



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 34/15

Verkündet am:
23. November 2017
Mohr,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 648a, § 242 Cd

Es stellt keine unzulässige Rechtsausübung und auch keinen Verstoß gegen das bauvertragliche Kooperationsgebot dar, wenn dem Sicherungsverlangen des Unternehmers nach § 648a Abs. 1 BGB auch andere Motive als die bloße Erlangung einer Sicherheit zugrunde liegen.

BGH, Urteil vom 23. November 2017 - VII ZR 34/15 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. November 2017 durch den Richter Dr. Kartzke und die Richterinnen Graßnack, Sacher, Borris und Dr. Brenneisen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 17. Februar 2015 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten nach wechselseitigen Kündigungen über die Abrechnung von vier zwischen der Klägerin und je einer der vier Beklagten unter Einbeziehung der VOB/B geschlossenen Bauverträgen. Mit der Klage macht die Klägerin Restwerklohn für ausgeführte Arbeiten und 5 % der auf die nicht mehr ausgeführten Arbeiten entfallenden Vergütung, außerdem Materialkosten für angeliefertes, aber nicht verbautes Material in Höhe von insgesamt 2.902.635,26 € nebst Zinsen geltend. Mit der Widerklage machen die Beklagten

jeweils einen Anspruch bezüglich Mehrkosten für die Fertigstellung in Höhe von insgesamt 12.501.870,90 € nebst Zinsen geltend und begehren die Feststellung, dass die Klägerin verpflichtet ist, weitergehende Mehrkosten für die Fertigstellung zu erstatten.

2 Die Beklagten erteilten der Klägerin jeweils mit Schreiben vom 19. Mai 2011 den Auftrag zum Bau eines Mehrfamilienhauses, einer Tiefgarage und von Außenanlagen zum Pauschalpreis von jeweils 7.575.000 €.

3 Nach Aufnahme der Bauarbeiten im April 2011 entstanden Probleme, die von beiden Seiten unterschiedlich geschildert werden. Es ging um die Klärung vermeintlich zusätzlicher Arbeiten, die Gestellung von Plänen nach Zeit und Inhalt, Anforderungen an Fenster und die Behandlung von Sonderwünschen der Erwerber der Eigentumswohnungen.

4 Mit Schreiben vom 28. September 2011 verlangte die Klägerin unter Hinweis auf ihr Vorleistungsrisiko von den Beklagten, differenzierend nach den einzelnen Vertragsverhältnissen, Sicherheit gemäß § 648a Abs. 1 BGB in unterschiedlicher Höhe, insgesamt in Höhe von 30.231.739,67 €, unter Fristsetzung bis 7. Oktober 2011. Die Beklagten baten jeweils mit Schreiben vom 6. Oktober 2011 um eine Fristverlängerung bis zum 28. Oktober 2011 und kündigten an, ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachzukommen.

5 Wegen der unterbliebenen Übergabe der geforderten Sicherheit kündigte die Klägerin die mit den Beklagten bestehenden Verträge jeweils fristlos gemäß § 648a Abs. 5 Satz 1 BGB mit Schreiben vom 12. Oktober 2011 und erneut mit Schreiben vom 20. Oktober 2011.

6 Die Beklagten forderten die Klägerin jeweils mit Schreiben vom 26. Oktober 2011 auf, die eingestellten Arbeiten unverzüglich, spätestens bis

zum 2. November 2011 wieder aufzunehmen und vertragsgerecht fortzuführen. Mangels Wiederaufnahme der Arbeiten seitens der Klägerin erklärten die Beklagten mit Schreiben vom 7. November 2011 jeweils die Kündigung der Bauverträge aus wichtigem Grund.

7 Das Landgericht hat durch Grund- und Teilurteil die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Widerklage der Beklagten abgewiesen.

8 Gegen dieses Urteil haben die Beklagten jeweils Berufung eingelegt, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt hat.

9 Außerdem hat die Klägerin in der Berufungsinstanz im Wege der Zwischenfeststellungsklage beantragt festzustellen, dass die Bauverträge durch die Kündigungen der Klägerin vom 12. Oktober 2011, hilfsweise durch die Kündigungen vom 20. Oktober 2011 beendet worden sind. Die Beklagten haben in der Berufungsinstanz im Wege der Zwischenfeststellungswiderklage jeweils beantragt festzustellen, dass die Verträge durch die Kündigungen der Beklagten vom 7. November 2011 beendet worden sind.

10 Das Berufungsgericht hat die Zwischenfeststellungsklage der Klägerin abgewiesen und der Zwischenfeststellungswiderklage der Beklagten stattgegeben. Außerdem hat das Berufungsgericht auf die Berufungen der Beklagten das Urteil des Landgerichts aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen.

11 Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre vorinstanzlichen Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

12 Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

13 Das Berufungsgericht hat, soweit für die Revision von Bedeutung, im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

14 Die Klägerin könne ihr Vergütungsverlangen entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht auf § 648a Abs. 5 Satz 2 und 3 BGB stützen, da ihre Kündigungen unwirksam seien.

15 Sie könne sich nach Treu und Glauben wegen unzulässiger Rechtsausübung nicht auf ihr Sicherungsverlangen berufen, weil dieses unter Verstoß gegen das bauvertragliche Kooperationsgebot erklärt worden sei. Sie habe ihre aus dem Sicherungsverlangen entstandene Rechtsposition unredlich erworben.

16 Nach dem Ergebnis der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme stehe fest, dass es der Klägerin bei ihrem Sicherungsverlangen jedenfalls nicht vorrangig darum gegangen sei, eine Sicherheit zu erlangen. Vielmehr habe sie die Beklagten zu Verhandlungen über die Abwicklung des Bauvorhabens motivieren wollen. Wenn aber die verlangten Sicherheiten das Druckmittel für Verhandlungen sein sollten, müsse das Verlangen denknotwendig im Zuge der Verhandlungen zur Disposition gestellt werden.

17

Die Strategie der Klägerin sei entweder dahin gegangen, die Verhandlungen während der laufenden Frist zu betreiben - die Beklagten hätten die Fristsetzung dann indes nicht mehr als ernstlich betrachten müssen - oder sie sei dahin gegangen, solche Gespräche erst nach Stellung der Bürgschaften oder - mit besserer Ausgangsposition für die Verhandlungen - nach fruchtlosem Fristablauf und Kündigung des Werkvertrags im Zuge von Verhandlungen über einen neuen Vertrag beziehungsweise die Wiederinkraftsetzung des alten Vertrags zu teilweise geänderten Konditionen zu führen.

18 Das Vorgehen der Klägerin sei, wie auch immer deren Strategie ausgehen habe, pflichtwidrig gewesen. Die Klägerin sei als Partei eines VOB/B-Bauvertrages zur Kooperation und daher dazu verpflichtet gewesen, Meinungsverschiedenheiten im Verhandlungswege beizulegen und eine einvernehmliche Lösung anzustreben. Die Klägerin, die eine höhere Nachgiebigkeit der Beklagten über die Lästigkeit einer Bürgschaftsstellung zu erreichen gesucht habe, hätte deshalb das Sicherungsverlangen zunächst für den Fall der Nichteinigung androhen müssen und es erst nach Scheitern der unter dieser Drohung geführten Verhandlungen stellen dürfen.

19 Danach kämen Werklohnansprüche der Klägerin nur hinsichtlich erbrachter Werkleistungen in Betracht und hätten die Beklagten gegen die Klägerin dem Grunde nach Ansprüche gemäß § 5 Abs. 4, § 8 Abs. 3 Nr. 1 und 2 VOB/B. In der zweimaligen unberechtigten Kündigung und dem Beharren auf dem Neuabschluss von Verträgen liege eine gemäß § 286 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 BGB verzugsbegründende endgültige Erfüllungsverweigerung.

20 Die Zwischenfeststellungsklage der Klägerin und die Zwischenfeststellungswiderklage der Beklagten seien zulässig. Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergebe, sei die Kündigung der Klägerin unwirksam und die der Beklagten wirksam, so dass die Zwischenfeststellungsklage der Klägerin abzu-

weisen und der Zwischenfeststellungswiderklage der Beklagten stattzugeben sei.

21 Die Sache sei im Übrigen nach § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4, Nr. 7 ZPO an das Landgericht zurückzuverweisen, da eine Entscheidung im Wege eines Teil- und Grundurteils nicht zulässig sei.

II.

22 Das hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

23 1. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann die Zwischenfeststellungsklage der Klägerin nicht abgewiesen und der Zwischenfeststellungswiderklage der Beklagten nicht stattgegeben werden.

24 a) Allerdings ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass die Zwischenfeststellungsklage und die Zwischenfeststellungswiderklage zulässig sind.

25 Eine Zwischenfeststellungsklage ist zulässig, wenn beide Parteien mit der Klage und der Widerklage selbständige Ansprüche verfolgen, für die das streitige Rechtsverhältnis vorgreiflich ist, mögen sie auch in ihrer Gesamtheit die Ansprüche erschöpfen, die sich aus dem Rechtsverhältnis überhaupt ergeben können (vgl. BGH, Urteil vom 7. März 2013 - VII ZR 223/11, BauR 2013, 987 Rn. 19 m.w.N. = NZBau 2013, 300). So liegt der Fall hier. Vorgreiflich für mit der Klage und der Widerklage geltend gemachte Ansprüche der Parteien ist, ob die Bauverträge durch die fristlosen Kündigungen der Klägerin gemäß § 648a Abs. 5 Satz 1 BGB oder durch die von den Beklagten aus wichtigem Grund ausgesprochenen Kündigungen beendet worden sind.

26 b) Die Auffassung des Berufungsgerichts, die auf § 648a Abs. 5 Satz 1 BGB gestützten Kündigungen der Klägerin seien wegen unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) in Verbindung mit einem Verstoß gegen das bauvertragliche Kooperationsgebot unwirksam, ist von Rechtsfehlern beeinflusst.

27 aa) Mit dem Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz) vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2022) ist die Vorschrift des § 648a BGB grundlegend umgestaltet worden. Nach § 648a Abs. 1 BGB kann der Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon vom Besteller Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte und nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen, die mit 10 vom Hundert des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen sind, verlangen. Eine dem Sicherungsverlangen vorgängige Androhung oder Ankündigung sieht § 648a Abs. 1 BGB nicht vor. Der Unternehmer ist gemäß § 648a Abs. 5 Satz 1 BGB berechtigt, den Vertrag außerordentlich zu kündigen, wenn er dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung der Sicherheit nach § 648a Abs. 1 BGB bestimmt hat. Während der Unternehmer nach der Altfassung von § 648a BGB keinen durchsetzbaren Anspruch auf Sicherheitsleistung hatte, gewährt ihm nunmehr die Neufassung einen solchen einklagbaren Anspruch (vgl. BGH, Urteil vom 6. März 2014 - VII ZR 349/12, BGHZ 200, 274 Rn. 13 m.w.N.). Nach neuem Recht hat der Unternehmer die Wahl, ob er bei Nichtleistung der Sicherheit auf die Leistung der Sicherheit klagt oder den Vertrag kündigt (vgl. BT-Drucks. 16/511, S. 17).

28 Mit der Neufassung der Vorschrift wollte der Gesetzgeber dem Unternehmer die Möglichkeit eröffnen, möglichst schnell und effektiv vom Besteller eine Sicherheit für die vereinbarte und nicht gezahlte Vergütung zu erlangen

(vgl. BGH, Urteil vom 6. März 2014 - VII ZR 349/12, BGHZ 200, 274 Rn. 27 m.w.N.). Der Unternehmer kann den Anspruch nach § 648a Abs. 1 BGB nach Vertragsschluss jederzeit geltend machen, unabhängig davon, ob sich die Parteien in einer streitigen Auseinandersetzung befinden. Nach dieser gesetzgeberischen Wertung stellt es keine unzulässige Rechtsausübung und auch keinen Verstoß gegen das bauvertragliche Kooperationsgebot dar, wenn dem Sicherungsverlangen des Unternehmers auch andere Motive als die bloße Erlangung einer Sicherheit zugrunde liegen (vgl. Ingenstau/Korbion/Joussen, VOB Teile A und B, 20. Aufl., Anhang 1 Rn. 146).

29 bb) Nach diesen Maßstäben ist die Erwägung des Berufungsgerichts, der Klägerin sei es bei ihrem Sicherungsverlangen jedenfalls nicht vorrangig darum gegangen, eine Sicherheit zu erlangen, vielmehr habe sie die Beklagten zu Verhandlungen über die Abwicklung des Bauvorhabens motivieren wollen, als Grundlage für die Annahme einer unzulässigen Rechtsausübung nicht tragfähig. Gleiches gilt für die weitere Erwägung, die Klägerin hätte das Sicherungsverlangen für den Fall der Nichteinigung androhen müssen und das Sicherungsverlangen erst nach Scheitern der unter Einbeziehung dieser Drohung geführten Verhandlungen stellen dürfen.

30 cc) Es braucht im Streitfall nicht entschieden werden, ob der Anwendungsbereich des § 648a BGB in Fällen des offensichtlichen Rechtsmissbrauchs zu begrenzen ist (vgl. Messerschmidt/Voit/Cramer, Privates Baurecht, 2. Aufl., § 648a BGB Rn. 38). Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen rechtfertigen die Annahme eines offensichtlichen Rechtsmissbrauchs nicht.

31 c) Nach den vorstehenden Ausführungen kommt es auf die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen gegen die von den Feststellungen des Landgerichts abweichenden Feststellungen des Berufungsgerichts nicht an.

32 2. Die Entscheidung des Berufungsgerichts kann danach keinen Bestand haben; das Urteil des Berufungsgerichts ist deshalb insoweit aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann mangels hinreichender Feststellungen des Berufungsgerichts zur Angemessenheit der Frist zur Leistung der Sicherheit weder selbst über die Begründetheit der Zwischenfeststellungsklage und der Zwischenfeststellungswiderklage noch über die Berufungen der Beklagten entscheiden. Welche Frist angemessen ist, lässt sich nicht allgemein, sondern nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls bestimmen (vgl. BGH, Urteil vom 31. März 2005 - VII ZR 346/03, BauR 2005, 1009 f., juris Rn. 13

= NZBau 2005, 393; Urteil vom 20. Dezember 2010 - VII ZR 22/09, BauR 2011, 514 Rn. 22 = NZBau 2011, 93). Die Sache ist deshalb an das Berufungsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen, wobei der Senat von der Möglichkeit des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch macht.

Kartzke

Graßnack

Sacher

Borris

Brenneisen

Vorinstanzen:

LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 27.11.2013 - 3/13 O 61/12 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 17.02.2015