BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 22/09

Verkündet am:
20. Dezember 2010
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 648a in der Fassung bis zum 31. Dezember 2008

Eine Nachfrist zur Sicherheitsleistung kann gemäß § 648a Abs. 5 Satz 1, § 643 Satz 1 BGB erst dann wirksam gesetzt werden, wenn die Frist zur Sicherheitsleistung, § 648a Abs. 1 BGB, fruchtlos abgelaufen ist.

BGH, Urteil vom 20. Dezember 2010 - VII ZR 22/09 - OLG Hamm
LG Hagen

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Dezember 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, den Richter Bauner, die Richterin Safari Chabestari, den Richter Dr. Eick und den Richter Halfmeier

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 25. November 2008 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird die Klage im Hauptantrag unter Abänderung des Urteils der 4. Zivilkammer des Landgerichts Hagen vom 10. April 2008 abgewiesen.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer Vertragsaufhebung nach § 648a BGB in der Fassung bis zum 31. Dezember 2008 (im Folgenden: a.F.) in Verbindung mit § 643 BGB.

2 Der Kläger ist Verwalter über das Vermögen der sich in Insolvenz befindenden Bauunternehmerin (im Folgenden: Schuldnerin), die Beklagte zu 1 verwaltet Immobilienbestände, die Beklagte zu 2 errichtet und verkauft Häuser und Eigentumswohnungen.

3 Die Schuldnerin schloss am 24. August 2006 mit der Beklagten zu 1 einen Sanierungs-Bauvertrag betreffend ein Bauvorhaben in der B.-Straße 73-75 in E. und mit der Beklagten zu 2 einen Sanierungs-Bauvertrag betreffend ein Bauvorhaben in der B.-Straße 77 in E.

4 Im Frühjahr 2007 kamen die Bauarbeiten wegen Streitigkeiten der Bauvertragsparteien über das Vorhandensein und die Beseitigung von Schimmel zum Erliegen.

5 Mit Schreiben vom Freitag, den 1. Juni 2007, zugestellt an die Nebenintervenienten als anwaltliche Vertreter der Beklagten am späten Nachmittag des gleichen Tages, forderte die Schuldnerin die Beklagten auf, bis zum Montag, den 11. Juni 2007, "Sicherheit nach § 648a BGB in einer Höhe zu leisten, die die Auftragssummen der Höhe nach abdeckt". Weiter teilte sie mit, dass sie die Leistung bei nicht rechtzeitigem Eingang der Sicherheit verweigern würde und setzte zugleich eine Nachfrist bis zum 18. Juni 2007. Nach Ablauf der Nachfrist würde sie den Vertrag kündigen.

6 Unter dem 19. Juni 2007 erklärte die Schuldnerin die Kündigung der Verträge mit den Beklagten, da die geforderten Sicherheiten nicht geleistet worden seien.

7 Am 21. Juni 2007 leisteten die Beklagte zu 1 und die Beklagte zu 2 jeweils Sicherheit durch eine auf den 14. Juni 2007 datierte Bürgschaft. Sie kündigten mit Schreiben vom 6. Juli 2007 ihrerseits die Bauverträge mit der Schuldnerin, da diese es abgelehnt habe, die Arbeiten fortzusetzen. Am

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

11. Juli 2007 kündigte die Schuldnerin "hilfsweise" nochmals die Bauverträge mit den Beklagten.

8 Mit Beschluss des Amtsgerichts P. vom 25. November 2009 ist über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter ernannt worden.

9 Er hat den Rechtsstreit in der Revisionsinstanz aufgenommen und begehrt im Hauptantrag die Feststellung der Beendigung der Bauverträge mit Wirkung zum 19. Juni 2007 durch die Kündigung der Schuldnerin sowie die weitere Feststellung der Verpflichtung der Beklagten, jeglichen Schaden zu ersetzen, der dadurch entstanden sei, dass die Schuldnerin auf die Gültigkeit der Verträge vertraut habe. Hilfsweise begehrt er die Feststellung der Beendigung der Bauverträge durch die Kündigung vom 11. Juli 2007 sowie der Ersatzpflicht des der Schuldnerin insoweit entstandenen Schadens. Das Landgericht hat der Klage im Hauptantrag stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hatte bis auf eine Formulierungskorrektur im Tenor keinen Erfolg.

10 Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihr Ziel der vollständigen Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

11 Die zulässige Revision der Beklagten führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und unter Abweisung der Klage im Hauptantrag zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht im Übrigen.

I.

12 Das Berufungsgericht führt aus, die zwischen den Parteien jeweils geschlossenen Bauverträge seien mit Ablauf des 18. Juni 2007 gemäß §§ 648a, 643 Satz 2 BGB aufgehoben. Die Beklagten hätten die von der Schuldnerin mit Schreiben vom 1. Juni 2007 verlangten Sicherheiten nicht fristgerecht geleistet.

13 Die gesetzlich normierten Voraussetzungen des § 648a BGB hätten vorgelegen. Es könne insbesondere nicht festgestellt werden, dass die Schuldnerin nicht zur Fertigstellung des geschuldeten Werks bereit gewesen sei oder berechtigte Mängelbeseitigungsansprüche der Beklagten endgültig habe abwehren wollen.

14 Die von der Schuldnerin mit Schreiben vom 1. Juni 2007 bis zum 11. Juni 2007 gesetzte Frist gemäß § 648a BGB sei angemessen gewesen.

15 Es sei auch nicht zu beanstanden, dass die Nachfrist bereits in dem Schreiben vom 1. Juni 2007 zusammen mit dem Sicherungsverlangen und der diesbezüglichen Fristsetzung gesetzt worden sei. Es entstünden dem Auftraggeber keinerlei Nachteile dadurch, dass er von vornherein wisse, dass der Unternehmer aus einer nicht fristgerechten Sicherheitsleistung nicht nur die Konsequenz eines Leistungsverweigerungsrechts ziehen wolle, sondern sich auch vom Vertrag lösen werde. Auch unter der Geltung des § 326 BGB a.F. sei es anerkannt, dass die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung mit der den Verzug begründenden Mahnung verbunden werden könne. Warum das im Falle der §§ 648a, 643 BGB nicht gelten solle, sei nicht ersichtlich.

II.

16 Das hält der rechtlichen Nachprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand.

17 Der Vertrag ist nicht dadurch aufgehoben worden, dass die Schuldnerin mit dem Verlangen nach Sicherheit im Schreiben vom 1. Juni 2007 gleichzeitig eine Nachfrist gesetzt hat und diese Frist fruchtlos abgelaufen ist. Denn die Nachfrist ist nicht wirksam gesetzt worden. Eine Nachfrist zur Sicherheitsleistung kann gemäß § 648a Abs. 5 Satz 1 a.F., § 643 Satz 1 BGB erst dann wirksam gesetzt werden, wenn die Frist zur Sicherheitsleistung, § 648a Abs. 1 BGB a.F., fruchtlos abgelaufen ist.

18 a) Nach § 648a Abs. 1 BGB a.F. kann der Unternehmer eines Bauwerks vom Besteller Sicherheit für die von ihm zu erbringenden Vorleistungen in der Weise verlangen, dass er dem Besteller zur Leistung der Sicherheit eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt, er verweigere nach dem Ablauf der Frist die Leistung. Leistet der Besteller die Sicherheit nicht fristgemäß, so bestimmen sich die Rechte des Unternehmers gemäß § 648a Abs. 5 Satz 1 a.F. nach §§ 643 und 645 Abs. 1 BGB. Nach § 643 Satz 1 BGB ist der Unternehmer berechtigt, dem Besteller zur Nachholung der Sicherheitsleistung eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, dass er den Vertrag kündige, wenn die Sicherheit nicht bis zum Ablauf der Frist geleistet wird. Der Vertrag gilt als aufgehoben, wenn nicht die Nachholung bis zum Ablauf der Frist erfolgt.

19 b) Wie das Berufungsgericht nicht verkennt, sind der Wortlaut und die Systematik des Gesetzes eindeutig. Danach bestimmen sich die Rechte des Unternehmers erst dann aus § 643 BGB, wenn der Besteller die Sicherheit nicht fristgemäß geleistet hat. Folglich kann der Unternehmer erst dann eine Nachfrist setzen, wenn die Frist zur Sicherheitsleistung abgelaufen ist (so auch

Bamberger/Roth-Voit, BGB, 2. Aufl., § 648a Rn. 28; Messerschmidt/Voit-Cramer, Privates Baurecht, § 648a Rn. 71; a.A. ohne weitere Begründung Ingenstau/Korbion/Joussen, VOB, 15. Aufl., Anhang 2 Rn. 177). Nichts anderes ergibt sich aus der Begründung zum Entwurf des Bauhandwerkersicherungsgesetzes. Danach kann der Unternehmer sich zunächst durch Verweigerung der Vorleistung vor wirtschaftlichen Nachteilen schützen, § 648a Abs. 1 BGB a.F. Ihm soll jedoch die Möglichkeit gegeben werden, mit dem Vorgehen nach § 643 BGB einen Schwebezustand zu beseitigen, der eintritt, wenn die Sicherheit nicht innerhalb der zunächst gesetzten Frist geleistet wird (BT-Drucks. 12/1836, S. 11). Es spricht nach diesen Erwägungen nichts dafür, dass der Unternehmer bereits in einem Zeitpunkt, in dem nicht feststeht, ob der Schwebezustand überhaupt eintritt und ob und wie er ihm entgegentreten will, bereits eine Nachfrist setzen können soll.

20 c) Die Erwägungen des Berufungsgerichts tragen nicht seine Auffassung, eine Nachfrist könne bereits mit dem Sicherungsverlangen gesetzt werden. Es trifft nicht zu, dass dem Besteller keine Nachteile entstehen, wenn ihm sofort eine Nachfrist gesetzt wird. Denn die Nachfrist wird in einem Zeitpunkt gesetzt, in dem überhaupt noch nicht feststeht, ob ein Schwebezustand eintritt. Sie hat deshalb wegen ihrer fiktiven Voraussetzungen eine deutlich schwächere Warnfunktion als die Nachfrist, die erst dann gesetzt wird, wenn feststeht, dass der Unternehmer berechtigt ist, die Leistung zu verweigern. Unergiebig ist auch die Bezugnahme des Berufungsgerichts auf die Rechtsprechung zu der Möglichkeit, eine Frist mit Ablehnungsandrohung nach § 326 Abs. 1 BGB a.F. gleichzeitig mit der Mahnung zu verbinden (BGH, Urteil vom 10. Januar 1990 - VIII ZR 337/88, NJW-RR 1990, 442, 444 m.w.N.). Denn mit der Mahnung tritt der Verzug ein, so dass die Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 BGB a.F. vorliegen, wenn dem Schuldner die Mahnung zugeht und gleichzeitig die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung. Anders ist es aber, wenn eine Nachfrist vor-

aussetzt, dass zuvor eine andere Frist abgelaufen ist. So ist es nach der Systematik des § 648a Abs. 5 Satz 1 BGB a.F. in Verbindung mit § 643 Satz 1 BGB. Diese gesetzliche Systematik kann nicht zum Nachteil des Bestellers durch vermeintliche Billigkeitserwägungen ersetzt werden.

21 d) Da die Schuldnerin keine wirksame Nachfrist gesetzt hat, lagen die Voraussetzungen für die Aufhebung des Vertrages am 18. Juni 2007 nicht vor. Dementsprechend bestand auch kein Grund für die am 19. Juni 2007 ausgesprochene Kündigung des Vertrages. Es kommt deshalb nicht mehr darauf an, ob die Frist zur Sicherheitsleistung bis zum 11. Juni 2007 angemessen war.

22 Insoweit ist lediglich klarstellend darauf hinzuweisen, dass bei der Prüfung, ob eine angemessene Frist zur Sicherheitsleistung gesetzt worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 31. März 2005 - VII ZR 346/03, BauR 2005, 1009 = NZBau 2005, 393 = ZfBR 2005, 462), auch in die Erwägung einfließen muss, ob die Rechtslage klar ist. Ist eine unklare Rechtslage etwa dadurch geschaffen worden, dass der Unternehmer sich weigert, nach dem Vertrag noch geschuldete Vorleistungen ohne zusätzliche Vergütung zu erbringen, und die Höhe der Sicherheit mangels verlässlicher Angaben in der Anforderung der Sicherheit noch durch den Besteller ermittelt werden muss (vgl. BGH, Urteil vom 9. November 2000 - VII ZR 82/99, BGHZ 146, 24, 36), kann es geboten sein, eine längere Frist zu setzen. Bei der Fristsetzung muss berücksichtigt werden, dass in einem solchen Fall möglicherweise eine anwaltliche Beratung notwendig ist. Auch muss darauf Rücksicht genommen werden, dass die Beschaffung einer Bürgschaft jedenfalls nicht an Wochenenden möglich ist und auch nicht an einem Feiertag, der in die Frist fällt. Bleiben danach, wie hier, nur fünf Werktage, dürfte eine Frist zur Stellung einer Sicherheit nach § 648a BGB, wenn keine anderweitige Ankündigung des Sicherungsverlangens vorausgegangen ist, regelmäßig zu kurz sein.

23 Hinzuweisen ist auch darauf, dass eine endgültige Leistungsverweigerung regelmäßig auch dann vorliegt, wenn der Unternehmer nur noch bereit ist, geschuldete Leistungen gegen zusätzliche Vergütung zu erbringen. Stehen nur noch diese Leistungen als Vorleistungen aus, ist das Sicherungsverlangen unberechtigt (BGH, Urteil vom 27. September 2007 - VII ZR 80/05, BauR 2007, 2052 = NZBau 2008, 55 = ZfBR 2008, 39).

III.

24 1. Nach allem ist das Berufungsurteil aufzuheben, auf die Berufung das landgerichtliche Urteil abzuändern und die Klage im Hauptantrag abzuweisen, der darauf gerichtet war, festzustellen, dass die Bauverträge durch die Kündigung der Klägerin mit Wirkung zum 19. Juni 2007 beendet sind und die Beklagten deswegen zum Ersatz des Vertrauensschadens verpflichtet sind. In diesem Umfang ist die Sache zur Endentscheidung reif, § 563 Abs. 3 ZPO.

25 2. Hinsichtlich des Hilfsantrags kann der Senat nicht in der Sache entscheiden, da die insoweit erforderlichen Feststellungen durch das Berufungsgericht nicht getroffen worden sind, § 563 Abs. 1 ZPO.

Kniffka Bauner Safari Chabestari

Eick Halfmeier

Vorinstanzen:
LG Hagen, Entscheidung vom 10.04.2008 - 4 O 448/07 -
OLG Hamm, Entscheidung vom 25.11.2008 - I-19 U 89/08 -