
Datum: 19.10.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 67/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:1019.19U67.12.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 7 O 315/11

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 27.03.2012 verkündete Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Aachen – 7 O 315/11 - abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 30.473,06 € zu zahlen,

Zug-um-Zug gegen Vorlage einer

a) Beitragserfüllungsbescheinigung der SOKA-BAU (Teilnahme an dem Sozialkassenverfahren der Bauwirtschaft) oder

b) einer Negativbescheinigung der SOKA-BAU oder

c) einer persönlich übernommenen Haftungsfreistellung der Beklagten von einer Inanspruchnahme durch die SOKA-BAU oder

d) einer sonstigen Bescheinigung, aus der sich eindeutig ergibt, dass eine Haftung der Beklagten für Beiträge der N GbR nicht mehr besteht,

wobei sich die gemäß Buchstaben a) bis d) alternativ vorzulegende Bescheinigung auf die gesamte Tätigkeit der N GbR im Rahmen des zwischen der N GbR und der Klägerin gemäß Verhandlungsprotokoll vom 03.09.2008 geschlossenen Vertrags über Pflasterarbeiten am Bauvorhaben G, X, Projekt-Nr. 20xxx, erstrecken muss.

In Höhe von 3.807,29 € wird die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger zu 60 %, die Beklagte zu 40 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem jeweiligen Vollstreckungsschuldner wird nachgelassen, die gegen ihn gerichtete Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrags abzuwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

1

I.

2

3

Die N GbR (im Folgenden: Schuldnerin) wurde von der Beklagten unter Einbeziehung der VOB/B am 03.09.2008 mit Pflasterarbeiten am Bauvorhaben G, X, Projekt-Nr. 20xxx, beauftragt. Gemäß Ziffer 4.6 des dem Auftrag zugrunde liegenden Verhandlungsprotokolls hatte die Schuldnerin innerhalb von 10 Tagen nach Auftragserteilung im Original vorzulegen:

- Qualifizierte Unbedenklichkeitsbescheinigung mit Kontoauszug der Berufsgenossenschaft, Beitragserfüllungsbescheinigungen der SOKA-BAU (Teilnahme an dem Sozialkassenverfahren der Bauwirtschaft) bzw. 4

- Negativbescheinigung der T 5

- Beitragserfüllungsbescheinigung der Krankenkasse (einschließlich Anzahl der versicherten Arbeitnehmer). 6

Für den Fall, dass die Schuldnerin diesen Pflichten nicht nachkommt, gab Ziffer 4.6 des Verhandlungsprotokolls der Beklagten die Berechtigung: 7

- vom Vertrag zurückzutreten 8

- Zahlungen von Abschlags- und Schlussrechnungen solange einzubehalten, bis sämtliche Unterlagen vorliegen. 9

Weiter heißt es unter Ziffer 4.6: 10

„Sollte es durch fehlende Unterlagen zu einer Verzögerung bei der Zahlung von fälligen Beträgen kommen, geht die Überschreitung der vereinbarten Zahlungsfrist zu Lasten des NU [Anm. = der Schuldnerin], d.h. die Zahlungsfrist beginnt erst mit Vorlage aller Bescheinigungen.“ 11

Sodann heißt es weiter, hervorgehoben durch Fettdruck: 12

„Die Original-Beitragserfüllungsbescheinigungen (Berufsgenossenschaft, Krankenkasse, T) müssen während der Bauzeit aktualisiert werden, d.h. sie dürfen nicht älter als 3 Monate sein“. 13

Handschriftlich ist mit einem auf diese Passage weisenden Pfeil hinzugesetzt: *„bitte beachten“*. 14

Die Schuldnerin begann mit der Ausführung der Arbeiten. Tätig für die Schuldnerin waren dabei ihre Gesellschafter, wobei der Gesellschafterbestand mehrfach wechselte, so dass er für die Beklagte nicht nachzuhalten war. Daneben waren für die Schuldnerin Angestellte sowie Nachunternehmer tätig, die sie der Beklagten namentlich nicht benannte. 15

Die in Ziffer 4.6 genannten Unterlagen reichte die Schuldnerin nur teilweise und schleppend ein. Es kam deshalb immer wieder zu Erinnerungen durch die Beklagte. Mit Schreiben vom 11.09.2008 (Anlage B4) mahnte die Beklagte an, dass verschiedene Bescheinigungen unvollständig bzw. nicht im Original eingereicht worden seien. Mit Schreiben vom 09.10.2008 (Anlage B5) mahnte die Beklagte an, dass eine aktuelle Bescheinigung der Berufsgenossenschaft fehle. Mit Schreiben vom 29.10.2008 (Anlage B6) forderte die Beklagte weitere Ergänzungen zu eingereichten Bescheinigungen, monierte fehlende Originale und Aktualisierungen. Mit Schreiben vom 02.02.2009 (Anlage B8) forderte die Beklagte erneut eine aktuelle Unbedenklichkeitsbescheinigung. Auf fehlende Bescheinigungen der SOKA- 16

BAU bezog sich hingegen keine dieser Beanstandungen.

Nachdem die Schuldnerin die Arbeiten vollständig ausgeführt hatte, erstellte sie unter dem 03.02.2009 eine Schlussrechnung über 76.145,72 €. Unter Berücksichtigung von Abschlagszahlungen und eines Sicherungseinbehalts in Höhe von 3.807,29 € (5 % der Schlussrechnungssumme) wies die Rechnung einen Zahlungsbetrag von 30.473,06 € netto aus. Dieser Restwerklohnanspruch ist dem Grunde und der Höhe nach zwischen den Parteien unstreitig. Da die Beklagte auf diese Rechnung nicht zahlte, beauftragte die Schuldnerin eine Rechtsanwältin mit der Wahrnehmung ihrer Interessen. Diese forderte die Beklagte fruchtlos mit Schreiben vom 03.04.2009 zur Zahlung des Schlussrechnungsbetrages und der Rechtsanwaltsgebühren bis zum 14.04.2009 auf. 17

Mit Beschluss des Amtsgerichts Marburg vom 03.11.2009 - 22 IN 55/09 - wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt. 18

Mit Schreiben vom 06.12.2010 forderte der Kläger die Beklagte auf, den Gewährleistungseinbehalt bis zum 20.12.2010 auf ein Sperrkonto einzuzahlen. Dies lehnte die Beklagte mit Schreiben vom 20.12.2010 ab, wobei sie sich ausdrücklich auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen noch fehlender Bescheinigungen berief. Wegen der weiteren Einzelheiten des vorgerichtlichen Schriftwechsels wird auf die Anlagen K5, K6 (Bl. 39 ff. GA) Bezug genommen. 19

Auf Anfrage des Klägers teilte die SOKA-BAU mit Schreiben vom 24.08.2011 (Anlage K7, Bl. 72 GA) mit, eine Enthaltungsbescheinigung könne sie nicht mehr erteilen, da diese nur im Voraus erteilt werden könne. Sie könne allerdings Informationen über angefallene bezahlte oder ausstehende Urlaubskassenbeträge erteilen, wenn die Namen/Firmierung des Auftraggebers und Auskünfte bezüglich der konkret für die einzelnen Bauvorhaben der Auftraggeber eingesetzten Arbeitnehmer und Einsatzzeiträumen mitgeteilt würden. 20

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, der Gewährleistungseinbehalt sei aufgrund der Weigerung der Beklagten, den Betrag auf ein Sperrkonto einzuzahlen, sofort zur Zahlung fällig geworden. 21

Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn 30.473,06 € sowie vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 1.099,00 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.04.2009, sowie weitere 3.807,29 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen. Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. 22

Die Beklagte hat behauptet, die Insolvenzschuldnerin habe die gemäß Nr.4.6 des Verhandlungsprotokolls vorzulegenden Unterlagen nicht vorgelegt, weshalb die Forderung der Insolvenzschuldnerin nicht fällig geworden sei. Insbesondere habe eine Freistellungsbescheinigung des Finanzamtes Marburg gefehlt. Die vorgelegte Freistellungsbescheinigung betreffe nicht die Insolvenzschuldnerin. Darüber hinaus sei auch keine Bescheinigung der SOKA-BAU vorgelegt worden. Eine Haftung der Beklagten sei jedenfalls aufgrund der unterschiedlichen Angaben hinsichtlich des Gesellschafterbestandes der Schuldnerin nicht ausgeschlossen. 23

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Zur Begründung führt es aus, der Kläger habe gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung des restlichen Werklohns gemäß § 631 Abs. 24

1 BGB i.V.m. § 16 VOB/B aus der vertraglichen Vereinbarung vom 03.09.2008 in Höhe von insgesamt 34.280,35 €. Der Werklohn sei auch fällig. Der Fälligkeit stehe nicht entgegen, dass die Insolvenzschuldnerin gemäß Nr. 4.6 des Verhandlungsprotokolls vom 03.09.2008 verpflichtet gewesen sei, der Beklagten verschiedene Unterlagen vorzulegen und eine Zahlungsfrist erst mit Vorlage aller Bescheinigungen beginnen sollte. Die Unterlagen seien teilweise vorgelegt worden. Im Übrigen könne sich die Beklagte nicht auf eine fehlende Fälligkeit wegen noch vorzulegender Unterlagen berufen. Dabei sei davon auszugehen, dass sich die Freistellungsbescheinigung für Bauabzugsbesteuerung des Finanzamtes Marburg auf die Insolvenzschuldnerin beziehe. Auch scheitere der Anspruch des Klägers nicht daran, dass der Kläger und die Insolvenzschuldnerin eine Beitragserfüllungsbescheinigung der SOKA-BAU und der Krankenkasse sowie weitere Unterlagen nicht vorgelegt hätten. Dass die Beklagte sich nunmehr darauf berufe, sei jedenfalls treuwidrig im Sinne von § 242 BGB. Da sich die Beklagte geweigert habe, den Gewährleistungseinbehalt auf ein Sperrkonto einzuzahlen, sei sie gemäß § 17 Nr.6 Abs. 3 VOB/B zur sofortigen Auszahlung verpflichtet. Da die Beklagte sich mit der Zahlung des Werklohns in Verzug befinde, stünden ihr auch die zugesprochenen Nebenansprüche zu.	
Gegen dieses Urteil hat die Beklagte form- und fristgemäß Berufung eingelegt, mit der sie ihr erstinstanzliches Begehren weiterverfolgt.	25
Sie ist der Ansicht, ihr stehe ein Zurückbehaltungsrecht zu, weil die Schuldnerin bislang keine T-Enthaltungsbescheinigung vorgelegt habe. Das Landgericht verkenne, dass die Beklagte die Auskünfte der SOKA-BAU nicht selbst einholen könne, da sie die Namen der einzelnen von der Schuldnerin eingesetzten Mitarbeiter nicht kenne. Gemäß § 150 Abs. 3 SGB VII, 28e Abs. 3a SGB IV hafte sie für die nicht gezahlten Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung. Die Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung sei erforderlich, um sich gegen diese Haftung abzusichern. Ansonsten müsste die Beklagte für sämtliche Rückstände aufkommen, die für die Zeit angefallen sind, in der die Klägerin im Auftrag der Beklagten Leistungen erbracht habe. Sie sei bereit zu zahlen, wenn der Kläger die Beklagte persönlich von der Haftung freistellen würde.	26
Sie beantragt,	27
das Urteil des Landgerichts Aachen vom 27.03.2012 - 7 O 315/11 - abzuändern und die Klage abzuweisen.	28
Der Kläger beantragt,	29
die Berufung zurückzuweisen.	30
Er behauptet, nicht mehr in der Lage zu sein, eine Enthaltungsbescheinigung der SOKA-BAU vorlegen zu können, da sie nur für künftige Zeiträume erstellt werden könne.	31
Er ist der Ansicht, ein Zurückbehaltungsrecht stehe der Klägerin nicht zu, weil diese außer im Falle des § 51 Nr. 1 InsO im Insolvenzverfahren keine Wirkung entfalten würden.	32
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird ergänzend auf den Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das angefochtene Urteil Bezug genommen.	33
II.	34

Die Klage ist nur teilweise begründet. Dem Kläger steht zur Insolvenzmasse ein Anspruch auf Zahlung in Höhe von 30.473,06 € Zug-um-Zug gegen Vorlage einer der im Tenor näher bezeichneten Bescheinigungen zu. 35

Der Anspruch ist dem Grunde nach unstreitig. Gleichwohl konnte in Höhe von 30.473,06 € nur eine Verurteilung Zug-um-Zug gegen Vorlage einer der im Tenor bezeichneten Bescheinigungen erfolgen. Denn die Beklagte kann sich auf die Einrede des nichterfüllten Vertrags nach § 320 BGB berufen. 36

Dem steht zunächst nicht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin entgegen. Lediglich für ein ausschließlich auf § 273 BGB gestütztes Zurückbehaltungsrecht ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass es nicht insolvenzfest ist (BGH, Urteil vom 07.03.2002 - IX ZR 457/99, NJW 2002, 2313). Für andere Zurückbehaltungsrechte ist im Einzelfall zu entscheiden. So ist etwa für das Zurückbehaltungsrecht aus § 821 BGB die Insolvenzfestigkeit anerkannt (vgl. – zur Konkursordnung - KO) BGH, Urteil vom 15.12.1994 - IX ZR 252/93, NJW 1995, 1484, 1485; Ganter in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Auflage 2007, § 51 Rn. 241). Auch für die Einrede des nichterfüllten Vertrages gemäß § 320 BGB ist die Insolvenzfestigkeit grundsätzlich anerkannt (Ganter, a.a.O., Rn. 242), wobei die für gegenseitige Verträge geltenden Vorschriften der §§ 103 ff. InsO zu beachten sind. 37

Die Beklagte kann dem Anspruch die Einrede des nichterfüllten Vertrags nach § 320 BGB entgegenhalten. Die Beibringung der nach Ziffer 4.6 des Verhandlungsprotokolls erforderlichen Unterlagen ist eine Nebenpflicht von wesentlicher Bedeutung für die Beklagte. Auf eine solche Pflicht ist § 320 BGB anwendbar (vgl. dazu Grüneberg in: Palandt, 71. Auflage, § 320 Rn. 4). Das in Ziffer 4.6 des Verhandlungsprotokolls vorgesehene Recht, Zahlungen auf die Schlussrechnung solange einzubehalten, bis sämtliche Unterlagen vorliegen, soll die Beklagte insbesondere vor einer Inanspruchnahme aus §§ 150 Abs. 3 SGB VII, 28e Abs. 3a SGB IV und nach § 14 AEntG für die von der Schuldnerin zu entrichtenden Beiträge schützen. Aus dem Vertragswerk geht eindeutig hervor, dass die Vorlage der Bescheinigungen für die Beklagte besondere Bedeutung hat. Dies ergibt sich bereits aus dem Verhandlungsprotokoll selbst. Die Regelung 4.6 nimmt fast eine ganze Seite des achtseitigen Protokolls ein. Die Notwendigkeit, regelmäßig aktualisierte Bescheinigungen einzureichen, ist durch Fettdruck hervorgehoben und mit der handschriftlichen Ergänzung „bitte beachten“ versehen. Es handelt sich damit erkennbar nicht nur um eine bloße, ggf. verzichtbare, Nebenpflicht. Immer wieder hat die Beklagte die Schuldnerin wegen fehlender Bescheinigungen angemahnt, wenngleich nicht ausdrücklich wegen der noch fehlenden Bescheinigungen der T. Dennoch ist eindeutig, dass die Beklagte großen Wert auf die Erfüllung dieser Nebenpflicht gelegt hat. Der mit der Regelung vorgesehene Sicherungszweck ist auch nicht entfallen, solange eine Inanspruchnahme der Beklagten noch droht. 38

Bei der Pflicht zur Vorlage der Bescheinigung handelt es sich auch nicht um eine teilbare Leistung im Sinne des § 103 InsO, die bereits vor Insolvenzeröffnung hätte erbracht werden müssen, mit der Folge, dass der Beklagten insoweit nur ein Schadensersatzanspruch zusteht, den sie zur Insolvenztabelle anmelden könnte. Denn das Fehlen von Bescheinigungen gemäß Ziffer 4.6 des Verhandlungsprotokolls kann nach dem eindeutigen Wortlaut und dem eindeutigen Regelungszweck auch noch der Schlussrechnung entgegengehalten werden, woraus umgekehrt folgt, dass die Bescheinigungen auch noch einheitlich mit der Schlussrechnungsstellung beigebracht werden können. 39

- Die Beklagte handelt auch nicht rechtsmissbräuchlich, wenn sie sich auf die Einrede des nichterfüllten Vertrags beruft. Der Kläger kann insoweit aus der vom Landgericht herangezogenen Entscheidung des Kammergerichts (KG, Urteil vom 04.04.2006 - 7 U 247/05, juris Rn. 16, 17) nichts herleiten. Denn die zugrunde liegenden Konstellationen unterscheiden sich entscheidend. Im vom Kammergericht entschiedenen Fall hat die dortige Beklagte (der Unternehmer) sich vorprozessual nicht auf das Fehlen der Bescheinigungen berufen. Zudem hat die dortige Klägern - nach der Begründung des Kammergerichts entscheidend – nachgewiesen, dass Beitragsrückstände nicht bestehen. In beiden Punkten weichen die Fälle voneinander ab. Vorliegend hat die Beklagte bereits während der Bauarbeiten immer wieder fehlende Bescheinigungen angemahnt, wenngleich nicht die noch fehlenden Bescheinigungen der T. Gegenüber dem Kläger hat sie sich vorprozessual eindeutig auf das Fehlen der Bescheinigungen und ein sich daraus ergebendes Zurückbehaltungsrecht berufen. Darüber hinaus gibt es im vorliegenden Fall – anders als im Fall des Kammergerichts – keinen Anhaltspunkt dafür, dass keine Beitragsrückstände mehr bestünden. Dies behauptet selbst der Kläger nicht. 40
- Vertragsergänzend ist die Vorlagepflicht dahingehend auszulegen, dass nicht nur die im Verhandlungsprotokoll unter Ziffer 4.6 genannten Bescheinigungen vorgelegt werden können, um die Gegenleistung zu erbringen, sondern auch andere Wege des Nachweises einer nicht mehr bestehenden Haftung ausreichend sind. Auch eine persönliche Haftungsfreistellung durch den Kläger ist ausreichend, um die geschuldete Gegenleistung des Klägers zu erbringen, was jedenfalls aus dem von der Beklagten mit Schriftsatz vom 29.06.2012 (dort S. 9, Bl. 127 GA) erklärten Einverständnis folgt. 41
- Die Einrede war nicht nach § 320 Abs. 2 BGB einzuschränken. Grundsätzlich ist eine Einschränkung geboten, die sich an der Höhe der Haftungsgefahr orientiert. Allerdings waren weder der Kläger noch die Beklagte in der Lage, die Höhe der Haftungsgefahr auch nur annähernd zu konkretisieren. Da mangels zureichender tatsächlicher Anhaltspunkte die Höhe der Haftungsgefahr auch nicht nach § 287 ZPO zu schätzen war, konnte eine Beschränkung nur auf einen Teil der Forderung nicht erfolgen. 42
- Hinsichtlich des Sicherungseinbehalts in Höhe von 3.807,29 € war die Klage als derzeit unbegründet abzuweisen. Da der Gewährleistungszeitraum noch nicht abgelaufen ist, ist der Sicherungseinbehalt von 3.807,29 € noch nicht fällig. Unbeschadet der Frage, ob eine grundsätzliche Verpflichtung zur Einzahlung auf ein Sperrkonto nach § 17 Abs. 5 VOB/B überhaupt bestand, konnte und kann die Beklagte diesem Ansinnen jedenfalls die Einrede des nichterfüllten Vertrags nach § 320 BGB entgegenhalten. Insoweit kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden. 43
- Der geltend gemachte Zinsanspruch steht dem Kläger ebenso wenig zu, wie die Erstattung vorprozessualer Anwaltskosten, da die Beklagte wegen des ihr zustehenden Rechts aus § 320 BGB nicht in Verzug war. 44
- Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 45
- Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision sind nicht erfüllt. Weder hat die Rechtssache über die Rechtsanwendung im Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung, noch fordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 ZPO). 46

Wert des Berufungsverfahrens: 34.280,35 €

