

OLG Hamm

## Urteil

vom 16.01.2017

17 U 111/16

BGB §§ 133, 157, 631, 648a; VOB/B § 2 Abs. 5, 6, 7; ZPO § 301

- 1. Soll der Auftragnehmer "möglichst" vor Ausführung von Änderungs- oder Zusatzleistungen ein Nachtragsangebot vorlegen, hat er auch dann Anspruch auf zusätzliche Vergütung, wenn er vor Ausführung kein derartiges Angebot vorgelegt hat.**
- 2. Tatbestandlich setzt § 648a Abs. 1 BGB einen Bauwerkvertrag, ggf. auch einen "Zusatzauftrag", sowie eine "vereinbarte Vergütung" voraus. Diese vertraglichen Grundlagen, zu denen auch der konkret geschuldete Leistungsumfang zählt, müssen im Rahmen von § 648a BGB geklärt sein.**
- 3. Da zu Beginn und auch während der Ausführung der Werkarbeiten regelmäßig noch nicht exakt abgeschätzt werden kann, in welchem genauen Umfang tatsächlich Massen, Stunden etc. zur Erfüllung der Werkleistung anfallen werden, ist für den Anspruch aus § 648a Abs. 1 BGB im Sicherheitsinteresse des Werkunternehmers ausreichend, dass dieser zu dem tatsächlichen Aufwand, der erforderlich ist, um die vertraglich geschuldeten Leistungen zu erfüllen, schlüssig vorträgt, ohne die erforderlichen Massen, Stunden etc. auch beweisen zu müssen.**
- 4. Ein Teilurteil darf nur erlassen werden, wenn nicht die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen, auch durch das Rechtsmittelgericht, besteht.**
- 5. Eine Gefahr sich widersprechender Entscheidungen ist gegeben, wenn in einem Teilurteil eine Frage entschieden wird, die sich dem Gericht im weiteren Verfahren über andere Ansprüche oder Anspruchsteile noch einmal stellt oder stellen kann.**
- 6. Sowohl für eine stattgebende Entscheidung zu § 648a BGB als auch für einen Anspruch auf restlichen Werklohn gemäß § 631 BGB müssen die zwischen den Parteien vereinbarten vertraglichen Grundlagen, der Abschluss eines Werkvertrages, die vertraglich geschuldeten Werkleistungen sowie auch die "vereinbarte Vergütung" zur Überzeugung des Gerichts feststehen. Hinsichtlich dieser Tatbestandsmerkmale droht die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen.**

OLG Hamm, Urteil vom 16.01.2017 - 17 U 111/16

*vorhergehend:*

*LG Dortmund, 10.05.2016 - 25 O 199/13*

Tenor:

Auf die Berufung der Parteien wird das am 10.5.2016 verkündete Teilurteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund (Az. 25 O 199/13) und das zugrunde liegende Verfahren aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Dortmund zurückverwiesen.

Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Beklagte errichtete für die Firma H KG ein Mehrfamilienhaus mit fünfzehn Wohneinheiten an der B-Straße in A.

Mit erstem Angebot vom 25.1.2012 bot die Firma L Bauunternehmung oHG (im Folgenden: L), die Gesellschafterin der Klägerin ist, auf Grundlage von ihr per Email zugeleiteten Plänen die Ausführung von Rohbauarbeiten zu dem vorstehenden Bauprojekt an. Als Gesamtgewerksumme enthielt das Angebot einen Betrag in Höhe von 375.660,63 Euro brutto.

Nach dem Erhalt weiterer Bauunterlagen, auch zur Bewehrung und Statik - der konkrete Umfang ist zwischen den Parteien streitig - erstellte die Firma L am 25.6.2012 ein neues Angebot, das im Hinblick auf eine stärkere Bodenplatte höhere Preise vorsah. Sie bot die Rohbauarbeiten nunmehr zu einer Gesamtgewerksumme von 380.531,89 Euro brutto an. Wegen weiterer Einzelheiten zu diesem Angebot wird auf die als Anlage 5 der Klageschrift vom 28.6.2013 zur Akte gereichte Kopie des Angebots (Bl. 47 ff. d. A.) Bezug genommen.

Am 5.7.2012 schlossen die Parteien einen "Bauvertrag" über "Bauleistungen des Gewerks Rohbau" (§ 1 des Vertrages). Als Bestandteile des Vertrages benannten sie u. A. das Angebot der Firma L vom 25.6.2012, Statik und Bewehrungspläne des Herrn Dipl.-Ing. X, Pläne der Architektin Y, Pläne für Durchbrüche sowie auch die VOB/B (§ 2 des Vertrages). Gemäß § 3 Abs. 1 des Vertrages übertrug die Beklagte der Klägerin die in dem Angebot vom 25.6.2012 beschriebenen Bauleistungen nach Maßgabe des Vertrages und seiner Bestandteile. § 3 Abs. 3 des Vertrages sah vor, dass die Klägerin auch solche Vertragsleistungen zu erbringen hatte, die in dem Vertrag und seinen Anlagen nicht ausdrücklich aufgeführt, zur vollständigen Leistungserbringung jedoch erforderlich sind. Gemäß § 8 des Vertrages einigten sich die Parteien auf einen "Pauschalpreis" in Höhe von 336.134,45 Euro netto bzw. 400.000,- Euro brutto (Abs. 1). Dieser sollte als sog. "Festpreis" die "Vergütung für Nebenleistungen" mit einschließen (Abs. 2). Wegen weiterer Einzelheiten der vertraglichen Abreden wird auf die als Anlage 6 der Klageschrift vom 28.6.2013 zur Akte gereichte Vertragskopie (Bl. 51 ff. d. A.) verwiesen.

Der vertraglich vereinbarte Pauschalpreis sollte nach dem Willen der Parteien auch zwei weitere Balkone, Stützen und Auflagerplatten für Balkone sowie die Aufstellung eines Schutzgerüsts erfassen. Hinsichtlich der Anbringung einer Noppenbahn vereinbarten sie einen Nachtragsauftrag in Höhe von 1.142,40 Euro. Streitig ist, in welchem Umfang weitere, über den Inhalt des Angebots vom 25.6.2012 hinausgehende Leistungen vom Pauschalpreis erfasst werden sollten.

Die Klägerin führte den überwiegenden Teil der beauftragten Rohbauarbeiten aus. Die Beklagte zahlte auf den vertraglichen Pauschalpreis Beträge in Höhe von insgesamt 345.142,40 Euro. In welchem Umfang vertraglich geschuldete Leistungen ausblieben, ist zwischen den Parteien

umstritten.

Im Rahmen der Bauausführung kam es zu Unstimmigkeiten zwischen den Parteien im Hinblick auf die Zahlung von Abschlägen, eine verzögerte Bauausführung sowie behauptete Baumängel. Die Klägerin forderte die Beklagte mit anwaltlichem Schreiben vom 16.5.2013 auf, eine Sicherheit nach § 648a BGB zu stellen. Die Beklagte kündigte den Bauvertrag mit anwaltlichem Schreiben vom 16.5.2013.

Am 12.6.2013 führten die Parteien einen Abnahmetermin durch. Mit Abnahme-Protokoll von diesem Tag erklärte der Prozessbevollmächtigte der Beklagten die Abnahme der Werkleistung unter dem Vorbehalt der Geltendmachung von Ansprüchen, insbesondere im Hinblick auf gerügte Sachmängel.

Die Klägerin hat behauptet, der Rohbau sei auf der Grundlage von Plänen errichtet worden, die bei Erstellung des vertragsgegenständlichen Angebots vom 25.6.2012 noch nicht bekannt gewesen seien; die Beklagte habe dem Bauvertrag, ohne Benachrichtigung der Klägerin, andere Pläne beigefügt, als sie bei Erstellung des Angebots vorgelegen hätten. Sie hat die Ansicht vertreten, sie könne eine Bezahlung für Leistungen, die über den Leistungsumfang im Angebot vom 25.6.2012 hinausgingen, zusätzlich zum Pauschalpreis (400.000,- Euro brutto) verlangen. Die Beklagte schulde daher für Betonstützen, Schockbohlen, Dübelleisten, Lichtschächte, KS-Mauerwerk, KG-Rohre sowie Auflagerkonsolen einen weiteren Betrag in Höhe von 27.140,78 Euro netto.

Auf Grund der Kündigung sei der im Bauvertrag vereinbarte Pauschalpreis um ersparte Aufwendungen in Höhe von 5.898,52 Euro netto - davon 2.634,52 Euro für vier nicht geschalte, aufbetonierte und eingehängte Balkone sowie 3.264,- Euro für nicht mehr ausgeführte Schleif- und Spachtelarbeiten an Treppen und Fugen - zu kürzen. Sie hat hierzu die Ansicht vertreten, in Anbetracht des geringen Umfangs der vorgenannten Abzugsposten im Verhältnis zum vereinbarten Pauschalpreis könne "von oben" abgerechnet werden, das heißt, der Wert der ersparten Aufwendungen vom vereinbarten Pauschalpreis abgezogen werden.

Die Klägerin hat weiter behauptet, ein pünktlicher Baubeginn sowie eine fristgerechte Bauausführung seien auf Grund von Umständen aus dem Verantwortungsbereich der Beklagten, die sie im Einzelnen benannt hat, nicht möglich gewesen.

Die Klägerin hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, ihr eine Sicherheit in Höhe von 89.540,58 Euro nach § 648a BGB zu stellen;
2. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 80.006,04 Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
3. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin weitere 17.868,84 Euro Zug um Zug gegen Übergabe einer unbefristeten und unbedingten Gewährleistungsbürgschaft einer in der EU zugelassenen Bank oder Versicherung, in der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet wird, zu zahlen;
4. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin weitere 1.035,50 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, die Werkleistungen, für die die Klägerin eine Zusatzvergütung in Höhe von insgesamt 27.140,78 Euro verlange (Betonstützen, Schockbohlen, Dübelleisten, Lichtschächte, KS-Mauerwerk, KG-Rohre, Auflagerkonsolen), seien nach der vertraglichen Abrede der Parteien vom Pauschalpreis erfasst. Sie hat hierzu behauptet, der Firma L seien rechtzeitig vor Erstellung des Angebots vom 25.6.2012 vollständige Statikpläne sowie entsprechende Vorabzüge der Schal- und Bewehrungspläne zugeleitet worden; sie habe den Umfang der zu erbringenden Rohbauarbeiten daher vollständig gekannt.

Die Beklagte hat des Weiteren die Auffassung vertreten, die Klägerin habe die Werklohnforderung nicht schlüssig dargelegt, da sie folgende, vertraglich geschuldete, unstreitig jedoch nicht ausgeführte Leistungen nicht berücksichtigt habe:

- das Abschneiden von Dichtungsmatten an der Brüstung;
- den Ausbau von Hülsen für die Aufnahme von Abstandshaltern/Streben sowie das anschließende Verschließen der Löcher;
- das Schleifen des Oberbodenbelags der Laubengänge;
- das Verschließen der Deckendurchbrüche in sämtlichen Wohnungen;
- die vollständige Verspachtelung der Stoßfugen der Filigrandecken;
- das Erstellen eines Türausschnitts im Treppenhaus des Erdgeschosses.

Die Beklagte hat sich darüber hinaus wegen zahlreicher, im Einzelnen benannter Mängel mit Schriftsatz vom 3.12.2013 (S. 24) sowie mit Schriftsatz vom 22.2.2016 (S. 6) auf ein "Leistungsverweigerungs-/Zurückbehaltungsrecht" berufen, nachdem sie zunächst die Aufrechnung erklärt hatte (siehe Klageerwiderung vom 16.9.2013, S. 11).

Mit Schriftsatz vom 8.9.2014 hat die Beklagte einen weiteren Mangel gerügt: Die aufstehenden Kellerwände seien im Bereich der Fugen bzw. an den Nahtstellen nicht ordnungsgemäß abgedichtet worden, so dass Wasser in den Keller eingedrungen sei. Mit insoweit behaupteten Mängelbeseitigungskosten in Höhe von (mindestens) 7.000,- Euro netto hat die Beklagte - nachrangig - die Aufrechnung erklärt.

Des Weiteren hat sie aufgerechnet mit einem Anspruch auf Skontierung in Höhe von 4.092,54 Euro, mit einem Vertragsstrafeanspruch wegen behaupteter Bauverzögerung in Höhe von 16.806,72 Euro sowie mit einem Verzugsschadensersatzanspruch in Höhe von (mindestens) 33.125,73 Euro.

Zudem hat die Beklagte die Auffassung vertreten, eine restliche Werklohnforderung sei nicht fällig, weil die Klägerin entgegen § 12 des Bauvertrages keinen Haftpflichtversicherungsnachweis und keine Freistellungsbescheinigung im Sinne der §§ 48 ff. des Einkommenssteuergesetzes beigebracht habe; eine Bescheinigung der Gesellschafter der Klägerin genüge insoweit nicht.

Das Landgericht hat verschiedene Hinweise dazu erteilt, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen ein Werkvertrag zwischen den Parteien wirksam geschlossen worden ist. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Beschlüsse vom 6.12.2013 (Bl. 201 d. A.) und 2.4.2015 (Bl. 298 bis 300 d. A.) sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 9.9.2014 (Bl. 266 bis 271 d. A.) Bezug genommen.

Mit dem am 10.5.2016 verkündeten Teilurteil hat das Landgericht die Beklagte verurteilt, der Klägerin eine Sicherheit gemäß § 648a BGB in Höhe von 47.838,36 Euro zu stellen.

Die Klägerin habe einen Anspruch auf Werklohn in Höhe von 47.838,36 Euro schlüssig dargelegt.

Zwischen den Parteien sei ein wirksamer Werkvertrag zustande gekommen. Insbesondere sei der Vertrag nicht gemäß § 154 BGB unwirksam. Ein offener Einigungsmangel liege nicht vor, da nach Ansicht der Parteien bei Vertragsschluss eine Einigung über alle Punkte erzielt worden sei.

Die Höhe des Vergütungsanspruchs ergebe sich aus der Pauschalpreisvergütung in Höhe von 400.000,- Euro brutto abzüglich nicht erbrachter Teilleistungen im Wert von 7.019,23 Euro brutto (5.898,52 Euro netto). Auf Grund des geringen Anteils nicht erbrachter Teilleistungen, etwa 1,8 % vom Pauschalpreis, sei es zulässig gewesen, "von oben" abzurechnen.

Soweit die Klägerin weitere Leistungen erbracht habe, seien diese auf Grund einer Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB von der Pauschalpreisabrede erfasst und könne die Klägerin daher keine weitere Vergütung verlangen. Einer Abrechnung "von oben" stehe dies nicht entgegen, weil bei Berücksichtigung der zusätzlichen Leistungen geringere Abzüge vorzunehmen wären, so dass eine Verschiebung zu Lasten der Beklagten ausgeschlossen sei. Etwas anderes ergebe sich für den Anspruch nach § 648a BGB nicht daraus, dass nach dem Vortrag der Beklagten weitere, nicht im Leistungsverzeichnis enthaltene Leistungen nicht erbracht worden seien. Dies sei ausschließlich für den streitig zu entscheidenden Anspruch auf Zahlung des Werklohns maßgeblich. Für die Beurteilung der schlüssigen Darlegungen des Werklohnanspruchs im Rahmen von § 648a BGB sei der Vortrag der Beklagten hingegen, auch mit Rücksicht auf ein Urteil des Bundesgerichtshofs vom 6.3.2014 (Az. VII ZR 349/12), außer Acht zu lassen.

Die Klägerin habe keinen Anspruch auf eine weitergehende Sicherheit wegen Nebenforderungen in Höhe von 10 %, weil sie das Bestehen solcher Nebenforderungen nicht dargetan habe.

Die weiteren Einwendungen der Beklagten, insbesondere die erklärten Aufrechnungen mit bestrittenen Gegenforderungen, seien bei der Beurteilung des Anspruchs aus § 648a BGB unbeachtlich.

Durch Werklohnzahlungen in Höhe von insgesamt 345.142,40 Euro sei der Werklohnanspruch zum Teil erloschen, sodass lediglich 47.838,36 Euro offen stünden.

Über den Anspruch sei gemäß § 301 ZPO im Wege des Teilurteils zu entscheiden. Dabei sei im Rahmen des durch § 301 ZPO eingeräumten Ermessens dem Sicherheitsbedürfnis des Anspruchsstellers Rechnung zu tragen.

Die Klägerin verfolgt mit ihrer Berufung den erstinstanzlichen Antrag auf Gestellung einer höheren Sicherheit (107.662,36 Euro) weiter. Der Bauvertrag vom 5.7.2012 sei dahin auszulegen, dass weitere, nicht bereits in dem Angebot vom 25.6.2012 genannte Werkleistungen zusätzlich zu vergüten seien. Zu Unrecht habe das Landgericht darüber hinaus pauschale

Nebenforderungen in Höhe von 10 % des Restwerklohns nicht berücksichtigt.

Die Beklagte strebt mit ihrer Berufung weiterhin die Klageabweisung an. Die Klägerin habe einen Werklohnanspruch nicht schlüssig dargelegt, den gekündigten Pauschalpreisvertrag insbesondere nicht nachvollziehbar abgerechnet. Die Voraussetzungen für eine Abrechnung "von oben" lägen nicht vor. Die nicht ausgeführten Werkleistungen seien nicht lediglich "Restarbeiten", so dass eine Abrechnung "von oben" nicht in Betracht komme.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des Teilurteils des Landgerichts Dortmund vom 10.5.2016, Az. 25 O 199/13, die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin eine Sicherheit gemäß § 648a BGB in Höhe von 107.662,36 Euro zu stellen, sowie,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des Teilurteils des Landgerichts Dortmund vom 10.5.2016, Az. 25 O 199/13, die Klage, soweit sie Gegenstand des Teilurteils ist, abzuweisen,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

II.

Die zulässigen Berufungen der Parteien führen gemäß § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 ZPO zur Aufhebung des angefochtenen Teilurteils sowie Zurückverweisung der Sache an das Landgericht Dortmund.

1. Es liegt ein gemäß § 301 ZPO unzulässiges Teilurteil vor, weil die Entscheidung des Landgerichts über das Sicherheitsverlangen des Klägers nicht unabhängig davon ist, wie das Landgericht oder weitere Instanzen durch Schlussurteil über den Rest des Streitgegenstands entscheiden werden.

Ein Teilurteil darf nur erlassen werden, wenn nicht die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen, auch durch das Rechtsmittelgericht, besteht (BGH, Urteil vom 21.8.2014, Az. VII ZR 24/12, NJW-RR 2014, 1298; BGH, Urteil vom 28.11.2002, Az. VII ZR 270/01, NJW-RR 2003, 303; jeweils mit weiteren Nachweisen). Eine Gefahr sich widersprechender Entscheidungen ist gegeben, wenn in einem Teilurteil eine Frage entschieden wird, die sich dem Gericht im weiteren Verfahren über andere Ansprüche oder Anspruchsteile noch einmal stellt oder stellen kann. Dabei ist ein Teilurteil bereits dann unzulässig, wenn die bloße Möglichkeit besteht, dass es in demselben Rechtsstreit zu einander widersprechenden Entscheidungen kommt. Das gilt auch, soweit lediglich Urteilelemente betroffen sind, die weder in Rechtskraft erwachsen noch das Gericht nach § 318 ZPO für das weitere Verfahren binden (BGH, Urteil vom 11.5.2011, Az. VIII ZR 42/10, NJW 2011, 2736; BGH, Urteil vom 25.11.2003, Az. VI ZR 8/03, NJW 2004, 1452; OLG Hamm, Urteil vom 20.10.2011, 17 U 122/10).

Sowohl für eine stattgebende Entscheidung zu § 648a BGB als auch für einen Anspruch auf

restlichen Werklohn gemäß § 631 BGB müssen die zwischen den Parteien vereinbarten vertraglichen Grundlagen, der Abschluss eines Werkvertrages, die vertraglich geschuldeten Werkleistungen sowie auch die "vereinbarte Vergütung" - so ausdrücklich in § 648a Abs. 1 S. 1 BGB (vgl. auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.2.2011, Az. 23 U 150/10) - zur Überzeugung des Gerichts feststehen. Hinsichtlich dieser Tatbestandsmerkmale droht die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen.

a. Es ist nicht ausreichend absehbar, wie das Landgericht und ggf. weitere Instanzen über die Frage, ob ein Werkvertrag zwischen den Parteien wirksam geschlossen worden ist, im Zusammenhang mit dem geltend gemachten Werklohnanspruch entscheiden werden.

Das Landgericht selbst hat hierzu im Verlauf des Rechtsstreits unterschiedliche Auffassungen vertreten.

In einem Hinweis vom 6.12.2013 (Bl. 201 f. d. A.) hatte das Landgericht - durch die zu dieser Zeit zuständige Einzelrichterin - ausgeführt, ein Werkvertrag sei nach vorläufiger Einschätzung auf Grund eines Einigungsmangels im Sinne von § 154 BGB nicht wirksam geschlossen worden, da die Parteien von unterschiedlichen Plänen als Grundlage für die Leistungserbringung ausgegangen seien.

In der mündlichen Verhandlung vom 9.9.2014 hat das Landgericht - nunmehr in Kammerbesetzung - Bedenken gegen einen wirksamen Vertragsschluss geäußert und hierzu ausgeführt, dass es für die Bewertung der Frage, ob möglicherweise ein Dissens vorliege, darauf ankomme, welche Pläne der Klägersseite im Vorfeld des Vertrages zur Verfügung gestellt worden seien, und, ob es sich hierbei um die gleichen Pläne handle, die später als Anlage zu dem Bauvertrag genommen worden seien (S. 4 des Protokolls).

Erst mit Beschluss vom 2.4.2015 hat das Landgericht erklärt, es gehe "vorläufig" von einem Vertragsschluss aus und zur Begründung ausgeführt: Das Angebot zum Vertragsabschluss liege in dem Angebot vom 25.6.2012. Dieses habe die Beklagte angenommen. Ein Einigungsmangel liege nicht vor. Denn nach dem Willen der Parteien habe der Vertrag geschlossen werden sollen. Der Vertragstext sei nicht widersprüchlich. Allein widersprüchlich sei an dem Vertrag, dass der Plan, auf den das Angebot verweise, nicht mit dem Plan übereinstimme, der dem Vertrag angelegen habe. Die Parteien seien sich jedoch einig gewesen, dass auf Grundlage des Angebotes und der Pläne in der Anlage des Vertrages der Rohbau ausgeführt werden sollen. Dies habe die Klägerin in der mündlichen Verhandlung bestätigt, als sie zu Protokoll gegeben habe, ihr seien die Abweichungen in den Plänen bekannt gewesen und man habe die Arbeiten trotzdem ausgeführt.

In dem angefochtenen Teilurteil hat das Landgericht zur Begründung eines wirksamen Werkvertrages weitgehend auf die Erwägungen in dem vorgenannten Kammerbeschluss Bezug genommen.

Die Argumentation, mit der das Landgericht einen Vertragsschluss der Parteien zuletzt begründet hat, ist nicht überzeugend. Denn ein Vertrag ist vorliegend nicht dadurch geschlossen worden, dass die Beklagte das Angebot der Klägerin vom 25.6.2012 angenommen hat. Stattdessen haben die Parteien am 5.7.2012 gemeinsam einen "Bauvertrag" unterzeichnet, dessen Gegenstand u. A. das Angebot vom 25.6.2012 war. Die an diesem Tag abgegebenen Willenserklärungen der Parteien sind daraufhin zu untersuchen, ob sie sich aus objektiver Empfängersicht (§§ 133, 157 BGB) hinreichend deckten. Jedoch ist bislang nicht hinreichend aufgeklärt, welche Vorstellung die Parteien bei Abschluss des Bauvertrages hatten, inwieweit etwa dem Vertrag der Klägerin

bislang unbekannte Pläne zu Grunde gelegt worden sind und die Beklagte mit einer entsprechenden Unkenntnis der Klägerin rechnete. Zudem hat die Klägerin zutreffend darauf hingewiesen, nicht bestätigt zu haben, die Abweichungen in den Plänen bereits zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung am 5.7.2012 erkannt zu haben.

b. Eine Gefahr sich widersprechender Entscheidungen besteht ferner im Hinblick auf die zwischen den Parteien streitige Frage, ob Leistungen der Klägerin, die nicht bereits im Angebotsschreiben vom 25.6.2012 vorgesehen waren, zusätzlich zum Pauschalpreis zu vergüten waren.

Auch diese Frage ist von einer Bewertung und Gewichtung verschiedener Umstände innerhalb und außerhalb des Bauvertrags, insbesondere dem vorliegend nicht hinreichend aufgeklärten Kenntnisstand der Beteiligten bei Vertragsschluss, abhängig (vgl. zu einer lückenhaften Baubeschreibung etwa: OLG Hamm, Urteil vom 2.11.1995, Az. 17 U 57/95, NJW-RR 1996, 977; zum lückenhaften Leistungsverzeichnis: Werner, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Auflage 2015, S. 713 ff./Rn. 1417 ff. mit zahlreichen Nachweisen).

Das Landgericht hat in dem angefochtenen Teilurteil die Auffassung vertreten, die Klägerin könne keine zusätzliche Vergütung verlangen. Die hierfür gegebene Begründung hält jedoch einer Überprüfung nicht stand.

Als tragende Erwägung führt das Landgericht aus, dass die Klägerin entgegen § 4 des Bauvertrages vor Ausführung der (weiteren) Leistungen kein Nachtragsangebot erteilt habe, worin nach Ansicht des Landgerichts gemäß §§ 133, 157 BGB ein Angebot auf kostenlose Erbringung dieser Leistungen zu sehen sei. Hierbei lässt das Landgericht außer Acht, dass ein Nachtragsangebot nach dem Willen der Vertragsparteien in § 4 Abs. 2 des Bauvertrages nicht zwingend, sondern lediglich "möglichst" vor der Bauausführung erfolgen sollte. Darüber hinaus ist § 4 des Bauvertrages ersichtlich auf nachvertraglich angeordnete Leistungsänderungen zugeschnitten. Nach dem Vortrag beider Parteien lagen die veränderten, letztlich maßgeblichen Pläne jedoch, jedenfalls weitgehend, bereits bei Abschluss des Bauvertrages am 5.7.2012 vor, wenn dies auch von der Klägerin u. U. nicht erkannt worden ist. Eine auf den Zeitpunkt des Bauvertragsschlusses bezogene Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu der streitigen Frage, auf welche Leistungen sich der genannte Pauschalpreis beziehen sollte, ob ggf. lediglich ein "Detail-Pauschalpreis" betreffend das Leistungsverzeichnis vom 25.6.2012 vereinbart worden ist (vgl. zum "Detail-Pauschalvertrag": Werner, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Auflage 2015, S. 776 ff./Rn. 1528 ff.), nimmt das Landgericht nicht vor.

c. Nach Auffassung des Senats besteht eine Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen auch bei der Beurteilung der Frage, welchen Leistungsumfang die Klägerin vertraglich schuldete, weil sich die Höhe des zuzusprechenden Anspruchs sowohl beim Anspruch auf Sicherheitsleistung (§ 648a BGB) als auch beim Werklohnanspruch (§ 631 BGB) hiernach richtet, und von der Beantwortung dieser Frage im Übrigen maßgeblich abhängt, ob die Klägerin einen (restlichen) Werklohnanspruch auf Basis einer sog. "Abrechnung von oben" überhaupt schlüssig vorgetragen hat.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts genügte im Rahmen der Prüfung gemäß § 648a BGB insoweit nicht lediglich ein schlüssiger Klagevortrag.

Tatbestandlich setzt § 648a Abs. 1 BGB einen Bauwerkvertrag, ggf. auch einen "Zusatzauftrag", sowie eine "vereinbarte Vergütung" voraus. Diese vertraglichen Grundlagen, zu denen auch der konkret geschuldete Leistungsumfang zählt, müssen im Rahmen von § 648a BGB geklärt sein.



Lediglich im Hinblick auf erforderliche Massen, Materialien, Arbeitsstunden, ersparte Aufwendungen etc., also die tatsächliche Umsetzung feststehender Pflichten, genügt ein schlüssiger Vortrag des Werkunternehmers.

Das Schutzbedürfnis, dem § 648a BGB gerecht werden soll, resultiert aus der Vorleistungspflicht des Werkunternehmers. Um die Gefahren dieser Vorleistungspflicht, insbesondere die Gefahr einer fehlenden Zahlungsmoral der Werkbesteller, abzumildern, hat der Gesetzgeber dem Werkunternehmer einen Anspruch auf Sicherheitsleistung eingeräumt, den er auch bereits vor der Arbeitsaufnahme geltend machen kann (BT-Drucksache 16/511, S. 1).

Da zu Beginn und auch während der Ausführung der Werkarbeiten jedoch regelmäßig noch nicht exakt abgeschätzt werden kann, in welchem genauen Umfang tatsächlich Massen, Stunden etc. zur Erfüllung der Werkleistung anfallen werden, wird es in Rechtsprechung und Literatur für den Anspruch aus § 648a Abs. 1 BGB im Sicherheitsinteresse des Werkunternehmers zu Recht als ausreichend angesehen, dass dieser zu dem tatsächlichen Aufwand, der erforderlich ist, um die vertraglich geschuldeten Leistungen zu erfüllen, schlüssig vorträgt, ohne die erforderlichen Massen, Stunden etc. auch beweisen zu müssen (vgl. BGH, Urteil vom 6.3.2014, Az. VII ZR 349/12, BGHZ 200, 27; Koeble, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 14. Auflage 2014, 10. Teil Rn. 135; Schmitz, NZBau 2014, 484; Schmitz, in: Kniffka, Bauvertragsrecht, 2. Auflage 2016, § 648a Rn. 57; Voit, in: Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 41. Edition vom 1.2.2015, § 648a Rn. 13; Schwenker, in: Erman, BGB, 14. Auflage 2014, § 648a Rn. 7a).

Im Hinblick auf die rechtlichen Grundlagen, insbesondere den Abschluss eines Werkvertrages, den Umfang der vertraglich geschuldeten Leistungen sowie den hierfür vereinbarten Preis, ist der Werkunternehmer nicht entsprechend schutzbedürftig und genügt im Rahmen des § 648a Abs. 1 BGB daher nicht lediglich ein schlüssiger Vortrag. Denn der Werkunternehmer hat es bei Vertragsschluss noch selbst in der Hand, für klare Verhältnisse zu sorgen und die vertraglich geschuldeten Leistungen sowie die dafür getroffenen Vergütungsvereinbarungen eindeutig festzulegen. Wenn er nicht entsprechend vorsorgt, hat er etwaige Schwierigkeiten bei der Durchsetzung eines Anspruchs gemäß § 648a BGB in Kauf zu nehmen.

Die vom Landgericht zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 6.3.2014 (Az. VII ZR 349/12, BGHZ 200, 274) rechtfertigt keine andere Bewertung. Auch der Bundesgerichtshof lässt in dieser Entscheidung zu § 648a BGB lediglich für die "tatsächlichen Voraussetzungen" der Berechnung des Vergütungsanspruchs einen schlüssigen Vortrag des Anspruchstellers genügen. Im Fall des Bundesgerichtshofs ging es um "berechnete Mengen", einen "anderweitigen Erwerb" sowie die tatsächlichen Umstände einer außerordentlichen Kündigung; insoweit konnte der Besteller - nach Ansicht des Bundesgerichtshofs - im Zusammenhang mit § 648a Abs. 1 BGB nicht mit der bestrittenen Behauptung gehört werden, "die tatsächlichen Voraussetzungen" lägen nicht vor. Dass die vereinbarten vertraglichen Grundlagen, also die rechtlichen Voraussetzungen vom Anspruchsteller nicht nur darzulegen, sondern auch nachzuweisen sind, wird vom Bundesgerichtshof in der vorgenannten Entscheidung hingegen - zu Recht - nicht in Abrede gestellt (vgl. Schmitz, NZBau 2014, 484; Voit, in: Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 41. Edition vom 1.2.2015, § 648a Rn. 13).

Da mithin für die Beurteilung eines Anspruchs gemäß § 648a Abs. 1 BGB aufgeklärt werden müsste, welche Leistungen konkret zum vertraglich geschuldeten Leistungsumfang zählten und inwieweit sich die Pauschalpreisvereinbarung nach dem erkennbaren Willen der Parteien hierauf bezog, droht auch insoweit die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen. Denn eine solche Aufklärung ist zugleich notwendige Grundlage der Beurteilung, ob der mit der Klage weiter

geltend gemachte Werklohnanspruch auf Grundlage einer sog. "Abrechnung von oben" schlüssig dargelegt ist, sowie ggf., in welchem Umfang er besteht.

2. Die Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landgericht, die gemäß § 538 Abs. 2 S. 3 ZPO keinen Antrag voraussetzt, ist sachdienlich.

Gemäß § 538 Abs. 2 ZPO steht es im Ermessen des Senats, anstelle der Zurückverweisung eine eigene Sachentscheidung zu treffen. Zur Vermeidung der Gefahr divergierender Entscheidungen könnte der Senat den in erster Instanz anhängig gebliebenen Teil des Rechtsstreits ausnahmsweise an sich ziehen und sodann gemäß § 538 Abs. 1 ZPO einheitlich entscheiden (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 20.10.2011, Az. 17 U 122/10, mit weiteren Nachweisen). Dafür sprechende prozessökonomische Gründe liegen jedoch nicht vor. Eine Beweisaufnahme zu der Werklohnklage der Klägerin, ist bislang nicht erfolgt, steht jedoch unmittelbar bevor. Ein (erster) Beweisbeschluss, den das Landgericht später ggf., im Falle einer schlüssig dargelegten Klageforderung, um Beweisfragen zu den gerügten Werkmängeln zu ergänzen hat, ist bereits gefasst. Auf Grund der noch umfassend zu erfolgenden Aufklärung überwiegt das Interesse der Parteien an einer evtl. schnelleren Erledigung des Rechtsstreits durch den Senat gegenüber dem Verlust einer Tatsacheninstanz nicht (vgl. BGH, Urteil vom 15.3.2000, Az. VIII ZR 31/99; OLG Hamm, Urteil vom 20.10.2011, Az. 17 U 122/10).

3. Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits einschließlich des Berufungsverfahrens ist dem erstinstanzlichen Schlussurteil vorbehalten.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10 ZPO. Die Vorschrift ist auch auf aufhebende und zurückverweisende Urteile anwendbar (Götz, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Auflage 2016, § 708 Rn. 17; Lackmann, in: Musielak/Voit, ZPO, 13. Aufl. 2016, § 708 Rn. 9).

4. Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich.

Die vorliegende Entscheidung steht, wie dargelegt (zu Ziff. 1. c.), im Einklang mit den vom Bundesgerichtshof - insbesondere in dem Urteil vom 6.3.2014 (Az. VII ZR 349/12, BGHZ 200, 274) - aufgestellten Vorgaben zur Darlegungs- und Beweislast im Zusammenhang mit einem Sicherheitsverlangen gemäß § 648a BGB.

Soweit die Instanzrechtsprechung bei der Prüfung des § 648a BGB in einzelnen - von der Klägerin zitierten - Entscheidungen (Landgericht Hamburg, Urteil vom 10.6.2015, Az. 328 O 291/14; OLG Hamm, Urteil vom 3.6.2016, Az. 12 U 99/15) in der Vergangenheit abweichend von den vorstehenden Erwägungen des Senats auch bezüglich der vertraglichen Vereinbarungen einen schlüssigen Vortrag des Werkunternehmers genügen ließ, rechtfertigt dies nicht die Zulassung der Revision, weil die Voraussetzungen für eine Aufhebung und Zurückverweisung des Rechtsstreits gemäß § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 ZPO bereits in Anbetracht der im Übrigen dargelegten Gründe vorliegen (vgl. zu Ziff. 1. a. und b.), die in der Instanzrechtsprechung unterschiedlich behandelte Frage somit im vorliegenden Rechtsstreit nicht entscheidungserheblich ist (vgl. BGH, Beschluss vom 2.10.2003, Az. V ZB 72/02, NJW 2004, 72; Krüger, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Auflage 2016, § 543 Rn. 26 f.).