
Datum: 03.06.2016
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 99/15
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2016:0603.12U99.15.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 17 O 108/14

Schlagworte: Bauhandwerkerversicherung, Sicherungsabtretung, Rückgewähr, Nebenforderungen

Normen: BGB §§ 648a, 242

Leitsätze:

1. Das Verlangen einer Sicherheit nach § 648a BGB ist nur bei grobem Rechtsmissbrauch gemäß § 242 BGB ausgeschlossen.
2. Die Sicherungsabtretung von Forderungen stellt regelmäßig keine ausreichende Sicherheit im Sinne des § 648a Abs. 1 S. 1 BGB dar. Ihre Rückgewähr ist grundsätzlich erst nach Erhalt der Bauhandwerkerversicherung geschuldet.
3. Dazugehörige Nebenforderungen im Sinne des § 648 a Abs. 1 S. 1 BGB sind auch später etwa auflaufende vertragliche Zinsen und Verzugszinsen, jeweils bezogen auf die abgesicherte Vergütung.

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 2.6.2015 verkündete Urteil der 17. Zivilkammer – Kammer für Handelssachen – des Landgerichts Bochum wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass Sicherheit in Höhe von 458.087,45 € zu leisten ist und die Klägerin nach Empfang der Sicherheit die mit Vereinbarung vom 26./30.5.2011 an sie abgetretene Forderung an die Beklagte zurück zu übertragen hat.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Klägerin gegen Sicherheitsleistung von 120 % des jeweils beizutreibenden Betrags abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils beizutreibenden Betrags leistet.

Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird auf 465.126,24 € festgesetzt.

<u>Gründe:</u>	1
I.	2
Die Parteien streiten um die Stellung einer Bauhandwerkersicherung durch die Beklagte.	3
Die Beklagte schloss mit der Stadt I einen Erschließungsvertrag zum Plangebiet „X-straße“ in I. Mit schriftlichem Vertrag vom 22.2.2011 beauftragte die Beklagte ihrerseits die Klägerin mit der Durchführung der für die Erschließung notwendigen Arbeiten. Die Beauftragung erstreckte sich auf Los 1 (Schmutzwasser- und Regenwasserkanalisation, Regenrückhaltebecken, Baustraße) und Los 2 (Straßenendausbau).	4
Über die Beibringung der im Vertrag vorgesehenen Sicherheiten trafen die Parteien unter dem 26./30.5.2011 eine Abtretungsvereinbarung. Danach trat die Beklagte ihre auf dem Tagesgeldkonto der C AG liegenden Gelder im Rang nach der Bank in Höhe von 706.100 € an die Klägerin ab.	5
Die Klägerin erbrachte die unter Los 1 fallenden Arbeiten. Die Abnahme durch die Beklagte erfolgte am 2.9.2011. In dem hierüber erstellten Abnahmeprotokoll behielt sich die Beklagte Rechte wegen im Einzelnen aufgeführter Mängel vor.	6
Unter dem 11.10.2011 erteilte die Klägerin der Beklagten eine Teilschlussrechnung für das Los 1 der Baumaßnahme, die mit 758.178,68 € abschloss. Unter Abzug bereits geleisteter Zahlungen der Beklagten wies die Rechnung einen offenen Betrag in Höhe von 430.945,93 € aus. Die Beklagte ließ die Teilschlussrechnung durch ein von ihr beauftragtes Ingenieurbüro prüfen und kürzte sie auf 347.360,81 €. Ferner rügte die Beklagte mit Schreiben vom 12.12.2011 insbesondere Mängel der Baustraße und behielt bis zur Mängelbeseitigung einen Betrag von 111.090 € ein.	7
Mit Schreiben vom 23.12.2011 forderte die Klägerin die Beklagte zur Sicherheitsleistung nach § 648a BGB bis zum 11.1.2012 auf. Nach erfolglosem Fristablauf teilte die Klägerin mit Schreiben vom 23.2.2012 mit, dass sie wegen nicht fristgemäß erbrachter Sicherheit von ihrem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch mache.	8
Wegen der von der Beklagten gerügten Mängel der Baustraße leitete die Klägerin mit Antragsschrift vom 8.3.2012 ein selbständiges Beweisverfahren. In dem beim Landgericht Bochum zum Az. 3 OH 5/12 geführten Verfahren erstattete der Sachverständige Dipl.-Ing. P	9

ein schriftliches Gutachten, in dem er im Einzelnen bezifferte Kosten für Mängelbeseitigungs- und Restarbeiten feststellte.

Die Klägerin erteilte der Beklagten sodann eine korrigierte Teilschlussrechnung vom 25.6.2013 über einen Betrag von 776.962,16 €. Zuzüglich Verzugszinsen und abzüglich geleisteter Zahlungen der Beklagten wies die Rechnung einen offenen Betrag in Höhe von 482.129,60 € aus. Zur Zahlung dieses Betrags setzte die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 29.7.2013 eine Frist bis zum 12.8.2013 und forderte für den Fall, dass keine Zahlung erfolgen sollte, die Stellung einer Bauhandwerkersicherung in Höhe von 555.000 € innerhalb derselben Frist. Für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs kündigte die Klägerin die Vertragskündigung an. 10

Mit Schreiben vom 13.8.2013 erklärte die Klägerin die Kündigung des Vertrags vom 22.2.2011 wegen unterbliebener Bezahlung der Teilschlussrechnung vom 25.6.2013 und wegen nicht beigebrachter Bauhandwerkersicherung. 11

Unter dem 21.10.2013 erhob die Klägerin Werklohnklage gegen die Beklagte über zunächst 367.008,44 € und nach Klageerhöhung über 422.842,44 €. Ihre Vergütungsforderung stützte die Klägerin auf die Arbeiten für Los 1 und auf das wegen der Vertragskündigung nicht ausgeführte Los 2. Der Rechtsstreit ist beim Landgericht Bochum zum Az. 17 O 101/13 anhängig. 12

Mit Schreiben vom 9.12.2014 forderte die Klägerin die Beklagte zur Stellung einer Bauhandwerkersicherung in Höhe von 465.106,44 € bis zum 18.12.2014 auf. Nachdem die Beklagte dem nicht nachgekommen ist, hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 22.12.2014 die vorliegende Klage erhoben, mit der sie die Stellung einer Bauhandwerkersicherung in Höhe von 465.126,24 € von der Beklagten verlangt. 13

Die Klägerin hat ihre Vergütung für Los 1 anhand des vereinbarten Pauschalpreises berechnet und vertragliche Einheitspreispositionen sowie Mehr- und Zusatzleistungen und Nachträge hinzugerechnet. Die im selbständigen Beweisverfahren festgestellten Mängelbeseitigungs- und Restfertigstellungskosten hat sie mit 13.489,40 € netto in Abzug gebracht. Unter Abzug der von der Beklagten geleisteten Zahlung hat sie für Los 1 eine Restvergütung von brutto 367.008,44 € errechnet. Ihre Vergütung für das nicht ausgeführte Los 2 hat sie unter Abzug ersparter Aufwendungen mit netto 55.833,60 € beziffert. Der Summe von 422.842,04 € hat sie schließlich eine Pauschale von 10 % für etwaige Nebenforderungen hinzugerechnet. 14

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, dass ihr gemäß § 648a Abs. 1 BGB in dieser Höhe ein Anspruch auf Bauhandwerkersicherung gegen die Beklagte zustehe. Die Restvergütung sei zutreffend berechnet worden. Die schlüssige Darlegung des zu sichernden Werklohns sei im Rahmen des Sicherungsverlangens ausreichend. Bei der Bemessung der Sicherheit seien etwaige Mängelansprüche und zur Aufrechnung gestellte Gegenforderungen nicht zu berücksichtigen. 15

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, dass die Klägerin im Hinblick auf die zwischen den Parteien getroffene Abtretungsvereinbarung vom 26./30.5.2011 bereits über eine hinreichende Sicherheit verfüge. Auf die abgetretene Forderung könne die Klägerin nach dem Inhalt der schriftlichen Erklärungen der C AG vom 15.7.2011, 23.1.2012 und 30.1.2012 und der weiteren schriftlichen Erklärung der W-bank Q-I-E e.G. vom 28.1.2015 uneingeschränkt zugreifen. Das Kontoguthaben sei hiernach ausdrücklich zugunsten der Klägerin freigegeben worden. Insbesondere diene das Kontoguthaben nicht mehr der Besicherung der 16

Bankbürgschaften. Hiernach habe die Klägerin jedenfalls die erhaltene Sicherheit Zug-um-Zug zurück zu gewähren. Insoweit hat die Beklagte hilfsweise ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht.

Eine vollständige und mangelfreie Ausführung der unter Los 1 fallenden Arbeiten hat die Beklagte in Abrede gestellt. Die Vergütung sei nicht schlüssig anhand des vereinbarten Pauschalpreises aus der Urkalkulation abgeleitet und dargelegt worden. Die Mängelbeseitigung und die Restfertigstellung seien mit erheblichen Kosten verbunden, die die Klägerin nicht nachvollziehbar berücksichtigt habe. Die geltend gemachten Nachträge seien teilweise von den Positionen des Pauschalpreises umfasst, Nachtragsvereinbarungen seien nicht getroffen worden. Eine Vergütung für das nicht ausgeführte Los 2 bestehe nicht. Denn die Klägerin habe den Vertrag unberechtigt gekündigt. Im Übrigen habe sie aber auch hier die Vergütung nicht schlüssig dargelegt. Denn die Berechnungen seien ohne Offenlegung der Urkalkulation nicht nachvollziehbar und im Übrigen ersichtlich fehlerhaft. Jedenfalls sei ein Vergütungsanspruch in Höhe der Mehrkosten der Fertigstellung des Loses 2 zu mindern. Insoweit hat die Beklagte die Aufrechnung mit einer Schadensersatzforderung in Höhe von 100.563,70 € erklärt.

17

Mit dem am 2.6.2015 verkündeten Urteil hat das Landgericht die Beklagte antragsgemäß zur Sicherheitsleistung verurteilt.

18

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass der Klägerin die beanspruchte Sicherheitsleistung nach § 648a Abs. 1 BGB zustehe. Die Abnahme der Werkleistungen bzgl. des Loses 1 und die Kündigung des Vertrags bzgl. des Loses 2 stünden dem Anspruch auf die Sicherheitsleistung nicht entgegen. Der Anspruch sei auch nicht im Hinblick auf eine bereits vorhandene ausreichende Sicherheit der Klägerin ausgeschlossen. Die Forderungsabtretung sei keine hinreichende Sicherheit, weil sie nicht den erforderlichen unmittelbaren Zahlungsanspruch gewähre. Vielmehr sichere sie vorrangig den C AG und deren Bürgschaftsverpflichtungen gegenüber der Stadt I. Die Vereinbarung einer unzureichenden Sicherheit sei nach § 648a Abs. 7 BGB unwirksam. Eine andere Bewertung ergebe sich aus der Verzichtserklärung der Bank vom 15.7.2011 nicht. Denn der Verzicht stehe unter dem Vorbehalt, dass die Stadt die Bürgschaften in entsprechender Höhe freigibt, sei mithin vom Verhalten eines Dritten abhängig und gewähre der Klägerin deshalb keinen hinreichend sicheren Zugriff auf die abgetretene Forderung. Aus dem Schreiben der W-bank Q-I-E e.G. vom 28.1.2015 ergebe sich nichts Anderes. Denn auch dieses enthalte nicht den erforderlichen bedingungslosen und uneingeschränkten Verzicht.

19

Der Klägerin stehe die Sicherheit in der geltend gemachten Höhe von 465.126,24 € zu. Denn sie habe ihre Vergütung unter Abzug ersparter Aufwendungen schlüssig abgerechnet und dargetan. Das sei im Rahmen des § 648a BGB ausreichend. Das Sicherheitsverlangen hänge nicht davon ab, ob der Besteller noch Erfüllung verlangen kann oder ob berechnete Mängelrügen bestehen. Zur Aufrechnung gestellte Gegenforderungen blieben unberücksichtigt, soweit sie nicht unstreitig oder rechtskräftig festgestellt sind. Der zwischen den Parteien vereinbarte Sicherheitseinbehalt müsse bei der Bemessung der Sicherheitsleistung unberücksichtigt bleiben. Eine Grundlage für die von der Beklagten geltend gemachte Zug-um-Zug-Verurteilung sei nicht gegeben. Im Hinblick auf den zwingenden Charakter der Sicherheit nach § 648a BGB erscheine es ausgeschlossen, die Stellung der Sicherheit von einer Bedingung, etwa der Rückgabe einer anderen unzureichenden Sicherheit, abhängig zu machen. § 4 der Abtretungsvereinbarung sei zudem zu entnehmen, dass die Rückgabe dieser Sicherheit erst nach Zahlung zu erfolgen habe.

20

Mit ihrer Berufung begehrt die Beklagte abändernd die Abweisung der Klage, hilfsweise ihre Verurteilung nur Zug-um-Zug gegen Rückabtretung der Abtretungsforderung in Höhe von 496.256,53 €.

Die Beklagte hält daran fest, dass die Klägerin aufgrund der vereinbarten Forderungsabtretung eine ausreichende Sicherheit erlangt habe. Sie habe einen unmittelbaren Zahlungsanspruch erworben. Das ergebe sich aus dem Rechtscharakter einer offengelegten Abtretung und sei im Schreiben der W-bank Q-I e.G. vom 28.1.2015 nochmals bestätigt worden. Schon die C AG habe mit Schreiben vom 15.7.2011 auf ihre Rechte umfassend verzichtet. Aus dem Vorbehalt der Freigabe der Bürgschaften ergebe sich nichts Anderes. Denn die Bürgschaften valuierten nur noch in Höhe von 50.000 €. Von der Abtretungsforderung in Höhe von 496.256,53 € habe der Klägerin deshalb ein Betrag von 446.256,53 € und spätestens mit dem Schreiben der W-bank vom 28.1.2015 der Gesamtbetrag als Sicherheit zur Verfügung gestanden. Die formulierten Vorbehalte seien banküblich und stellten keine Einschränkung dar. Hierzu habe das Landgericht gegebenenfalls den Zeugen F hören müssen, der dies bestätigen könne. Dass die W-bank eine Abtretung zugunsten der Klägerin angenommen hat, zeige sich auch daran, dass sie das Gesamtkontoguthaben stets überwacht habe. Letztlich stehe der Klägerin hierdurch eine bessere Sicherheit zur Verfügung, als sie nach dem Inhalt ihres Klageantrags selbst verlangt. Insbesondere bei einer Besicherung durch Wertpapiere, Hypotheken oder die Verpfändung beweglicher Sachen seien die Werthaltigkeit und die Verwertbarkeit der Sicherheit mit größeren Risiken verbunden.

22

Weiter hält die Beklagte daran fest, dass die Klägerin eine Werklohnforderung in Höhe von 465.126,24 € nicht schlüssig dargelegt habe. Das Landgericht habe insoweit Sachvortrag und Beweisantritte der Beklagten unbeachtet gelassen. Die Klägerin habe wesentliche Arbeiten des Loses 1 nicht ausgeführt. Hierzu habe sie die Vergütung fehlerhaft nicht aus ihrer Urkalkulation abgeleitet. Hinsichtlich des Loses 2 habe die Klägerin die ersparten Aufwendungen fehlerhaft nicht aus ihrer Urkalkulation berechnet. Ferner habe sie sich einen anderweitigen Erwerb, den sie nach ihrem Vorbringen habe erzielen können, anrechnen lassen müssen.

23

Schließlich könne die Klägerin Sicherheitsleistung jedenfalls nur Zug-um-Zug gegen Rückabtretung der Abtretungsforderung verlangen. Sollte insoweit eine Vorleistungspflicht der Beklagten bestehen, habe eine Verurteilung auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung erfolgen müssen. Von einer Rückgabepflicht seien die Parteien nach dem Inhalt der Präambel der Abtretungsvereinbarung ausgegangen. Dem stehe nicht etwa der Charakter der Sicherheit nach § 648a BGB entgegen. Vielmehr stehe einem Sicherungsgeber durchaus ein Anspruch auf Rückgabe einer Übersicherung zu. Eine Übersicherung solle § 648a BGB nicht gewähren. Insoweit stelle sich das Verhalten der Klägerin als willkürlich, rechtsmissbräuchlich und sittenwidrig dar.

24

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil. Das Landgericht sei zutreffend davon ausgegangen, dass die Forderungsabtretung den Anforderungen des § 648a BGB nicht genüge. Denn die C AG habe in der Abtretungsvereinbarung keine eigene Zahlungsverpflichtung gegenüber der Klägerin übernommen. Auch sei die Forderungsabtretung ausdrücklich nachrangig erfolgt. Dass es sich um eine dem § 648a BGB nicht gleichwertige Sicherheit handle, komme in der Präambel der Abtretungsvereinbarung zum Ausdruck. Eine nicht genügende Sicherheit könne einerseits schon nicht durch nachträgliche Erklärung ausgeglichen werden. Andererseits lasse sich der Erklärung der Bank aber auch nicht der notwendige Verzicht auf den ihr eingeräumten Vorrang, sondern

25

lediglich ein Verzicht auf etwaige ihr zustehende Aufrechnungs- und Verrechnungsansprüche entnehmen. Etwas Anderes ergebe sich aus dem Schreiben der W-bank Q-I-E e.G. vom 28.1.2015 nicht. Dem stehe schon entgegen, dass das Schreiben nicht an die Klägerin gerichtet sei. Auch sei das dort angegebene Konto gar nicht mit dem in der Abtretungsvereinbarung genannten Konto identisch. Im Übrigen werde darin keine über die Erklärung der C AG vom 15.7.2011 hinausgehende Rechtsposition gewährt.	
Das Landgericht habe auch zutreffend ausgeführt, dass die Werklohnforderung der Klägerin in Höhe von 465.126,24 € schlüssig dargelegt worden sei. Hinsichtlich des Loses 1 handle es sich bei den von der Klägerin vorgenommenen Abzügen teilweise um solche, die nach der Rechtsprechung des BGH bei der Bemessung der Sicherheit gar nicht zu berücksichtigen gewesen wären. Teilweise handle es sich um lediglich geringfügige nicht erbrachte Restleistungen, die hinreichend bewertet und in Abzug gebracht worden seien. Die von der Beklagten hinsichtlich weiterer Positionen erhobenen Mängelrügen seien bei der Bemessung der Sicherheit zutreffend nicht berücksichtigt worden. Die Nachträge seien anhand der Urkalkulation schlüssig dargelegt worden. Aufgrund der mit Schriftsatz vom 4.3.2015 überreichten Urkalkulation habe die Beklagte eine Prüfung vornehmen können. Bei der Berechnung der Werklohnforderung für Los 2 seien zutreffend die ersparten Aufwendungen in Ansatz gebracht worden. Einen anderweitig erzielbaren Erwerb habe die Klägerin nicht etwa eingeräumt.	26
Den Hilfsantrag sieht die Beklagte als in der Berufung nicht zulässig an. Mit Nichtwissen bestreitet sie, dass das in dem Antrag angegebene Konto mit dem in der Abtretungsvereinbarung genannten Konto identisch ist. In der Sache habe das Landgericht eine Zug-um-Zug-Verurteilung zu Recht abgelehnt. Die Sicherheitsleistung könne nicht von der Rückgabe einer anderen unzureichenden Sicherheit abhängig gemacht werden. Die Zuerkennung eines Zurückbehaltungsrechts würde zu einer Aushöhlung der zwingenden Vorschriften in § 648a Abs. 1-5 BGB führen. Der Beklagten stehe aus der Abtretungsvereinbarung aber auch kein Anspruch auf Rückabtretung zu. Denn die Rückabtretung sei nach § 5 der Vereinbarung von einem Erlöschen des Sicherungsgrundes nach § 648a BGB abhängig. Mangels vollständiger Zahlung des Werklohns sei der Sicherungsgrund nicht erloschen. Ein Rückabtretungsanspruch der Beklagten folge auch nicht aus einer Übersicherung der Klägerin. Denn es sei völlig ungewiss, ob sie die Beklagte im Sicherungsfall überhaupt erfolgreich in Anspruch nehmen kann.	27
II.	28
Die zulässige Berufung hat teilweise Erfolg.	29
Die Beklagte ist der Klägerin zur Leistung einer Sicherheit in Höhe von 458.087,45 € verpflichtet. Nach Empfang der Sicherheit hat die Klägerin die durch Abtretungsvereinbarung vom 26./30.5.2011 erlangte Forderung an die Beklagte zurück zu übertragen.	30
Anspruchsgrundlage für die begehrte und der Klägerin mit dem angefochtenen Urteil zuerkannte Sicherheit ist § 648a Abs. 1 S. 1 BGB.	31
Da der Vertragsschluss nach dem 1.1.2009 erfolgt ist, findet die Vorschrift in der aktuellen Fassung Anwendung. Die Regelung des § 648a BGB gilt auch, wenn die Vertragsparteien die Einbeziehung der VOB/B vereinbart haben (BGH BauR 2009, 1152, Tz. 14).	32
1. Nach § 648a Abs. 1 S. 1 BGB steht die Sicherheit dem Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines einzelnen Teils davon zu.	33

- a. Der Begriff des Unternehmers wird dahin verstanden, dass nur derjenige erfasst ist, der aufgrund eines Werkvertrags tätig wird (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl. 2015, Rn. 320). Das wirksame Zustandekommen des Vertrags vom 22.2.2011 über die von der Klägerin auszuführenden Erschließungsarbeiten ist zwischen den Parteien nicht streitig. Die vertraglich geschuldeten Leistungen sind erfolgsbezogen. Es handelt sich mithin um einen Werkvertrag im Sinne des § 631 BGB. 34
- b. Die Werkleistung muss ein Bauwerk oder eine Außenanlage betreffen. Der Begriff „Bauwerk“ entspricht dem des § 634a Nr. 2 Alt. 1 BGB, umfasst mithin jede durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden herzustellende unbewegliche Sache. Da der Begriff weiter ist als der Begriff „Gebäude“ im Sinne der §§ 93 ff. BGB, sind Hoch- und Tiefbau gleichermaßen umfasst (Palandt/Sprau, BGB, 75. Aufl. 2016, § 648a Rn. 6; 634a Rn. 10 m.w.N.). Vorliegend geht es um die Schmutzwasser- und Regenwasserkanalisation, Regenrückhaltebecken, Baustraße und Straßenendausbau. Dabei handelt es sich um Bauwerksleistungen im Sinne des § 648a Abs. 1 S. 1 BGB. 35
- c. Sicherungsberechtigt ist jeder, der eine Bauwerksleistung im Sinne des § 648a Abs. 1 S. 1 BGB erbringt, mithin auch der Sub-/Nachunternehmer (Werner/Pastor, a.a.O., Rn. 321; MüKo/Busche, BGB, 6. Aufl. 2012, § 648a Rn. 7). Das ist vorliegend die Klägerin. Verpflichtet ist der Besteller der Bauwerksleistung, im Verhältnis zum Sub-/Nachunternehmer mithin der Haupt- oder Generalunternehmer. Das ist hier die Beklagte. 36
- d. Ein die Anwendbarkeit des § 648a BGB ausschließender Fall des Abs. 6 S. 1 liegt nicht vor. 37
2. Gegen die Wirksamkeit der Abtretungsvereinbarung vom 25./30.5.2011 bestehen keine Bedenken. Denn vereinbarte Sicherheiten werden durch § 648a Abs. 7 BGB nicht berührt. Sie sind wirksam und zulässig, soweit sie nicht auf Verlangen gewährt werden. Jedoch können durch sie die Befugnisse nach § 648a BGB im Grundsatz nicht eingeschränkt werden (vgl. Palandt/Sprau, a.a.O., § 648a Rn. 4; MüKo/Busche, a.a.O., § 648a Rn. 15 jew. m.w.N.). 38
- a. Daraus folgt, dass die Abtretung des Kontoguthabens – des Auszahlungsanspruchs der Beklagten gegen die Bank – den Anspruch der Klägerin aus § 648a BGB nicht ausschließt. Es handelt sich dabei ohnehin nicht um eine ausreichende Sicherheit im Sinne der Vorschrift. Denn die Abtretung ist gemäß § 1 der Vereinbarung im Rang nach der C AG erfolgt. 39
- b. Ersetzt die als Sicherheit gewährte Forderungsabtretung nicht die Sicherheitsleistung im Sinne von § 648a BGB, können auch die späteren Freigabeerklärungen der Bank den Sicherungsanspruch der Klägerin nicht ausschließen. Denn unabhängig davon, ob hierdurch ein unmittelbarer Auszahlungsanspruch entstanden ist, handelt es sich jedenfalls nicht um eine den §§ 232 Abs. 1, 648a Abs. 2 S. 1 BGB entsprechende Sicherheit. Eine Vereinbarung, nach der dem Unternehmer statt der gesetzlich vorgesehenen Sicherheitsleistung eine andere zu leisten ist, wird von § 648a Abs. 7 BGB erfasst. Es kann deshalb an dieser Stelle offenbleiben, ob die Klägerin im Anschluss an die Freigabeerklärungen einen uneingeschränkten alleinigen Zugriff auf das Kontoguthaben erlangt hat. 40
3. Die mit Schreiben der Klägerin vom 13.8.2013 erklärte Vertragskündigung steht dem Sicherungsanspruch nicht entgegen. Denn es kommt im Gegensatz zur Altfassung des § 648a BGB nicht mehr darauf an, ob der Unternehmer noch Vorleistungen erbringen muss. Vielmehr reicht es für einen Anspruch auf Leistung einer Sicherheit aus, dass dem Unternehmer noch ein Vergütungsanspruch zusteht (vgl. BGH BauR 2014, 992, Tz. 12 ff. m.w.N.; OLG Celle NZBau 2012, 702, Tz. 29). 41

4. Gemäß § 648a Abs. 1 S. 3 BGB wird der Anspruch des Unternehmers auf Sicherheit nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Besteller das Werk abgenommen hat. Unerheblich ist deshalb, dass die Beklagte die unter Los 1 fallenden Arbeiten am 2.9.2011 abgenommen hat.	42
5. Ein wirksames vorprozessuales Sicherungsverlangen ist keine Anspruchsvoraussetzung. Der Werkunternehmer ist nicht gehalten, die mit Vertragsschluss fällig werdende Forderung einer Sicherheit sofort geltend zu machen. Will er nicht nach § 648a Abs. 5 BGB vorgehen, kann er deshalb auch erst im weiteren Verlauf der Bauausführung, auch nach Abnahme des Werks, die Leistung einer Sicherheit verlangen.	43
Unerheblich ist aus diesem Grund, dass die Klägerin vorprozessual eine Sicherheit in wechselnder Höhe verlangt hat. Denn jedenfalls mit der Klage hat sie eine der Höhe nach bestimmte Sicherheitsleistung verlangt.	44
Auch ist die Einwendung der Beklagten, die Klägerin habe die Kostentragung zusichern müssen, nicht begründet. Denn die Pflicht des Bestellers, dem Unternehmer die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung zu erstatten, folgt bereits aus dem Gesetz (§ 648a Abs. 3 BGB).	45
6. Dem zur Sicherheitsleistung Verpflichteten steht nach Maßgabe der §§ 232 Abs. 1, 648a Abs. 2 S. 1 BGB ein Wahlrecht zu. Das Recht ergibt sich aus dem Gesetz, so dass es weder eines dahingehenden Sicherungsverlangens noch eines dahingehenden Urteilsauspruchs bedurft hat. Das angefochtene Urteil schränkt das Wahlrecht der Beklagten indes auch nicht ein.	46
7. Der Werkunternehmer kann nach § 648a Abs. 1 S. 1 BGB Sicherheit verlangen für die vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen. Die vereinbarte Vergütung umfasst die in Zusatzaufträgen vereinbarte Vergütung und nach dem Schutzzweck der Norm auch die Vergütung für angeordnete Leistungsänderungen, für die eine konkrete Vergütungsvereinbarung fehlt (Werner/Pastor, a.a.O., Rn. 329).	47
Umfasst ist ferner die dem Unternehmer nach Vertragskündigung zustehende Vergütung. Denn auch diese ergibt sich aus der dem Vertrag zugrundeliegenden Vereinbarung und ist deshalb die vereinbarte Vergütung im Sinne des § 648a Abs. 1 S. 1 BGB. Sowohl die für erbrachte Leistungen verdiente als auch die nach Vertragskündigung bestehende Vergütung für nicht erbrachte Leistungen muss der Unternehmer schlüssig darlegen (BGH BauR 2014, 992, Tz. 20 ff.).	48
a. Die Arbeiten für Los 1 hat die Klägerin im Wesentlichen ausgeführt. Das ergibt sich aus dem Abnahmeprotokoll vom 2.9.2011. Mit der Abnahme hat die Beklagte das dem Grunde nach auch anerkannt. Die Klägerin nimmt danach zutreffend eine Berechnung anhand des in § 2 Abs. 2 des Vertrags vereinbarten Festpreises in Höhe von netto 450.498,90 € vor.	49
aa. Hiergegen hat die Beklagte eingewandt, dass die Klägerin folgende Positionen des Leistungsverzeichnisses nicht ausgeführt habe:	50
3.1.10. Boden ausheben und abfahren	51
3.4.30. verdichtungsfähigen Füllboden liefern und einbauen	52
4.1.10. Boden ausheben und abfahren	53

4.4.30.	verdichtungsfähigen Füllboden liefern und einbauen	54
Titel 6	minderwertiges RC-Material	55
7.9.20.	minderwertiges RC-Material	56
7.9.40.	minderwertiges RC-Material	57
7.1.10.	Bodenaushub nicht entsorgt	58
7.4.30.	verdichtungsfähigen Füllboden liefern und einbauen	59
Das ist indes streitig und deshalb im Rahmen der Bemessung der Sicherheit nicht zu berücksichtigen. Der Einbau von RC-Material ist zwar dem Grunde nach nicht streitig. Hierzu hat der Sachverständige P in seinem Gutachten vom 16.5.2013 aber festgestellt, dass der Einbau von RC-Material nach den Vorgaben der Leistungsbeschreibung und des Leistungsverzeichnisses zulässig gewesen sei.		60
bb. Die weiteren von der Beklagten beanstandeten Positionen		61
5.5.110.	Erfassung der Reglerstellung 846,50 €	62
5.5.120.	Elektronische Erfassung von Drosselverstopfungen 1.502,00 €	63
hat die Klägerin indes als nicht ausgeführt zugestanden. Ferner hat sie eingeräumt, dass folgende weitere Positionen von ihr nicht ausgeführt worden seien:		64
5.5.130.	Einstellung der Drosselwassermenge 1.472,00 €	65
7.11.20.	Dichtigkeitsprüfung 563,50 €	66
10.1.20.	Dichtigkeitsprüfung 966,00 €	67
Insgesamt geht es in der Summe um 5.350 €. Dabei ist nicht auf die von der Beklagten behaupteten deutlich höheren Mehrkosten für die anderweitige Fertigstellung abzustellen. Denn ein dahingehender etwaiger Schadensersatzanspruch ist bei der Bemessung der Sicherheit nicht zu berücksichtigen.		68
Die unstreitigen und deshalb in die Vergütungsberechnung einzubeziehenden offenen Leistungen sind im Verhältnis zum Pauschalpreis nur geringfügig und zwingen deshalb nicht zu einer Abrechnung anhand der Urkalkulation der Klägerin. Denn eine Bewertung der nicht erbrachten Leistungen und deren Abzug vom Gesamtpreis reichen aus, wenn dadurch keine kalkulatorischen Verschiebungen zu Lasten des Auftraggebers verdeckt werden können. Hierbei ist die Grenze der Geringfügigkeit im oben genannten Sinn jedenfalls dann nicht überschritten, wenn der Umfang der noch zu erbringenden Leistungen – wie hier – unter 2 % des Auftragsvolumens liegt (vgl. mit Nachweisen zur Rechtsprechung des BGH: OLG Hamm NZBau 2006, 576, Tz. 24).		69
Zu einer Ausführung der offenen Leistungen ist die Klägerin offenbar nicht bereit, so dass sie die Leistungen bewerten und in Abzug bringen muss. Der vorgenannte Betrag von 5.350 € ist deshalb vom Pauschalpreis in Abzug zu bringen. Das belastet die Beklagte nicht, weil ein nach der Urkalkulation höherer Abzug aufgrund des unter der Angebotssumme bleibenden Pauschalpreises nicht ersichtlich ist. Es errechnet sich mithin eine Pauschalvergütung für Los 1 in Höhe von 445.148,90 €.		70

b. Für das Los 1 haben die Parteien in § 2 Abs. 1 des Vertrags zusätzliche Einheitspreispositionen vereinbart. Die sich daraus ergebende Vergütung berechnet die Klägerin anhand der ausgeführten Massen.	71
(1) Pos. 01.01.0040 Erdwall	72
Die Klägerin hat die von dem Ingenieurbüro der Beklagten ermittelte Menge von 4.237,824 cbm (K 22) zugrunde gelegt. Bei einem Einheitspreis von 11,60 € ergibt sich ein Betrag von 49.158,76 € (statt 49.185,79 €). Das ist unstreitig.	73
(2) Pos. 01.01.0060 Gleisschotter	74
Den abgerechneten Betrag in Höhe von 25.280,41 € hat die Beklagte bei ihrer Rechnungsprüfung anerkannt (K 13). Das ist ebenfalls unstreitig.	75
(3) Pos. 01.01.0080 überwachungsbedürftiges Bodenmaterial	76
Den abgerechneten Betrag in Höhe von 1.266,44 € hat die Beklagte bei ihrer Rechnungsprüfung ebenfalls anerkannt (1.266,57 €, K 13). Das ist unstreitig (Bl. 198).	77
(4) Pos. 01.02.0010 Beton abbrechen Lokschruppen	78
Den abgerechneten Betrag in Höhe von 12.016,59 € hat die Beklagte bei ihrer Rechnungsprüfung anerkannt (12.016,76 €, K 13). Auch das ist unstreitig.	79
(5) Pos. 01.02.0020 Abbruch Mauerwerk und Beton	80
Die Klägerin berechnet 314,35 cbm und legt hierzu die Aufmaße 1-7 vor (K 23). Bei einem Einheitspreis von 49,38 € ergeben sich 15.522,60 € (statt 15.522,80 €).	81
Die Beklagte wendet dagegen zwar ein, dass nur 134,75 cbm abzurechnen seien. Mit der Behauptung, die berechneten Mengen seien nicht geleistet, wird der Besteller bei der Bemessung der Sicherheit aber nicht gehört (BGH BauR 2014, 992, Tz. 29).	82
(6) Pos. 01.02.0030 Asphaltbefestigung	83
Den abgerechneten Betrag in Höhe von 778 € hat die Beklagte bei ihrer Rechnungsprüfung anerkannt (K 13). Das ist wiederum unstreitig.	84
c. Ferner macht die Klägerin betreffend Los 1 eine Mehrvergütung für Aushubarbeiten wegen einer von der Leistungsbeschreibung abweichenden Bodenklasse geltend (Nachtrag N 2).	85
Insoweit kommt eine Mehrvergütung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B in Betracht. Denn bei einer vom Leistungsverzeichnis abweichenden Bodenklasse muss der Auftragnehmer eine andersartige Leistung im Sinne dieser Vorschrift ausführen. Es handelt sich nicht lediglich um eine abweichende Menge (§ 2 Abs. 3 VOB/B). Die Leistung ist als solche im Vertrag vorgesehen, so dass es sich auch nicht um eine zusätzliche Leistung handelt (§ 2 Abs. 6 VOB/B). Da die Abweichung der Bodenklasse in der Regel im Risikobereich des Auftraggebers liegt, ist mithin § 2 Abs. 5 VOB/B anzuwenden, selbst wenn der Auftraggeber nur stillschweigend die Ausführung der geänderten Leistung verlangt hatte (KG BauR 2006, 111; Werner/Pastor, a.a.O., Rn, 1461 f.; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 5. Teil, Rn. 116 f.).	86

Die Anspruchsvoraussetzungen hat die Klägerin schlüssig vorgetragen:	87
aa. Abweichend vom Leistungsverzeichnis (K 24, Bodenklassen 3-6) sei der Boden des Erdwalls der Bodenklasse 7 zuordnen. Die Anmeldung von Mehrkosten gemäß einem Angebot über die Ausführung der geänderten Leistung hat die Klägerin anhand ihres Schreibens vom 26.5.2011 (K 27) vorgetragen. Auch hat sie eine stillschweigende Anordnung der Beklagten dargelegt.	88
Gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehrkosten zu vereinbaren. Eine dahingehende stillschweigende Annahme ihres Angebots vom 26.5.2011 mit einem Einheitspreis von 1,36 €/cbm hat die Klägerin vorgetragen. Die Masse stimmt wiederum mit der vom Ingenieurbüro der Beklagten ermittelten Menge von 4.237,824 cbm (K 22) überein. Es errechnen sich danach 5.763,44 €.	89
bb. Aus den vorgenannten Gründen hat die Klägerin eine stillschweigende Anordnung der Beklagten und eine stillschweigende Einigung über den angebotenen Preis von 2,56 €/cbm (K 27) auch hinsichtlich der mit den abweichenden Bodenverhältnissen zusammenhängenden weiteren Arbeiten schlüssig dargelegt.	90
Für das Durchsieben des Bodens und das Aussortieren/Verladen von Müll hat sie auch hier die vom Ingenieurbüro der Beklagten ermittelte Menge von 4.237,824 cbm angesetzt. Bei 2,56 €/cbm errechnen sich 10.848,83 €.	91
cc. Für die Müllentsorgung von 64,82 t errechnet sich bei einem stillschweigend vereinbarten Preis von 167,90 €/t ein Betrag von 10.883,28 €.	92
In der Summe ergibt sich die von der Klägerin geltend gemachte Mehrvergütung in Höhe von 27.495,55 €.	93
Die Beklagte wendet gegen den Nachtrag N 2 zwar ein, dass die Leistung zur Einheitspreisposition 01.01.0040 gehöre. Das lässt die Schlüssigkeit des Vorbringens der Klägerin aber unberührt. Ob es sich tatsächlich um Boden der Klasse 7 handelt, die Müllentsorgung möglicherweise schon nach Pos. 1.1.10 des Leistungsverzeichnisses geschuldet ist und der Klägerin die Bodenverhältnisse bekannt sein mussten, ist streitig und im Rahmen des Sicherungsverlangens nicht aufzuklären. Das gilt auch für die bestrittene Menge Müll. Die von der Beklagten in Abrede gestellte stillschweigende Anordnung und stillschweigende Einigung über die Mehrvergütung ist jedenfalls schlüssig dargelegt worden.	94
d. Hinsichtlich der Straßenbeleuchtung gemäß Aufmaß 10 hat die Beklagte den abgerechneten Betrag in Höhe von 3.625,64 € bei ihrer Rechnungsprüfung anerkannt (K 13). Das ist unstreitig.	95
e. Den für den Z2-Boden (Folienabdeckung) abgerechneten Betrag in Höhe von 1.140,86 € hat die Beklagte bei ihrer Rechnungsprüfung (Massenermittlung) ebenfalls anerkannt (K 13).	96
Insoweit kommt – wie für den Nachtrag N 2 – ein Mehrvergütungsanspruch der Klägerin aus § 2 Abs. 5 VOB/B in Betracht. Denn nach ihrem Vorbringen soll sich eine sog. „Z 2 Bodenbelastung“ herausgestellt haben, so dass erneut eine Leistungsänderung im Sinne der Vorschrift vorliegen kann. Die Anspruchsvoraussetzungen hat die Klägerin schlüssig dargelegt:	97
aa. Zu der Bodenprobe hat die Klägerin ein Probenahmeprotokoll und einen Prüfbericht vorgelegt (K 29+30). Das von der Beklagten beauftragte Ingenieurbüro habe die Abdeckung	98

der Z2-Mieten mit Folie am 12.7.2011 angeordnet. Das hat die Klägerin nach dem Inhalt ihrer E-Mail vom selben Tage bestätigt (K 32). Hiernach ist eine angeordnete Leistungsänderung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B schlüssig. Die zumindest stillschweigende Preisvereinbarung hat die Klägerin anhand ihres vorgelegten Schreibens vom 15.9.2011 (K 33) dargelegt.

bb. Dagegen wendet die Beklagte ein, dass die Position nur wegen unzutreffender Angaben der Klägerin anerkannt worden sei. Es habe sich tatsächlich nicht um Boden der Schadstoffklasse Z2 gehandelt. Das ist indes ein Bestreiten der tatsächlichen Voraussetzungen für die vereinbarte (Mehr-) Vergütung, mit dem die Beklagte nicht gehört werden kann (vgl. BGH BauR 2014, 992, Tz. 29). 99

f. Den für die Entwässerung gemäß Aufmaß 9 abgerechneten Betrag in Höhe von 7.040,82 € hat die Beklagte bei ihrer Rechnungsprüfung anerkannt (K 13). Das ist unstreitig. 100

g. Für die zusätzliche Rodung einer außerhalb des Baufeldes liegenden Fläche (vgl. K 36+37, grün markierter Bereich) kommt ein Mehrvergütungsanspruch der Klägerin aus § 2 Abs. 5 VOB/B in Höhe von 19.947,90 € in Betracht. 101

Rodungsarbeiten – im Baufeld – waren im Vertrag vorgesehen, so dass es sich nicht um eine zusätzliche Leistung handelt (§ 2 Abs. 6 VOB/B). Es handelt sich auch nicht um eine bloße Mengenmehrung im Sinne des § 2 Abs. 3 VOB/B. Der Begriff der Leistungsänderung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B ist nicht eng zu verstehen. Er umfasst nicht nur Veränderungen in der Leistungsbeschreibung, sondern auch solche Maßnahmen, die sich auf die Art und Weise der Durchführung der vertraglich vereinbarten Bauleistung beziehen (Werner/Pastor, a.a.O., Rn. 1456). 102

Die Leistungsänderung hat die Klägerin dargelegt. Nach der von ihr vorgelegten E-Mail-Anfrage vom 14.4.2011 (K 38) und der Antwort-E-Mail der Mitarbeiterin T2 der Beklagten vom selben Tag (K 39) sollte die schraffierte Fläche bis an den Fußweg gerodet werden. Auch eine Anordnung der Beklagten hat die Klägerin damit schlüssig vorgetragen. 103

Soweit die Beklagte hiergegen einwendet, dass die Mitarbeiterin T2 die Anfrage vom 14.4.2011 anders verstanden habe, berührt dies die Schlüssigkeit des Vortrags der Klägerin nicht. Denn für den Erklärungsgehalt der Antwort-Email ist die objektivierte Sicht der Klägerin als Erklärungsempfängerin maßgeblich. 104

Die von der Klägerin im Schreiben vom 15.9.2011 (K 41) angesetzten Einheitspreise entsprechen bzgl. der Positionen 1.1.20 und 1.1.30 dem Angebots-LV (Bl. 319). Die Position 05.04.0001 (Bäume über 0,30 m) ist darin nicht enthalten. Hierzu hat die Klägerin aber eine Preisbildung auf der Grundlage ihrer Urkalkulation vorgetragen. Diese hat sie der Beklagten mit Schriftsatz vom 4.3.2015 auch übersandt, sie mithin offengelegt. Einer vorherigen Ankündigung von Mehrkosten bedarf es im Falle des § 2 Abs. 5 VOB/B nicht. Mit Einwendungen gegen die Mengen ist die Beklagte wiederum nicht zu hören. 105

h. Werkmängel sind unerheblich, solange der Unternehmer rechtlich und tatsächlich dazu in der Lage und bereit ist, die vorhandenen Mängel zu beseitigen. Das Sicherungsbedürfnis ist solange schutzwürdig, wie durch Nacherfüllung ein unverminderter Vergütungsanspruch verdient werden kann (Werner/Pastor, a.a.O., Rn. 330). Zu Mängelbeseitigungs- und Restarbeiten ist die Klägerin indes offenbar nicht bereit, so dass sie für die darauf entfallenden Kosten Vergütungsabzüge vornehmen muss. 106

Die von der Klägerin berücksichtigten Beträge ergeben sich aus Rechnungsabzügen der Beklagten und aus den Feststellungen des Sachverständigen P im Gutachten vom 16.5.2012 (K 12).

Hiergegen hat die Beklagte keine konkreten Einwendungen erhoben. Es handelt sich im Wesentlichen auch nicht etwa um nicht ausgeführte Leistungen, sondern um Massenkürzungen, Mängelbeseitigungskosten und Schäden. Lediglich in Höhe von 3.775 € hat der Sachverständige P Kosten für Restarbeiten angesetzt. Im Einzelnen ergibt sich:

(1) Natursand für Rohrummantelung 109

Einen Abzug in Höhe von 3.414,40 € hat die Beklagte bei ihrer Rechnungsprüfung vorgenommen (K 13), was die Klägerin akzeptiert. 110

(2) Gefälleabweichung 111

Für Gefälleabweichungen hat die Beklagte einen Rechnungsabzug in Höhe von 25.547 € vorgenommen. Die Klägerin hat dargelegt, dass die Stadt I nur einen Abzug aus Gefälleabweichung in Höhe von 1.500 € geltend macht (K 43+44). Das ist unstreitig geblieben. 112

(3) Schäden durch Rodung 113

Für Schäden durch Rodung hat die Beklagte einen Rechnungsabzug in Höhe von 24.439,61 € vorgenommen. Die Klägerin hat dargelegt, dass sie sich mit der Stadt I über eine Ersatzanpflanzung und Zahlung eines Ausgleichsbetrags geeinigt habe (K 46). Die Stadt I hat die Erfüllung bestätigt (K 47). Hiergegen hat die Beklagte keine Einwendungen erhoben. 114

(4) Ablagerungen in Halterungen 115

Der von der Klägerin akzeptierte Abzug in Höhe von 2.800 € beruht auf der Kostenschätzung des Sachverständigen P im Gutachten vom 16.5.2013 (K 12). 116

(5) Drainagerohre in Sinkkästen 117

Der von der Klägerin akzeptierte Abzug in Höhe von 500 € beruht auf der Kostenschätzung des Sachverständigen P im Gutachten vom 16.5.2013 (K 12). 118

(6) Restarbeiten 119

Der von der Klägerin akzeptierte Abzug in Höhe von 3.775 € für Restarbeiten im Bereich der Schächte beruht ebenfalls auf der Kostenschätzung des Sachverständigen P im Gutachten vom 16.5.2013 (K 12). Dabei handelt es sich um geringfügige offene Leistungen. Einwendungen hat die Beklagte nicht erhoben. 120

(7) Mängel an Toranlage 121

Für diese Position hat die Beklagte einen Rechnungsabzug in Höhe von 10.000 € vorgenommen. Hierzu legt die Klägerin ein Angebot der Fa. S GmbH vom 5.9.2013 vor (K 48). Daraus ergeben sich Kosten von netto 1.380 €. Die Klägerin bringt 1.500 € in Abzug. Hiergegen hat die Beklagte keine Einwendungen erhoben. 122

Zusammenfassend ergibt sich folgende Vergütungsberechnung für die von der Klägerin erbrachten Leistungen: 123

Festpreis Los 1	445.148,90	124
Einheitspreispositionen Los 1	49.158,76	
	25.280,41	
	1.266,44	
	12.016,59	
	15.522,60	
	778,00	
Nachtrag N 2	27.495,55	
Straßenbeleuchtung Aufmaß 10	3.625,64	
Z2-Bodenabdeckung	1.140,86	
Entwässerung Aufmaß 9	7.040,82	
Roden außerhalb des Baufelds	19.947,90	
	608.422,47	
./.. Vergütungsabzüge	13.489,40	
verbleiben	594.933,07	
= brutto	707.970,35	
./.. Zahlung der Beklagten	347.360,81	
Restvergütung Los 1	360.609,54	

- i. Die unter Los 2 fallenden Arbeiten hat die Klägerin unstreitig nicht ausgeführt. Insoweit steht ihr im Anschluss an die Vertragskündigung dem Grunde nach die vereinbarte Vergütung zu. Sie muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was sie infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung ihrer Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterlässt, § 648a Abs. 5 S. 2 BGB. 1256

Der Unternehmer hat zur Darlegung dieser Forderung ersparte Aufwendungen und anderweitigen Erwerb vorzutragen und zu beziffern (BGH BauR 2014, 992, Tz. 33). 127

aa. Die Klägerin ist hiernach zutreffend von dem Nettobetrag (da nicht umsatzsteuerpflichtig, Palandt/Sprau, a.a.O., § 649 Rn. 6 m.w.N.) der vertraglichen Vergütung in Höhe von 163.980 € ausgegangen. Die ersparten Aufwendungen hat die Klägerin schlüssig dargelegt und beziffert. Hierzu hat sie plausibel dargelegt, dass für die festangestellten Mitarbeiter keine Lohnkosten erspart worden seien. Ersparte Aufwendungen für Material hat die Klägerin mit 46.461,82 € beziffert und hierzu kalkulierte Kosten von 59.607,22 € dargelegt (K 49), wobei tatsächliche Kosten in Höhe von 46.461,82 € entstanden wären (K 50). Ferner hat sie ersparte Aufwendungen für Geräte in Höhe von 10.119,71 € angegeben (K 49). Ersparte Nachunternehmerkosten hat die Klägerin mit 48.401,65 € beziffert und hierzu im Einzelnen dargelegt, dass ihr die kalkulierten höheren Kosten (K 49) nach den vorgelegten Auftragsbestätigungen, Bestellungen und Angeboten (K 51) nicht entstanden wären. Ersparte Betriebsstoffe hat die Klägerin mit 2.563,22 € und ersparte Kosten für Lastplattenversuche mit 600 € beziffert (K 49).

Hiernach ergibt sich:

129

Material	46.461,82
Geräte	10.119,71
Nachunternehmer	48.401,65
Betriebsstoffe	2.563,22
Lastplattenversuche	600,00
	108.146,40

130

Von der Nettoauftragssumme von 163.980 € verbleiben mithin 55.833,60 €.

131

bb. Einen anderweitigen Erwerb hat die Klägerin verneint und dies plausibel dargelegt. Hierzu hat sie vorgetragen, dass Füllaufträge nicht kündigungsbedingt angenommen worden seien. Insoweit hat die Klägerin zutreffend darauf abgestellt, dass der in Abzug zu bringende anderweitige Erwerb gerade infolge der Aufhebung des Vertrags erzielt worden sein muss. Daran fehlt es nach ihren Darlegungen.

132

Die Beklagte bestreitet die Richtigkeit der von der Klägerin angegebenen ersparten Aufwendungen und behauptet einen zu berücksichtigenden anderweitigen Erwerb. Damit kann die Beklagte im Anschluss an die schlüssigen Darlegungen der Klägerin indes bei der Entscheidung über das Sicherungsverlangen nicht gehört werden (vgl. BGH BauR 2014, 992, Tz. 29).

133

8. Für dazugehörige Nebenforderungen des Unternehmers sind nach § 648a Abs. 1 S. 1 BGB pauschal 10 % des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen.

134

a. Nebenforderungen in diesem Sinne sind auch später etwa auflaufende Nebenforderungen wie vertragliche Zinsen und Verzugszinsen sowie Kosten eines Prozesses, jeweils bezogen auf die abgesicherte Vergütung (vgl. Schmitz in Kniffka, Bauvertragsrecht, 2012, § 648a Rn. 60; Kniffka/Koeble, a.a.O., 10. Teil, Rn. 127; Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 38. Edition, Stand: 1.2.2015, § 648a

135

Rn 11; Müko-Busche, BGB, 6. Aufl. 2012, § 648a Rn. 23; ferner: BT-Drs. 14/1246 S. 10).

Dem stehen die Ausführungen des OLG Frankfurt (BauR 2007, 1430) nicht entgegen, nach 136
denen die gesetzliche Formulierung sich nicht auf Verzugszinsen und Prozesskosten
erstrecke, weil das keine zur werkvertraglichen Vorleistung gehörenden Nebenforderungen
seien (Tz. 15). Die Entscheidung stützt sich im Wesentlichen auf die frühere
Gesetzesfassung, nach der es um die Absicherung der zu erbringenden Vorleistungen des
Unternehmers ging. Im Gegensatz zu dieser Fassung des § 648a Abs. 1 S. 1 BGB kommt es
nach der seit dem 1.1.2009 geltenden Gesetzesfassung nicht mehr darauf an, ob der
Unternehmer noch Vorleistungen zu erbringen hat. Vielmehr reicht es aus, dass ihm noch ein
Vergütungsanspruch zusteht (BGH BauR 2014, 992, juris Tz. 12 ff.; OLG Celle NZBau 2012,
702, juris Tz. 29). Das Argument, Verzugszinsen und Prozesskosten seien keine zur
werkvertraglichen Vorleistung gehörenden Nebenforderungen, ist daher nicht mehr tragfähig.

b. Nebenforderungen im Sinne des § 648a Abs. 1 S. 1 BGB hat die Klägerin in dem ihr 137
nachgelassenen Schriftsatz vom 11.5.2016 im Einzelnen dargelegt.

Es kann offen bleiben, ob auf die zu sichernde Vergütung bezogene Prozesskosten als 138
„dazugehörige Nebenforderungen“ anzusehen sind. Dagegen spricht, dass es

dabei um vertraglichen Schadensersatz geht, der nicht zur vertraglichen Vergütung 139
gehörende Nebenforderung ist. Jedenfalls aber sind Zinsen gemäß § 16 Abs. 5 Nr. 3 S. 2
VOB/B, bei denen es sich im Falle der wirksamen Einbeziehung der VOB/B um vertraglich
geschuldete Zinsen handelt, „dazugehörige Nebenforderungen“ im Sinne des Gesetzes. Die
Geltung der VOB/B haben die Parteien im Vertrag vereinbart. Die Klägerin hat die
Restvergütung unter Fristsetzung zum 23.11.2011 gemahnt (K 59, Bl. 943), so dass Zinsen
entstanden sein können. Auf deren Höhe (vgl. K 60) kommt es nicht an, weil das Gesetz eine
pauschale Sicherheit vorsieht. Diese hat die Klägerin auf die Zinsen „spezifiziert“.

9. Nach § 648a Abs. 1 S. 4 BGB bleiben Ansprüche, mit denen der Besteller gegen den 140
Anspruch des Unternehmers auf Vergütung aufrechnen kann, bei der Berechnung der
Vergütung unberücksichtigt, es sei denn, sie sind unstreitig oder rechtskräftig festgestellt. Zu
einer Verzögerung der Durchsetzung des Sicherungsverlangens führende Mängelrechte des
Bestellers sind mithin unbeachtlich. Das ist vom Gesetzgeber beabsichtigt (vgl. BT-Drs.
16/511, S. 17). Auch besteht kein Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers wegen
unvollständiger oder mangelhafter Leistungen des Unternehmers (OLG Frankfurt NZBau
2013, 48, Tz. 21). Die Beklagte hat mithin erstinstanzlich nicht wirksam mit
Schadensersatzforderungen aufrechnen können.

10. Das Verlangen einer Sicherheit nach § 648a BGB ist nur bei grobem Rechtsmissbrauch 141
gemäß § 242 BGB ausgeschlossen (Werner/Pastor, a.a.O., Rn, 319). Das sieht die Beklagte
darin, dass die Klägerin aufgrund der Abtretungsvereinbarung und der Freigabe-
/Verzichtserklärungen der Bank eine ausreichende Sicherheit bereits erlangt habe.

Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich die Klägerin dem Grunde nach nicht auf eine 142
andere als die in den §§ 232 Abs. 1, 648a Abs. 2 S. 1 BGB vorgesehene Sicherheitsleistung
verweisen lassen muss.

Auch ist die Abtretung von Forderungen nicht stets eine ausreichende Sicherheit nach § 648a 143
BGB. Insoweit kann dahingestellt bleiben, ob sich im Anschluss an die Erklärungen der Bank
ein Anspruch der Klägerin auf Auszahlung des Kontoguthabens ergeben hat. Denn ein
Zahlungsanspruch gegen einen Dritten muss unmittelbar den Werklohnanspruch des

Unternehmers sichern, um als ausreichende Sicherheit in Betracht kommen zu können.

Im Schreiben der C AG vom 15.7.2011 heißt es lediglich, dass das Guthaben nach Freigabe 144
entsprechender Bürgschaftsbeträge durch die Stadt I ausschließlich zur Vergütung verwendet
werden könne. Der Forderungsverzicht der Bank steht unter dem Vorbehalt der Freigabe der
Bürgschaft durch die Stadt I. Im Schreiben vom 23.1.2012 heißt es, dass das Guthaben
insolvenz sicher sei und zur Fertigstellung der Baumaßnahme verwendet werden könne;
„Ansprüche der Klägerin werden selbstverständlich berücksichtigt“. Das Schreiben vom
30.1.2012 hat keinen weitergehenden Inhalt. Die W-bank Q-I-E e.G. hat mit Schreiben vom
28.1.2015 zwar einen unmittelbaren Zahlungsanspruch bestätigt, jedoch nur „soweit bekannt“
und „im Rahmen des vereinbarten Sicherungszwecks“.

Aus der „Verwendung zur Fertigstellung der Baumaßnahme“ ergibt sich nicht, dass das 145
Guthaben den Werklohnanspruch der Klägerin vorbehaltlos sichert. Auch besteht der Zugriff
„im Rahmen des vereinbarten Sicherungszwecks“ aus der Abtretungsvereinbarung, was mit §
648a BGB nicht im Einklang steht. Die Klägerin müsste sich zudem Einwendungen aus dem
Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und der Bank entgegenhalten lassen (§ 404
BGB), an dem sie nicht beteiligt ist und auf das sie keinen rechtlichen Einfluss hat (vgl. dazu
BGH BauR 2005, 1926, Tz. 10, Abtretung einer Forderung gegen einen Bürgen; ferner
Müko/Busche, a.a.O., § 648a Rn. 15).

Hiernach ist die Verwertbarkeit der abgetretenen Forderung gegen die Bank von vorneherein 146
mit Unsicherheiten behaftet, auf die sich die Klägerin nicht einlassen muss.

Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin erstinstanzlich zur Rückabtretung nach 147
Empfang der Sicherheitsleistung bereit war. Dass sie dem im Anschluss an das
erstinstanzliche Urteil, das eine Rückabtretung nicht vorsieht, nicht nachgekommen ist, macht
das Sicherungsverlangen nach § 648a BGB nicht – rückwirkend – rechtsmissbräuchlich.

11. Hilfsweise begehrt die Beklagte ihre Verurteilung nur Zug-um-Zug gegen Rückabtretung 148
der Abtretungsforderung.

a. Bedenken gegen die Zulässigkeit des Hilfsantrags bestehen nicht. Denn die 149
Rückabtretung war bereits erstinstanzlich Gegenstand des Rechtsstreits. Die Beklagte hat die
Rückgabe der als Sicherheit gewährten Abtretung verlangt. Später hat sie ein
Zurückbehaltungsrecht ausgeübt. Das Landgericht hat sich damit auch befasst und eine Zug-
um-Zug-Verurteilung abgelehnt.

Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts hat rechtsgestaltende Wirkung. Sie schränkt den 150
Anspruch gemäß § 274 Abs. 1 BGB dahin ein, dass der Schuldner nur Zug-um-Zug zur
Leistung verpflichtet ist (vgl. Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 273 Rn. 20). Insoweit ist die Zug-
um-Zug-Verurteilung, wie auch die Verurteilung auf Rückabtretung nach Empfang der
Sicherheitsleistung, in dem unbeschränkten Klageabweisungsantrag enthalten. Eines
ausdrücklichen Antrags bedurfte es deshalb nicht.

b. Die Identität des im Hilfsantrag angegebenen Kontos und des in der 151
Abtretungsvereinbarung genannten Kontos sowie die Höhe des Guthabenbetrags hat die
Klägerin zwar bestritten. Hierauf kommt es indes nicht an. Denn der Antrag beinhaltet
jedenfalls das Begehren auf Rückübertragung der mit Vereinbarung vom 26./30.5.2011
abgetretenen Forderung.

c. Eine vertragliche Verpflichtung der Beklagten auf Rückgewähr der als Sicherheit erhaltenen Forderungsabtretung ist aus der Sicherungsabrede gegeben. Diese ist aus den oben genannten Gründen nicht wegen § 648a Abs. 7 BGB unwirksam.

aa. Allgemein anerkannt ist, dass der Sicherungsnehmer aufgrund des Treuhandcharakters einer Sicherungsabtretung verpflichtet ist, die Sicherheit freizugeben, wenn und soweit sie endgültig nicht mehr benötigt wird, etwa weil der Sicherungszweck entfallen ist. Bei zur Sicherheit abgetretenen Forderungen bedeutet Freigabe regelmäßig, dass sie rückabzutreten ist. Eine ausdrückliche dahingehende Regelung muss im Sicherungsvertrag nicht enthalten sein (vgl. jurisPK-BGB/Rosch, BGB, Band 2, 7. Aufl. 2014, § 398 Rn. 86 f. m.w.N.). 153

Die hier vereinbarte Forderungsabtretung ist nach der ihr zugrundeliegenden Interessenlage mit der Sicherungsabtretung vergleichbar. Denn die Abtretungsvereinbarung vom 26./30.5.2011 dient ausdrücklich der Sicherheit der Klägerin nach § 648a BGB. Die Forderungsabtretung sollte erkennbar die Leistung einer Bauhandwerkersicherheit ersetzen. Das ist der Sicherungszweck der Forderungsabtretung. Entfällt der Sicherungszweck, weil die Klägerin eine Bauhandwerkersicherheit erlangt hat, dann besteht kein Rechtsgrund für ein Behaltendürfen der Sicherheit. 154

bb. Hieraus folgt zugleich, dass die Klägerin die Rückabtretung erst nach Erhalt der Bauhandwerkersicherheit schuldet. Denn der Sicherungsanspruch steht der Klägerin aus den oben genannten Gründen unbeschadet einer abweichenden Vereinbarung zu (§ 648a Abs. 7 BGB). Der Sicherungszweck der Forderungsabtretung entfällt mithin erst im Anschluss an die Stellung der Sicherheit nach § 648a BGB. 155

Dem entsprechen letztlich auch die §§ 4 f. der Abtretungsvereinbarung. Nach § 4 ist die teilweise Rückabtretung vorgesehen, „sobald“ die Beklagte abgerechnete Leistungen auf das Konto der Klägerin zahlt. Nach § 5 ist „nach Erlöschen des Sicherungsgrundes“ zurückabzutreten. 156

III. 157

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1 S. 1, 92 Abs. 2 Nr. 1, 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 158

Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 1 Nr. 1 Abs. 2 S. 1 ZPO liegen nicht vor. 159