
Datum: 08.10.2015
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 71/15
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2015:1008.21U71.15.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 7 O 270/14
Schlagworte: Bauvertrag; VOB/B; VOB-Vertrag; Bauhandwerkersicherheit; Bauhandwerkersicherung; Verjährung; verhaltener Anspruch
Normen: BGB § 648 a; BGB § 195; BGB § 199 Abs. 1

Leitsätze:

1.

Bei dem Anspruch des Unternehmers aus § 648 a Abs. 1 BGB auf Stellung einer Bauhandwerkersicherheit handelt es sich um einen sog. verhaltenen Anspruch. Die Verjährung dieses Anspruchs beginnt daher entsprechend §§ 604 Abs. 5, 695 Satz 2, 696 Satz 3 BGB erst mit der Geltendmachung des Anspruchs durch den Unternehmer.

2.

Darauf, ob der Unternehmer zum Zeitpunkt des Sicherungsverlangens bereit und in der Lage ist, die ei-gene Leistung zu erbringen, kommt es nicht an (Abgrenzung zu der § 648 a BGB in der bis zum 31.12.2008 geltenden Fassung betreffenden Rechtsprechung des BGH [Urteile vom 09.11.2000 – VII ZR 82/99, NZBau 2001, 129, und vom 27.09.2007 – VII ZR 80/05, NJW-RR 2008, 31]).

3.

Die Vereinbarung eines Gewährleistungseinbehalts schließt den Anspruch des Unternehmers auf Si-cherheit i. S. v. § 648 a Abs. 1 BGB hinsichtlich dieses Teilbetrages nicht aus. Nach der Neuregelung des § 648 a BGB ist allein maßgeblich, dass dem

Unternehmer überhaupt noch ein Vergütungsanspruch zusteht (Anschluss an BGH, Urteil vom 06.03.2014 – VII ZR 349/12, NZBau 2014, 343).

4.

§ 648 a BGB ist ferner auch im VOB-Vertrag uneingeschränkt anwendbar (Anschluss an BGH, Urteil vom Urteil vom 16.04.2009 – VII ZR 9/08, NZBau 2009, 439).

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 06. März 2015 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 7. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld (7 O 270/14) abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger für ausstehende Vergütungsansprüche einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen aus dem Werkvertrag zwischen der J GmbH und der Beklagten vom 06. Juli 2009 über die Erweiterung einer Biogasanlage in L über einen Betrag in Höhe von 32.450,00 € Sicherheit zu stellen nach deren Wahl durch

- Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren,
- Verpfändung von Forderungen, die in das Bundesschuldbuch oder in das Landesschuldbuch eines Landes eingetragen sind,
- Verpfändung beweglicher Sachen,
- Bestellung von Hypotheken an inländischen Grundstücken,
- Verpfändung von Forderungen, für die eine Hypothek an einem inländischen Grundstück besteht oder durch Verpfändung von Grundschulden oder Rentenschulden an inländischen Grundstücken oder
- durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsversprechen eines innerhalb der Bundesrepublik Deutschland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung eines Betrages in Höhe von 44.000,00 € abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe:	1
I.	2
Die Parteien streiten um einen Anspruch der J GmbH auf Gestellung einer Sicherheit i. S. v. § 648 a BGB in Höhe von 32.450,00 € wegen restlicher Vergütungsansprüche sowie Nebenforderungen, die der Kläger in seiner Funktion als Insolvenzverwalter geltend macht.	3
Die Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben.	4
Die Insolvenzschriftnerin und die Beklagte schlossen am 06.07.2009 unter Einbeziehung der VOB/B einen Vertrag über die Erweiterung einer Biogasanlage in L zum Pauschalpreis von 295.000,00 € netto, der nach dem in § 12 Abs. 1 des Vertrages vereinbarten Zahlungsplan nach Baufortschritt zu entrichten war.	5
Die Beklagte nahm die Anlage am 25.02.2010 unter Vorbehalt zahlreicher Mängel ab. Die Schlussrechnung der Insolvenzschriftnerin vom Folgetag über 14.750,00 € bezahlte sie ebenso wenig wie die vorangegangene 5. Abschlagsrechnung vom 21.01.2010 über denselben Betrag.	6
Über den restlichen Vergütungsanspruch der Insolvenzschriftnerin in Höhe von mithin 29.500,00 € nebst Zinsen streiten die Parteien in einem Parallelverfahren vor dem Landgericht <i>Bielefeld</i> (Az. 7 O 78/13).	7
Die Beklagte rügte mit anwaltlichem Schreiben vom 28.04.2011 zahlreiche Mängel und forderte die Insolvenzschriftnerin unter Fristsetzung bis zum 26.05.2011 zur Nacherfüllung auf.	8
Mit anwaltlichem Schreiben vom 27.09.2012 forderte die Insolvenzschriftnerin ihrerseits die Beklagte zur Zahlung der restlichen Vergütung sowie zur Stellung einer Sicherheit i. S. v. § 648 a BGB unter Fristsetzung bis zum 14.10.2012 auf.	9
Der Kläger hat die Ansicht vertreten, er könne auch in Ansehung einer von der Beklagten erklärten Aufrechnung mit Ersatzvornahmekosten in Höhe von rund 8.600,00 € zur Sicherung des <i>gesamten</i> restlichen Vergütungsanspruchs zzgl. Nebenforderungen eine Sicherheit i. S. v. § 648 a BGB verlangen, weil – was unstreitig ist – ein etwaiger Anspruch der Beklagten wegen einer durchgeführten Ersatzvornahme weder unstreitig noch rechtskräftig festgestellt sei. Hierzu hat er behauptet, die Insolvenzschriftnerin habe alle gerügten Mängel beseitigt.	10
Soweit er aufgrund einer im Parallelverfahren erhobenen Widerklage der Beklagten darüber hinaus wider Erwarten zur Beseitigung weiterer Mängel verurteilt werde, sei eine solche auch in Ansehung der Insolvenz tatsächlich und rechtlich ohne Weiteres durch Beauftragung von Nachunternehmern möglich.	11
Der Kläger hat beantragt,	12
die Beklagte zu verurteilen, ihm für ausstehende Vergütungsansprüche einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen aus dem Werkvertrag zwischen der J GmbH und der Beklagten vom 06.07.2009 über die Erweiterung einer Biogasanlage in L über einen Betrag in Höhe von 32.450,00 € Sicherheit zu stellen nach deren Wahl durch	13

- **Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren,**
- **Verpfändung von Forderungen, die in das Bundesschuldbuch oder in das Landesschuldbuch eines Landes eingetragen sind,**
- **Verpfändung beweglicher Sachen,**
- **Bestellung von Schiffshypotheken an Schiffen oder Schiffsbauwerken, die in einem deutschen Schiffsregister oder Schiffsbauregister eingetragen sind,**
- **Bestellung von Hypotheken an inländischen Grundstücken,**
- **Verpfändung von Forderungen, für die eine Hypothek an einem inländischen Grundstück besteht oder durch Verpfändung von Grundschulden oder Rentenschulden an inländischen Grundstücken oder**
- **durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsversprechen eines innerhalb der Bundesrepublik Deutschland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers.**

Die Beklagte hat beantragt, 15

die Klage abzuweisen. 16

Die Beklagte hat behauptet, die Leistungen der Insolvenzschriftstellerin seien mangelhaft. Der Kläger sei tatsächlich und rechtlich auch nicht bereit und in der Lage, die vorhandenen Mängel zu beseitigen. Die Beklagte hat in diesem Zusammenhang die Ansicht vertreten, insoweit könne der Kläger den hierauf entfallenden Anteil der Vergütung durch Nachbesserung nicht mehr verdienen. Die Sicherheit könne daher ihren Zweck nicht mehr erfüllen. Das Sicherungsbedürfnis sei aber nur solange schutzwürdig, wie durch Nacherfüllung ein unverminderter Vergütungsanspruch verdient werden könne. 17

Im Übrigen sei der Kläger in Höhe des vereinbarten Gewährleistungseinbehalts von 5 % mit seinem Sicherungsverlangen ohnehin ausgeschlossen. Anderenfalls dürfe die Beklagte als Bestellerin zwar die Vergütung anteilig bis zur Ablösung durch Gestellung einer entsprechenden Gewährleistungsbürgschaft einbehalten, müsse aber gleichzeitig ihrerseits Sicherheit wegen des vollen Vergütungsanspruchs leisten. Dies sei widersinnig. 18

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Terminprotokoll vom 06.03.2015 (Bl. 84 f. d. A.). 19

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, der geltend gemachte Anspruch sei verjährt. 20

Der Anspruch auf Bauhandwerkersicherung nach § 648 a BGB verjähre in der Regelverjährungsfrist des § 195 BGB. 21

Nach überwiegender Auffassung entstehe der Anspruch mit Abschluss des Bauvertrages. Auch sei die Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände mit Abschluss des Vertrages gegeben. Sofern vereinzelt die Auffassung vertreten werde, es handele sich um einen sog. verhaltenen Anspruch, der erst mit einem entsprechenden Verlangen zu verjähren beginne, sei dem nicht zu folgen. 22

Anders als bei einzelnen verhaltenen Ansprüchen, bei welchen der Gesetzgeber ausdrücklich geregelt habe, dass die Verjährung erst ab Geltendmachung durch den jeweiligen Gläubiger zu laufen beginne, enthalte § 648 a BGB keine derartige Regelung. 23

Zwar könnten sich verhaltene Ansprüche nicht nur aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung ergeben, sondern auch aus anderen Gründen. Für die Einordnung als verhaltener Anspruch komme es im Wesentlichen darauf an, dass der Schuldner nicht von sich aus leisten dürfe, der Gläubiger aber jederzeit die Leistung fordern könne. Nach § 648 a Abs. 3 Satz 1 BGB habe der Unternehmer die Kosten der Sicherheit im dort vorgegebenen Rahmen zu tragen. Das zeige, dass der Besteller nicht ohne Aufforderung dem Unternehmer eine Sicherheit aufdrängen könne und dürfe. Gegen die Annahme eines verhaltenen Anspruchs spreche aber neben der fehlenden eindeutigen Regelung in der Norm selbst auch der Umstand, dass der Anspruch auf Sicherheit nunmehr unabhängig davon bestehe, ob der Unternehmer noch Vorleistungen zu erbringen habe. Es sei widersprüchlich, gleichwohl für die Frage der Verjährung darauf abzustellen, dass der Unternehmer wegen noch zu erbringender Vorleistungen und eines daraus resultierenden Streits erstmals möglicherweise Jahre nach Abschluss des Bauvertrages ein Sicherheitsbedürfnis verspüre. Es sei dem Unternehmer zuzumuten, sich innerhalb von drei Jahren nach Abschluss des Bauvertrages darüber klar zu werden, ob und in welcher Höhe er den Anspruch auf die Sicherheit durchsetzen wolle.	
Ebenso habe der <i>BGH</i> für den Fall des Bürgschaftsanspruchs entschieden, dass dieser mit der Fälligkeit der Hauptforderung entstehe und nicht erst mit Geltendmachung. Gleiches gelte nach einer Entscheidung des <i>Kammergerichts</i> für den Anspruch auf Stellung einer Mietkaution.	25
Im Übrigen sei der Unternehmer auch nicht schutzlos gestellt, da er von dem Leistungsverweigerungsrecht nach § 648 Abs. 5 Satz 1 BGB Gebrauch machen könne. Dieses könne gem. § 215 BGB auch noch nach Ablauf der Verjährung dem Besteller entgegengesetzt werden.	26
Daher habe die Verjährung ab dem Ende des Jahres zu laufen begonnen, in dem der Bauvertrag abgeschlossen worden sei, vorliegend also Ende des Jahres 2009. Danach sei der Anspruch Ende 2012 verjährt.	27
Die Verjährung sei auch nicht durch die Eröffnung des „Konkursverfahrens“ über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin unterbrochen oder gehemmt worden.	28
Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers, mit der er seinen erstinstanzlich geltend gemachten Anspruch weiterverfolgt.	29
Er rügt unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens, das Landgericht sei zu Unrecht von einer Verjährung des Anspruchs ausgegangen. Entgegen der Ansicht des Landgerichts handle es sich bei dem Anspruch aus § 648 a BGB sehr wohl um einen sog. verhaltenen Anspruch. Dies entspreche tatsächlich auch der mittlerweile herrschenden Meinung.	30
Die für diese Ansicht sprechenden Argumente seien beachtlich. So sei es geradezu bautypisch, dass insbesondere bei größeren Bauvorhaben die Durchführung erst viele Jahre nach Vertragsschluss beendet werde. In einem solchen Fall sei der Unternehmer – sofern man der Ansicht des Landgerichts folge – geradezu gezwungen, rein prophylaktisch und ohne konkrete Veranlassung seinen Anspruch auf Stellung einer Bauhandwerkersicherheit geltend zu machen und insoweit ggf. Klage zu erheben, um dessen Verjährung zu vermeiden. Dies sei aber nicht Sinn und Zweck des § 648 a BGB.	31

Dem entsprechend sei es dem Unternehmer gerade nicht zuzumuten, sich innerhalb von drei Jahren nach Vertragsschluss darüber klar zu werden, ob er seine Ansprüche auf Erhalt einer Sicherheit durchsetzen wolle. Typischerweise komme es zu einer Auseinandersetzung über die ggf. zu sichernden Vergütungsansprüche des Unternehmers erst mit der Schlussrechnungslegung. Erst dann habe der Unternehmer regelmäßig Anlass, die ihm gesetzlich zustehenden Sicherheiten geltend zu machen.

Soweit das Landgericht argumentiere, der *BGH* habe für den Fall des Bürgschaftsanspruchs entschieden, dass dieser mit der Fälligkeit der Hauptforderung entstehe und nicht erst mit der Geltendmachung, stütze diese Rechtsprechung gerade die Ansicht, dass die Verjährung des Anspruchs aus § 648 a BGB erst mit dessen Geltendmachung beginne, weil im Werkvertragsrecht der Vergütungsanspruch des Unternehmers erst mit der Abnahme und nicht bereits mit dem Abschluss des Vertrages fällig werde. Es bestehe daher keine Veranlassung, den Beginn der Verjährungsfrist für die Sicherheit bereits auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorzuverlegen. 33

Soweit das Landgericht auf das Leistungsverweigerungsrecht aus § 648 a Abs. 5 Satz 1 BGB verweise, argumentiere es „am Thema vorbei“. Die Sicherung solle gerade auch dann noch geltend gemacht werden können, wenn der Unternehmer keine Vorleistungen mehr zu erbringen habe. Wenn der Unternehmer aber seinerseits bereits vollständig geleistet habe, könne er auch keine Leistungen mehr zurückhalten, um so Druck auf den Besteller auszuüben. 34

Der Kläger beantragt, 35

das am 06.03.2015 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 7. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld (Az. 7 O 270/14) abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, ihm für ausstehende Vergütungsansprüche einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen aus dem Werkvertrag zwischen der J GmbH und der Beklagten vom 06.07.2009 über die Erweiterung einer Biogasanlage in L über einen Betrag in Höhe von 32.450,00 € Sicherheit zu stellen nach deren Wahl durch 36

- ***Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren,***
 - ***Verpfändung von Forderungen, die in das Bundesschuldbuch oder in das Landesschuldbuch eines Landes eingetragen sind,***
 - ***Verpfändung beweglicher Sachen,***
 - ***Bestellung von Schiffshypotheken an Schiffen oder Schiffsbauwerken, die in einem deutschen Schiffsregister oder Schiffsbauregister eingetragen sind,***
 - ***Bestellung von Hypotheken an inländischen Grundstücken,***
 - ***Verpfändung von Forderungen, für die eine Hypothek an einem inländischen Grundstück besteht oder durch Verpfändung von Grundschulden oder Rentenschulden an inländischen Grundstücken oder***
 - ***durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsversprechen eines innerhalb der Bundesrepublik Deutschland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstitutes oder Kreditversicherers.***
- 37

Die Beklagte beantragt, 38

die Berufung zurückzuweisen. 39

40

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil ebenfalls unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.	
Sie meint, das Landgericht habe die Klage mit zutreffender Begründung abgewiesen.	41
Dem Unternehmer stehe es insbesondere frei, mit dem Besteller nötigenfalls eine Vereinbarung über den Verzicht auf die Erhebung der Einrede der Verjährung abzuschließen.	42
Soweit der Kläger meine, die Rechtsprechung des <i>BGH</i> zum Bürgschaftsanspruch stütze seine Auffassung, sei dies falsch und verkenne den Sicherungszweck des § 648 a BGB. Dieser bestehe gerade nicht in der Sicherung (nur) einer <i>fälligen</i> Werklohnforderung, sondern in der Sicherung der vereinbarten, noch nicht gezahlten Vergütung, völlig unabhängig davon, ob diese fällig sei oder nicht. Wesentlicher Sicherungszweck des § 648 a BGB sei es, dem Unternehmer während der Abwicklung des Bauvertrages eine Sicherungsmöglichkeit für die vereinbarte Vergütung zu geben und zwar vom ersten Tag an.	43
Da der Anspruch des Unternehmers auf Sicherheit in Höhe der vollen vereinbarten Vergütung unmittelbar ab Vertragsschluss bestehe, müsse aber auch die Verjährung konsequenterweise bereits mit diesem Zeitpunkt beginnen.	44
Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird Bezug genommen auf die gewechselten Schriftsätze sowie das Protokoll des Senatstermins vom 08.10.2015 (Bl. 133 ff. d. A.).	45
II.	46
Die zulässige Berufung ist begründet.	47
Der Kläger hat in seiner Funktion als Insolvenzverwalter über das Vermögen der J GmbH gegen die Beklagte einen nicht verjährten Anspruch auf Gestellung einer Sicherheit i. S. v. § 648 a BGB in Höhe von 32.450,00 €.	48
1.	49
Die Voraussetzungen des § 648 a Abs. 1 BGB sind erfüllt.	50
a)	51
Da der Vertrag zwischen der Insolvenzschildnerin und der Beklagten über die <i>Erweiterung</i> der in Rede stehenden Biogasanlage am 06.07.2009 geschlossen wurde, ist die Vorschrift gem. Art. 229 § 19 Abs. 1 BGB in der seit dem 01.01.2009 geltenden Fassung anzuwenden.	52
Mit dem Forderungssicherungsgesetz ist § 648 a BGB grundlegend umgestaltet worden. Während der Unternehmer nach der Altfassung des Gesetzes keinen durchsetzbaren Anspruch auf Sicherheitsleistung hatte, gewährt ihm nunmehr die Neufassung einen solchen Anspruch, der auch im Wege der Klage geltend gemacht werden kann (vgl. <i>BGH NZBau</i> 2014, 343, Tz. 13 mwN.).	53
Soweit die Parteien darüber hinaus bereits im Jahr 2005 einen Vertrag über die eigentliche (erstmalige) <i>Errichtung</i> der Anlage geschlossen haben, ist dieser Umstand für die Entscheidung des Rechtsstreits ohne Bedeutung.	54
b)	55

Der personelle und sachliche Anwendungsbereich des § 648 a BGB (vgl. Kniffka/Schmitz, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 28.07.2015, § 648 a Rdnrn. 7 ff.) ist eröffnet.	56
aa)	57
Die Insolvenzschildnerin ist Unternehmerin eines Bauwerks, die ein Sicherungsverlangen (vgl. Leupertz/Halfmeier in Prütting/Wegen/Weinreich, 9. Aufl. 2014, § 648 a BGB, Rdnr. 5) i. S. v. § 648 a Abs.1 Satz 1 BGB geltend macht; die Beklagte ist Bestellerin.	58
bb)	59
Die Voraussetzungen der in § 648 a Abs. 6 BGB geregelten Ausnahmen liegen hingegen ersichtlich nicht vor.	60
cc)	61
§ 648 a BGB ist ferner auch im VOB-Vertrag uneingeschränkt anwendbar (vgl. BGH NZBau 2009, 439, Tz. 14; Kniffka/Schmitz, aaO., § 648 a BGB, Rdnr. 210, jew. mwN.).	62
dd)	63
Gem. § 648 a Abs. 1 Satz 3 BGB wird der Anspruch der Insolvenzschildnerin auch insbesondere nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Insolvenzschildnerin keine Vorleistungen mehr zu erbringen bzw. die Beklagte die Leistungen der Insolvenzschildnerin unstreitig abgenommen hat. Allein maßgeblich ist nach der Neuregelung des § 648 a BGB vielmehr, dass dem Unternehmer – wie vorliegend unstreitig – noch ein Vergütungsanspruch zusteht (BGH NZBau 2014, 343, Tz. 13 f.; Kniffka/Schmitz, aaO., § 648 a BGB, Rdnr. 27, jew. mwN.).	64
c)	65
Der Höhe nach bestehen im Ergebnis ebenfalls keine Bedenken.	66
aa)	67
Gem. § 648 a Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Unternehmer Sicherheit für die vereinbarte, aber noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen verlangen, die mit 10 % des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen sind.	68
Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass von dem vereinbarten Pauschalpreis in Höhe von insgesamt 295.000,00 € noch ein Teilbetrag in Höhe von (2 x 14.750,00 € =) 29.500,00 € offensteht. Zzgl. der mit 10 % hiervon (= 2.950,00 €) anzusetzenden Nebenforderungen ergibt sich ein Betrag von 32.450,00 €. In eben dieser Höhe verlangt der Kläger Sicherheit.	69
bb)	70
Soweit die Beklagte im noch beim Landgericht <i>Bielefeld</i> anhängigen Parallelverfahren gem. §§ 387, 388 Satz 1 BGB die Aufrechnung mit Ansprüchen wegen teilweise bereits durchgeführter Ersatzvornahmen erklärt und im Übrigen Widerklage mit dem Ziel der Mängelbeseitigung erhoben hat, ist dies für die Höhe der zu leistenden Sicherheit gem. § 648 a Abs. 1 Satz 4 BGB unerheblich, weil die insoweit in Rede stehenden Ansprüche der Beklagten weder unstreitig noch bislang rechtskräftig festgestellt sind.	71
cc)	72

Auch soweit die Beklagte unter Bezugnahme u. a. auf die Rechtsprechung des <i>BGH</i> zu § 648 a BGB a. F. (vgl. bspw. BauR 2001, 386 = NZBau 2001, 129 und BauR 2007, 2052 = NJW-RR 2008, 31) darauf verweist bzw. behauptet, die Insolvenzschuldnerin sei weder bereit noch in der Lage, die gerügten Mängel zu beseitigen, weshalb ihr Sicherungsbedürfnis nicht schutzwürdig sei, dringt sie hiermit nicht durch.	73
(1)	74
Die Insolvenz der Schuldnerin allein reicht jedenfalls nicht aus, um diese Annahme zu rechtfertigen (vgl. OLG <i>Düsseldorf</i> , NZBau 2006, 717 [719]; <i>Werner/Pastor</i> , Der Bauprozess, 15. Aufl. 2015, Rdnr. 331 mwN.). Zu Recht verweist der Kläger in diesem Zusammenhang auf die Möglichkeit, notfalls Nachunternehmer mit der Mängelbeseitigung zu beauftragen.	75
(2)	76
Ungeachtet dessen betreffen die zitierten Entscheidungen des <i>BGH</i> § 648 a BGB in der bis zum 31.12.2008 geltenden Fassung. Danach war Voraussetzung eines berechtigten Sicherungsverlangens, dass der Unternehmer <i>bereit und in der Lage</i> war, etwaige Mängel zu beseitigen. Hatte der Unternehmer die Mängelbeseitigung hingegen endgültig verweigert, so wurde als feststehend angesehen, dass er eine <i>abzusichernde Vorleistung</i> nicht mehr erbringen wird. Dementsprechend sollte er sich dann auch nicht mehr auf ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 648 a BGB berufen dürfen (vgl. <i>BGH</i> NJW-RR 2008, 31, Tz. 46 mwN.). (Nur) Solange der Unternehmer <i>bereit und in der Lage</i> sei, Mängel zu beseitigen, habe er ein grundsätzlich schützenswertes Interesse an der Absicherung seines nach Mängelbeseitigung in voller Höhe durchsetzbaren Vergütungsanspruchs (vgl. <i>BGH</i> NZBau 2001, 129 [131] mwN.).	77
Diese zum alten Recht ergangene Rechtsprechung hat ihre Rechtfertigung darin, dass dieses auf die vom Unternehmer zu erbringenden „ <i>Vorleistungen</i> “ (§ 648 a Abs. 1 Satz 1 BGB a. F.) abstellte und ihm keinen Anspruch auf eine Sicherheit, sondern nur ein Leistungsverweigerungsrecht (und nach Nachfristsetzung ein Recht auf Vertragsaufhebung) gab. Es ließ sich daher vertreten, dass Voraussetzungen einer Leistungsverweigerung die fortbestehende eigene Bereitschaft und Fähigkeit des Unternehmers zur Leistung sein mussten. Diese für das alte Recht prägenden Vorgaben sind aber nunmehr durch den dem Unternehmer mit § 648 a BGB n. F. gewährten <i>Anspruch auf Sicherheit</i> entfallen (vgl. <i>Kniffka/Schmitz</i> , aaO., § 648 a BGB, Rdnr. 89 ff., insbes. Rdnr. 93; ebenso <i>Leupertz/Halfmeier</i> , aaO., mwN.).	78
Der Umstand, dass die Parteien im Parallelverfahren über die von der Beklagten gerügten Mängel streiten, weil der Kläger – so die Beklagte – bspw. der Auffassung ist, dass nicht die hier in Rede stehende Leistung der Insolvenzschuldnerin am <i>Erweiterungsbau</i> betroffen ist, sondern die <i>ursprüngliche</i> , bereits aufgrund des Vertrages aus dem Jahr 2005 erbrachte Leistung, führt deshalb nach der hier anzuwendenden, seit dem 01.01.2009 geltenden Fassung des § 648 a BGB nicht dazu, dass eine ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung des Klägers bzw. der Insolvenzschuldnerin und damit einhergehend eine Reduzierung des Sicherungsbedürfnisses zu bejahen wäre.	79
(3)	80
Soweit die Beklagte letztlich meint, der Kläger sei in Höhe des vereinbarten Gewährleistungseinbehalts von 5 % mit seinem Sicherungsverlangen ausgeschlossen und dies damit begründet, es sei widersinnig, dass die Beklagte andernfalls zwar die Vergütung	81

anteilig bis zur Ablösung durch eine entsprechende Gewährleistungsbürgschaft einbehalten dürfe, gleichzeitig aber ihrerseits Sicherheit wegen des vollen Vergütungsanspruchs leisten müsse, vermag der Senat dem nicht zu folgen.

Schon nach der alten Rechtslage war es gegenüber dem Sicherungsverlangen des Unternehmers grundsätzlich unerheblich, dass der Besteller wegen Mängeln ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber einer Raten- oder Abschlagszahlungsforderung haben kann, weil das Leistungsverweigerungsrecht lediglich den *Zahlungsanspruch* betrifft, nicht aber die Sicherstellung (vgl. *BGH NZBau* 2001, 129 [131]). Nichts anderes kann für einen vereinbarten Gewährleistungseinbehalt gelten. 82

Der Anspruch des Unternehmers auf (volle) Sicherheit wegen der gesamten „vereinbarten und noch nicht gezahlten Vergütung“ (§ 648 a Abs. 1 Satz 1 BGB) besteht ab dem Zeitpunkt des Abschlusses des Werkvertrages (vgl. Palandt/*Sprau*, 74. Aufl. 2015, § 648 a BGB, Rdnr. 13). Schon nach § 648 a BGB a. F. stand es dem Unternehmer dabei frei, sofort die volle Sicherheit zu verlangen oder sich zunächst mit einem Teilbetrag zu begnügen und eine den vollen Vergütungsanspruch abdeckende Sicherheit nachzufordern, wenn er das für angebracht hielt. Schon die alte Fassung der Vorschrift wollte dem Unternehmer insoweit gerade die Wahl lassen (vgl. *BGH NZBau* 2001, 129 [130]; *Werner/Pastor*, aaO., Rdnr. 327, jew. mwN.). Dies gilt unverändert bzw. erst recht für die hier maßgebliche, seit dem 01.01.2009 geltende Fassung, die konsequent auf das Sicherungsinteresse des Unternehmers abstellt, welches solange besteht, wie sein Vergütungsanspruch nicht befriedigt worden ist. Nach der Neuregelung des § 648 a BGB reicht es daher für einen Anspruch des Unternehmers gegen den Besteller auf Leistung einer Sicherheit aus, dass dem Unternehmer überhaupt noch ein Vergütungsanspruch zusteht (vgl. *BGH NZBau* 2014, 343, Tz.14 mwN.). Besteht dieser Anspruch aber – wie ausgeführt – bereits ab Vertragsschluss und kommt es deshalb konsequenterweise auf die Fälligkeit der Vergütung, die mangels Abnahme typischerweise zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht gegeben ist (§ 641 Abs. 1 Satz 1 BGB), nicht an, kann auch bei Vereinbarung eines Gewährleistungseinhalts nichts anderes gelten. 83

Im Übrigen wird dieser durch das Verlangen des Unternehmers nach einer Bauhandwerkersicherheit in keiner Weise „ausgehebelt“. Vielmehr ist zwischen dem den Zahlungsanspruch unmittelbar betreffenden Gewährleistungseinbehalt und dem Anspruch auf Sicherstellung (vgl. *BGH NZBau* 2001, 129 [131]) genau zu differenzieren. 84

2. 85

Der Anspruch der Insolvenzschuldnerin ist nicht verjährt. 86

a) 87

Für den Anspruch aus § 648 a BGB gilt die regelmäßige dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB. Hierüber besteht – soweit ersichtlich – Einigkeit in der Literatur (vgl. nur *Kniffka/Koeble*, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 10. Teil, Rdnr. 189; *Kniffka/Schmitz*, aaO., § 648 a BGB, Rdnr. 40; Palandt/*Sprau*, aaO., § 648 a BGB, Rdnr. 13; *Leupertz/Halfmeier*, aaO., § 648 a BGB, Rdnr. 5; *Messerschmidt/Voit/Cramer*, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, § 648 a BGB, Rdnr. 93; *Ingenstau/Korbion/Joussen*, VOB, 19. Aufl. 2015, Anh. 1, Rdnr. 222; *Schmitz*, BauR 2009, 714 [715]; *Schulze-Hagen*, BauR 2010, 354 [364]; *Fuchs*, BauR 2012, 326 [335]; *Kainz*, BauR 2012, 420 [422]). 88

b) 89

Umstritten ist allerdings, wann die Frist des § 195 BGB zu laufen beginnt.	90
aa)	91
Nach einer Ansicht (vgl. insbesondere <i>Kniffka/Koeble</i> , aaO., 10. Teil, Rdnr. 189 mwN.; <i>Kniffka/Schmitz</i> , aaO., § 648 a BGB, Rdnr. 45; lediglich auf den aus anwaltlicher Sicht maßgeblichen „sichersten Weg“ verweisend demgegenüber <i>Schmitz</i> , aaO., [715 f.]; <i>Fuchs</i> , aaO., [335 f.] und <i>Schulze-Hagen</i> , aaO.; nicht endgültig festgelegt wohl auch <i>Kainz</i> , aaO. [422 f.]) kommt es allein darauf an, dass die Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände und die Entstehung des Anspruchs i. S. v. § 199 Abs. 1 BGB schon mit Abschluss des Vertrages gegeben sind, so dass die Verjährung am Ende des Jahres, in dem der Besteller und der Unternehmer den Bauvertrag abschließen, zu laufen beginnt.	92
Danach wäre der Anspruch der Insolvenzschriftnerin verjährt, weil die Verjährung nach dem Vertragsschluss vom 06.07.2009 gem. § 199 Abs. 1 BGB am 31.12.2009 begonnen hätte und die Frist dem entsprechend am 31.12.2012 abgelaufen wäre. Die Klage ist hingegen erst im Jahr 2014 erhoben worden, also nach Eintritt der Verjährung, weshalb eine Hemmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht mehr in Betracht kommt.	93
Insbesondere war Verjährung nach dieser Ansicht auch schon zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 01.11.2013 eingetreten, so dass es auf die vom Landgericht aufgeworfene (und letztlich unter Hinweis auf <i>BGH NJW</i> 1963, 2019 verneinte) Frage, ob die Verjährung hierdurch gehemmt worden sein oder neu begonnen haben könnte, nicht ankommt.	94
bb)	95
Nach anderer Auffassung (vgl. <i>Palandt/Sprau</i> ,; <i>Leupertz/Halfmeier</i> ; <i>Messerschmidt/Voit/Cramer</i> ; <i>Ingenstau/Korbion/Joussen</i> , jew. aaO.) handelt es sich bei § 648 a BGB um einen sog. verhaltenen Anspruch.	96
Diese Forderungen sind dadurch gekennzeichnet, dass der Schuldner die Leistung nicht von sich aus erbringen muss bzw. nicht leisten darf, bevor sie der Gläubiger verlangt (vgl. <i>BGH NJW</i> 2012, 917, Tz. 11 mwN.; <i>Palandt/Ellenberger</i> , aaO., § 199 BGB, Rdnr. 8 sowie ders./ <i>Grüneberg</i> , § 271 BGB, Rdnr. 1 mwN.; <i>Deppenkemper</i> in <i>Prütting/Wegen/Weinreich</i> , aaO., § 199 BGB, Rdnr. 5).	97
Nach dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes und der damit einhergehenden Verkürzung der regelmäßigen Verjährung auf drei Jahre beginnt für diese Ansprüche entsprechend §§ 604 Abs. 5, 695 Satz 2, 696 Satz 3 BGB die Frist des § 195 BGB erst mit ihrer Geltendmachung durch den Gläubiger (vgl. <i>BGH NJW</i> 2012, 58, Tz. 29 sowie <i>NJW</i> 2012, 917, Tz. 12 f.; <i>Palandt/Ellenberger</i> , aaO., § 199 BGB, Rdnr. 8; <i>Deppenkemper</i> , aaO., jew. mwN.).	98
Danach wäre vorliegend noch keine Verjährung eingetreten, weil die Insolvenzschriftnerin ihr Sicherungsverlangen erstmals mit anwaltlichem Schreiben vom 27.09.2012 gestellt hat. Die Verjährungsfrist hätte nach dieser Auffassung daher frühestens zu diesem Zeitpunkt beginnen und nicht vor Ende September 2015 ablaufen können. Durch die Klageerhebung im Jahr 2014 wäre die Verjährung sodann gem. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB rechtzeitig gehemmt worden.	99
cc)	100

Der Senat folgt der letztgenannten Ansicht.	101
(1)	102
Dem steht zunächst nicht der Wortlaut des § 648 a BGB entgegen (so aber Kniffka/Schmitz, aaO., § 648 a BGB, Rdnr. 44 f.; Schmitz, aaO., [716]; Fuchs, aaO., [335 f.]).	103
Zutreffend ist allerdings, dass der Wortlaut des § 648 a BGB im Gegensatz zu anderen Vorschriften (§ 604 Abs. 5, § 695 Satz 2, § 696 Satz 3 BGB) keine ausdrückliche Regelung hinsichtlich des Verjährungsbeginns enthält.	104
In der Rechtsprechung des BGH (vgl. NJW 2012, 58, Tz. 29 sowie NJW 2012, 917, Tz. 13) ist jedoch anerkannt, dass sich verhaltene Ansprüche nicht nur aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung ergeben können, sondern auch aus anderen Gründen (vgl. Ingenstau/Korbion/Joussen, aaO., Rdnr. 222; Kniffka/Schmitz, aaO., § 648 a BGB, Rdnr. 44).	105
(2)	106
Zudem spricht für die „Verhaltenheit“ des Anspruchs die Gesetzessystematik.	107
Wie bereits ausgeführt ist für verhaltene Ansprüche charakteristisch, dass der Schuldner nicht von sich aus leisten darf, der Gläubiger aber jederzeit die Leistung fordern kann. Dies ist bei dem Anspruch auf Bauhandwerkersicherheit der Fall, weil gem. § 648 a Abs. 3 Satz 1 BGB der Unternehmer die Kosten der Sicherheit im dort vorgegebenen Rahmen zu tragen hat. Dürfte der Besteller dem Unternehmer die Sicherheit jederzeit und ohne entsprechendes „Verlangen“ des Unternehmers stellen, könnte er ihm diese Kostenlast aufdrängen, ohne dass der Unternehmer sich hiergegen wehren könnte (vgl. Ingenstau/Korbion/Joussen, aaO., Rdnr. 222; Kainz, aaO. [422 f.]; Schmitz, aaO., [715 f.]; Schulze-Hagen, aaO., [364]; Fuchs, aaO., [335]).	108
(3)	109
Beginnt die Verjährung bereits mit dem Ende des Jahres, in dem der Besteller und der Unternehmer den Bauvertrag abgeschlossen haben, kann sich der Unternehmer gerade bei längerfristigen Bauvorhaben faktisch zur klageweisen Geltendmachung des Anspruchs aus § 648 a BGB gezwungen sehen, um die Verjährung gem. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB auf diese Weise zu hemmen, obwohl zu diesem Zeitpunkt noch kein konkretes Sicherungsbedürfnis besteht, sondern typischerweise erst im Stadium nach der Abnahme wegen Mängelrügen oder sonstiger vom Besteller behaupteter Gegenforderungen hervortritt (vgl. Kniffka/Schmitz, aaO., § 648 a BGB, Rdnr. 41; Schmitz, aaO., [715]; Ingenstau/Korbion/Joussen, aaO., Rdnr. 222; Fuchs, aaO., [335]).	110
Dem kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, dass es dem Unternehmer zuzumuten sei, sich innerhalb von mindestens drei Jahren nach Abschluss des Bauvertrages darüber klar zu werden, ob und in welcher Höhe er den Anspruch auf Sicherheit durchsetzen will (so aber Kniffka/Schmitz, aaO., § 648 a BGB, Rdnr. 45), dass es ihm außerdem freistehe, mit dem Besteller eine Vereinbarung über den Verzicht auf die Erhebung der Verjährungseinrede zu treffen und er sich letztlich unter den Voraussetzungen des § 215 BGB auch noch nach Eintritt der Verjährung auf das Leistungsverweigerungsrecht des § 648 a Abs. 5 Satz 1 BGB berufen könne und daher nicht schutzlos gestellt sei.	111
Eine Vereinbarung zwischen Unternehmer und Besteller über den Verzicht auf die Erhebung der Verjährungseinrede hilft bei derartigen, ganz typischen Auseinandersetzungen ebenso	112

wenig weiter wie das in § 648 a Abs. 5 Satz 1 BGB geregelte Leistungsverweigerungsrecht.

(a) 113

So ist der Abschluss einer Verzichtsvereinbarung von der Kooperationsbereitschaft des Bestellers abhängig, um die es bei einer sich bereits anbahnenden Auseinandersetzung möglicherweise schon nicht mehr gut bestellt ist. 114

(b) 115

Das Leistungsverweigerungsrecht aus § 648 a Abs. 5 Satz 1 BGB läuft außerdem leer, wenn ein Sicherheitsbedürfnis – wie hier – erst nach vollständiger Leistungserbringung zutage tritt. Darüber hinaus darf der Anspruch auf Stellung einer Bauhandwerkersicherheit in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt sein, in welchem erstmals die Leistung verweigert werden konnte. Nur dann liegen die Voraussetzungen des § 215 BGB vor. Konkret kommt es somit darauf an, dass das Leistungsverweigerungsrecht schon zum Zeitpunkt der Anspruchsverjährung entstanden war. Hierfür wiederum muss der Besteller spätestens bis zu diesem Zeitpunkt unter Fristsetzung zur Sicherheitsleistung aufgefordert worden sein. Unterbleibt eine solche Aufforderung oder erfolgt sie, ohne dass eine Frist gesetzt wurde, kann der Unternehmer nach Verjährungseintritt faktisch überhaupt keine Rechte mehr aus § 648 a BGB geltend machen (vgl. Ingenstau/Korbion/Joussen, aaO., Rdnr. 223). 116

c) 117

Danach ist der Anspruch der Insolvenzschuldnerin vorliegend nicht verjährt, weshalb das angefochtene Urteil abzuändern und die Beklagte antragsgemäß zu verurteilen ist. 118

III. 119

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO. 120

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 Satz 1 ZPO. 121

Die Revision war nicht zuzulassen. 122

Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 ZPO). 123

124