung des § 717 Abs. 2 S. 1 ZPO zu beachten. Danach ist der Kläger zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der dem Beklagten durch die Vollstreckung des Urteils oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung entstanden ist.	17
Hinsichtlich des durch die Sicherheitsleistung abzuwendenden Schadens und der Höhe der auszusprechenden Sicherheitsleistung nach § 709 S. 1 ZPO bestehen unterschiedliche Auffassungen:	18
a) Die landgerichtliche Rechtsprechung ist sehr uneinheitlich.	19
So bemisst das Landgericht Stuttgart die Sicherheitsleistung in Orientierung an § 648a Abs. 3 BGB (a.F.) mit 2 % des Sicherungsbetrages (LG Stuttgart, Urteil vom 24. Oktober 2011 – 34 O 50/11 KfH –, Rn. 74, juris). Die Landgerichte Kassel, Bremen und Paderborn – wie auch vorliegend das Landgericht Arnshausen – orientieren sich ebenfalls an § 648a Abs. 3 BGB (a.F.), nehmen allerdings einen Aufschlag vor, so dass sie die Sicherheitsleistung zwischen 3 % und 5 % der Sicherungssumme festsetzen (vgl. LG Kassel, Teilurteil vom 01. Dezember 2011 – 5 O 468/11 –, Rn. 50, juris; LG Bremen, Urteil vom 27. März 2014 – 7 O 256/13 –, Rn. 35, juris; LG Paderborn, Urteil vom 09. Juni 2011 – 3 O 521/10 –, Rn. 34, juris). Das Landgericht Duisburg nimmt pauschal 1/10 des Hauptsachewertes für die Sicherheitsleistung an (vgl. LG Duisburg, Urteil vom 21.06.2012 – 21 O 27/12). Das Landgericht Hagen hat den Betrag der ausgeurteilten Bauhandwerkersicherheitsleistung nebst Kostenzuschlag für die Höhe der Sicherheitsleistung zugrunde gelegt (vgl. LG Hagen (Westfalen), Urteil vom 27.07.2010 – 21 O 83/10).	20
b) Das Oberlandesgericht Hamburg hat die Sicherheitsleistung in Höhe der Kosten eines Verfahrens auf Herausgabe bzw. Kraftloserklärung einer Sicherheitsleistung zuzüglich Avalzinsen in Höhe von 2 % für einen Zeitraum von fünf Jahren sowie einen Sicherheitszuschlag in Höhe von 5 % auf den Betrag der ausgeurteilten Bauhandwerkersicherung bemessen (vgl. Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Teilurteil vom 23. Oktober 2015 – 9 U 91/15 –, juris). Dabei stellt es darauf ab, der Schuldner laufe bei der vorläufigen Vollstreckung Gefahr, dass eine von ihm als Sicherheit gestellte Bürgschaft nach einem etwa für ihn günstigen Verlauf des Rechtsmittelverfahrens pflichtwidrig nicht zurückgegeben werde. Es halte ferner einen Sicherheitszuschlag in Höhe von 5 % auf den Betrag der ausgeurteilten Bauhandwerkersicherung für das Risiko, dass der Kläger das dem Beklagten zustehende Wahlrecht, in welcher Form die Bauhandwerkersicherung geleistet werde, an dessen Stelle ausüben würde, gemäß § 887 Abs. 2 ZPO Vorauszahlung des hierfür erforderlichen Geldbetrages verlangen könnte und damit die Gefahr bestünde, dass etwa Gläubiger des Klägers auf diesen Betrag zugreifen	21

könnten, für angemessen. Das Risiko schätze es aber als gering ein, weil auch noch nach Beginn der Zwangsvollstreckung die Möglichkeit des Schuldners bestünde, der Verbindlichkeit zur Bauhandwerkersicherheitsleistung in anderer Weise nachzukommen.

c) Das Oberlandesgericht Karlsruhe bemisst die nach § 709 S. 1 ZPO auszusprechende Sicherheitsleistung nach dem Betrag der ausgeurteilten Bauhandwerkersicherheitsleistung nebst Kostenzuschlag und möglicher weiterer Vollstreckungsschäden und schätzt den Gesamtbetrag auf 110 % des Betrages der ausgeurteilten Bauhandwerkersicherheitsleistung (vgl. OLG Karlsruhe, Teilurteil vom 11. Oktober 2016 – 8 U 102/16 –, juris). 22

Es stellt dabei ebenfalls darauf ab, dass sich der Gläubiger gemäß § 887 Abs. 1 ZPO ermächtigen lasse und zugleich die Verurteilung des Schuldners zur Vorauszahlung der hierdurch entstehenden Kosten gemäß § 887 Abs. 2 ZPO erwirken werde, wobei die Gefahr bestünde, dass Gläubiger des Gläubigers auf den erlangten Betrag zugreifen könnten. Die Erwägung, der Schuldner könne zur Abwendung der Zwangsvollstreckung die Sicherheit gemäß § 648a BGB (a.F.) stellen, liefe auf den vorweggenommenen Vorwurf eines Mitverschuldens hinaus. Es vertritt die Ansicht, dass nach der Konzeption des § 709 ZPO die Höhe der zu leistenden Sicherheit unbeschadet der Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Sicherungsfalles zu bestimmen sei. 23

d) In der Literatur findet sich ein Anschluss an die Auffassung des OLG Karlsruhe (vgl. Herget in: Zöller, Zivilprozessordnung, 32. Aufl. 2018, § 709 ZPO, Rn. 6; Ulrici in BeckOK ZPO, 30. Ed. 15.9.2018, ZPO § 709 Rn. 5.3; Schmitz in Kniffka-Schmitz Bauvertragsrecht 2017, § 648a, Rn. 35 nach ibr-online.de). 24

e) Der Senat bemisst den durch die Sicherheitsleistung nach § 709 ZPO abzudeckenden Schaden nach der Höhe der Bauhandwerkersicherheitsleistung nach § 648a BGB (a.F.) (§ 650f BGB n.F.) nebst Kostenzuschlag und möglicher weiterer Vollstreckungsschäden von zusätzlich rund 10 %. 25

Im Ergebnis und der wesentlichen Begründung folgt der Senat der Entscheidung des OLG Karlsruhe. 26

Denn im Fall der Verurteilung zur Bauhandwerkersicherheitsleistung richtet sich die Art und Weise der Bauhandwerkersicherheitsleistung nach den §§ 232 ff. BGB und ergänzend nach § 648a Abs. 2 S. 1 BGB (a.F.) (§ 650f Abs. 2 S. 1 BGB n.F.). Danach stehen dem Schuldner zur Bauhandwerkersicherheitsleistung verschiedene Alternativen zur Verfügung. Im Falle der Vollstreckung nach § 887 Abs. 1 ZPO geht das Wahlrecht aus §§ 232, 648a Abs. 2 BGB (a.F.) (§ 650f Abs. 2 S. 1 BGB n.F.) auf den vollstreckenden Gläubiger über. Auch wenn in der Praxis die Stellung einer Bürgschaft die Regel ist, kann nach § 232 Abs. 1, 1. Var. BGB die Bauhandwerkersicherheitsleistung durch Hinterlegung von Geld gestellt werden. Für den Fall, dass der vollstreckende Gläubiger eine Ermächtigung nach § 887 Abs. 1 ZPO erwirkt, Hinterlegung von Geld wählt und dafür Vorschuss nach § 887 Abs. 2 ZPO verlangt, hätte der Schuldner den vollen Betrag der Bauhandwerkersicherheitsleistung im Wege des Vorschusses an den Gläubiger zu zahlen. Der Vollstreckungsschaden beliefe sich mindestens auf den vollen Betrag der Bauhandwerkersicherheitsleistung, wenn Gläubiger des Gläubigers vor Einzahlung bei der Hinterlegungsstelle auf den Betrag zugreifen. Der Senat bedenkt bei der Entscheidung, dass dieser Fall zwar ein theoretischer Fall ist, der aber nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegt. So sieht die Kommentarliteratur die Ermächtigung nach § 887 Abs. 1 ZPO, Wahl der Hinterlegung von Geld und Vorschussanforderung nach § 887 Abs. 2 ZPO als zweckmäßige Vollstreckung an (vgl. Kniffka/Koeble Kompendium des Baurechts 4. Aufl., 10. Teil, Rn. 179). Dies ist auch eine Art 27

der vorläufigen Vollstreckung, die in der Praxis erfolgt (vgl. LG Hagen (Westfalen), Beschluss vom 30. November 2010 – 21 O 83/10 –, juris). Da die Sicherheitsleistung nach § 709 S. 1 ZPO das Risiko für jeden Fall der Vollstreckung abwenden soll, schließt sich der Senat den Erwägungen des OLG Karlsruhe an, dass die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Sicherungsfalls ohne Berücksichtigung zu bleiben hat.

Den Senat überzeugen die Erwägungen des OLG Hamburg dagegen nicht. Zunächst stellt das OLG Hamburg auf Kosten eines Verfahrens auf Herausgabe bzw. Kraftloserklärung einer Sicherheitsleistung ab. Für den Eintritt eines solchen Schadens bedarf es einer Pflichtverletzung des Vollstreckungsgläubigers, die mit der eigentlichen vorläufigen Vollstreckung nichts zu tun hat, sondern darüber hinausgeht. Die Sicherheitsleistung nach § 709 ZPO soll aber den Schaden, der durch die vorläufige Vollstreckung eintreten kann, und nicht einen Solchen durch eine noch zusätzlich hinzutretende Pflichtverletzung, abdecken. 28

Soweit das OLG Hamburg eine Risikoeinschätzung vornimmt, setzt diese Risikoeinschätzung voraus, dass der Schuldner die Sicherheit (zur Abwendung der Vollstreckung) leisten kann. Das kann aus ganz unterschiedlichen Gründen nicht in jedem Fall angenommen werden, so dass im Falle der Abänderung des Urteils der Schaden in voller Höhe entstehen kann. 29

Nach Auffassung des Senats steht auch der Gedanke der Bauhandwerkersicherung, dem Werkunternehmer eine Sicherheit bis zur Klärung von Grund und/oder Höhe des Vergütungsanspruchs zu verschaffen, der Bemessung der Sicherheitsleistung nach § 709 S. 1 ZPO in voller Höhe der Bauhandwerkersicherheitsleistung nicht entgegen. Die Regelungen der §§ 708 ff. ZPO sehen diesen Schutz des Vollstreckungsschuldners vor. Insofern haben Belange des Vollstreckungsgläubiger außer Betracht zu bleiben. Der Senat berücksichtigt, dass der Werkunternehmer lediglich bis zum Abschluss eines Berufungsverfahrens eine die Bauhandwerkersicherheitsleistung übersteigende Summe zum Zwecke der vorläufigen Vollstreckung aufwenden müsste, da ein Berufungsurteil entweder endgültig oder jedenfalls vorläufig ohne Sicherheitsleistung vollstreckbar ist. 30

2. Gegen eine Aufteilung der Sicherheitsleistung getrennt für den Hauptsacheausspruch und für die Kosten bestehen keine Bedenken. Hinsichtlich der Kosten richtet sich die vorläufige Vollstreckbarkeit vorliegend nach § 709 S. 2 ZPO. 31

III. 32

Die Kostenentscheidung ist der die Instanz abschließenden Entscheidung vorzubehalten. 33

Einer Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit bedarf es nicht (vgl. MüKoZPO/Götz, 5. Aufl. 2016, ZPO § 718 Rn. 4 m.w.N.). 34