



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 82/99

Verkündet am:
9. November 2000
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: _____ ja

BGB § 648 a

- a) Der Unternehmer ist auch dann berechtigt, Sicherung in Höhe des gesamten Werklohns zu fordern, wenn er mit dem Besteller Raten- oder Abschlagszahlung vereinbart hat.
- b) Der Unternehmer ist berechtigt, Sicherung für den Teil des Werklohns zu fordern, der bereits erbrachten Leistungen zuzuordnen ist.
- c) Solange der Unternehmer bereit und in der Lage ist, Mängel zu beseitigen, hat er vor Abnahme ein grundsätzlich schützenswertes Interesse an der Absicherung seines nach Mängelbeseitigung durchsetzbaren Vergütungsanspruchs.
- d) Aus einer Garantie oder einem Zahlungsverprechen im Sinne des § 648 a Abs. 2 BGB muß sich ein unmittelbarer Zahlungsanspruch des Unternehmers gegen das Kreditinstitut oder den Kreditversicherer ergeben.

- e) Der Besteller kann verpflichtet sein, auf ein überhöhtes Sicherungsverlangen die nach § 648 a BGB forderbare Sicherheit zu leisten, wenn deren Höhe für ihn feststellbar ist.

BGH, Urteil vom 9. November 2000 - VII ZR 82/99 - OLG Naumburg
LG Magdeburg

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. November 2000 durch die Richter Prof. Dr. Thode, Dr. Haß, Dr. Wiebel, Dr. Kniffka und Wendt

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 18. Februar 1999 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin nimmt die Beklagte als Bürgin aus abgetretenem Recht des auch unter der Firma GM auftretenden Günter M. in Anspruch.

Günter M. verpflichtete sich in einem Vertrag vom 7. Dezember 1994 mit den Eheleuten Me. zum Verkauf eines Grundstücks mit darauf zu errichtendem Einkaufszentrum zum Preis von 4.151.157,50 DM. Die Fa. GM schloß mit der S. Baubetrieb GmbH (S.-GmbH) am 5./10. Januar 1995 einen Vertrag über die schlüsselfertige Errichtung des Einkaufszentrums zum Pauschal festpreis von 2.250.000 DM zzgl. Mehrwertsteuer. Die Vertragsparteien vereinbarten einen Zahlungsplan mit zehn Teilbeträgen entsprechend dem

Baufortschritt. Die Fa. GM sollte eine Vertragserfüllungsbürgschaft über 10 % der Bruttoauftragssumme erhalten, die S.-GmbH "als Sicherheit gemäß § 648 a BGB" ebenfalls eine Bürgschaft in Höhe von 10 % der Bruttoauftragssumme. In der Folgezeit kam es zu Verhandlungen über die gegenseitig zu leistenden Bürgschaften, an denen auch die Klägerin als Hausbank der Fa. GM und die Beklagte als Hausbank der S.-GmbH beteiligt waren. Die Fa. GM verlangte eine Vertragserfüllungsbürgschaft über die volle Auftragssumme, die S.-GmbH war damit zunächst nicht einverstanden. Am 23. März 1995 richtete die Klägerin an die Beklagte ein Schreiben. Darin heißt es:

"Wir bestätigen im übrigen wunschgemäß, daß der von den Enderwerbern, den Eheleuten Me. , für das Objekt gezahlte Gesamtkaufpreis in Höhe von brutto insgesamt 4.151.157,50 DM in unserem Haus hinterlegt wurde.

Wir bestätigen des weiteren, daß wir Verfügungen über diesen hinterlegten Betrag ausschließlich für objektbezogene Kosten zulassen werden; dies gilt somit insbesondere für die von Ihnen angesprochenen leistungsbezogenen Zahlungen an den Generalunternehmer. Die einzelnen Zahlungen an den Generalunternehmer können gemäß dem als Anlage zum Generalunternehmervertrag vereinbarten Zahlungsplan vorgenommen werden, sofern der bauleitende Architekt jeweils den entsprechenden Bautenstand und demgemäß die Fälligkeit der entsprechenden Teilrate uns gegenüber schriftlich bestätigt hat."

Die Beklagte übernahm daraufhin eine Vertragserfüllungsbürgschaft bis zum Höchstbetrag von 2.250.000 DM für die Ansprüche der Fa. GM aus dem Generalunternehmervertrag mit der S.-GmbH. Die Klägerin übernahm eine Bürgschaft für die Fa. GM in Höhe von 258.750 DM.

Im Verlaufe des Jahres 1995 kam es zu Unstimmigkeiten der Vertragsparteien über Nachtragsforderungen der S.-GmbH. Außerdem rügte die

Fa. GM im Oktober und November 1995 Mängel der Bauleistung. Mit Schreiben vom 27. Oktober 1995 bat die S.-GmbH unter Androhung der Leistungsverweigerung um Übermittlung einer Sicherheit in Höhe von 1.250.000 DM bis spätestens 11. November 1995 zur Absicherung der erbrachten bzw. noch zu erbringenden Vorleistungen gemäß § 648 a BGB. Den Betrag von 1.250.000 DM ermittelte sie aus der Vertragssumme zuzüglich Vergütung für Zusatzleistungen abzüglich erhaltener Abschlagszahlungen. Am 13. November 1995 setzte die S.-GmbH eine Nachfrist bis zum 16. November 1995 und drohte die Kündigung an. Nach Fristablauf erklärte die S.-GmbH am 20. November 1995, der Vertrag sei beendet.

Die Fa. GM hat die Ansprüche aus dem Bauvertrag an die Klägerin abgetreten. Diese hält die Aufhebung des Vertrages für eine Vertragsverletzung und verlangt den nach ihrer Behauptung der Fa. GM dadurch entstandenen Schaden in Höhe von 873.543,82 DM nebst Zinsen. Sie nimmt die Beklagte aus der Vertragserfüllungsbürgschaft in Anspruch. Außerdem verlangt sie die Feststellung, daß die Beklagte zum Ersatz des zukünftigen Schadens verpflichtet ist.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung ist erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Ansprüche weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

I.

Das Berufungsgericht meint, der Fa. GM habe kein Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung gegen die S.-GmbH zugestanden. Diese habe keine vertraglichen Pflichten verletzt, als sie eine Sicherheit gemäß § 648 a BGB verlangt und später den Vertrag aufgehoben habe. Das Sicherungsverlangen sei unter Berücksichtigung der geleisteten Bürgschaft und der Abschlagszahlungen in Höhe von 948.750 DM begründet gewesen.

Dem stehe die Vereinbarung einer Bürgschaft in Höhe von 10 % der Bruttovergütung nicht entgegen. Diese Vereinbarung sei gemäß § 648 a Abs. 7 BGB unwirksam, soweit dadurch die Rechte der S.-GmbH auf Gestellung einer weitergehenden Sicherheit ausgeschlossen werden sollten.

Die Vereinbarung von Zahlungen nach einem Zahlungsplan führe zu keiner Begrenzung des Anspruchs auf Sicherheitsleistung. Nach Wortlaut und Systematik des Gesetzes stehe dem Unternehmer für den gesamten noch nicht gezahlten Werklohn die Sicherheit zu.

Es sei zweifelhaft, ob die S.-GmbH anlässlich der Verhandlungen über die wechselseitigen Bürgschaften auf eine höhere Sicherheit verzichtet habe. Ein derartiger Verzicht sei jedenfalls gemäß § 648 a Abs. 7 BGB unwirksam.

Auch die Mängelrügen der Fa. GM beschränkten den Sicherungsanspruch der S.-GmbH nicht. Bei der Bemessung der Sicherheit hätten Mängel

grundsätzlich unberücksichtigt zu bleiben, da sie nachgebessert werden könnten und der Werklohn insoweit unvermindert verdient werden könne.

Die S.-GmbH habe durch das Schreiben der Klägerin vom 23. März 1995 nicht bereits eine Sicherheit im Sinne des § 648 a BGB erlangt. Dem Schreiben sei keine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen der Klägerin zu entnehmen. In dem Schreiben sei nicht die Rede davon, daß die Finanzierung des Projekts gesichert sei. Es beschränke sich auf die Zusage, Verfügungen Dritter lediglich unter bestimmten Bedingungen zuzulassen. Insbesondere das Insolvenzrisiko sowohl hinsichtlich der Eheleute Me. als auch hinsichtlich der Fa. GM bleibe von der Zusage der Klägerin unberührt.

Die Differenz zwischen der von der S.-GmbH geforderten Sicherheitsleistung in Höhe von 1.250.000 DM und der ihr tatsächlich zustehenden Sicherheit in Höhe von 948.750 DM reiche nicht aus, das Sicherungsverlangen insgesamt als vertragswidrig einzuordnen. Ein nicht haltlos überhöhtes Sicherungsverlangen sei nicht unwirksam. Verlange ein Unternehmer eine überhöhte Sicherheit, gehöre es zu den Obliegenheiten des Bestellers, fristgerecht Sicherheit in angemessener Höhe anzubieten.

II.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

Die Klägerin hat keinen Anspruch gegen die Beklagte aus abgetretenem Recht der Fa. GM. Ein Schadensersatzanspruch der Fa. GM besteht nicht. Die S.-GmbH hat keine Vertragspflichten verletzt, als sie den Vertrag gemäß § 648 a Abs. 5, § 643 BGB aufgehoben hat.

1. Nach § 648 a Abs. 1 BGB 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, daß er nach dem Ablauf der Frist die Leistung verweigere. Leistet der Besteller die Sicherheit nicht fristgemäß, so bestimmen sich die Rechte des Unternehmers nach §§ 643 und 645 Abs. 1 BGB. Nach § 643 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. Voraussetzung für die wirksame Aufhebung des Vertrages ist, daß das Verlangen des Unternehmers nach Sicherheitsleistung berechtigt war. Ein unberechtigtes Sicherungsverlangen berechtigt den Unternehmer weder zur Einstellung der Arbeit noch zur Aufhebung des Vertrages.

2. Das Sicherungsverlangen der S.-GmbH war jedenfalls in Höhe von 948.750 DM berechtigt.

a) Die S.-GmbH war nicht dadurch gehindert, eine Sicherheit in dieser Höhe zu fordern, daß sie mit der Fa. GM vertraglich als Sicherheit "im Sinne von § 648 a BGB" eine Bankbürgschaft in Höhe von 10 % der Bruttoauftragssumme vereinbart hat.

aa) Der Unternehmer kann nach § 648 a Abs. 1 Satz 2 BGB Sicherheit bis zur Höhe des voraussichtlichen Vergütungsanspruchs, wie er sich aus dem Vertrag oder einem nachträglichen Zusatzauftrag ergibt, verlangen. Nach § 648 a Abs. 7 BGB ist eine davon abweichende Vereinbarung unwirksam.

bb) Die von den Parteien getroffene Sicherungsabrede verschaffte der S.-GmbH einen durchsetzbaren Anspruch auf Stellung der Sicherheit in vereinbarter Höhe. Ein solcher Anspruch besteht nach § 648 a BGB nicht. (Kleine-Möller, Handbuch des privaten Baurechts, 2. Aufl., § 10 Rdn. 338; Ingenstau/Korbion, VOB, 13. Aufl., B § 16, Exkurs, Rdn. 434; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 9. Aufl., Rdn. 331; Beck'scher VOB-Komm/Jagenburg, vor § 2, Rdn. 431; Staudinger/Peters (2000), BGB, § 648 a Rdn. 20; a.A. Koeble, Rechtshandbuch Immobilien, Band I, Teil 4 G, Rdn. 95). Insoweit kollidiert die Vereinbarung nicht mit der Regelung des § 648 a BGB. § 648 a BGB gewährt dem Unternehmer das Recht, die Leistung einzustellen und den Vertrag zu kündigen, wenn die nach § 648 a Abs. 1 BGB geforderte Sicherheit nicht geleistet wird. Sollte mit der zwischen den Parteien getroffenen Sicherungsabrede dieses Recht beschränkt werden, wäre sie insoweit unwirksam. Der Unternehmer hat die Möglichkeit, nach § 648 a BGB vorzugehen, nicht dadurch verloren, daß er zunächst eine den vollen Vergütungsanspruch nicht abdeckende Teilsicherheit gefordert oder eine entsprechende Vereinbarung getroffen hat. Das Gesetz will dem Unternehmer die Wahl lassen, eine Sicherheit oder eine Teilsicherheit erst dann zu verlangen, wenn er dies für angebracht hält (Begründung zum Gesetzesentwurf, BT-Drucks. 12/1836 S. 8). Er ist deshalb grundsätzlich befugt, eine den vollen Vergütungsanspruch abdeckende Sicherheit nachzufordern, wenn er es für angebracht hält, und kann im Falle der Nichtleistung die sich aus dem Gesetz ergebenden Rechte geltend machen.

b) Daraus folgt, daß auch der von der Klägerin angenommene Verzicht der S.-GmbH auf die Rechte aus § 648 a BGB anlässlich der nach Vertragschluß aufgenommenen Verhandlungen über die gegenseitig zu stellenden Sicherheiten im März 1995 nicht wirksam vereinbart worden wäre (vgl. Hofmann/Koppmann, Die neue Bauhandwerkerversicherung, 3. Aufl., S. 117).

c) Die Vereinbarung eines Ratenzahlungsplanes steht dem Sicherungsverlangen in Höhe des gesamten voraussichtlichen Vergütungsanspruchs nicht entgegen. Das Gesetz erlaubt dem Unternehmer, für die von ihm zu erbringenden Vorleistungen Sicherheit in Höhe seines voraussichtlichen Vergütungsanspruches zu verlangen, § 648 a Abs. 1 BGB. Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung (Kleine-Möller aaO, § 10 Rdn. 340; Koeble aaO, Rdn. 61 f; Hofmann/Koppmann aaO, S. 128, 130; Zanner, BauR 2000, 485, 487 f; Schulze-Hagen, BauR 2000, 29, 31; Reinelt, BauR 1997, 766, 771; Wagner/Sommer, ZfBR 1995, 168 f; vgl. auch Quack zum Gesetzesentwurf, ZfBR 1990, 113, 114), ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes eine Beschränkung des Sicherungsanspruches für den Fall, daß Raten- oder Abschlagszahlungen vereinbart sind.

aa) Das Gesetz sieht seinem Wortlaut nach eine Absicherung bis zur Höhe des voraussichtlichen Vergütungsanspruches vor. Mit dieser Formulierung ist dem Unternehmer die Wahl überlassen worden, ob er die Sicherheit in voller Höhe oder eingeschränkt in Anspruch nimmt. Eine Beschränkung für den Fall, daß die Parteien Raten- oder Abschlagszahlungen vereinbart haben, kann dem Gesetz und auch dem Gesetzgebungsverfahren nicht entnommen werden. Das Sicherheitsbedürfnis entfällt erst dann, wenn der Unternehmer Abschlagszahlungen tatsächlich erhalten hat (Begründung zum Gesetzesentwurf, BT-Drucks. 12/1836 S. 8). In diesem Fall kann die Sicherheit nur noch in Höhe des nach Abzug der erhaltenen Zahlungen zu sichernden Anspruchs verlangt werden.

Die sich mit einer Inanspruchnahme der Sicherheit in voller Höhe des Vergütungsanspruches ergebenden Probleme des Bestellers durch die weitere Belastung seiner Kreditlinie führen zu keiner anderen Beurteilung. Die Begrün-

derung zum Gesetzesentwurf geht davon aus, daß dem Besteller die Leistung der vollen Sicherheit im Normalfall möglich sein wird, weil das finanzierende Institut keine Doppelbelastung der Kreditlinie vornehmen wird (BT-Drucks. 12/1836 S. 7 unter c). Soweit das nicht der Fall ist, wird dem Sicherungsinteresse des Unternehmers bewußt der Vorrang eingeräumt (BT-Drucks. 12/1836 S. 7 unter f). Deshalb kommt es nicht darauf an, ob die von einem Teil des Schrifttums vorgebrachten Bedenken zutreffen, jedenfalls bei größeren Bauvorhaben käme es zu einer Mehrfachbelastung der Kreditlinie, so daß die Durchführung von Bauvorhaben erschwert oder gefährdet wäre (Hofmann/Koppmann aaO, S. 129; Zanner, BauR 2000, 485, 490; Schulze-Hagen, BauR 2000, 28, 31; Moeser/Kocher, BauR 1997, 425; Wagner/Sommer, ZfBR 1995, 168 f.). Unerheblich ist deshalb auch der Hinweis, die Belastung der Kreditlinie könnte insbesondere dann zu Problemen des Bestellers führen, wenn der Unternehmer nach einer vorzeitigen Beendigung des Vertrages die Sicherheit nicht rechtzeitig zurückgibt (Zanner, BauR 2000, 485, 490; Reinelt, BauR 1997, 766, 768 f; Wagner/Sommer, ZfBR 1995, 168, 170). In diesem Fall stehen dem Besteller im übrigen Schadensersatzansprüche zu (Henkel, Bauhandwerkersicherung, S. 171; vgl. auch Kraft, Die Bauhandwerkersicherung nach § 648 a BGB, S. 103).

bb) Eine Beschränkung des Sicherungsverlangens lediglich für den Fall, daß Raten- oder Abschlagszahlungen vereinbart sind, wäre nicht sachgerecht. Durch die Vereinbarung von Raten- oder Abschlagszahlungen ist nicht gewährleistet, daß das Vorleistungsrisiko des Unternehmers verlässlich begrenzt wird. Denn es ist nicht gesichert, daß sämtliche Vorleistungen durch diese Zahlungen abgegolten sind. Das gilt insbesondere für solche Vorleistungen, die noch keinen Eingang in die erbrachte Bauleistung gefunden haben, wie z.B. Baustofflieferungen, Werkstattfertigungen und Planungsleistungen.

Der Schutzzweck des Gesetzes würde verfehlt, wenn der Unternehmer auf die gesetzlichen oder vertraglichen Möglichkeiten verwiesen würde, im Falle verweigerter Raten- oder Abschlagszahlungen die Arbeiten einzustellen oder sich vom Vertrag zu lösen. Derartige Möglichkeiten, wie sie sich z.B. aus §§ 320 Abs. 1, 326 Abs. 1 BGB oder § 16 Nr. 5 Abs. 3, § 9 Abs. 1 b) VOB/B ergeben, begrenzen das Vorleistungsrisiko nur für den Fall, daß sie genutzt werden. Der Unternehmer kann gute Gründe dafür haben, diese Möglichkeiten nicht zu nutzen. Dazu kann die Bereitschaft gehören, den Vertrag trotz der aktuellen Konflikte durchzuführen. Dazu kann auch die Unsicherheit darüber gehören, ob die Einstellung der Raten- oder Abschlagszahlungen durch den Besteller berechtigt ist oder nicht. Der Einstellung dieser Zahlungen geht häufig ein Streit voraus, ob und inwieweit der Unternehmer vertragsgerecht geleistet hat, die geschuldete Vergütung bereits vollständig bezahlt ist oder dem Besteller aufrechenbare Gegenansprüche zustehen. Dieser Streit kann von schwierigen tatsächlichen und rechtlichen Fragen geprägt sein, die während des Bauvorhabens nicht oder nicht in der zur Verfügung stehenden Zeit einwandfrei geklärt werden können. Die Partei, die bei derartig ungewissem Streitausgang die Leistung einstellt oder den Vertrag kündigt, geht ein beträchtliches Risiko ein (vgl. Weise, Sicherheiten im Baurecht, Rdn. 611; Schmitz, ZfIR 2000, 489, 494). Es kann sich herausstellen, daß die Leistungsverweigerung oder Kündigung unberechtigt war, was Schadensersatzansprüche der Gegenseite zur Folge haben kann. Wollte man in Fällen, in denen der Unternehmer die Arbeit aus diesen Gründen fortsetzt, die Sicherheit auf die Höhe des bis zur möglichen Leistungsverweigerung oder Kündigung verdienten Teils beschränken, wären die ungeachtet dieser Möglichkeit erbrachten weiteren Leistungen ungesichert. Das ist nicht im Sinne des Gesetzes, weil

eine Fortsetzung der Arbeiten trotz des bestehenden Streits in aller Regel im Interesse beider Parteien liegt.

d) Dem Berufungsurteil ist nicht zu entnehmen, ob in dem Betrag von 948.750 DM, eine Sicherheit für den Teil der Vergütung enthalten ist, der auf Leistungen entfällt, die bereits erbracht waren. Das Berufungsgericht errechnet diese Sicherheit aus dem Pauschalpreis von 2.586.500 DM abzüglich Abschlagszahlungen von 1.380.000 DM und abzüglich der Bürgschaft über 278.750 DM. Es verhält sich nicht dazu, ob mit den Abschlagszahlungen alle erbrachten Leistungen vergütet worden sind, so daß die Möglichkeit in Betracht zu ziehen ist, daß mit den als Sicherheit zuerkannten 948.750 DM auch bereits erbrachte Leistungen abgesichert sind. Nach dem Inhalt des Anforderungsschreibens wurde die Sicherheit auch für bereits erbrachte Leistungen verlangt.

Das Berufungsurteil ist auch in diesem Fall zutreffend. Denn der Unternehmer ist berechtigt, Sicherung auch für den Teil des Werklohns zu fordern, der bereits erbrachten Leistungen zuzuordnen ist.

Die Vorleistungspflicht des Unternehmers endet grundsätzlich nicht mit der Leistung, sondern mit der Abnahme durch den Besteller. Zu erbringende Vorleistungen im Sinne des Gesetzes sind als vertraglich geschuldete Vorleistungen zu verstehen. Im Schrifttum wird teilweise eine Beschränkung des Sicherungsanspruchs auf denjenigen Teil der Vergütung gefordert, der den erbrachten Leistungen zuzurechnen ist (Jagenburg aaO, Rdn. 439 f; Koeble aaO, Rdn. 61; Reinelt, BauR 1997, 776, 771; Siegburg, BauR 1997, 40, 42 f; Gutbrod, DB 1993, 1559, 1561). Diese Beschränkung läßt sich dem Gesetz jedoch nicht entnehmen. Vorleistungen im Sinne des Gesetzes liegen erst dann nicht mehr vor, wenn die erbrachten Leistungen bezahlt sind (BT-Drucks.

12/1836 S. 8). Nur das wird dem Gesetzeszweck gerecht, dem Unternehmer eine Möglichkeit zu verschaffen, sich vor den Risiken der Vorleistungspflicht zu schützen. Diese bestehen, solange er nicht bezahlt worden ist (so auch OLG Karlsruhe, BauR 1996, 556, 557; OLG Dresden, BauR 1999, 1314; LG Bonn NJW-RR 1998, 530, 531; Staudinger/Peters aaO, Rdn. 8; Ingenstau/Korbion aaO, Rdn. 425; Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/B, 9. Aufl., § 2 Rdn. 53; Werner/Pastor aaO, Rdn. 328; Kleine-Möller aaO, § 10 Rdn. 340; Hofmann/Koppmann aaO, S. 133; Vygen, Bauvertragsrecht, 3. Aufl., Rdn. 955; Henkel aaO, S. 144 ff; Kraft aaO, S. 108 ff; Schmidt-Winzen, Handbuch der Sicherheiten am Bau, S. 54; Schmitz, ZfIR 2000, 489, 495; Schulze-Hagen, BauR 1999, 210, 212; Soergel, Festschrift für v. Craushaar, S. 179, 184; Liepe, BauR 1996, 336; Sturmberg, BauR 1994, 57, 61).

e) Ohne Einfluß auf die Höhe der Sicherheit ist auch der Umstand, daß die Fa. GM im Zeitpunkt der Kündigung Mängel gerügt hat.

aa) Der Unternehmer ist verpflichtet, das Werk mangelfrei herzustellen. Solange er in der Lage und bereit ist, die Mängel zu beseitigen, hat er ein grundsätzlich schützenswertes Interesse an der Absicherung seines nach Mängelbeseitigung in voller Höhe durchsetzbaren Vergütungsanspruchs (OLG Karlsruhe, BauR 1996, 556, 557; LG Bonn, NJW-RR 1998, 530, 531; Werner/Pastor aaO, Rdn. 329; Staudinger/Peters aaO, Rdn. 9; Koeble aaO, Rdn. 65; Jagenburg aaO, Rdn. 452; Hofmann/Koppmann aaO, S. 139; Klafft aaO, S. 88; Schmidt-Winzen aaO, S. 45; Leinemann, NJW 1997, 239; Schmitz, ZfIR 2000, 489, 495; Schulze-Hagen, BauR 2000, 28, 32). Unerheblich ist, daß der Besteller wegen der Mängel ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber einer Raten- oder Abschlagszahlungsforderung haben kann (a.A. KG, BauR 2000, 738; Ingenstau/Korbion aaO, Rdn. 426; Reinelt, BauR 1997, 766,

771; Brechtelsbauer, BauR 1999, 1371, 1374). Das Leistungsverweigerungsrecht betrifft lediglich den Zahlungsanspruch, nicht aber die Sicherstellung. Hat der Besteller zu Recht wegen der Mängel gemindert oder die Aufrechnung mit Gegenansprüchen erklärt, reduziert sich der Vergütungsanspruch in Höhe der Minderung oder aufgerechneten Gegenforderung (Jagenburg aaO, Rdn. 453; Staudinger/Peters aaO, Rdn. 9; Kleine-Möller aaO, § 10 Rdn. 340; Hofmann/Koppmann aaO, S. 140; Koeble aaO, Rdn. 65; Henkel aaO S. 173; Weise aaO, Rdn. 641; Schulze-Hagen, BauR 2000, 28, 33).

bb) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war die S.-GmbH noch in der Lage, die Mängel zu beseitigen. Sie hatte ihr Nachbesserungsrecht nicht verloren. Die Fa. GM hat nicht aufgerechnet oder gemindert. Es ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, daß die S.-GmbH nicht mehr bereit gewesen wäre, den Vertrag zu erfüllen. Aus dem Umstand, daß die Leistung der S.-GmbH im Zeitpunkt des Sicherungsverlangens nicht mangelfrei war, läßt sich nicht herleiten, daß sie nicht bereit war, den Vertrag nach Sicherheitsleistung ordnungsgemäß zu erfüllen (vgl. Schmitz, ZfIR 2000, 489, 494).

Allein die denkbare Möglichkeit, daß ein Unternehmer nach Sicherheitsleistung die Mängelbeseitigung verweigern, eine ihm geleistete Sicherheit nicht zurückgeben und damit die Beauftragung eines Drittunternehmers erschweren könnte (vgl. dazu Henkel aaO, S. 151; Schulze-Hagen, BauR 2000, 28, 37; Brechtelsbauer, BauR 1999, 1371, 1372; Schilling, Festschrift für Vygen, S. 260; Reinelt, BauR 1997, 766, 767; Wagner/Sommer, ZfBR 1995, 168, 172), führt nicht zu einer Beschränkung der Sicherungsmöglichkeit.

cc) Auf die umstrittene Frage, ob der Unternehmer auch nach der Abnahme nach § 648 a BGB vorgehen kann, kommt es nicht an. Die S.-GmbH hat die Sicherheit während der Bauausführung vor der Abnahme gefordert.

f) Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe am 23. März 1995 keine Bankgarantie und kein sonstiges Zahlungsverprechen erteilt.

aa) Nach § 648 a Abs. 2 BGB kann die Sicherheit durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich des Bürgerlichen Gesetzbuches zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden. Aus einer Garantie oder einem sonstigen Zahlungsverprechen in diesem Sinne muß sich ein unmittelbarer Zahlungsanspruch des Unternehmers gegen das Kreditinstitut oder den Kreditversicherer ergeben (vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf, BT-Drucks. 12/1836, S. 9). Diese Voraussetzungen erfüllt das Schreiben vom 23. März 1995 nicht. Die Klägerin übernimmt darin keine eigene Zahlungsverpflichtung. Sie legt lediglich dar, daß sie im Rahmen der ihr erteilten Verwaltungsbefugnis aus den bereit gestellten Mitteln Zahlungen an die S.-GmbH unter den vertraglich vereinbarten Voraussetzungen leisten werde. Das hat das Berufungsgericht ohne Verstoß gegen anerkannte Auslegungsgrundsätze dem Schreiben vom 23. März 1995 entnommen. Diese Auslegung wird im übrigen gestützt durch das von der Revision angeführte Schreiben vom 29. September 1995, in dem die Klägerin darauf hinweist, daß Herr M. zweckgebunden für die Durchführung des Bauvorhabens bei der Klägerin ein Guthaben unterhält, und die Klägerin auf die Bestätigung vom 23. März 1995 Bezug nimmt. Damit blieb die S.-GmbH vor allem für den Fall ungesichert, daß die Klägerin die Verwaltungsbefugnis verliert. Dazu sind verschiedene Möglichkeiten denkbar. So kam es in Betracht, daß die Eheleute Me. vom Vertrag zurücktraten und in Vollzug des Rücktritts ihre Einlage bei der Klägerin zurückzogen. Der Vertrag mit der Fa. GM sah ein Rücktrittsrecht für den Fall vor, daß das Bauvorhaben nicht rechtzeitig

fertiggestellt würde. Zutreffend hat das Berufungsgericht zudem die Gefahr einer Insolvenz der Fa. GM oder der Eheleute Me. hervorgehoben.

bb) Rechtsirrig ist die Auffassung der Revision, eine Sicherheitsleistung nach § 648 a BGB müsse nicht insolvenzfest ausgestaltet sein, wie sich aus § 648 a Abs. 1 Satz 3 BGB ergebe. Nach dieser Regelung darf der Sicherungsgeber sich das Recht vorbehalten, sein Versprechen im Falle einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Bestellers mit Wirkung für Vergütungsansprüche aus Bauleistungen zu widerrufen, die der Unternehmer bei Zugang der Widerrufserklärung noch nicht erbracht hat. Ein Widerruf des Sicherungsversprechens ist hingegen nicht möglich, soweit es sich auf bis zum Zugang des Widerrufs erbrachte Leistungen bezieht. Insoweit muß das Sicherungsversprechen auch insolvenzfest sein.

g) Zutreffend hat das Berufungsgericht die Aufhebung des Vertrages nach § 643 BGB als wirksam erachtet, obwohl die S.-GmbH möglicherweise in Höhe der bereits erhaltenen Bürgschaft ein überhöhtes Sicherungsverlangen gestellt hat.

aa) Das Berufungsgericht trifft keine Feststellungen dazu, ob die Nachtragsforderungen der S.-GmbH berechtigt waren und schon aus diesem Grunde auch unter Einbeziehung der bereits erhaltenen Bürgschaft kein überhöhtes Verlangen vorlag. Es rechnet vielmehr vom Pauschalpreis die erhaltenen Zahlungen ab und kommt so unter Berücksichtigung der erhaltenen Bürgschaft zu einer ungesicherten Summe von 948.750 DM. Das demgegenüber erhobene Sicherungsverlangen in Höhe von 1.250.000 DM sei nicht in einem solchen Umfang übersetzt, daß es den Besteller davon entbunden hätte, eine angemessene Sicherheit anzubieten.

bb) Es ist ein anerkannter Grundsatz in der Rechtsprechung, daß ein Schuldner auch dann in Verzug geraten kann, wenn der Gläubiger eine zu hohe Zahlung anmahnt. In solchen Fällen ist zu prüfen, ob der Schuldner die Erklärung als Aufforderung zur Bewirkung der tatsächlich geschuldeten Leistung verstehen muß und der Gläubiger auch zur Annahme der gegenüber seinen Vorstellungen geringeren Leistung bereit ist (BGH, Urteil vom 25. Juni 1999 - V ZR 190/98 = NJW 1999, 3115). Bei einer unverhältnismäßig hohen Zuvielforderung kann das zu verneinen sein (BGH, Urteil vom 13. November 1990 - XI ZR 217/89 = NJW 1991, 1286, 1288). Die Wirksamkeit einer Zuvielforderung wird im Regelfall dann bejaht, wenn anzunehmen ist, daß der Schuldner auch bei einer auf den wirklichen Rückstand beschränkten Mahnung nicht geleistet hätte (BGH, Urteil vom 25. Juni 1999 - V ZR 190/98 aaO).

Diese Grundsätze sind auf den Fall übertragbar, daß der Unternehmer eine zu hohe Sicherheit fordert. Der zur Kooperation verpflichtete Besteller (vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 1999 - VII ZR 393/98 = NJW 2000, 807) kann den Rechtsfolgen des § 648 a Abs. 1 und Abs. 5 BGB nicht ohne weiteres dadurch entgehen, daß er auf eine Zuvielforderung überhaupt nicht reagiert. Ist der Unternehmer bereit, die geringere Sicherheit zu akzeptieren, die er nach § 648 a BGB fordern darf, so muß der Besteller diese Sicherheit jedenfalls dann leisten, wenn deren Höhe für ihn feststellbar ist. Der Besteller muß eine solche Sicherheit anbieten, wie das Berufungsgericht zutreffend entschieden hat (so auch OLG Düsseldorf, BauR 1999, 47, 48; OLG Karlsruhe BauR 1996, 556, 557).

cc) Nach diesen Grundsätzen hätte die Fa. GM jedenfalls eine Sicherheit von 948.750 DM leisten müssen. Dieser Betrag war leicht zu ermitteln, weil er die Nachtragsforderungen unberücksichtigt ließ und vom Pauschalpreis

ausging. Die Revision stellt nicht in Frage, daß die S.-GmbH diese Sicherheit akzeptiert hätte, wovon das Berufungsgericht stillschweigend ausgeht. Eine unverhältnismäßig überhöhte Forderung hat das Berufungsgericht zutreffend verneint. Im übrigen ergibt sich aus dem Vorbringen der Klägerin, daß die Fa. GM insbesondere mit Rücksicht auf den Nachkreditierungsbedarf, die getroffene Sicherungsabrede und die bereits gerügten Mängel nicht bereit war, eine weitere Sicherheit zu leisten.

3. Die S.-GmbH hat die formalen Voraussetzungen der §§ 648 a Abs. 1, 643 BGB erfüllt. Sie hat zunächst eine mit der Androhung der Leistungsverweigerung verbundene Frist zur Sicherheitsleistung gesetzt und alsdann eine Nachfrist mit Kündigungsandrohung. Die Revision erhebt keine Einwendungen gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die jeweiligen Fristen seien angemessen bzw. hätten angemessene Fristen in Lauf gesetzt, die fruchtlos abgelaufen seien. Nach Ablauf der Frist gilt der Vertrag als aufgehoben. Die S.-GmbH konnte sich ohne Vertragsverletzung auf diese Wirkung berufen.

III.

Das Berufungsurteil erweist sich damit in allen Punkten richtig. Das betrifft auch den Feststellungsantrag, den die Revision nicht gesondert angreift.

IV.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Thode

Haß

Wiebel

Kniffka

Wendt