BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 146/04

Verkündet am:
11. Mai 2006
Heinzelmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

BGB § 648a

Auf eine Bürgschaft, die der Unternehmer zur Sicherung seiner Vergütungsforderung aufgrund einer im Bauvertrag vereinbarten Sicherungsabrede beanspruchen kann, findet § 648a BGB keine Anwendung.

BGB §§ 640 Abs. 1

Nach Kündigung eines Bauvertrags wird die Werklohnforderung grundsätzlich erst mit der Abnahme der bis dahin erbrachten Werkleistungen fällig (Änderung der Rechtsprechung, vgl. Senat, Urteil vom 9. Oktober 1986 - VII ZR 249/85, BauR 1987, 95 = ZfBR 1987, 38).

BGH, Urteil vom 11. Mai 2006 - VII ZR 146/04 - OLG München

LG München I

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Mai 2006 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler, die Richter Hausmann, Dr. Kuffer, Bauner und die Richterin Safari Chabestari

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 30. März 2004 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin nimmt die Beklagte wegen einer Werklohnforderung aus einer Bürgschaft in Anspruch.

2 Die Klägerin als Auftragnehmerin (= AN) schloss am 1. Juli 1996 mit der Firma H. GmbH i.L. (im Folgenden: Auftraggeberin = AG) einen Generalunternehmervertrag unter Vereinbarung der VOB/B.

3 Der Vertrag enthält folgende Bestimmungen:

5.5: Die Ausübung der Rechte aus der vertraglichen Gewährleistung steht den in § 12 des Vertrags genannten Personen zu. Soweit die Gewährleistungsvorschriften Zahlungsansprüche zugunsten der AG gewähren würden (z.B.: Ersatzvornahme, fehlgeschlagene Nachbesserung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, Wandelung, Minderung, verspätete Herstellung), stehen die daraus resultierenden Zahlungsansprüche nicht der AG zu. Diese Zahlungsansprüche entstehen bereits originär für die Käufer, und zwar für jeden einzelnen.

12.1: Alle vertraglichen Rechte, die der AG zustehen und in diesem Vertrag in den einzelnen Vorschriften genannt sind oder ihr von Gesetzes wegen zustehen, insbesondere alle auf Aufsichts-, Weisungs-, Rüge-, Gewährleistungs-, Nachbesserungs-, Kündigungs- und Rücktrittsrechte sowie sonstige, der AG zustehende vertragliche Rechte werden unbedingt und unwiderruflich von der AG zur Ausübung übertragen auf den Koordinator.

10.1: Der garantierte Festpreis kann in Raten gemäß dem beiliegenden Zahlungsplan entsprechend dem jeweiligen Baufortschritt angefordert werden. Zur Zahlungssicherung der AN stellt die AG auf eigene Kosten durch die Treuhänderin ausschließlich der AN … eine Zahlungsbürgschaft einer als Zoll- und Steuerbürgin zugelassenen deutschen Bank über die Summe von 300.000 DM.

4 Die Beklagte hat am 25. September 1996 bis zum Betrag von 300.000 DM für die vertragsgemäße Zahlung der Auftraggeberin die selbstschuldnerische Bürgschaft unter Verzicht auf die Einreden der Anfechtung, der Aufrechnung und der Vorausklage übernommen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

5 Der Koordinator hat am 16. Oktober 1998 den Bauvertrag außerordentlich gekündigt. Die Klägerin hat am 1. September 2001 die von ihr erbrachten Leistungen mit insgesamt 2.598.020,11 DM und einem zu zahlenden Restbetrag von 551.107,11 DM schlussgerechnet. Unter dem 20. Dezember 2001 hat sie die Beklagte zur Zahlung der Bürgschaftssumme aufgefordert, die sie nunmehr klageweise geltend macht.

6 Die Beklagte meint, sie könne aus der Bürgschaft nicht in Anspruch genommen werden, weil es sich um eine Bauhandwerkersicherung handele und die danach erforderlichen Leistungsvoraussetzungen nicht erfüllt seien. Darüber hinaus sei die verbürgte Forderung mangels Abnahme und Abnahmefähigkeit der Werkleistung nicht fällig. Außerdem stünden der Werklohnforderung Ersatzvornahme- und Mängelbeseitigungskosten sowie Minderungs- und Mängelbeseitigungsansprüche entgegen.

7 Das Landgericht hat die Beklagte in Höhe des verbürgten Betrags zur Zahlung verurteilt. Die dagegen eingelegte Berufung hatte keinen Erfolg. Mit der vom Senat zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

9 Auf das Schuldverhältnis finden die bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Gesetze Anwendung (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

10 1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Beklagte sei aus der Bürgschaft zur Zahlung verpflichtet. Es handle sich bei der von ihr erteilten Bürgschaft nicht um eine Sicherheit im Sinne des § 648a BGB. Auf diese Vorschrift werde in der Bürgschaftsurkunde weder Bezug genommen noch ergäben sich für eine dahingehende Einschränkung entsprechende Anhaltspunkte. Die Beklagte könne daher Zahlungen an die Klägerin nicht unter Berufung auf § 648a Abs. 2 Satz 2 BGB deshalb verweigern, weil die Hauptschuldnerin die Werklohnforderung weder anerkannt habe noch zu deren Zahlung verurteilt worden sei.

11 2. Dies hält der revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

12 Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, dass es sich nicht um eine Bürgschaft im Sinne des § 648a BGB handelt, sondern um eine vertraglich vereinbarte Bürgschaft zur Sicherung der Zahlungsansprüche der Klägerin. Die Wirksamkeit der Sicherungsvereinbarung wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Klägerin gemäß § 648a BGB Sicherheit verlangen kann.

13 § 648a Abs. 7 BGB schließt lediglich im Anwendungsbereich des § 648a Abs. 1 BGB, also bei einem Sicherheitsverlangen des Unternehmers nach Vertragsschluss, eine von den Vorschriften des § 648a Abs. 1 bis 5 BGB abweichende Vereinbarung aus. Auf eine Bürgschaft, die der Unternehmer zur Sicherung seiner Vergütungsforderung aufgrund einer im Bauvertrag vereinbarten Sicherungsabrede beanspruchen kann, findet § 648a Abs. 7 BGB hingegen keine Anwendung. Diese Frage war vom IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs im Urteil vom 24. Januar 2002 - IX ZR 204/00, BauR 2002, 796 = ZfBR 2002, 358,359 = NZBau 2002, 216 noch offen gelassen worden.

14 Der Regelungsgehalt des § 648a BGB unterscheidet sich in wesentlichen Punkten von der rechtlichen Funktion, die eine von vornherein getroffene vertragliche Sicherungsvereinbarung hat. Letztere verschafft dem Unternehmer einen auf übereinstimmendem Willen der Vertragsparteien beruhenden, durchsetzbaren Anspruch auf Bestellung der Sicherheit in vereinbarter Höhe. § 648a BGB gibt dem Unternehmer hingegen, um seinem Interesse an Absicherung seiner Vergütungsforderung Nachdruck zu verleihen, lediglich das Recht, die Leistung zu verweigern und den Vertrag zu kündigen, wenn die geforderte Sicherheit, hinsichtlich deren Art dem Auftraggeber ein Wahlrecht zusteht, nicht erbracht wird.

15 Die Vorschrift des § 648a Abs. 7 BGB soll sicherstellen, daß die Regelung dieser unter den Voraussetzungen des § 648a Abs. 1 BGB einseitig verlangten Sicherheit nicht durch Parteiabreden verändert wird. Hingegen ist es nicht Sinn des § 648a Abs. 7 BGB, Vereinbarungen der Parteien hinsichtlich einer im Bauvertrag geregelten Sicherheitenbestellung zu beschränken. Der erkennende Senat hat demgemäß bereits im Urteil vom 9. November 2000 - VII ZR 82/99, BGHZ 146, 24, 28 ausgeführt, daß der Inhalt einer solchen vertraglichen Sicherungsabrede nicht mit der Regelung des § 648a BGB kollidiert.

II.

16 1. Das Berufungsgericht führt aus, der Werklohnanspruch der Klägerin sei fällig. Eine Abnahme der Werkleistung sei im Falle der Kündigung nicht notwendig, um die Fälligkeit des Werklohns herbeizuführen.

17 2. Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

18 a) Dem Berufungsgericht ist einzuräumen, dass die von ihm vertretene Auffassung der bisherigen ständigen Rechtsprechung des Senats entspricht. Danach bedurfte das infolge vorzeitiger Vertragsbeendigung unfertige Werk keiner Abnahme, um die Vergütung fällig werden zu lassen (Urteil vom 9. Oktober 1986 - VII ZR 249/85, BauR 1987, 95 = ZfBR 1987, 38); die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs und aller sich aus der vorzeitigen Beendigung ergebenden vergütungsgleichen Ansprüche wurde für den VOB-Vertrag allein von der Erteilung einer prüfbaren Schlussrechnung abhängig gemacht (BGH aaO; Urteil vom 4. Mai 2000 - VII ZR 394/97, BauR 2000, 1191 = ZfBR 2000, 471).

19 b) An dieser Rechtsprechung wird für die Fälligkeit der Vergütungsforderung aus einem gekündigten Bauvertrag nicht festgehalten.

20 aa) Mit Urteil vom 19. Dezember 2002 (VII ZR 103/00, BGHZ 153, 244) hat der Senat entschieden, dass die Verjährungsfristen gemäß § 13 Nr. 4 VOB/B oder gemäß § 13 Nr. 7 Abs. 3 VOB/B nach einer Kündigung oder Teilkündigung auf einen Anspruch nach § 4 Nr. 7 Satz 1 und 2 VOB/B grundsätzlich erst anwendbar sind, wenn die bis zur Kündigung erbrachte Leistung abgenommen worden ist. Erst die Abnahme der durch die Kündigung beschränkten vertraglich geschuldeten Werkleistung beendet das Erfüllungsstadium des gekündigten Vertrags und führt die Erfüllungswirkungen der Werkleistung herbei. Es gilt insoweit nichts anderes als bei einem nicht gekündigten Vertrag.

21 bb) Im Hinblick auf diese Entscheidung hat der Senat mit Urteil vom 22. September 2005 (VII ZR 117/03, BGHZ 164, 159) darauf hingewiesen, dass die Auffassung, bei vorzeitiger Beendigung eines Vertrags sei eine Abnahme zur Begründung der Fälligkeit der Werklohnforderung nicht erforderlich, einer Überprüfung bedarf. Während seinerzeit eine Klärung wegen der Besonderheit

des Sachverhalts nicht geboten war, hat der Senat die Frage nunmehr zu entscheiden. Denn das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob die Teilleistung der Klägerin abgenommen wurde, weil die Abnahme aus seiner Sicht nicht entscheidungserheblich war. Es hat auch keine Feststellungen zu Umständen getroffen, die auch bei einem vollständig erfüllten Vertrag die Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung für die Werklohnforderung entbehrlich machen könnten. Es ist daher zugunsten der Revisionsklägerin von einer erforderlichen aber fehlenden Abnahme auszugehen.

22 cc) Gemäß § 641 Abs. 1 BGB ist die Abnahme Fälligkeitsvoraussetzung für den Werklohnanspruch des Unternehmers. Soweit es um die Vergütungsforderung aus einem Bauvertrag geht, besteht kein rechtfertigender Grund, von dieser Voraussetzung abzusehen, wenn der Unternehmer infolge der Kündigung des Vertrages lediglich eine Teilleistung erbracht hat.

23 Die Kündigung, die den Vertrag für die Zukunft beendet, beschränkt den Umfang der vom Unternehmer geschuldeten Werkleistung auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil und seinen Vergütungsanspruch ebenfalls auf diesen Teil der ursprünglich geschuldeten Leistung (BGH, Urteile vom 25. März 1993 - VII ZR 17/92, BauR 1993, 469 = ZfBR 1993, 189 und vom 19. Dezember 2002 - VII ZR 103/00, aaO). Der nunmehr im geschuldeten Leistungsumfang reduzierte Bauvertrag richtet sich bezüglich der Fälligkeit der Vergütungsforderung weiterhin nach den werkvertraglichen Regelungen, wie sie auch für den ursprünglichen Vertragsumfang galten. Es ist kein rechtlich tragfähiger Grund dafür ersichtlich, an die Fälligkeitsvoraussetzungen des für den erbrachten Leistungsteil geschuldeten Vergütungsanspruchs geringere Anforderungen zu stellen, als sie für den Fall des vollständig durchgeführten Vertrages bestehen. Vielmehr würde eine Reduzierung dieser Anforderungen, ein Verzicht auf die Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung, dazu führen, dass der Unternehmer,

ohne daß hierfür ein überzeugender Grund zu ersehen ist, selbst in denjenigen Fällen besser gestellt würde, in denen er Anlass zur Kündigung gegeben hat.

24 Diese Gleichstellung der Fälligkeitsvoraussetzungen erfordert allerdings, dass eine Abnahme auch der nur teilweise erbrachten Leistung grundsätzlich möglich ist. Ob dies bei Werkverträgen aller Art generell bejaht werden kann, braucht hier nicht entschieden zu werden. Denn jedenfalls im Rahmen eines Bauvertrages stehen der Abnahme der bis zur Kündigung erbrachten Leistung keine durchgreifenden Bedenken entgegen, da es in der Regel um hinreichend abgrenzbare Teilleistungen geht, die auch in diesem Stadium der Überprüfung dahin zugänglich sind, ob sie vertragskonform erbracht worden sind. Hiervon geht auch die Regelung in § 8 Nr. 6, 1. Halbsatz VOB/B aus, wonach der Auftragnehmer Aufmass und Abnahme der von ihm ausgeführten Leistung alsbald nach der Kündigung verlangen kann. Die Abnahme kann auch hier zum Zwecke der Feststellung der Vertragsgemäßheit dieselbe Funktion erfüllen wie beim nicht gekündigten Vertrag (vgl. BGH, Urteil vom 19. Dezember 2002 - VII ZR 103/00, aaO; Kniffka, ZfBR 1998,113; Thode, ZfBR 1999,116).

25 Der Senat verkennt nicht, daß sich diese Überprüfung im Einzelfall zuweilen als schwierig herausstellen kann, etwa dann, wenn die Abgrenzung zwischen noch nicht erbrachter oder mangelhaft erbrachter Teilleistung fraglich ist. Derartige Abgrenzungsschwierigkeiten sind dem Werkvertragsrecht aber auch im Übrigen keineswegs fremd und können sachgerecht bewältigt werden. Sie können es nicht rechtfertigen, von einer rechtlich geregelten Fälligkeitsvoraussetzung abzusehen.

26 c) Das Berufungsgericht wird daher zu prüfen haben, ob die von der Klägerin erbrachte Teilleistung abgenommen ist oder eine solche Abnahme, wie auch bei vollständig erbrachter Leistung, ausnahmsweise entbehrlich ist, etwa,

weil nicht mehr Erfüllung des Vertrags, sondern Minderung (BGH, Urteil vom 16. Mai 2002 - VII ZR 479/00, BauR 2002, 1399 = ZfBR 2002, 676) oder Schadensersatz (BGH, Urteil vom 22. September 2005 - VII ZR 117/03, BGHZ 164, 159) verlangt wird oder die Abnahme des Werkes ernsthaft und endgültig abgelehnt wurde (BGH, Urteil vom 3. März 1998 - X ZR 4/95, NJW-RR 1998, 1027).

27 Insoweit wird zu berücksichtigen sein, dass in der Kündigung eine konkludente Abnahme nicht gesehen werden kann und eine fiktive Abnahme nach § 12 Nr. 5 VOB/B beim gekündigten VOB-Vertrag nicht in Betracht kommt (BGH, Urteil vom 19. Dezember 2002 - VII ZR 103/00, aaO). Zu bedenken wird auch sein, dass sich die Auftraggeberin und damit auch die Beklagte, sollte eine Ersatzvornahme erfolgreich durchgeführt sein, nicht mehr darauf wird berufen können, ursprünglich die Abnahme zu Recht verweigert zu haben (vgl. dazu Kniffka, ZfBR 1998, 113, 114).

III.

28 Für das weitere Verfahren wird auf folgendes hingewiesen:

29 Sollte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommen, dass die Leistung der Klägerin abgenommen wurde oder es wegen besonderer Umstände für die Fälligkeit der Werklohnforderung auf eine Abnahme nicht ankommt, wird zu prüfen sein, ob die Werklohnforderung infolge der im anwaltlichen Schreiben vom 3. November 1998 erklärten Aufrechnung mit einem Anspruch der Käufer auf Leistung eines Kostenvorschusses in Höhe von 700.000 DM erloschen ist. Insoweit fehlt es bisher an Feststellungen des Berufungsgerichts. Auf ein Erlöschen der Werklohnforderung könnte sich auch die Beklagte als Bürgin berufen. Diese hat in der Bürgschaft nur auf die Einrede der Aufrechenbarkeit im Sinne

des § 770 Abs. 2 BGB verzichtet, nicht aber auf die Geltendmachung des Erlöschens der Hauptforderung durch eine bereits erfolgte Aufrechnung.

30 Sollte die Aufrechnung nicht zum Erlöschen der Werklohnforderung geführt haben, wird die von der Beklagten im Hinblick auf Mängel der Werkleistung erhobene Einrede des nicht erfüllten Vertrags zu prüfen sein.

31 Gemäß § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen. Dazu gehört auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags. Dies gilt selbst für den Fall, dass die Gewährleistungs- und Nachbesserungsrechte auf einen Dritten zur Ausübung übertragen worden sind (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 1971 - VII ZR 243/69, BGHZ 55, 354).

32 Der Senat weist ferner darauf hin, dass entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts durch eine Kündigung des Auftraggebers sein Recht, Nachbesserung zu verlangen, regelmäßig nicht entfällt.

Dressler Hausmann Kuffer

Bauner Safari Chabestari

Vorinstanzen:
LG München I, Entscheidung vom 16.09.2003 - 12 HKO 2233/02 -
OLG München, Entscheidung vom 30.03.2004 - 13 U 4639/03 -