

# Urkundenprozess bei Werklohnforderungen

## Zugleich Besprechung von OLG Schleswig, Urt. v. 30.8.2013 – 1 U 11/13

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Matthias Fervers**, München

*Die Frage der Statthaftigkeit des Urkundenprozesses hat Rechtsprechung und Literatur in den letzten Jahren vielfach beschäftigt. Umstritten ist bereits seit Langem, ob ein Kläger beim Urkundenprozess auch die unstreitigen Tatsachen mit Urkunden beweisen muss. Zwar hat der BGH die Frage bereits 1974 höchstrichterlich entschieden. Durch ein Urteil des OLG Schleswig ist jedoch Bewegung in die Diskussion gekommen. Die Entscheidung des OLG Schleswig kombiniert die Behandlung prozessualer Probleme des Urkundenprozesses mit werkvertraglicher Fragen des materiellen Rechts.*

### I. Einleitung und Problemstellung

Der in §§ 592 ff. ZPO geregelte Urkundenprozess findet in der universitären Ausbildung oftmals nur eingeschränkte Beachtung. In der Praxis kann die Wahl des Urkundenprozesses einem Gläubiger jedoch entscheidende Vorteile bringen.

Verlangt beispielsweise ein Verkäufer die Zahlung des Kaufpreises nach § 433 Abs. 2 BGB, so ist für die Entstehung dieses Anspruchs einzig Voraussetzung, dass ein wirklicher Kaufvertrag vorliegt. Wenn nun der Verkäufer den Käufer auf Kaufpreiszahlung verklagt, so kann der Käufer allerdings Einwendungen und Einreden geltend machen. Er kann sich z.B. darauf berufen, er habe den Kaufpreis bereits bezahlt (§ 362 Abs. 1 BGB) oder behaupten, die Kaufsache sei mangelhaft (§ 320 Abs. 1 S. 1 BGB). Zum Beweis dieser Behauptungen stünden dem Beklagten alle Beweismittel der ZPO<sup>1</sup> zur Verfügung. Haben die Parteien den Kaufvertrag schriftlich geschlossen, so ist der Verkäufer in der Position, sämtliche Entstehungsvoraussetzungen seines Anspruchs (nämlich das Vorliegen eines Kaufvertrags) mit Urkunden<sup>2</sup> zu beweisen. Erhebt der Verkäufer nun Klage im Urkundenprozess, so kann der beklagte Käufer zwar nach wie vor Einwendungen und Einreden geltend machen. Hierfür sind ihm aber alle Beweismittel außer Urkunden abgeschnitten. Er könnte deshalb für seine Behauptung, er habe den Kaufpreis bezahlt, keine Zeugen benennen oder für die Behauptung der Mangelhaftigkeit der Kaufsache kein Sachverständigengutachten beantragen. Zwar stellt der Urkundenprozess für den Beklagten nicht „das letzte Wort“ dar. Gemäß § 599 Abs. 1 ZPO ergeht

lediglich ein Vorbehaltsurteil und bleibt dem Beklagten die Geltendmachung seiner Rechte im Nachverfahren vorbehalten. Gemäß § 600 Abs. 1 ZPO bleibt der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig und hat der Beklagte nun im Nachverfahren die Möglichkeit, sich wiederum mithilfe aller Beweismittel auf Einwendungen und Einreden zu berufen. Wenn sich im Nachverfahren herausstellt, dass die Klage aufgrund der Einwendungen und Einreden des Beklagten doch unbegründet war, so wird das Vorbehaltsurteil gemäß §§ 600 Abs. 2, 300 Abs. 4 S. 2 ZPO aufgehoben. Dass dem Beklagten das Nachverfahren bleibt, um das Ergebnis des Urkundenprozesses zu korrigieren, ändert aber nichts daran, dass der Kläger zunächst einmal das Vorbehaltsurteil erlangt. Dieses Urteil ist gemäß § 599 Abs. 3 ZPO als Endurteil anzusehen, sodass der Gläubiger ungeachtet des Nachverfahrens mit der Zwangsvollstreckung beginnen kann. § 708 Nr. 4 ZPO erlaubt ihm dabei abweichend vom Regelfall sogar eine Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung.

Der Urkundenprozess ist deshalb für den Gläubiger immer dann eine günstige Wahl, wenn er die Voraussetzungen seines Anspruchs mit Urkunden beweisen kann, dem Schuldner dagegen für den Beweis seiner Einwendungen und Einreden keine Urkunden zur Verfügung stehen. In diesem Fall hat der Gläubiger die Möglichkeit, zügig und unkompliziert einen vollstreckbaren Titel in die Hände zu bekommen.

### II. Die Entscheidungen des OLG Schleswig

Das OLG Schleswig<sup>3</sup> hatte über folgenden Sachverhalt zu entscheiden:<sup>4</sup> Am 13.1.2011 übersandte die Klägerin der Beklagten ein Angebot für Fliesenarbeiten, welches die Beklagte mit Telefax vom 2.11.2011 annahm. In der Annahmeerklärung waren allerdings ein Skontoabzug sowie eine verlängerte Gewährleistungsfrist vorgesehen. Die Klägerin führte die Fliesenarbeiten aus, eine Abnahme durch die Beklagte erfolgte jedoch nicht. Die Klägerin verlangte von der Beklagten Zahlung des Werklohns im Urkundenprozess. Die Beklagte bestritt den Vertragsschluss nicht und berief sich auch nicht auf etwaige Mängel.

Das OLG Schleswig hat die Klage als im Urkundenprozess unstatthaft abgewiesen. Voraussetzungen für das Bestehen eines Werklohnanspruchs nach § 631 Abs. 1 BGB sei nämlich das Bestehen eines wirksamen Werkvertrags und die erfolgte Abnahme nach §§ 640 Abs. 1, 641 Abs. 1 S. 1 BGB. Beide Voraussetzungen könne die Klägerin nicht mit Urkunden beweisen. Das Bestehen eines wirksamen Werkvertrages ergebe sich nicht schon aus dem Angebotsschreiben und der per Fax zugegangenen Annahmeerklärung. Denn erstens sei die Annahmefrist nach § 147 Abs. 2 BGB abgelaufen gewesen, so-

<sup>1</sup> Merkwort: „SAPUZ“: Sachverständigenbeweis (§§ 402 ff. ZPO), Augenscheinsbeweis (§§ 371 ff. ZPO), Parteivernehmung (§§ 445 ff. ZPO), Urkundenbeweis (§§ 415 ff. ZPO), Zeugenbeweis (§§ 373 ff. ZPO).

<sup>2</sup> Der Begriff der Urkunde i.S.d. § 592 ZPO ist identisch mit dem Urkundenbegriff der §§ 415 ff. ZPO (Voit, in: Musielak, Kommentar zur ZPO, 11. Aufl. 2014, § 592 Rn. 12 und § 595 Rn. 9.) und umfasst daher jede schriftlich verkörperte Gedankenerklärung, die ihren Aussteller erkennen lässt, vgl. BGHZ 65, 300 (301) = BGH NJW 1976, 294; Kratz, in: Beck'scher Online-Kommentar zur ZPO, Ed. 12, Stand: 15.3.2014, § 592 Rn. 26; Habersack, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 793 Rn. 5; Marburger, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 793 Rn. 2.

<sup>3</sup> OLG Schleswig NJW 2014, 945. Hierzu bereits Leidig/Jöbges, NJW 2014, 892; Schwenker, IBR 2013, 722, und Dötsch, NZBau 2013, 767.

<sup>4</sup> Der Sachverhalt wird im Folgenden vereinfacht dargestellt und auf die relevanten Rechtsprobleme reduziert.

dass die Annahme nach § 150 Abs. 1 BGB einen neuen Antrag darstelle. Zweitens stelle die Annahme auch nach § 150 Abs. 2 BGB einen neuen Antrag dar, da sie veränderte Vertragsbedingungen enthalten habe.<sup>5</sup> Der Werkvertrag sei demnach erst durch die widerspruchslose Durchführung der Bauarbeiten zustande gekommen, was dem Urkundenbeweis nicht zugänglich sei.<sup>6</sup>

Dem stehe auch nicht entgegen, dass der Vertragsschluss zwischen den Parteien unstreitig sei. Zwar müsse ein Kläger nach überwiegender Auffassung und nach der Rechtsprechung des BGH auch im Urkundenprozess keinen Beweis für solche Tatsachen antreten, die offenkundig, zugestanden oder nicht bestritten würden. Diese Auffassung könne jedoch nicht überzeugen. Vorzugswürdig sei die Gegenauffassung, wonach dem Kläger im Urkundenprozess eine lückenlose Beweisführung mit Urkunden obliege.<sup>7</sup>

Der Statthaftigkeit des Urkundenprozesses stehe deshalb auch entgegen, dass keine Abnahme durch die Beklagte erfolgt sei. Mangels Abnahme sei ein etwaiger Anspruch nach § 631 Abs. 1 BGB gemäß § 641 Abs. 1 S. 1 BGB nicht fällig. Etwas anderes ergebe sich auch nicht daraus, dass die Beklagten keinerlei Mängel geltend machten. Denn auch wenn vertreten werde, dass der Unternehmer im Falle unberechtigter Abnahmeverweigerung durch den Besteller direkt auf seinen Werklohn klagen könne, so trage der Unternehmer in diesem Fall die Beweislast für die Mangelfreiheit des Werkes. Diesen Beweis könne die Klägerin wiederum nicht mit Urkunden führen.<sup>8</sup> Zudem enthalte die Klage auf Zahlung des Werklohns im Falle der Abnahmeverweigerung konkludent auch die Klage auf Abnahme. Gemäß § 592 ZPO könne im Urkundenprozess jedoch nur ein Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder ein Anspruch auf die Leistung bestimmter vertretbarer Sachen, jedoch kein Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung eingeklagt werden.<sup>9</sup>

### III. Die Bewertung der Entscheidung

Die Entscheidung enthält wesentliche Aussagen zur grundsätzlichen Statthaftigkeit des Urkundenprozesses und zur Beweislast bei unberechtigter Abnahmeverweigerung. Um eine Bewertung der Entscheidung zu ermöglichen, ist es erforderlich, sich zunächst mit der Frage auseinanderzusetzen, ob ein Kläger im Urkundenprozess auch die unstreitigen Tatsachen mit Urkunden beweisen muss. Danach soll die Anwendung auf die Werklohnklage erörtert werden.

<sup>5</sup> OLG Schleswig, Urt. v. 30.8.2013 – 1 U 11/13, Rn. 31 (juris).

<sup>6</sup> OLG Schleswig, Urt. v. 30.8.2013 – 1 U 11/13, Rn. 32 (juris).

<sup>7</sup> OLG Schleswig, Urt. v. 30.8.2013 – 1 U 11/13, Rn. 21 ff. (juris).

<sup>8</sup> OLG Schleswig, Urt. v. 30.8.2013 – 1 U 11/13, Rn. 43 f. (juris).

<sup>9</sup> OLG Schleswig, Urt. v. 30.8.2013 – 1 U 11/13, Rn. 45 (juris).

### 1. Lückenlose Beweisführung durch Urkunden im Urkundenprozess?

Ob ein Kläger im Urkundenprozess sämtliche anspruchsbegründenden Tatsachen durch Urkunden beweisen muss oder ob ihm der Urkundenbeweis nur für diejenigen Tatsachen obliegt, für die er auch nach allgemeinen Regeln die Beweisführungslast trägt, ist umstritten.

#### a) Die herrschende Auffassung

Nach herrschender Rechtsprechung<sup>10</sup> und nach der wohl überwiegenden Auffassung in der Literatur<sup>11</sup> gelten auch im Urkundenprozess für die Beweisführungslast die allgemeinen Grundsätze, sodass der Kläger keinen Urkundenbeweis für offenkundige (§ 291 ZPO), zugestandene (§ 288 ZPO) oder unbestrittene (§ 138 Abs. 3 ZPO) Tatsachen antreten muss.

Es handele sich um einen nicht zu rechtfertigenden Formalismus, eine Klage im Urkundenprozess abzuweisen, wenn die Klageforderung durch Urkunden in Verbindung mit unstreitigen Tatsachen bewiesen werden könne.<sup>12</sup> Außerdem sei umgekehrt eine Klage im Urkundenprozess auch dann abzuweisen, wenn Einwendungen des Beklagten unbestritten, zugestanden oder offenkundig sind.<sup>13</sup> Diese Sichtweise sei auch mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar, da nach § 597 Abs. 2 ZPO der Urkundenprozess nur dann unstatthaft sei, wenn ein dem Kläger *obliegender* Beweis nicht mit Urkunden geführt worden ist. Bei unbestrittenen, zugestanden oder offenkundigen Tatsachen obliege dem Kläger aber gar kein Beweis.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> RGZ 109, 70 (71); 142, 303 (306); BGHZ 62, 286 = NJW 1974, 1199; BGH WM 1985, 738; OLG Köln ZIP 1982, 1424 (1426); OLG Köln BauR 2008, 129 (131); OLG Düsseldorf BauR 2010, 819; OLG München NJOZ 2007, 2520 (2524); AG Berlin NJW-RR 2007, 1167.

<sup>11</sup> *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Zivilprozessordnung, 72. Aufl. 2014, § 597 Rn. 7; *Dötsch*, NZBau 2013, 767, der die Gegenargumente als „ausgekaut“ bezeichnet und daher gegen die vorliegende Entscheidung auch rechtspraktische Einwände erhebt; *Eichele*, in: Saenger, Kommentar zur ZPO, 5. Aufl. 2013, § 592 Rn. 4; *Eickmann/Oellerich*, JA 2007, 43 (45); *Habscheid*, ZJP 96 (1983), 313; *Hall*, in: Prütting/Gehrlein, Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2014, § 592 Rn. 12; *Hövelberndt*, JuS 2003, 1105 f.; *Kratz* (Fn. 2), § 592 Rn. 24; *Meller-Hannich*, Zivilprozessrecht, 2011, Rn. 913; *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2009, § 15 Rn. 23; *Schilken*, Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2010, Rn. 794; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 162 Rn. 12; *Berger*, in: Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, Bd. 6, 22. Aufl. 2013, § 592 Rn. 15, § 597 Rn. 11 ff.; *Voit* (Fn. 2), § 592 Rn. 11; *Zeiss/Schreiber*, Zivilprozessrecht, 12. Aufl. 2014, Rn. 767; wohl auch *Hess*, Zivilprozessrecht, 30. Aufl. 2011, § 89 Rn. 4; *Reichold*, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 34. Aufl. 2013, § 592 Rn. 6.

<sup>12</sup> BGH, Urt. v. 24.4.1974 – VIII ZR 211/72, Rn. 23 (juris) = BGHZ 62, 286 = NJW 1974, 1199.

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 24.4.1974 – VIII ZR 211/72, Rn. 15 (juris).

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 24.4.1974 – VIII ZR 211/72, Rn. 16 (juris).

Allerdings soll auch nach der herrschenden Auffassung die Vorlage von zumindest einer Urkunde notwendig sein, da andernfalls ein vom Gesetzgeber nicht gewollter „Urkundenprozess ohne Urkunden“ stattfinden könnte.<sup>15</sup> Dem Kläger sei es lediglich gestattet, in seiner Beweisführung „Lücken zu füllen“.<sup>16</sup>

*b) Die restriktive Gegenauffassung*

Nach der restriktiven Gegenauffassung<sup>17</sup>, der sich das OLG Schleswig mit eher knapper Begründung<sup>18</sup> angeschlossen hat,<sup>19</sup> soll dem Kläger im Urkundenprozess dagegen die lückenlose Beweisführung durch Urkunden obliegen. Lediglich der Beweis offenkundiger Tatsachen durch Urkunden wird regelmäßig nicht für erforderlich gehalten.<sup>20</sup> Die Vertreter dieser

Auffassung berufen sich erstens auf den Willen des historischen Gesetzgebers. Zweitens wird ein Vergleich mit der Regelung der § 597 Abs. 2 ZPO<sup>21</sup> geltend gemacht: Wenn der Kläger bei Säumnis des Beklagten alle anspruchsbegründenden Tatsachen mit Urkunden zu beweisen habe, müsse dies erst recht gelten, wenn der Beklagte erscheine und verhandle.<sup>22</sup> Drittens sei es unbillig, den Beklagten, der Tatsachen wahrheitsgemäß nicht bestreite und so den Weg zum Urkundenprozess ebene, schlechter zu stellen als den Beklagten, welcher der Wahrheit zuwider bestreite. Die prozessuale Wahrheitspflicht würde so zu einem Werkzeug, ehrliche Schuldner „prozessual in die Ecke zu drängen“.<sup>23</sup> Viertens sei es inkonsequent, wenn man einerseits den Kläger bei unstreitigen Tatsachen der Obliegenheit für den Urkundenbeweis entbinde, andererseits aber die Vorlage zumindest einer Urkunde fordere.<sup>24</sup> Hierdurch entstünden auch Abgrenzungsschwierigkeiten.<sup>25</sup> Fünftens stünden die prozessualen Voraussetzungen des Urkundenprozesses wie alle prozessualen Voraussetzungen nicht zur Disposition der Parteien. Der Beklagte könne es daher nicht in der Hand haben, dem Kläger ein Rechtsschutzverfahren zu verschaffen, was ihm nach der ZPO an sich nicht zusteht.<sup>26</sup> Sechstens sei die Auffassung des BGH auch nicht vom Wortlaut der §§ 592, 597 ZPO gedeckt. Zwar spreche § 597 Abs. 2 von einem dem Kläger obliegenden Beweis. Nach § 597 Abs. 2 ZPO sei die Klage allerdings selbst dann abzuweisen, wenn der Beklagte *nur* unbegründete oder unstatthafte Einwendungen geltend gemacht habe. In dieser Situation sei aber nach allgemeinen Beweisregeln gar nichts zu beweisen, sodass § 597 Abs. 2 ZPO sich auch nicht auf die allgemeinen Beweisregeln, sondern nur auf § 592 ZPO beziehen könne.<sup>27</sup> Siebtens wird schließlich die rechtspolitische Fragwürdigkeit des Urkundenprozesses selbst ins Feld geführt. Die gesetzgeberischen Rechtfertigungen für die Einführung des Urkundenprozesses könnten letztlich nicht überzeugen: Von der „Verbriefung eines Rechts“ könne allenfalls die Rede sein, wenn die Urkunde – wie etwa ein Wechsel oder

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 24.4.1974 – VIII ZR 211/72, Rn. 24 (juris); OLG Frankfurt WM 1995, 2079; Kratz (Fn. 2), § 592 Rn. 24; Voit (Fn. 2), § 592 Rn. 11; a.A. OLG Jena MDR 1997, 975; tendenziell auch Berger (Fn. 11), § 597 Rn. 12.

<sup>16</sup> Insoweit ist die Rechtsprechung nicht ganz einheitlich. Insbesondere in der obergerichtlichen Rechtsprechung finden sich bisweilen gewisse Einschränkungen: Nach OLG Düsseldorf, Urt. v. 2.3.2005 – 3 U 3/05, Rn. 23, 25 (juris) soll es nur möglich sein, „kleinere Lücken in der Urkundenbeweisführung auszufüllen“. Ein solcher Lückenschluss soll bei der Höhe der Klageforderung nicht möglich sein. Ähnlich für den Beweis der Scheckvorlage nach § 29 Abs. 1 ScheckG OLG München, Urt. v. 6.3.1998 – 21 U 5432/97, Rn. 42 (juris). Implizit ähnlich, im konkreten Fall aber mit anderem Ergebnis OLG Köln VersR 1993, 901. Auch das OLG Celle, Urt. v. 7.12.2006 – 14 U 61/06, Rn. 24 f. (juris), lässt es bei der Werklohnklage nicht genügen, wenn der Vertragsschluss, nicht aber Leistungserbringung und Abnahme urkundlich bewiesen sind.

<sup>17</sup> Braun, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2012, § 592 Rn. 14; Bull, NJW 1974, 1513 (1514); Gloede, MDR 1966, 103; ders., MDR 1974, 895; Gsell, in: Artz/Börstinghaus (Hrsg.), 10 Jahre Mietrechtsreformgesetz, S. 913 (923 ff.); Hankel, AcP 71 (1887), 365 (383 f.); Hertel, Der Urkundenprozess, 1992, S. 129 ff.; Leidig/Jöbges, NJW 2014, 892; Meyer, ZJP 38, 159; Olzen, in: Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Großkommentar, Bd. 8, 4. Aufl. 2013, § 592 Rn. 31 ff.; Stein, Urkunden- und Wechselprozess, 1887, S. 99 f.; Stern, ZJP 32, 245; Stürner, NJW 1972, 1257; ders., JZ 1974, 681; Timme, ProZRB 2003, 192; Ulrich, ZJP 44, 57.

<sup>18</sup> A.A. Leidig/Jöbges, NJW 2014, 892 (894): „Der sorgfältig begründeten Entscheidung...“.

<sup>19</sup> OLG Schleswig, Urt. v. 30.8.2013 – 1 U 11/13, Rn. 24 ff. (juris). Die Berufung auf OLG München MDR 2012, 186 ist allerdings zweifelhaft, weil in dieser Entscheidung an sich nicht von der Rechtsprechung des BGH abgewichen werden sollte, vgl. Fn. 37.

<sup>20</sup> So ausdrücklich Braun (Fn. 17), § 592 Rn. 14; Olzen (Fn. 17), § 592 Rn. 31 ff.; nach Stürner, JZ 1974, 681 (682), ist eine solche Einschränkung hinsichtlich allgemeinkundiger Tatsachen „vertretbar“. Deutlicher differenzierend zwischen

allgemeinkundigen und gerichtskundigen Tatsachen Stürner, NJW 1971, 1257 (1260).

<sup>21</sup> Bei einem ordentlichen Verfahren werden bei Säumnis des Beklagten die vom Kläger vorgetragene Tatsachen gemäß § 331 Abs. 1 S. 1 ZPO als zugestanden angesehen. Ist der Beklagte dagegen im Urkundenprozess säumig, so genügt es nach § 597 Abs. 2 ZPO nicht, dass der Kläger Tatsachen behauptet. Er muss diese vielmehr tatsächlich durch Urkunden beweisen.

<sup>22</sup> Braun (Fn. 17), § 592 Rn. 14. Hankel, AcP 71 (1887), 365 (384).

<sup>23</sup> Stürner, NJW 1972, 1257 (1259); ähnlich ders., JZ 1974, 681 (682).

<sup>24</sup> Gsell (Fn. 17), S. 913 (923, 924).

<sup>25</sup> Hierauf stellt auch das OLG Schleswig, Urt. v. 30.8.2013 – 1 U 11/13, Rn. 27 (juris) maßgeblich ab. Welche Art von Abgrenzungsschwierigkeiten gemeint ist, bleibt dagegen unerörtert.

<sup>26</sup> Stürner, NJW 1972, 1257 (1259).

<sup>27</sup> Stürner, NJW 1972, 1257 (1260); ders., JZ 1974, 681; zust. Gsell (Fn. 17), S. 913 (923 f.).

ein Scheck – tatsächlich ein Recht des Gläubigers verbriefe, nicht aber bei einem schriftlichen Vertrag.<sup>28</sup> Auch von einer „Unterwerfung“ des Schuldners durch die Errichtung einer Urkunde könne jedenfalls nicht generell ausgegangen werden. Zum einen erfolge die Errichtung oftmals lediglich zu Beweis Zwecken, zum anderen umfasse der Urkundenbegriff in § 592 ZPO auch solche Urkunden, an deren Errichtung der Schuldner gar nicht mitgewirkt habe.<sup>29</sup> Eine besondere Dringlichkeit sei schon deshalb keine ausreichende Legitimation, da eine solche keine Zulässigkeitsvoraussetzung des Urkundenprozesses darstelle. In dringlichen Fällen stehe dem Gläubiger vielmehr das Arrestverfahren zur Verfügung.<sup>30</sup> Auch ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch nach §§ 600 Abs. 2, 300 Abs. 4 S. 3 ZPO gleiche die Nachteile des Beklagten nicht immer vollständig aus.<sup>31</sup> Vor diesem Hintergrund sei der Urkundenprozess auf die vom Gesetz vorgegebenen Fälle zu beschränken und nicht auch noch über seinen Wortlaut hinaus auszudehnen.<sup>32</sup>

#### c) Die Auffassung des OLG München

Schließlich wird wohl auch ein differenzierender Standpunkt vertreten: Danach braucht der Kläger zwar prinzipiell im Falle des Nichtbestreitens von Tatsachen durch den Beklagten den Urkundenbeweis nicht zu führen. Statthaftigkeitsvoraussetzung soll allerdings gleichwohl sein, dass dem Kläger die Möglichkeit offen steht, den Urkundenbeweis zu führen.<sup>33</sup> Dieser Auffassung hat sich anscheinend das OLG München angeschlossen.<sup>34</sup> Unklar bleibt hier allerdings, was mit der „Möglichkeit“ des Urkundenbeweises genau gemeint ist.<sup>35</sup> Macht der Kläger etwa – wie in dem vom OLG München entschiedenen Fall – einen Anspruch auf eine Nutzungsentschädigung geltend, so lässt sich das Erfordernis der „Möglichkeit des Urkundenbeweises“ in zweierlei Hinsicht verstehen: einmal dahingehend, dass die geltend gemachte Nutzungsentschädigung abstrakt dem Urkundenbeweis zugänglich ist oder aber dahingehend, dass der Kläger den Urkundenbeweis sogar tatsächlich führen könnte, er also über entsprechende Urkunden verfügt. Versteht man die Einschränkung im letzt-

genannten Sinne,<sup>36</sup> so bestünden im Ergebnis kaum noch Unterschiede zur restriktiven Auffassung.<sup>37</sup> Denn die Statthaftigkeit des Urkundenprozesses und damit auch die Möglichkeit des Urkundenbeweises im konkreten Fall wären von Amts wegen zu prüfen, sodass der Kläger die Urkunde auch im Prozess vorlegen müsste.

#### d) Stellungnahme

Sowohl für die restriktive als auch für die herrschende Auffassung lassen sich gute Argumente ins Feld führen. Letztlich gebührt der restriktiven Auffassung allerdings der Vorzug.

##### aa) Der Verweis auf den Willen des Gesetzgebers

Der Verweis der restriktiven Auffassung auf den Willen des historischen Gesetzgebers ist zwar zutreffend. Es ist auch in der Tat nicht richtig, wenn vonseiten der herrschenden Auffassung behauptet wird, der gesetzgeberische Wille habe sich nicht im Gesetzeswortlaut niedergeschlagen. Es hat etwas Sophistisches, wenn der BGH meint, § 597 Abs. 2 ZPO enthalte einen Verweis auf die allgemeinen Beweisregeln.<sup>38</sup> Beide Befunde gebieten indes nicht zwingend eine restriktive Auslegung. Die gesetzgeberischen Erwägungen entfalten per se keine absolute Bindungswirkung<sup>39</sup> und der Wortlaut von §§ 592, 597 Abs. 2 ZPO spricht zumindest nicht abschließend dafür, dass die Regeln des Urkundenbeweises nicht von den allgemeinen Beweisregeln überlagert werden könnten.

##### bb) Der Verweis auf § 597 Abs. 2 ZPO

Der Hinweis der restriktiven Auffassung auf § 597 Abs. 2 ZPO und die daraus resultierende Besserstellung des säumigen Beklagten<sup>40</sup> überzeugt nur teilweise. § 597 Abs. 2 ZPO könnte nur dann uneingeschränkt indizielle Wirkung entfalten, wenn das Nichtbestreiten von Tatsachen durch den Beklagten seiner Säumnis tatsächlich gleichzustellen wäre. Das ist aber nicht der Fall. Es ist etwas anderes, ob ein Beklagter in der mündlichen Verhandlung erscheint und verhandelt und in diesem Rahmen Tatsachen zugesteht bzw. auf richterlichen Hinweis nicht bestreitet oder ob aufgrund seiner Säumnis der Vortrag des Klägers aufgrund einer Fiktion (§ 331 Abs. 1 S. 1

<sup>28</sup> *Gsell* (Fn. 17), S. 913 (918).

<sup>29</sup> *Gsell* (Fn. 17), S. 913 (918 f).

<sup>30</sup> *Gsell* (Fn. 17), S. 913 (919 f.); *Hertel* (Fn. 17), S. 119.

<sup>31</sup> *Gsell* (Fn. 17), S. 913 (917); *Hertel* (Fn. 17), S. 73 ff.

<sup>32</sup> Siehe die Nachw. in der vorhergehenden Fn.

<sup>33</sup> *Greger*, in: *Zöller, Kommentar zur ZPO*, 30. Aufl. 2014, Rn. 7, 11: „[...] Dass der Kläger im Falle des Nichtbestreitens durch die Beklagte den Urkundenbeweis nicht zu führen braucht, ändert nichts daran, dass die Möglichkeit, ihn zu führen, Statthaftigkeitsvoraussetzung des Urkundenverfahrens ist, also dem Kläger überhaupt erst den Weg zu dieser vereinfachten Titelerlangung öffnet [...]“.

<sup>34</sup> OLG München, Urt. v. 21.9.2011 – 7 U 4957/10, Rn. 34 (juris), unter Berufung auf die genannte Fundstelle und mit wörtlichem Zitat. Wiederholt in OLG München, Urt. v. 23.12.2011 – 7 U 3385/11, Rn. 11 (juris).

<sup>35</sup> Ebenso *Kratz* (Fn. 2), § 592 Rn. 24.

<sup>36</sup> Dieses Verständnis scheint auch das OLG München zugrunde zu legen, vgl. OLG München, Urt. v. 21.9.2011 – 7 U 4957/10, Rn. 34 (juris): „[...] Der Kläger kann im vorliegenden Verfahren keine Urkunden vorlegen, die den geltend gemachten Anspruch auf ‚Nutzungsentschädigung‘ für den Dienstwagen mit Fahrer belegen könnten [...]“.

<sup>37</sup> Es überrascht daher, dass das OLG München keine Auseinandersetzung mit abweichenden Auffassungen vornimmt. Das Gericht ist denn auch in Rn. 58 der Auffassung, sich nicht in Widerspruch zur höchstrichterlichen Rechtsprechung gesetzt zu haben, sodass auch die Revision nicht zugelassen wurde.

<sup>38</sup> Zutreffend und deutlich *Stürmer*, JZ 1974, 681; zust. *Gsell* (Fn. 17), S. 913 (924).

<sup>39</sup> *Honsell*, in: *Staudinger, Kommentar zum BGB*, 2013, Einl. zum BGB Rn. 136; *Wenzel*, NJW 2008, 345 (347).

<sup>40</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 22.

ZPO) nur als zugestanden gilt. Die statistische Wahrscheinlichkeit, dass die vom Kläger vorgetragene Tatsache der Wahrheit entspricht, ist im ersten Fall weitaus höher. Allerdings erscheint es in der Tat seltsam, wenn man sich vergegenwärtigt, dass ein Beklagter es in der Hand hat, durch Säumnis dem Kläger die Möglichkeit des Urkundenprozesses zu entziehen und damit durch die Säumnis seine prozessuale Stellung zu verbessern.<sup>41</sup>

### cc) Schwächen der restriktiven Auffassung

Erheblich für die herrschende Auffassung spricht, dass die restriktive Auffassung – sofern man sie konsequent zu Ende denkt – im Einzelfall zu nicht überzeugenden Differenzierungen führen würde. Das gilt insbesondere für Fälle, in denen ein Vertragsschluss zwar urkundlich festgehalten ist, der Vertrag normativ allerdings auf anderem Wege zustande kam. Unterstellt A sendet B ein Angebotsschreiben zum Abschluss eines Kaufvertrags. Daraufhin begibt sich B zu A, erklärt sich mündlich einverstanden und übergibt A die Kaufsache. Nach der restriktiven Auffassung wäre eine Klage des B im Urkundenprozess als in der gewählten Prozessart selbst dann als unstatthaft abzuweisen, wenn A die Umstände des Vertragsschlusses genauso schildert wie B und auch sonst keinerlei Einwendungen erhebt. Anders allerdings, wenn B dem A den Abschluss des Vertrages schriftlich bestätigt, sich im Prozess aber darauf beruft, die Kaufsache sei noch gar nicht übergeben worden. In diesem Fall müsste auch nach der restriktiven Auffassung ein Urkundenvorbehaltsurteil ergehen, obwohl der Beklagte in diesem Fall ungleich schutzwürdiger erscheint als in der ersten Fallvariante.

Besonders anschaulich zeigt sich diese Problematik in Fällen, in denen der Zugang der Annahme nach § 151 S. 1 BGB entbehrlich ist. Schickt der Bürge dem Gläubiger die Bürgschaftsurkunde und nimmt dieser sie zu den Akten, so ist dies als konkludente Annahme anzusehen, deren Zugang allerdings nach § 151 S. 1 BGB entbehrlich ist.<sup>42</sup> Nach der restriktiven Auffassung könnte der Gläubiger hier auch dann nicht im Urkundenprozess klagen, wenn der Bürge keine Einwendungen geltend macht. Hätte eine Übersendung der Annahme stattgefunden, so könnte der Gläubiger dagegen erfolgreich im Urkundenprozess klagen, selbst wenn der Bürge die Erfüllung der Bürgschaftsforderung behauptet und hierfür mehrere Zeugen benennt.<sup>43</sup>

<sup>41</sup> Dötsch, NZBau 2013, 767, wertet dies dagegen als Argument für die herrschende Auffassung.

<sup>42</sup> BGH NJW 2000, 1563; BGH NJW 1997, 2233; OLG Brandenburg WM 2006, 1855; Armbrüster, in: Erman, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2011, § 151 Rn. 5; Bork, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2010, § 151 Rn. 20; Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 151 Rn. 11; Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 73. Aufl. 2014, § 151 Rn. 4.

<sup>43</sup> Ebenfalls zum Beispiel der Bürgschaft Voit (Fn. 2), § 592 Rn. 11.

### dd) Der Verweis auf die rechtspolitische Fragwürdigkeit des Urkundenprozesses

Diesen Bedenken kann auch zumindest nicht isoliert mit dem Argument begegnet werden, der Urkundenprozess sei als solcher fragwürdig, sodass sein Anwendungsbereich nicht über Gebühr ausgedehnt werden sollte. Der Urkundenprozess mag zwar in vielen Fällen unbillig erscheinen. Macht beispielsweise ein Mieter einen nachträglich aufgetretenen Mietmangel geltend, so kann er diesen durch Urkunden regelmäßig nicht beweisen, sodass sich der Vermieter mittels einer Zahlungsklage im Urkundenprozess zunächst einen vorläufig vollstreckbaren Titel verschaffen kann.<sup>44</sup> Derartigen Unbilligkeiten ließe sich allerdings auch auf anderem Wege begegnen, als dem Kläger den Urkundenbeweis für unstreitige Tatsachen aufzuerlegen. De lege lata wäre hier zu erwägen, den Urkundenprozess in solchen Fällen als unstatthaft anzusehen, in denen eine bestimmte Einwendung oder Einrede statistisch häufig vorkommt, typischerweise aber nicht mit Urkunden bewiesen werden kann.<sup>45</sup> De lege ferenda wäre eine Beschränkung des Urkundenprozesses im b2c-Verhältnis denkbar. Dem Kläger aber allein wegen derartiger Unbilligkeiten generell die Beweislast für unstreitige Tatsachen aufzuerlegen, hätte Züge einer „Breitbandmedikation“, weil diese Maßnahme auch den Kläger treffen würde, dessen Klageforderung unstreitig weder Einwendungen noch Einreden entgegenstehen.

Richtig ist allerdings, dass die rechtspolitischen Argumente den Urkundenprozess nicht rechtfertigen können. Insbesondere lässt sich der Urkundenprozess nicht plausibel damit begründen, dass ein Gläubiger, der die anspruchsbegründenden beweisbedürftigen Tatsachen durch Urkunden beweisen kann und den Urkundenprozess wählt, zumeist mit einer statistisch höheren Wahrscheinlichkeit auch „am Ende die Ober-

<sup>44</sup> Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Urkundenprozess nicht nur dann statthaft, wenn der Mieter einen nachträglich aufgetretenen Mangel geltend macht (BGH NJW 2005, 2701; BGH NJW 2007, 1061), sondern auch, wenn der Mieter sich zwar auf einen anfänglichen Mangel beruft, diesen aber unstreitig bei der Übergabe der Mietsache nicht gerügt hat (BGH NJW 2009, 3099). Zu Recht nimmt der BGH allerdings an, dass wenn sich der Mieter wegen eines anfänglichen Mietmangels bei der Annahme seine Mängelrechte vorbehält, eine Klage im Urkundenprozess als in der gewählten Prozessart unstatthaft abzuweisen ist (BGH NJW-RR 2013, 1232). In diesem Fall kann der Vermieter nämlich die Erbringung der eigenen Vertragsleistung – die Übergabe der mangelfreien Mietsache – nicht mit Urkunden beweisen. Lesenswert zur Beweislast bzgl. der Mangelverursachung durch den Mieter BGH, Urt. v. 16.10.2013 – XII ZR 64/12.

<sup>45</sup> Diesen Rechtsgedanken zieht die Rechtsprechung bei der „Bürgschaft auf erstes Anfordern“ heran (BGHZ 148, 283 = NJW 2001, 3549). Wenn ein Bürge die Bürgschaftsvaluta an den Gläubiger gezahlt hat und diesen nun auf die Rückforderung verklagt, könnte der Gläubiger den Eintritt des materiellen Bürgschaftsfalls vielfach nicht mit Urkunden, sondern erst im Nachverfahren beweisen, was nach Ansicht des BGH mit dem Charakter der „Bürgschaft auf erstes Anfordern“ unvereinbar ist.

hand behält“.<sup>46</sup> Denn diese statistische Wahrscheinlichkeit wäre ja auch und gerade dann besonders hoch, wenn der Kläger zwar gar keine Urkunden vorlegt, die anspruchsbegründenden Tatsachen aber alle unstreitig sind. Ein solcher „Urkundenprozess ohne Urkunden“ ist aber nach nahezu einheitlicher Auffassung gerade nicht möglich.<sup>47</sup> Und wenn der Urkundenprozess im Fall größter statistischer Erfolgswahrscheinlichkeit unstatthaft ist, so kann die Erfolgswahrscheinlichkeit auch nicht als Kriterium für die Statthaftigkeit des Urkundenprozesses herangezogen werden.<sup>48</sup> Wenn sich somit die statistische Erfolgswahrscheinlichkeit als Statthaftigkeitskriterium verbietet, so erscheint auch die soeben vorgenommene Erwägung, den Urkundenprozess dann als unstatthaft anzusehen, wenn eine bestimmte Einwendung oder Einrede statistisch häufig vorkommt, typischerweise aber nicht mit Urkunden bewiesen werden kann, nicht tragbar. Denn der Sache nach würde hier implizit eine Prüfung der Erfolgswahrscheinlichkeit vorgenommen, die sich beim Urkundenprozess aber wegen des Verbots eines „Urkundenprozesses ohne Urkunden“ nicht schlüssig durchhalten lässt.

Durch die gesetzgeberische Fehlkonzeption, auf der einen Seite den Urkundenprozess mit der statistisch erhöhten Erfolgswahrscheinlichkeit zu begründen, aber auf der anderen Seite keinen Urkundenprozess ohne Urkunden zuzulassen, folgt leider, dass die großzügige herrschende Auffassung notwendig inkonsistent bleiben muss.

#### *ee) Praktische Probleme bei der Anwendbarkeit der herrschenden Auffassung*

Entscheidend gegen die herrschende Auffassung spricht die durch deren Anwendung entstehende Rechtsunsicherheit. Auch wenn es prima facie aus der Sicht des praktischen Rechtsanwenders unnötig umständlich erscheinen mag, unstreitige Tatsachen dem (Urkunden)beweis zu unterwerfen, lässt sich gleichwohl nicht von der Hand weisen, dass sich auf der Grundlage der Rechtsprechung des BGH in vielen Grenzfällen nicht mit Sicherheit sagen lässt, ob der Urkundenbeweis statthaft ist oder nicht. Sofern gar keine Urkunde vorgelegt wird, soll der Urkundenprozess nach Ansicht des BGH – auch dann, wenn alle klagebegründenden Tatsachen unstreitig sind – „zweifellos [...] unstatthaft“ sein: für den Urkundenprozess sei eine „sich auf die Klageforderung beziehende Urkunde begriffsnotwendig.“<sup>49</sup> Zulässig sei nur, „Lücken“ beim geführten Urkundenbeweis auszufüllen. Dem BGH ist zwar zuzustimmen, wenn er einen „Urkundenprozess ohne Urkunden“ nicht für möglich hält. Dies würde den Wortlaut des § 592 ZPO eindeutig überdehnen und über die Tatsache hinweggehen, dass der Gesetzgeber gerade kein Verfahren vorgesehen hat, in dem der Kläger ein Vorbehaltsurteil erlan-

gen kann, wenn die Begründetheit der Klage überwiegend wahrscheinlich ist.<sup>50</sup> Allerdings bleibt doch die Frage, welche Anforderungen der BGH an den Bezug der Urkunde zur Forderung stellen will. Konkret ist hier erstens unklar, wie „intensiv“ der Bezug der Urkunde zu den anspruchsbegründenden Tatsachen in sachlicher Hinsicht sein muss und zweitens, „wie viel“ die vorgelegte Urkunde beweisen muss, damit tatsächlich nur noch eine „Lückenfüllung“ verbleibt. In dem vom BGH entschiedenen „Lieferschein-Fall“ konnte der Kläger Lieferscheine, Frachtbriefdoppel und sich auf die Lieferungen beziehende Rechnungen vorlegen. Nach Auffassung des BGH ließen diese Urkunden auf das „Bestehen der behaupteten Forderung schließen“.<sup>51</sup> Dieser Maßstab verträgt sich allerdings kaum mit der Feststellung, dass nur „Lücken“ bei der Beweisführung möglich seien.<sup>52</sup> Angenommen ein Kläger legt als Urkunde lediglich ein Schreiben des Beklagten vor, in dem dieser erklärt: „Den Kaufvertrag über mein Auto von letzter Woche kannst du dir abschminken“. Auch diese Urkunde lässt auf das Bestehen einer Kaufpreisforderung schließen. Ob in diesem Fall der Urkundenprozess statthaft wäre, lässt sich kaum sagen. Denn zum einen ist der normative Bezug zum Vertragsschluss nicht besonders hoch. Zum anderen wird der Vertragsschluss selbst auch nicht bewiesen.

Auch die soeben unter III. 1. d) cc) erörterten Konstellationen lägen keineswegs eindeutig. Sofern eine Urkunde beispielsweise lediglich ein Vertragsangebot beweist, so ist es höchst fraglich, ob in diesem Fall der Beweis der Vertragsannahme als „Lückenfüllung“ angesehen werden kann. Ein Vergleich mit dem „Lieferschein-Fall“ des BGH hilft auch nicht weiter. Denn einerseits ist in den bereits erörterten Konstellationen zwar immerhin das Vorliegen eines Angebots mit den zugehörigen essentialia negotii bewiesen, auf das Vorliegen eines Vertrags lässt sich jedoch aufgrund der Urkunde nicht schließen. Andererseits geht aus Rechnungen (im „Lieferschein-Fall“) zwar hervor, dass der Aussteller von einem geschlossenen Vertrag ausgeht; aber weder Angebot noch Annahme sind tatsächlich bewiesen.

Das wesentliche Problem liegt darin, dass sich auch kein justiziables Kriterium für die Lösung derartiger Grenzfälle finden lässt. Insbesondere verbietet sich auch hier eine Differenzierung nach der statistischen Wahrscheinlichkeit. Und weil sich kein Kriterium für die Abgrenzung finden lässt, müsste jede höchstrichterliche Entscheidung insoweit eine schwer begründbare Einzelfallentscheidung bleiben.

<sup>50</sup> *Gsell* (Fn. 17), S. 913 (925).

<sup>51</sup> BGH, Urt. v. 24.4.1974 – VIII ZR 211/72, Rn. 27 (juris). Diese vage Formulierung dürfte auch der Grund für die Uneinheitlichkeit der obergerichtlichen Rechtsprechung sein. Vgl. die Nachweise in Fn. 16.

<sup>52</sup> Ebenso *Stürmer*, JZ 1974, 681: „Es ist einfach unrichtig, wenn der BGH ausführt, das Nichtbestreiten schließe nur Lücken des Urkundenbeweises.“ Hieraus folgert *Stürmer*, nunmehr könne „jeder Kläger im Urkundenprozess klagen, der zum klagebegründenden Rechtsverhältnis irgendeine Urkunde – auch ohne unmittelbaren Beweiswert – vorlegt [...]“.

<sup>46</sup> Nach BGH, Urt. v. 12.7.2001 – IX ZR 380/98, Rn. 17 (juris), liegt „gerade in der generell erhöhten Erfolgswahrscheinlichkeit des von Urkunden gestützten Rechtsschutzbehrens und der erfahrungsmäßigen Seltenheit von Nachverfahren“ die „innere Rechtfertigung des Urkundenprozesses“.

<sup>47</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 15.

<sup>48</sup> *Gsell* (Fn. 17), S. 913 (925).

<sup>49</sup> BGH, Urt. v. 24.4.1974 – VIII ZR 211/72, Rn. 24 (juris).

*ff) Zusammenfassung*

Somit lässt sich letztlich Folgendes festhalten: Die Systemwidrigkeit des Urkundenprozesses führt dazu, dass keine Auffassung vollends zu überzeugen vermag. Die restriktive Auffassung führt zu den oben bereits dargestellten sinnwidrigen Differenzierungen. Die herrschende Auffassung wäre demgegenüber nur dann konsequent, wenn auch ein „Urkundenprozess ohne Urkunden“ möglich wäre. Dies überdehnt jedoch den Wortlaut des § 592 ZPO deutlich und wird daher zu Recht nahezu einhellig abgelehnt. Ohne einen „Urkundenprozess ohne Urkunden“ erscheint die herrschende Auffassung jedoch auch nicht stimmig und sieht sich vor allem dem Vorwurf der fehlenden Rechtssicherheit und Praktikabilität ausgesetzt. Deshalb erscheint die restriktive Auffassung – trotz berechtigter Bedenken – zumindest als das „kleinere Übel“.

*2. Die Ausführungen des OLG Schleswig zum Vertragsschluss*

Die Ausführungen des Oberlandesgerichts zum Vertragsschluss und seiner Nichtbeweisbarkeit mit Urkunden sind in sich schlüssig. In der Tat wird man im vorliegenden Fall annehmen müssen, dass die Annahme der Beklagten nach § 150 Abs. 1, Abs. 2 BGB als neuer Antrag zu qualifizieren und der Werkvertrag daher tatsächlich erst durch die Ausführung der Bauarbeiten zustande gekommen ist. Da der Vertragsschluss somit nicht lückenlos durch Urkunden bewiesen werden kann, ist es konsequent, wenn das OLG Schleswig von seinem Standpunkt aus die Statthaftigkeit des Urkundenprozesses ablehnt, obwohl der Vertragsschluss als solcher zwischen den Parteien nicht streitig war. An diesem Fall zeigen sich wiederum anschaulich die Probleme beider Auffassungen. Hätte die Klägerin nicht sogleich mit den Bauarbeiten begonnen, sondern vorher noch ein Fax mit dem Inhalt „In Ordnung, ich beginne morgen“ zurückgesendet, wäre der Vertragsschluss lückenlos mit Urkunden beweisbar und der Urkundenprozess deshalb unstrittig statthaft gewesen. Im konkreten Fall kommt hinzu, dass die Beklagte nicht nur die Durchführung der Bauarbeiten tatsächlich nicht bestritten hat, sondern selbst in einem ordentlichen Verfahren faktisch noch nicht einmal die Möglichkeit des Bestreitens gehabt hätte. Denn dass die Bauarbeiten durch die Klägerin durchgeführt worden sind, hätte sich leicht überprüfen lassen, sodass die Beklagte durch ein Bestreiten offensichtlich gegen ihre prozessuale Wahrheitspflicht nach § 138 Abs. 1 ZPO verstoßen hätte. Die restriktive Auffassung erscheint vor diesem Hintergrund auf den ersten Blick grob unbillig. Aber auch auf der Grundlage der herrschenden Auffassung ließe sich nicht mit letzter Sicherheit sagen, ob ein Urkundenprozess statthaft wäre oder nicht. Die Klägerin hat lediglich das Vertragsangebot durch Urkunden bewiesen. Es ergibt sich aus dem vorgelegten Fax weder der Vertragsschluss insgesamt, noch lässt sich (im Gegensatz zum „Lieferschein-Fall“) darauf schließen, dass eine Partei von einem bereits geschlossenen Vertrag ausgeht. Die herrschende Auffassung führt also in casu wiederum zu einer Rechtsunsicherheit bezüglich der Statthaftigkeit. Wenn in der Praxis dagegen anerkannt wäre, dass sämtliche anspruchsbegründenden Tatsachen durch Urkunden bewiesen werden müssen, stünde ein Kläger nicht mehr vor der schwierigen und

riskanten Entscheidung, ob er im Urkundenprozess klagen soll oder nicht.

*3. Die Ausführungen des OLG Schleswig zur Abnahme*

Das OLG Schleswig lässt die Statthaftigkeit des Urkundenprozesses zumindest an zwei weiteren Punkten scheitern: Zwar habe die Beklagte keine Mängel behauptet, eine Abnahme sei gleichwohl nicht erfolgt. Ob der Werkunternehmer in diesem Fall überhaupt auf Zahlung des Werklohns klagen könne, sei ungeklärt (hierzu a). Jedoch habe die fehlende Abnahme in jedem Fall zur Folge, dass die Klägerin die Abnahmereife und damit die Mangelfreiheit des Werkes hätte beweisen müssen (hierzu b). Darüber hinaus beinhalte im Fall einer unberechtigten Abnahmeverweigerung die Klage auf Werklohn immer konkludent auch die Klage auf Erklärung der Abnahme. Und im Urkundenprozess könne der Anspruch auf die Erklärung der Abnahme nicht eingeklagt werden, da gemäß § 592 ZPO im Urkundenprozess nur ein Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder auf die Leistung bestimmter vertretbarer Sachen eingeklagt werden könne (hierzu c).<sup>53</sup>

*a) Werklohnklage ohne Abnahme*

Das OLG Schleswig meint, es sei „ungeklärt“, ob der Werkunternehmer im Falle unberechtigter Abnahmeverweigerung sofort auf die Zahlung des Werklohns klagen kann. Dagegen spreche die Möglichkeit der Fristsetzung nach § 640 Abs. 1 S. 3 BGB.<sup>54</sup>

Grundsätzlich ist gemäß § 641 Abs. 1 S. 1 BGB die Abnahme Voraussetzung für die Fälligkeit der Vergütung.<sup>55</sup> Nimmt der Besteller das Werk trotz Abnahmereife nicht ab, so hat der Unternehmer in der Tat die Möglichkeit, gemäß § 640 Abs. 1 S. 3 BGB eine Frist zur Abnahme zu setzen; nach Fristablauf wird die Abnahme fingiert. Diese Option bietet sich für den Unternehmer insbesondere dann an, wenn der Besteller untätig bleibt. Sofern der Besteller die Abnahme jedoch ernsthaft und endgültig verweigert, konnte der Unternehmer zumindest vor der Einführung des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB nach ganz herrschender Auffassung unmittelbar auf die

<sup>53</sup> OLG Schleswig, Urt. v. 30.8.2013 – 1 U 11/13, Rn. 44 f. (juris).

<sup>54</sup> OLG Schleswig, Urt. v. 30.8.2013 – 1 U 11/13, Rn. 44 (juris).

<sup>55</sup> Einen anderen Ansatz verfolgen *Peters/Jacoby*, in: *Staudinger, Kommentar zum BGB*, 2013, § 641 Rn. 3b ff. Hiernach soll sich die Fälligkeit nach der allgemeinen Bestimmung des § 271 BGB richten und die berechtigte Abnahmeverweigerung nicht zu einer Abweisung der Klage als „zurzeit unbegründet“, sondern lediglich zu einer Zug-um-Zug-Verurteilung führen. Ausführlich dagegen *Voit*, in: *Beck'scher Online-Kommentar zum BGB*, Ed. 31, Stand: 1.2.2013, § 641 Rn. 14. Auch die Rechtsprechung versteht die Abnahme offensichtlich als Fälligkeitsvoraussetzung, vgl. nur BGH, Urt. v. 18.12.1980 – VII ZR 41/80, Rn. 10 ff. (juris), wo der BGH davon ausgeht, dass der Anspruch auf Werklohn erst mit der Abnahme entsteht und dass auch erst in diesem Zeitpunkt eine Klagemöglichkeit des Unternehmers besteht.

Zahlung des Werklohns klagen.<sup>56</sup> Entgegen der Auffassung des OLG Schleswig kann auch die zum 1.1.2002 eingeführte Möglichkeit der Fristsetzung nach § 640 Abs. 1 S. 3 BGB hieran nichts ändern. Denn erstens ergibt im Falle ernsthafter und endgültiger Abnahmeverweigerung eine Fristsetzung keinen Sinn mehr.<sup>57</sup> Und zweitens sollte die Rechtsstellung des Unternehmers durch die Möglichkeit der Fristsetzung nach § 640 Abs. 1 S. 3 BGB nicht verschlechtert, sondern verbessert werden.<sup>58</sup> Auch der BGH geht davon aus, dass eine Fristsetzung nach § 640 Abs. 1 S. 3 BGB im Falle endgültiger Abnahmeverweigerung entbehrlich ist.<sup>59</sup>

Das Problem liegt also weniger darin, dass der Unternehmer im Falle der Abnahmeverweigerung überhaupt die Möglichkeit hat, auf den Werklohn klagen, sondern vielmehr darin, dass der Unternehmer nach zutreffender Auffassung auch mit Urkunden beweisen müsste, dass der Besteller die Abnahme ernsthaft und endgültig verweigert hat. Nimmt man mit der zutreffenden restriktiven Auffassung an, dass der Kläger im Urkundenprozess alle beweisbedürftigen Tatsachen mit Urkunden beweisen muss, so hätte die Klägerin in casu also auch durch Urkunden beweisen müssen, dass die Beklagte die Abnahme ernsthaft und endgültig verweigert hat.

#### b) Beweis der Abnahmereife

Sofern das OLG Schleswig meint, die Klägerin hätte selbst im Falle einer unberechtigten Abnahmeverweigerung die Abnahmereife als Tatbestandsvoraussetzung mit Urkunden beweisen müssen, so ist dies im Ergebnis richtig. Erwägen ließe sich aber, ob sich etwas anderes aus den (geringen) Anforderungen an den klägerischen Vortrag im Falle der Werklohnklage ergibt. Denn nach wohl übereinstimmender Auffassung muss ein Kläger, der bei unberechtigter Abnahmeverweigerung auf Zahlung des Werklohns klagt, nichts zur Mangelfreiheit des Werkes vortragen. Der Kläger muss erst dann hierzu Stellung nehmen, wenn der Beklagte substantiiert Mängel

vorträgt.<sup>60</sup> Nun könnte man geneigt sein anzunehmen, dass ein Kläger, der nichts zur Mangelfreiheit vortragen muss, auch nach der restriktiven Auffassung zum Urkundenprozess die entsprechende Tatsache auch nicht mit Urkunden beweisen muss.

Dem ist jedoch nicht so. Denn obwohl der klagende Unternehmer nicht pauschal die Mangelfreiheit des Werkes vortragen muss, verbleibt sowohl die Behauptungs- als auch die Beweislast für die ordnungsgemäße Leistungserbringung beim Kläger. Den beklagten Besteller trifft bezüglich etwaiger Mängel eine sog. sekundäre Darlegungslast,<sup>61</sup> welche die objektive Beweislast aber gerade nicht umkehrt. Der Unterschied zum „Normalfall“ der sekundären Darlegungslast besteht zwar darin, dass der Kläger zur Mangelfreiheit ausdrücklich gar nichts vortragen,<sup>62</sup> also noch nicht einmal pauschal die Mangelfreiheit behaupten muss. Hierbei handelt es sich jedoch nur um eine Form der Auslegung des klägerischen Vortrags. Die pauschale Behauptung der Mangelfreiheit hätte keinen selbständigen Mehrwert.<sup>63</sup> Vielmehr schließt der Vortrag, die Werkleistung erbracht zu haben, typischerweise die Behauptung der Mangelfreiheit mit ein.<sup>64</sup> Somit ist ein Kläger, der die Herstellung des Werkes und die unberechtigte Abnahmeverweigerung vorträgt, seiner Behauptungslast

<sup>56</sup> RGZ 58, 173 (176); 69, 381 (383); 171, 297 (301); BGHZ 50, 175 (177) = NJW 1968, 1873; BGH NJW-RR 1996, 883; OLG Hamm NJW-RR 1994, 474; *Peters/Jacoby* (Fn. 55), § 641 Rn. 6; *Sprau*, in Palandt, Kommentar zum BGB, 73. Aufl. 2014, § 641 Rn. 5; *Voit* (Fn. 55), § 641 Rn. 5; krit. *Busche*, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 641 Rn. 30, der die Anwendung von §§ 642, 643, 645, 649 BGB für ausreichend hält.

<sup>57</sup> *Sprau* (Fn. 56), § 641 Rn. 5; *Voit* (Fn. 55), § 641 Rn. 5; *Koebler*, BauR 2012, 1153 (1155 f.); tendenziell auch bereits BGH, Urt. v. 25.4.1996 – X ZR 59/94, Rn. 19 (juris), wonach der Einwand, der Werklohn sei mangels Abnahme nicht fällig, begrifflich voraussetze, dass die Abnahme noch erfolgen kann, was im Falle endgültiger Abnahmeverweigerung nicht der Fall ist.

<sup>58</sup> So zutreffend BGH NJW 2003, 200; *Sprau* (Fn. 56), § 641 Rn. 5.

<sup>59</sup> Ausdrücklich BGH, Urt. v. 8.11.2007 – VII ZR 183/05, Rn. 19 (juris); BGH, Urt. v. 18.5.2010 – VII ZR 158/09, Rn. 5 (juris).

<sup>60</sup> BGH NJW 1996, 1749; OLG Hamm NJW-RR 1994, 474 (475): „Dem Senat ist auch kein Fall bekannt, in dem eine Werklohnklage deshalb abgewiesen worden ist, weil der Unternehmer nichts zur Abnahmefähigkeit vorgetragen hat, obwohl er dazu nach seinem eigenen Vorbringen oder dem Vortrag des Bestellers keinen Anlaß hatte.“; *Peters/Jacoby* (Fn. 55), § 641 Rn. 6; *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, 14. Aufl. 2013, Rn. 1802.

<sup>61</sup> Ein Grundfall zur sog. „sekundären Darlegungslast“ ist der folgende: K macht gegen B einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB geltend, weil er B rechtsgrundlos Geld überwiesen hat. K trägt nach allgemeinen Grundsätzen die Beweislast für alle anspruchsbegründenden Voraussetzungen von § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB, also auch für das Merkmal „ohne Rechtsgrund“. Da es K aber nicht möglich ist, jeden denkbaren Rechtsgrund vorauseilend zu widerlegen, trifft B insoweit eine „sekundäre Darlegungslast“. B muss daher das Bestehen eines Rechtsgrundes – etwa eines wirksamen Kaufvertrags – behaupten. Tut B dies, verbleibt die Beweislast jedoch bei K. K muss also das Nichtzustandekommen oder die Unwirksamkeit des Kaufvertrags beweisen. Ausführlich zur sekundären Darlegungslast vgl. *Bacher*, in: Beck'scher Online-Kommentar zur ZPO, Ed. 12, Stand: 15.3.2014, § 284 Rn. 84 ff. sowie zu § 812 Abs. 1 BGB: BGH NJW 1990, 392; NJW 1995, 662; BGH NJW 2003, 1039; BGH NJW 2011, 2130; *Sprau* (Fn. 56), § 812 Rn. 76; *Stadler*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2014, § 812 Rn. 20 f.

<sup>62</sup> K müsste im eben skizzierten Grundfall zumindest vortragen, dass kein Rechtsgrund für die Überweisung des Geldes bestand.

<sup>63</sup> OLG Hamm NJW-RR 1994, 474 (475).

<sup>64</sup> Dementsprechend nimmt OLG Hamm NJW-RR 1994, 474, auch an, dass der Unternehmer mit seiner Klage konkludent die Mangelfreiheit behauptet.

in Bezug auf die Mangelfreiheit nachgekommen. Das ändert aber nichts daran, dass weder Behauptungs- noch Beweislast auf den Beklagten übergehen.

Somit gehört in der Tat auch die Abnahmereife (also die Mangelfreiheit) zu den Tatsachen, die nach der zutreffenden restriktiven Auffassung beim Urkundenprozess des Urkundenbeweises bedürfen.

*c) Der Streitgegenstand der Werklohnklage bei unberechtigter Abnahmeverweigerung*

Die zweite These des OLG Schleswig, im Fall einer unberechtigten Abnahmeverweigerung enthalte eine Klage auf Werklohn immer konkludent auch die Klage auf Erklärung der Abnahme, liegt dagegen nicht gerade nahe. Angesichts der Tatsache, dass sich für die Auffassung des Gerichts kaum Belege finden lassen,<sup>65</sup> verwundert insbesondere die knappe Begründung. Im Gegenteil geht die ganz überwiegende Auffassung zu Recht davon aus, dass durch eine unberechtigte ernsthafte und endgültige Abnahmeverweigerung der Anspruch auf Werklohn fällig wird, eine Abnahme also gar nicht mehr erforderlich ist.<sup>66</sup> Aus diesem Grund ist auch eine konkludente Klage auf Abnahme nicht notwendig. Hinzu kommt, dass der Urteilstenor bei erfolgreicher Werklohnklage keine gesonderte Verurteilung zur Abnahme enthält<sup>67</sup> und der vom OLG Schleswig angenommene „konkludente Antrag“ auch nicht streitwerterhöhend wirken würde. Im Übrigen würden sich auf der Grundlage der Auffassung des OLG Schleswig erhebliche Komplikationen für den Kläger ergeben. Denn durch das Urteil könnte die Abnahme nicht nach § 894 ZPO (vollständig) als erfolgt gelten, da die Abnahme nicht lediglich eine Willenserklärung, sondern einen zweiseitigen Willensakt darstellt: die körperliche Hinnahme des Werkes verbunden mit der Erklärung, dass der Besteller das Werk im Wesentlichen als vertragsgerecht anerkennt. Deshalb müsste der klagende Unternehmer eine Vollstreckung nach § 888 Abs. 1 ZPO durchführen,<sup>68</sup> bevor er wegen seiner Werklohnforderung vollstrecken kann. Die Unannehmlichkeiten, die durch Möglichkeit einer unmittelbaren Werklohnklage vermieden werden sollten, würden somit nur in das Vollstreckungsverfahren verschoben. Daher ist entgegen der Auffas-

sung des OLG Schleswig davon auszugehen, dass die Abnahme bei deren unberechtigter ernsthafter und endgültiger Verweigerung entbehrlich und somit auch eine Klage auf Abnahme weder ausdrücklich noch konkludent erforderlich ist.

#### IV. Fazit

Die besseren Gründe sprechen dafür, den Urkundenprozess lediglich dann als statthaft anzusehen, wenn der Kläger alle anspruchsbegründenden Voraussetzungen mit Urkunden bewiesen hat. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn Tatsachen zwischen den Parteien unstrittig oder durch den Beklagten zugestanden sind. Zwar führt diese Sichtweise bisweilen zu unbefriedigenden Ergebnissen. Diese lassen sich aufgrund der Systemwidrigkeit des Urkundenprozesses aber nie ganz vermeiden. Und für diese restriktive Sichtweise spricht entscheidend der Vorteil der Rechtsklarheit, sodass sie zumindest als das „kleinere Übel“ erscheint. Dass die restriktive Auffassung vorzugswürdig erscheint, zeigt sich auch am vom OLG Schleswig entschiedenen Fall.

Dieser zeigt darüber hinaus grundsätzlich, dass der Urkundenprozess bei der Werklohnklage regelmäßig jedenfalls dann unstatthaft ist, wenn der klagende Unternehmer die Abnahme nicht mit Urkunden beweisen kann. Denn auch wenn man mit der zutreffenden herrschenden Auffassung davon ausgeht, dass der Unternehmer im Falle der unberechtigten ernsthaften und endgültigen Abnahmeverweigerung die Möglichkeit hat, unmittelbar auf Zahlung des Werklohns zu klagen, so scheitert der Urkundenprozess in diesem Fall an zwei Hürden: zunächst kann der klagende Unternehmer typischerweise nicht die ernsthafte und endgültige Abnahmeverweigerung urkundlich beweisen. Vor allem aber kann er durch Urkunden zumeist nicht beweisen, dass diese unberechtigt erfolgt ist. Denn die Abnahmereife und damit die Mangelfreiheit des Werkes gehört letztlich zu den anspruchsbegründenden Voraussetzungen einer solchen Werklohnklage und ist mit Urkunden regelmäßig nicht beweisbar.

<sup>65</sup> Allerdings heißt es bei *Werner/Pastor* (Fn.60), Rn. 1082 in der Tat etwas missverständlich: „[...] dabei reicht ein Zahlungsantrag aus, da mit ihm konkludent die Abnahme der Bauleistung begehrt wird.“ Auch wenn diesen Ausführungen zu entnehmen ist, dass die Abnahme prozessual gerade nicht beantragt werden muss, so wird doch suggeriert, dass die Abnahme prinzipiell noch erforderlich sei.

<sup>66</sup> *Peters/Jacoby* (Fn. 55), § 641 Rn. 6; wohl auch *Busche* (Fn. 56), § 640 Rn. 44, der allerdings davon ausgeht, dass die Fälligkeit im Fall unberechtigter Abnahmeverweigerung nicht durch die (nicht erfolgte) Abnahme, sondern durch den Annahmeverzug des Bestellers herbeigeführt wird.

<sup>67</sup> *Dötsch*, NZBau 2013, 767 (768).

<sup>68</sup> *Busche* (Fn. 56), § 640 Rn. 42; *Derleder* NZBau 2004, 237 (241); implizit auch OLG Stuttgart NJW 2011, 3172; a.A. unter Verweis auf die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG *Peters/Jacoby* (Fn.55), § 640 Rn. 12.