BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 9/08

Verkündet am:
16. April 2009
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 648 a Abs. 1 Satz 1, Abs. 5

a) Leistet der Besteller auf ein berechtigtes Sicherungsverlangen nach der Abnahme die Sicherheit nicht, ist der Unternehmer berechtigt, die Mängelbeseitigung zu verweigern (im Anschluss an BGH, Urteil vom 22. Januar 2004 - VII ZR 183/02, BGHZ 157, 335).

Das gilt auch, wenn die Parteien die Einbeziehung der VOB/B vereinbart haben.

b) Die Abtretung der Gewährleistungsansprüche hat auf das Recht des Unternehmers, von seinem Besteller Sicherheit zu fordern und bei Nichterbringung der Sicherheit die Leistung zu verweigern, keinen Einfluss (im Anschluss an BGH, Urteil vom 27. September 2007 - VII ZR 80/05, BauR 2007, 2052 = NZBau 2008, 55 = ZfBR 2008, 537).

Gleiches gilt für das Setzen der Nachfrist nach § 648 a Abs. 5 BGB.

BGH, Urteil vom 16. April 2009 - VII ZR 9/08 - OLG Frankfurt am Main
LG Wiesbaden

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Februar 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka und die Richter Bauner, Dr. Eick, Halfmeier und Leupertz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 23. November 2007 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird unter Zurückweisung der Anschlussberufung der Klägerin das Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Wiesbaden vom 11. Januar 2007 abgeändert, soweit zum Nachteil der Beklagten entschieden ist.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten der Streithilfe trägt die Klägerin.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin nimmt die Beklagte aus abgetretenem Recht wegen mangelhafter Fensterstellmotoren auf Vorschusszahlung und Kostenerstattung in Anspruch.

2 Die K. GmbH beauftragte die G. KG, deren Rechtsnachfolgerin die Beklagte ist, mit Vertrag vom 12./19. April 1999 unter Einbeziehung der VOB/B mit den Fassadenarbeiten an einem Bürogebäude. Von der Rechtsnachfolgerin der K. GmbH, der K. AG, die später in die P. GmbH umgewandelt wurde, erwarb die Klägerin mit notariellem Vertrag vom 12. Dezember 1997 das Grundstück mit Gebäude. Dieser Vertrag enthielt eine Abtretung der Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche der K. AG, die ihr gegenüber dem Generalunternehmer bzw. den sonst am Bau Beteiligten zustanden. Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der Abtretung.

3 Die Beklagte hatte bei der vom Auftraggeber zwischenzeitlich abgenommenen Konstruktion der Fassade elektrische Stellmotoren für die Fensterflügel einzubauen, die in den Fensterprofilen zwischen der Außen- und der Innenfassade angebracht wurden und daher gewisser Feuchtigkeit ausgesetzt waren. Dies führte zum Ausfall einer Vielzahl von Motoren, deren Feuchtigkeitsschutz unzureichend war, so dass die Klägerin sich entschloss, sämtliche Aggregate austauschen zu lassen. Von der P. GmbH auf Nachbesserung in Anspruch genommen, verlangte die Beklagte am 14. August 2003 wegen eines noch offenen Werklohnanspruchs in Höhe von 301.501,49 € eine Sicherheit nach § 648 a BGB, setzte eine Frist bis zum 28. August 2003 und kündigte die Einstellung der Arbeiten an. Die Sicherheit wurde nicht geleistet.

4 Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der P. GmbH begehrte die Klägerin am 22. April 2005 aus abgetretenem Recht Mangelbeseitigung und stellte im Mai 2005 eine Sicherheitsleistung durch sie in Aussicht. Sie unterbreitete mit Schreiben vom 2. Juni 2005 und 8. Juli 2005 Vergleichsvorschläge, die im Wesentlichen dahin gingen, dass sie sich bereit erklärte, einen Teil des Werklohns zu zahlen und in dieser Höhe Sicherheit zu leisten. Die Beklagte erwiderte mit Schreiben vom 12. August 2005, sie sehe

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

sich zurzeit nicht in der Lage, die vorgesehene Vereinbarung zu unterschreiben. Sie untersuche Möglichkeiten, im Wege der Ersatzvornahme zu einer wirksamen Behebung der Mängel bezüglich der Motoren zu kommen, würde jedoch gern auf die Vereinbarung zurückkommen, sobald sie in der Lage sei, eine technische Klärung herbeizuführen. Die Beklagte setzte (nach den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Feststellungen des Landgerichts), ohne die Klägerin darüber zu informieren, dem Insolvenzverwalter der P. GmbH am 5. September 2005 eine Nachfrist nach § 648 a Abs. 5 BGB bis zum 20. September 2005 mit der Ankündigung, jegliche Leistungen danach zu verweigern. Nach Ablauf der Nachfrist verweigerte die Beklagte am 10. Oktober 2005 gegenüber der Klägerin die Mängelbeseitigung. Die Klägerin ihrerseits hat am 8. September 2005 von der Beklagten die Zahlung eines Vorschusses von 1.159.897,20 € gefordert und eine von der Beklagten gestellte Bürgschaft in Anspruch genommen.

5 Die Klägerin hat vor dem Landgericht zunächst Vorschuss auf Mängelbeseitigungskosten von 1.943.742,44 € nach Abzug des offenen Werklohns von 302.355,57 € geltend gemacht. Diesen Betrag hat sie wegen einer Änderung des Sanierungskonzepts auf 927.658,47 € ermäßigt und die Hauptsache wegen des überschießenden Teils für erledigt erklärt. Das Landgericht hat der Zahlungsklage bis auf einen Teil des Zinsanspruchs stattgegeben und die Klage auf Feststellung der Erledigung abgewiesen.

6 Im Berufungsverfahren hat die Klägerin teilweise Kostenerstattung und für den Rest weiterhin Vorschuss verlangt und sich mit der Anschlussberufung gegen die Klageabweisung gewandt.

7 Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen, soweit sie das Urteil des Landgerichts dem Grunde nach angegriffen hat. Es hat

seine Entscheidung unter den Vorbehalt der Entscheidung über eine von der Beklagten aufgerechnete Forderung gestellt.

8 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Abweisung der Klage insgesamt.

10 Auf das Rechtsverhältnis der Parteien sind die bis 31. Dezember 2001 geltenden Gesetze anwendbar (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

11 Das Berufungsgericht hat - soweit für die Revision von Bedeutung - die Auffassung vertreten, der Klägerin stünden aufgrund der wirksamen Abtretung Ansprüche auf Kostenvorschuss und -erstattung nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B zu. Die Voraussetzungen dieser Regelung lägen vor. Der Mängelbeseitigungsanspruch sei mit entsprechender Fristsetzung geltend gemacht worden. Die Gewährleistungsansprüche der Klägerin seien nicht gemäß §§ 648 a Abs. 5, 643 BGB erloschen. Die Beklagte habe der P. GmbH zwar am 5. September 2005 eine Nachfrist gesetzt. Diese sei grundsätzlich auch der richtige Adressat gewesen. Der Beklagten sei es jedoch im Hinblick auf die Entwicklung des Forderungsverhältnisses zuzumuten gewesen, die Klägerin über die Nachfristset-

zung zu informieren. Sie habe deutlich gemacht, mit der Klägerin über die Gewährleistung zu verhandeln und auch von ihr eine Sicherheit zu akzeptieren. Die Klägerin habe auch eine ausreichende Sicherheit angeboten. Hätte die Klägerin rechtzeitig von der Nachfristsetzung erfahren, hätte die Klägerin eine Sicherheit gestellt.

12 Es fehle mithin an einer wirksamen Nachfristsetzung. Das der Beklagten zustehende Zurückbehaltungsrecht nach § 648 a BGB komme nicht zum Tragen, da die Klägerin den ausstehenden Werklohnanspruch von der Vorschussforderung abgezogen habe. Zudem könne sich die Beklagte nicht auf die fehlende Sicherheitsleistung berufen. Die Beklagte sei zwar im Zeitpunkt des Sicherungsverlangens noch bereit gewesen, die Mängel zu beseitigen. Allerdings habe sie eine Fristsetzung zur Mängelbeseitigung mit Ablehnungsandrohung seitens der Klägerin vom 22. April 2005 unberücksichtigt gelassen, so dass sie dadurch in Verzug geraten sei und damit der Klägerin nach Ablauf der Frist und schließlich nach Ablehnung der Mangelbeseitigung in ihrem Schreiben vom 12. August 2005 Kostenersatz schulde. Daher komme es nicht auf die Behauptung der Klägerin an, die Beklagte habe ihr gegenüber telefonisch auf die Stellung einer Sicherheit verzichtet.

II.

13 Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der Senat muss nicht entscheiden, ob die Abtretung der Gewährleistungsansprüche an die Klägerin wirksam ist, denn darauf kommt es nicht an. Der Klägerin stehen Kostenerstattungs- bzw. Kostenvorschussansprüche aus § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B auch bei wirksamer Abtretung nicht zu. Die Beklagte hat ihrer Auftraggeberin wirksam eine Nachfrist zur Sicherheitsleistung gesetzt. Nach Ablauf dieser Frist ist die

Beklagte von ihrer Verpflichtung frei geworden, die Mängel zu beseitigen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann die Beklagte sich darauf berufen, dass die Gewährleistungsansprüche der Klägerin gemäß §§ 648 a Abs. 5, 643 BGB erloschen sind.

14 1. Der Unternehmer, der bereits erfolglos berechtigterweise eine Sicherheit nach § 648 a Abs. 1 BGB verlangt hat, kann dem Besteller eines Bauwerks nach dessen Abnahme in sinngemäßer Anwendung des § 648 a Abs. 5 Satz 1 i.V.m. § 643 Satz 1 BGB eine Nachfrist zur Sicherheitsleistung mit der Erklärung setzen, dass er die Mängelbeseitigung verweigere, wenn die Sicherheit nicht fristgerecht geleistet werde. Nach fruchtlosem Ablauf der Nachfrist wird er von der Pflicht zur Mängelbeseitigung frei, § 643 Satz 2 BGB (BGH, Urteil vom 22. Januar 2004 - VII ZR 183/02, BGHZ 157, 335, 342; Urteil vom 9. Dezember 2004 - VII ZR 199/03, BauR 2005, 555 = NZBau 2005, 146 = ZfBR 2005, 257). Das gilt auch, wenn die Parteien die Einbeziehung der VOB/B vereinbart haben (Ingenstau/Korbion/Joussen, VOB, 16. Aufl., B Anh. 2, Rdn. 129 und 175; Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, VOB-Kommentar, 3. Aufl., Anh. zu B § 17, Rdn. 162; Leinemann, VOB/B, 3. Aufl., § 648 a, Rdn. 4). Ein Sicherungsverlangen ist auch dann an den Vertragspartner zu richten, wenn die Gewährleistungsansprüche abgetreten sind (BGH, Urteil vom 27. September 2007 - VII ZR 80/05, BauR 2007, 2052, 2056 = NZBau 2008, 55 = ZfBR 2008, 39). Das gilt nicht nur für das erstmalige Sicherungsverlangen, sondern ebenso für das wiederholte Sicherungsverlangen, das mit einer Nachfrist verbunden wird.

15 Wird die Sicherheit trotz eines berechtigten und ordnungsgemäßen Sicherungsverlangens gemäß § 648 a Abs. 1 BGB nicht gestellt, so ist der Unternehmer berechtigt, die Mängelbeseitigung zu verweigern. Er kann deshalb nicht in Verzug mit der Mängelbeseitigung geraten. Ein Kostenerstattungsanspruch oder ein Anspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten gemäß § 633 BGB

kann nicht entstehen (BGH, Urteil vom 27. September 2007 - VII ZR 80/05, aaO). Ebenso wenig kann ein Anspruch aus § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B entstehen.

16 Voraussetzung für ein berechtigtes Sicherungsverlangen ist, dass der Unternehmer bereit und in der Lage ist, die Mängel zu beseitigen. Hat der Unternehmer die Beseitigung der Mängel endgültig verweigert, so steht fest, dass er eine abzusichernde Vorleistung nicht mehr erbringen wird. Er kann sich dann nicht auf ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 648 a BGB berufen. Entfällt eine zunächst vorhandene Bereitschaft, Mängel nach Sicherheitsleistung zu beseitigen, so kann der Unternehmer in Verzug geraten und können die auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten gerichteten Ansprüche entstehen (BGH, Urteil vom 27. September 2007 - VII ZR 80/05, aaO).

17 2. Diese vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätze hat das Berufungsgericht nicht verkannt, jedoch teilweise rechtsirrig angewandt.

18 a) Die Beklagte hat wirksam eine Sicherheit gemäß § 648 a Abs. 1 BGB gefordert und die Leistung zu Recht eingestellt, so dass ein Anspruch auf Erstattung der Mängelbeseitigungskosten gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B nicht entstehen konnte.

19 Die Beklagte hat mit Schreiben vom 14. August 2003 gegenüber ihrem Auftraggeber wegen eines restlichen Werklohnanspruchs von 301.501,49 € unter Fristsetzung bis zum 28. August 2003 und unter Androhung der Einstellung aller Arbeiten Sicherheit nach § 648 a Abs. 1 Satz 1 BGB verlangt. Diese Sicherheit ist weder von der P. GmbH noch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über deren Vermögen von der Klägerin erbracht worden. Die bloßen Ankündigungen der Sicherheitsleistung durch die Klägerin genügten insoweit nicht. Die Beklagte, die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bereit

war, die Mängel zu beseitigen, war daher berechtigt, die Mängelbeseitigung insgesamt zu verweigern, § 648 a Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Aufforderungen der P. GmbH und der Klägerin, die Mängel zu beseitigen, sowie die damit verbundenen Fristsetzungen konnten die Voraussetzungen für eine Selbstvornahme und damit für die Entstehung des Kostenerstattungs- oder Vorschussanspruchs nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B nicht schaffen. Deshalb konnte die Beklagte entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht durch die Fristsetzung zur Mängelbeseitigung mit Ablehnungsandrohung im Schreiben der Klägerin vom 22. April 2005 in Verzug geraten.

20 b) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht gemeint, das Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten sei dadurch erloschen, dass sie am 12. August 2005 ernsthaft und endgültig jede Mängelbeseitigung abgelehnt hätte. Diese nicht näher begründete Auslegung des Schreibens vom 12. August 2005 entbehrt jeder Grundlage und ist verfahrensfehlerhaft getroffen worden. Das Berufungsgericht nimmt den Wortlaut dieses Schreibens nicht zur Kenntnis, so dass der Senat es selbst auslegen kann. Aus ihm geht unmissverständlich hervor, dass die Beklagte noch um eine Mängelbeseitigung bemüht war. Aus diesem Schreiben kann keine ernsthafte und endgültige Verweigerung der Mängelbeseitigung durch die Beklagte für den Fall hergeleitet werden, dass ihr eine Sicherheit gestellt wird.

21 c) Soweit das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang meint, das Zurückbehaltungsrecht der Beklagten nach § 648 a Abs. 1 Satz 1 BGB komme deshalb nicht zum Tragen, weil die Klägerin den noch ausstehenden Werklohn von dem eingeklagten Kostenerstattungsbetrag abgezogen habe, unterliegt es einem Rechtsirrtum. Wenn der Beklagten ein Leistungsverweigerungsrecht zustand, konnten die Voraussetzungen des § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B nicht geschaffen werden. Dann stand der Klägerin auch kein auf Geldzahlung gerichte-

ter Kostenerstattungs- oder Vorschussanspruch zu, mit dem sie hätte aufrechnen können.

22 d) Eine andere Beurteilung wäre möglicherweise geboten, wenn die Beklagte im Mai 2005 auf ihr Recht verzichtet hätte, eine Sicherheit zu fordern. Einen Verzicht hat die Klägerin im Berufungsverfahren geltend gemacht. Es kann dahinstehen, ob ein Verzicht auf die Sicherheit gemäß § 648 Abs. 7 BGB unwirksam gewesen wäre. Denn aus dem vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Vorbringen der Klägerin ergibt sich keine schlüssige Behauptung dahin, dass die Beklagte im Mai 2005 auf die Stellung einer Sicherheit telefonisch verzichtet hat. Die Klägerin hat im Schriftsatz vom 15. November 2007 vorgetragen, "... der Justiziar der Beklagten, Herr H., habe in einem Telefonat vom 13. Mai 2005 gegenüber der Unterzeichnerin geäußert, eine Sicherheit von der Klägerin nicht zu benötigen." Diese Erklärung, die der Senat selbst auslegen kann, stellt bei verständiger Würdigung der ihr zugrunde liegenden Umstände keinen Verzicht auf die Sicherheit nach § 648 a BGB dar. Die von der Beklagten bestrittene Äußerung wäre im Rahmen der begonnenen Verhandlungen über eine endgültige Lösung abgegeben worden und hätte schon deshalb nicht als verbindliche Erklärung außerhalb dieser angestrebten Lösung, zu der es nicht gekommen ist, verstanden werden können. Auch der Inhalt des Schreibens der bevollmächtigten Rechtsanwälte der Klägerin vom 2. Juni 2005 steht einer Auslegung, die Beklagte habe telefonisch sich sämtlicher Rechte aus dem Sicherheitsverlangen nach § 648 a BGB wieder begeben wollen, deutlich entgegen. Ansonsten würde das hierin enthaltene erneute Angebot einer Sicherheitsleistung durch die Klägerin keinen Sinn machen.

23 Die Ausführungen der Parteien in ihren auf die Hinweise des Senates in der mündlichen Verhandlung vom 26. Februar 2009 nachgelassenen Schriftsätzen geben keinen Anlass zu einer abweichenden Beurteilung.

24 e) Mit Schreiben vom 5. September 2005 setzte die Beklagte dem Insolvenzverwalter der P. GmbH eine Nachfrist nach § 648 a Abs. 5 BGB bis zum 20. September 2005 mit der Ankündigung, jegliche Leistungen danach zu verweigern. Da die P. GmbH der Vertragspartner der Beklagten war, war diese der richtige Adressat für das mit einer Nachfristsetzung verbundene Sicherungsverlangen. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens war die Nachfrist gegenüber dem Insolvenzverwalter zu erklären, § 80 Abs. 1 InsO. Mit fruchtlosem Ablauf der Nachfrist am 20. September 2005 wurde die Beklagte von der Pflicht zur Mängelbeseitigung frei.

25 2. Fehlerhaft ist die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte könne sich gemäß § 242 BGB gegenüber der Klägerin nicht auf die Nachfristsetzung berufen, weil sie diese nicht informiert und ihr damit keine Gelegenheit gegeben habe, die Sicherheit zu stellen. Es kann dahinstehen, ob der Unternehmer unter den vom Berufungsgericht genannten Voraussetzungen verpflichtet ist, dem Zessionar des Gewährleistungsanspruchs Gelegenheit zu geben, die Sicherheit zu stellen. Eine solche Pflicht besteht jedenfalls dann nicht mehr, wenn der Zessionar das Angebot zur Sicherheitsleistung aus der Sicht des Unternehmers nicht mehr aufrechterhält, sondern die Verhandlungen über dieses Angebot beendet sind. Diese Voraussetzungen liegen nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen vor. Die Klägerin hatte zwar zunächst die Bereitschaft erklärt, eine Sicherheit zu leisten. Sie hatte sodann Vergleichsvorschläge unterbreitet, die ebenfalls noch die Möglichkeit vorsahen, eine Sicherheit zu leisten, wenn auch nur noch in Höhe des Werklohns, den die Klägerin bereit war zu zahlen. Die Beklagte hat sodann mit Schreiben vom 12. August 2005 erklärt, sie könne das Angebot derzeit nicht annehmen. Diese Erklärung hat der Klägerin offenbar Anlass gegeben, nunmehr eine Mängelbeseitigung von der Beklagten nicht mehr zu fordern, sondern die ihr vermeintlich zustehenden Zahlungsansprüche zu realisieren. Sie hat am 8. September 2005 nicht

nur die Ersatzvornahme durch einen Dritten angekündigt und die Beklagte zur Zahlung von Vorschuss aufgefordert sowie die Klageerhebung im Falle der Nichtzahlung angedroht, sondern auch die Gewährleistungsbürgschaft in Anspruch genommen. Unter diesen Umständen war die Beklagte nicht verpflichtet, der Klägerin, die bis dahin lediglich Sicherheitsleistungen angeboten, jedoch nicht geleistet hatte und zudem mit ihrem Schreiben vom 8. September 2005 das Recht der Beklagten auf Sicherheitsleistung vollständig ignorierte, die Möglichkeit zu eröffnen, eine Sicherheit zu stellen. Der Umstand, dass die Beklagte am 5. September 2005 noch keine Kenntnis von der Zahlungsaufforderung durch die Klägerin hatte, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Maßgeblich sind die objektiven Umstände, aus denen sich ergibt, dass die Klägerin nach dem Schreiben der Beklagten vom 12. August 2008 ihr Angebot zur Sicherheitsleistung nicht aufrechterhielt. Es liegt weder ein widersprüchliches Verhalten der Beklagten vor, wenn sie nach Scheitern der Verhandlungen die Klägerin nicht darüber informierte, dass sie ihrem Vertragspartner eine Nachfrist gesetzt hatte, noch kann ihr Verhalten aus einem anderen Grund einen Verstoß gegen Treu und Glauben begründen.

II.

26 Da der Klägerin hiernach kein Anspruch auf Kostenerstattung oder Vorschuss nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B zusteht, kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Es ist auf die Revision der Beklagten unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils aufzuheben und die Klage ist insgesamt abzuweisen.

III.

27 Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 91, 101 ZPO.

Kniffka Bauner Eick

Halfmeier Leupertz

Vorinstanzen:
LG Wiesbaden, Entscheidung vom 11.01.2007 - 13 O 48/06 -
OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 23.11.2007 - 10 U 34/07 -