

Kein Verbraucherbauvertrag bei gewerkeweiser Vergabe

BGB §§ 312 II Nr. 3, 650 a, 650 f VI 1 Nr. 2, 650 i I

1. Um einen Vertrag mit einem Verbraucher, durch den der Unternehmer zum Bau eines neuen Gebäudes verpflichtet wird (Verbraucherbauvertrag iSv § 650 i I Var. 1 BGB), handelt es sich nicht, wenn sich der Unternehmer nur zur Herstellung eines einzelnen Gewerks verpflichtet, das im Rahmen des Baus eines neuen Gebäudes zu erbringen ist.

2. Die Ausnahmvorschrift des § 650 f VI 1 Nr. 2 Var. 1 BGB findet in einem solchen Fall ebenfalls keine Anwendung.

BGH, Urt. v. 16.3.2023 – VII ZR 94/22 (OLG Zweibrücken)

Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Verpflichtung der Bekl. zur Stellung einer Sicherheit für eine Werklohnforderung. Die beklagten Eheleute ließen als private Bauherren einen Neubau errichten, wobei sie die erforderlichen Gewerke an einzelne Bauunternehmer vergaben. Nach Errichtung des Rohbaus in der Zeit von Januar bis August 2018 folgten die übrigen Arbeiten bis Januar 2019. Die Kl. erbrachte von November 2018 bis Januar 2019 aufgrund eines Vertrags von August 2018 über die Ausführung von Innenputz- und Außenputzarbeiten auf Einheitspreisbasis mit einer Angebotssumme von 28.699,61 EUR ihre Leistungen. Auf Abschlagsrechnungen iHv 29.574,80 EUR leisteten die Bekl. Zahlungen iHv 20.337,61 EUR. Nach Abzug einer Position forderte die Kl. die Bekl. mit Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 30.10.2019 zur Zahlung eines Betrags iHv 8.981,86 EUR nebst vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten iHv 679,10 EUR unter Fristsetzung bis zum 15.11.2019 auf. Mit Schreiben vom 25.11.2019 wurden die Bekl. zur Leistung einer Sicherheit iSv § 650 f I 1 BGB iHv 9.880,05 EUR bis zum 5.12.2019 aufgefordert.

Die Kl. hat in erster Instanz die Stellung der geforderten Sicherheit und Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten iHv 679,10 EUR nebst Zinsen verlangt. Das LG Landau (LG Landau 11.3.2021 – 2 O 315/19, BeckRS 2021, 61252) hat der Klage auf Sicherheitsleistung stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Am 29.3.2021 zahlten die Bekl. einen Betrag iHv 9.880,05 EUR an die Kl. Unter dem 16.4.2021 haben die Bekl. Berufung eingelegt und diese unter dem 14.6.2021 begründet. Daraufhin hat die Kl. den Rechtsstreit für erledigt erklärt. Die Bekl. haben der Erledigungserklärung widersprochen. Das BerGer. (OLG Zweibrücken 29.03.2022 – 5 U 52/21, BeckRS 2022, 12184) hat die auf Feststellung der Erledigung der Hauptsache gerichtete Klage abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision erstrebt die Kl. weiterhin mit ihrem Hauptantrag die Feststellung der Erledigung der Hauptsache.

Die Revision der Kl. war begründet. Sie führte zur Feststellung der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache.

Aus den Gründen:

7I. Das BerGer. (OLG Zweibrücken BeckRS 2022, 12184 = BauR 2022, 1346) hat die Klage auf Feststellung der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache für unbegründet erachtet. Es könne nicht festgestellt werden, dass die Klage auf Stellung der

Bauhandwerkersicherheit ursprünglich zulässig und begründet gewesen sei und sich dann erledigt habe. Die Klage sei von Anfang an unbegründet gewesen.

8Zutreffend habe das LG angenommen, dass die Voraussetzungen für die Stellung einer Bauhandwerkersicherheit gem. § 650f I BGB im Grundsatz vorgelegen hätten. Die Berufungsangriffe der Bekl. hiergegen gingen ins Leere. Streitigkeiten zwischen den Parteien über die Prüffähigkeit der Schlussrechnung, über die Abnahme, über die Mangelfreiheit der erbrachten Werkleistungen und die Befugnis zur Ausführung der Arbeiten durch ein Subunternehmen seien für die Frage, ob der Unternehmer einen Anspruch auf Sicherheitsleistung wegen einer offenen Werklohnforderung hat, ohne Bedeutung, § 650f I 3, 4 BGB. Bedenken gegen die Höhe der Sicherheitsleistung beständen nicht, § 650f I 1 BGB.

9Es könne dahinstehen, ob durch die erfolgte Zahlung der Bekl. am 29.3.2021 der Vergütungsanspruch der Kl. durch Erfüllung erloschen sei oder ob die Bekl. die Zahlung lediglich auf die Forderung nach einer Sicherheit geleistet hätten. Jedenfalls bestehe der Sicherungszweck einer noch nicht gezahlten Vergütung iSd § 650f BGB nicht mehr.

10Dem Anspruch auf Sicherheitsleistung gem. § 650f I BGB habe aber von Anfang an § 650 f VI 1 Nr. 2 Var. 1 BGB entgegengestanden. Die Bekl. als Besteller seien Verbraucher und hätten mit der Kl. einen Verbraucherbauvertrag iSd § 650i I Var. 1 BGB geschlossen, so dass der Ausnahmetatbestand erfüllt sei.

11In Literatur und Rechtsprechung sei umstritten, ob bei einer – wie hier – gewerkweisen Vergabe von Bauleistungen ein Verbraucherbauvertrag iSd § 650i I Var. 1 BGB anzunehmen sei. Zwar scheine der Wortlaut des § 650i BGB „eines neuen Gebäudes“ zunächst nicht mit der Vergabe von Einzelgewerken in Einklang zu stehen. Dieser Umstand lasse sich jedoch mit einer sprachlichen Ungenauigkeit des Gesetzgebers erklären. Für eine erweiterte Auslegung der Vorschrift spreche, dass durch die Vergabe von Einzelgewerken letztlich ebenso das vom Wortlaut des Gesetzes geforderte Ziel der Errichtung „eines neuen Gebäudes“ erreicht werde. Nur mit einer erweiterten Auslegung des Gesetzeswortlauts lasse sich auch das gesetzgeberische Ziel des Verbraucherschutzes erreichen. Denn sonst wäre es den bauausführenden Unternehmen durch die Herausnahme von Einzelleistungen oder die Aufspaltung in mehrere Verträge möglich, den Ausschlussgrund des § 650 f VI 1 Nr. 2 Var. 1 BGB zu umgehen. Da der Verbraucher die Beweislast für das Vorliegen eines Umgehungsgeschäfts gem. § 650o BGB trage, sei er insoweit nicht ausreichend geschützt.

12Da das finanzierende Kreditinstitut bei einer Einzelvergabe die Voraussetzungen für eine Finanzierung mindestens ebenso geprüft haben werde wie bei einer Gesamtvergabe und nicht zwingend anzunehmen sei, dass eine Einzelvergabe schlechter finanziert werde als die Gesamtvergabe, bestehe auch auf der Seite des Unternehmers kein erhöhtes Risiko, welches die Forderung nach einer Sicherheitsleistung iSd § 650 f VI 1 Nr. 2 Var. 1 BGB rechtfertigen würde, sodass es auch keinen Anlass gebe, den Verbraucherbauvertrag im Rahmen dieser Vorschrift anders auszulegen.

13Bei Anwendung dieser Grundsätze sei der abgeschlossene Vertrag als Verbraucherbauvertrag anzusehen. Da der Neubau innerhalb eines Jahres errichtet worden sei, stehe die Beauftragung der Kl. in einem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Errichtung des Neubaus, was für die Kl. auch erkennbar gewesen sei.

14II. Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

151. Die Klage auf Stellung einer Sicherheit war ursprünglich zulässig und begründet. Die Kl. hatte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Sicherheitsleistung gem. § 650 f I 1 BGB in der vom LG ausgerichteten Höhe.

16a) Die Auffassung des BerGer., § 650 f I BGB fände wegen der Ausnahme des § 650 f VI 1 Nr. 2 Var. 1 BGB keine Anwendung, trifft nicht zu. Bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag handelt es sich nicht – wie in

BGH: Kein Verbraucherbaupvertrag bei gewerkeweiser Vergabe(NZBau 2023, 375)

376

§ 650 f VI 1 Nr. 2 Var. 1 BGB vorausgesetzt wird – um einen Verbraucherbaupvertrag gem. § 650 i BGB.

17Nach der gesetzlichen Definition in § 650 i I Var. 1 BGB setzt ein Verbraucherbaupvertrag voraus, dass es sich um einen Vertrag mit einem Verbraucher handelt, durch den der Unternehmer zum Bau eines neuen Gebäudes verpflichtet wird. Dafür genügt es nicht, dass der Unternehmer die Verpflichtung zur Erbringung eines einzelnen Gewerks im Rahmen eines Neubaus eines Gebäudes übernimmt (vgl. OLG München NZBau 2023, 19 = NJW 2022, 3724 mwN; KG NZBau 2022, 401 = BauR 2022, 656 mwN; BeckOK BauVertrR/Langjahr, 31.7.2022, BGB § 650 i Rn. 14 mwN).

18aa) Nach dem Wortlaut der Vorschrift muss die Verpflichtung des Unternehmers den Bau eines neuen Gebäudes umfassen. Die von ihm als Erfolg geschuldete Herstellung des versprochenen Werks (§ 631 I BGB) in der Form der Herstellung einer Sache (§ 631 II Var. 1 BGB) muss in dem Bau eines neuen Gebäudes bestehen. Damit reicht es nicht aus, einen Erfolg zu versprechen, der auf einen Teil des Baus eines neuen Gebäudes beschränkt ist. Letzteres ist jedenfalls der Fall, wenn sich der Unternehmer – wie hier – nur zur Herstellung eines einzelnen Gewerks verpflichtet, das im Rahmen des Baus eines neuen Gebäudes zu erbringen ist.

19Der Wortlaut der Vorschrift beruht weder auf einem Versehen noch einer Ungenauigkeit des Gesetzgebers. Dieser hat zusammen mit der Einführung von § 650 i BGB die Definition eines Baupvertrags in § 650 a BGB geschaffen. Hierbei hat er davon abgesehen, in § 650 i BGB hinsichtlich des Baupvertragsbegriffs eine Bezugnahme auf § 650 a BGB aufzunehmen, was nahegelegen hätte, wenn er im Verbraucherbaupvertrag lediglich einen Spezialfall eines Baupvertrags iSv § 650 a BGB gesehen hätte, an dem auf der einen Seite ein Verbraucher beteiligt ist, der ein neues Gebäude errichten lässt. Vielmehr wird in § 650 a BGB – gerade im Gegensatz zu § 650 i BGB – als Baupvertrag ausdrücklich unter anderem ein Vertrag über die Herstellung eines Bauwerks „oder eines Teils davon“ erfasst. Eine weitere abweichende Formulierung findet sich zudem in § 634 a I Nr. 2 BGB, der die Verjährung werkvertraglicher Mängelansprüche regelt und dort eine spezielle Verjährungsfrist für Ansprüche „bei einem Bauwerk“ vorsieht. Auch diese offene Formulierung, die bei Einführung der § 650 a BGB und § 650 i BGB bereits bestand und dem Gesetzgeber bekannt war, unterscheidet sich wesentlich von der Definition des Verbraucherbaupvertrags. Diese Systematik des Gesetzes spricht damit dafür, dass § 650 i I Var. 1 BGB gerade keine Verträge umfasst, die nur im Zusammenhang mit dem Bau eines Gebäudes („bei“) stehen oder die Verpflichtung zur Herstellung eines Teils dieses Baus enthalten.

20bb) Die den Unternehmer eines Verbraucherbaupvertrags treffenden gesetzlichen Pflichten lassen ebenfalls darauf schließen, dass ihnen eine Verpflichtung zum Bau des gesamten Gebäudes und nicht nur von in diesem Zusammenhang zu erbringenden Einzelgewerken zugrunde liegt. Der Unternehmer hat dem Verbraucher grds. gem. § 650 j BGB iVm Art. 249

EGBGB in Textform eine Baubeschreibung zur Verfügung zu stellen. Diese muss gem. Art. 249 § 2 I 1 EGBGB alle wesentlichen Eigenschaften „des angebotenen Werks“ darstellen, mindestens jedoch gem. Art. 249 § 2 I 2 EGBGB unter anderem eine allgemeine Beschreibung des herzustellenden Gebäudes (Art. 249 § 2 I 2 Nr. 1 EGBGB), Gebäudedaten, Pläne mit Raum- und Flächenangaben sowie Ansichten, Grundrisse und Schnitte (Art. 249 § 2 I 2 Nr. 3 EGBGB), Angaben zur Beschreibung der Baukonstruktionen aller wesentlichen Gewerke (Art. 249 § 2 I 2 Nr. 5 EGBGB) sowie Angaben zu Qualitätsmerkmalen, denen das Gebäude genügen muss (Art. 249 § 2 I 2 Nr. 8 EGBGB), enthalten. Diese Mindestangaben der gem. § 650 k I BGB grds. Vertragsbestandteil werdenden Baubeschreibung setzen ersichtlich voraus, dass das angebotene Werk der Bau des gesamten Gebäudes ist; sie machen keinen Sinn bei der Verpflichtung zur Herstellung nur eines einzelnen Gewerks im Zusammenhang mit der Errichtung eines neuen Gebäudes.

21cc) Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift stützt diese Auslegung. Der Gesetzgeber hat mit den verbraucherschützenden Regelungen eines Verbraucherbauvertrags eine Lücke in den bisherigen verbraucherschutzrechtlichen Vorschriften schließen wollen, die nach der Umsetzung RL 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher zur Abänderung RL 93/13/EWG des Rates und RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung RL 85/577/EWG des Rates und RL 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (im Folgenden: Verbraucherrechterichtlinie, ABl. 2011 L 304, 64) aufgrund der dort geregelten Ausnahmevorschrift des Art. 3 III Buchst. f bestand.

22Nach Art. 3 III Buchst. f RL 2011/83/EU gilt diese Richtlinie unter anderem nicht für Verträge über den Bau von neuen Gebäuden oder erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden. In Umsetzung dieser Bereichsausnahme hat der deutsche Gesetzgeber in § 312 II Nr. 3 BGB in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung (§ 312 II Nr. 3 BGB aF) für „Verträge über den Bau von neuen Gebäuden oder erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden“ die Anwendung der Vorschriften über Verbraucherverträge (§§ 312-312 h BGB) auf § 312 a I, III, IV, VI BGB beschränkt und sie im Übrigen ausgeschlossen. Diese Ausnahme wurde von der Rechtsprechung im Sinne des Verbraucherschutzes eng ausgelegt und umfasste bspw. nur Verträge über Maßnahmen, die das Grundstück wesentlich umgestalteten und daher den klassischen Immobiliengeschäften gleichgestellt werden konnten (vgl. BGH NZBau 2018, 666 = NJW 2018, 3380 = BauR 2019, 107 Rn. 16; BT-Drs. 18/8486, 61). Es wurde dementsprechend auch nicht bezweifelt, dass unter § 312 II Nr. 3 BGB aF keine Verträge fielen, mit denen ein Unternehmer lediglich mit einem einzelnen Gewerk im Rahmen der Errichtung eines Bauwerks beauftragt wurde (vgl. OLG Köln NJOZ 2018, 943 = BauR 2018, 142; Fuchs/Berger/Seifert/Berger, HOAI, 2016, Syst. A I Rn. 25; Glöckner BauR 2014, 411 (415); Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl. 2017, BGB § 312 Rn. 11; Pause BauR 2017, 430 (431)).

23Die mit § 650 i BGB zum 1.1.2018 neu geschaffene ergänzende Regelung für die in der Verbraucherrechterichtlinie ausgenommenen Verträge sollte ein als nicht akzeptabel angesehenes Ungleichgewicht ausgleichen: Für kleinere Bauverträge griffen bis dahin die auf die Verbraucherrechterichtlinie zurückgehenden Informationspflichten, für größere mit einem höheren Risiko für den Verbraucher verbundene Verträge dagegen bestanden keine entsprechenden Pflichten, die nunmehr eingeführt werden sollten (BT-Drs. 18/8468, 61). Der Gesetzgeber hat zugleich eine eindeutige und klare Abgrenzung zwischen den in Zukunft unterschiedlich geltenden Regeln vorgenommen. Er hat den Ausnahmetatbestand in § 312

II Nr. 3 BGB nF durch den Verweis auf den Verbraucherbaupvertrag ersetzt und dies damit begründet, mit dessen Definition würden genau diejenigen Verträge erfasst, die nach dieser Norm bisher schon vom Anwendungsbereich der

BGH: Kein Verbraucherbaupvertrag bei gewerkeweiser Vergabe(NZBau 2023, 375)

377

Vorschriften über Verbraucherverträge ausgenommen gewesen seien, sodass damit keine inhaltlichen Änderungen verbunden seien (BT-Drs. 18/8486, 38).

24All dies zeigt, dass der Gesetzgeber bei der Definition des Verbraucherbaupvertrags in § 650j BGB nicht versehentlich oder aus Unachtsamkeit von der in anderen Vorschriften, insbesondere der in § 650a BGB gewählten Terminologie abgewichen ist, sondern vielmehr bewusst die eigenständige – an den Wortlaut von Art. 3 III Buchst. f RL 2011/83/EU angelehnte – klare Formulierung gewählt hat, nach der sich der Unternehmer zu dem Bau eines neuen Gebäudes verpflichtet haben muss, und es nicht ausreichen sollte, dass er sich zu einem einzelnen Gewerk, das im Rahmen des Neubaufvorhabens erbracht wird, verpflichtet hat.

25 dd) Soweit die Auffassung vertreten wird, der Gedanke des Verbraucherschutzes erfordere es, auch die gewerkeweise vergebenen Leistungen im Rahmen des Neubaus eines Gebäudes denselben Vorschriften zu unterwerfen wie die Verpflichtung zum Neubau eines Gebäudes (vgl. OLG Hamm NZBau 2021, 664 = BauR 2022, 485; BeckOK BGB/Voit, 1.11.2022, BGB § 650 i Rn. 4; Messerschmidt/Voit/Lenkeit, Privates BauR, 4. Aufl. 2022, BGB § 650 i Rn. 23 ff.; jurisPK-BGB/Segger-Piening, 10. Aufl., BGB § 650 i Rn. 20; Stretz, FS Pause, 2022, 383 (399)), hat dies – wie dargelegt – keine Umsetzung im Gesetz gefunden. Hinzu kommt, dass diese rechtspolitische Erwägung auch nicht ohne weiteres im Rahmen einer Auslegung mit eindeutigen Rechtsfolgen verknüpft werden kann, weil die Verbraucherschutzvorschriften bei einem Verbraucherbaupvertrag insgesamt nicht ausschließlich als umfassender und günstiger für den Verbraucher angesehen werden können als bei einem Vertrag, für den die Rechte nach der Verbraucherrechtlinie gelten (vgl. etwa die Voraussetzungen für eine Wertersatzpflicht des Verbrauchers nach Widerruf einerseits in § 357a II 1 BGB u. andererseits in § 357e BGB; vgl. ferner die Widerrufsrechte in § 312g BGB einerseits u. in § 650j BGB andererseits).

26Schließlich verbietet es auch das Gebot der Rechtsklarheit hier in besonderer Weise, den Begriff des Verbraucherbaupvertrags aufgrund einer allgemeinen Zielvorstellung des Verbraucherschutzes zu erweitern, ohne dass dies im Gesetzestext erkennbar wäre. Denn der Unternehmer muss erkennen können, ob und welche Unterrichts- und Belehrungspflichten ihn schon im Vorfeld des Vertrags treffen.

27ee) Ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH (Art. 267 III AEUV) zur Beantwortung der Frage, wie die Formulierung „Verträge über den Bau von neuen Gebäuden“ in Art. 3 III Buchst. f RL 2011/83/EU zur Bestimmung ihrer Bereichsausnahme zu verstehen ist, ist nicht geboten.

28Zum einen ist die nach der Rechtsprechung des EuGH eng auszulegende Bereichsausnahme des Art. 3 III Buchst. f RL 2011/83/EU (vgl. EuGH ECLI:EU:C:2020:382 = ZfBR 2020, 749 (753) = NJW 2020, 2872 Ls.) aufgrund ihres Wortlauts und des ErwGr. 26 RL 2011/83/EU eindeutig dahin auszulegen, dass von ihr keine Verträge über ein einzelnes Gewerk umfasst sind (acte clair). Im ErwGr. 26 wird als Beispielfall für einen Vertrag über den Bau von neuen Gebäuden der Verkauf noch zu bebauender Liegenschaften genannt.

29Zum anderen ist zweifelhaft, ob ein erweitertes Verständnis der Bereichsausnahme in der Verbraucherrechterichtlinie zu einem anderen Ergebnis bei der Auslegung von § 650 i I Var. 1 BGB führte. Denn Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte der Vorschrift haben ein klares Ergebnis. Eine abweichende Auslegung unter dem Aspekt richtlinienkonformer Auslegung käme schon deshalb nicht in Betracht, weil dieses Ergebnis auch unter dieser Prämisse eines anderen Verständnisses der Bereichsausnahme richtlinienkonform wäre. Denn der deutsche Gesetzgeber ist weder gehindert, für Verträge, die nicht der Verbraucherrechterichtlinie unterfallen, dieselben Regelungen vorzusehen, noch ist er dazu verpflichtet, für nicht unter die Verbraucherrechterichtlinie fallende Verträge andere Verbraucherschutzvorschriften einzuführen.

30b) § 650 f VI 1 Nr. 2 Var. 1 BGB kann nicht entsprechend auf Verträge über einzelne Gewerke im Rahmen des Baus eines neuen Gebäudes angewandt werden (aA Matkovic, FS Pause, 2022, 255 (271 ff.); iErg auch BeckOKBauVertrR/Scharfenberg, 31.1.2023, BGB § 650 f Rn. 18). Die Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung sind nicht gegeben. Eine planwidrige Gesetzeslücke liegt nicht vor. Die Vorschrift änderte die Ausnahmeregelung von der Verpflichtung zur Stellung einer Bauhandwerkersicherung gem. § 648 a f BGB, nach der ein Besteller, der eine natürliche Person war und Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung ausführen ließ, keine Bauhandwerkersicherung stellen musste. Nach der Gesetzesbegründung sollte die Ausnahme an die neue Systematik angepasst werden und durch die Anknüpfung an die Definition des Verbraucherbauvertrags in § 650 h BGB-E (= § 650 i BGB) für die Praxis mehr Klarheit und Rechtsicherheit hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Vorschrift geschaffen werden (vgl. BT-Drs. 18/8468, 58). Der Gesetzgeber hat gesehen, dass hiermit Änderungen sowohl in Form einer Ausweitung als auch einer Einschränkung verbunden waren (vgl. BT-Drs. 18/8468, 58 f.). Soweit er dabei einer Fehleinschätzung hinsichtlich der Reichweite des Ausnahmetatbestandes unterlegen sein sollte, ändert das nichts daran, dass die gewollte Klarheit und Rechtssicherheit durch den Verweis auf § 650 i BGB im Vergleich zu einem eigenständig zu definierenden Anwendungsbereich verbessert wird.

31c) Das Berufungsurteil ist auch nicht aus anderen Gründen im Ergebnis richtig. Das BerGer. hat zutreffend seiner Entscheidung zugrunde gelegt, dass der Vertrag der Parteien ein Bauvertrag gem. § 650 a I 1 BGB ist und § 650 f BGB Anwendung findet (§ 650 a I 2 BGB). Die Feststellungen des BerGer., dass die übrigen Voraussetzungen des § 650 f BGB nach Grund und Höhe vorlagen, sind ebenfalls rechtsfehlerfrei und werden im Revisionsverfahren auch nicht mehr angegriffen.

322. Die Zahlung der Bekl. am 29.3.2021 hat zur Unbegründetheit der Klage geführt; hiermit ist Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache eingetreten.

33Das BerGer. hat offengelassen, ob durch die Zahlung der Bekl. am 29.3.2021 der Vergütungsanspruch der Kl. durch Erfüllung erloschen sei oder ob die Bekl. die Zahlung lediglich auf die Forderung nach einer Sicherheit geleistet hätten. In beiden Fällen ist die Klage unbegründet geworden.

34a) Sofern die Kl. die Zahlung auf den zu sichernden Vergütungsanspruch verrechnen durfte, ist dieser erloschen und damit die Voraussetzung in § 650 a I 1 BGB „noch nicht gezahlte Vergütung“ weggefallen.

35b) Sofern die Bekl. – wie sie vor dem BerGer. geltend gemacht haben – lediglich auf eine Forderung nach Sicherheit gezahlt haben, ist hierdurch nicht die gem. § 650 f BGB

geschuldete Leistung bewirkt worden, weil die Sicherheit nicht in einer nach § 650 f II BGB oder §§ 232 ff. BGB vorgesehenen Form erbracht worden ist. Der weiteren Durchsetzung des Anspruchs der Kl. stand in dieser besonderen Situation jedenfalls § 242 BGB entgegen. Die Kl. hatte der Sache nach eine nicht schwächere Sicherheit als geschuldet erhalten, sie war bereit, die Zahlung zu behalten und hat durch ihre Erledigungserklärung selbst zum Ausdruck gebracht, die ihr vom LG zugesprochene Sicherheit nicht mehr zu benötigen.

36III. Der Senat kann gem. § 563 III ZPO in der Sache selbst entscheiden, weil die Aufhebung des Urteils nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach Letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist.

Anm. d. Red.:

Vgl. zu OLG München NZBau 2023, 19 = NJW 2022, 3724 die Anm. Lenkeit NJW 2022, 378. Mit dem Widerruf eines Verbraucherbaupvertrags ohne Belehrung beschäftigt sich OLG Rostock 23.11.2022 - 4 U 14/22, BeckRS 2022, 34689. Das Textformerfordernis bei Änderung eines Verbraucherbaupvertrags greift Kleinjohann NZBau 2022, 141 auf. Zur Anwendbarkeit des Verbraucherbaupvertragsrechts nach § 650 i BGB bei Vergabe von Einzelgewerken s. Zehner NZBau 2021, 584.