
Datum: 08.03.2023
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 17. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 17 U 70/22
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2023:0308.17U70.22.00

Tenor:

1. Der Senat weist darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung der Beklagten gegen das am 08. April 2022 verkündete Urteil des Landgerichts Aachen – 7 O 162/17 – gemäß § 522 Abs. 2 ZPO durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen.

2. Die Beklagte erhält Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb von 3 Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses.

3. Auf den Verlust der Möglichkeit einer kostenmindernden Rücknahme bei einer förmlichen Entscheidung gemäß Nr. 1222 Kostenverzeichnis zum GKG wird vorsorglich hingewiesen.

Gründe

I.

Die Berufung der Beklagten hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO). Es ist nicht ersichtlich, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruht (§ 546 ZPO) oder nach § 529 ZPO zu Grunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen (§ 513 Abs. 1 ZPO). Die Rechtssache hat auch keine grundsätzliche Bedeutung (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO). Ebenso wenig ist eine Entscheidung des Senats durch Urteil zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO) oder aus anderen

1

2

3

Gründen eine mündliche Verhandlung geboten (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ZPO).

Das Landgericht hat die Beklagte mit Recht zur Zahlung von Werklohn für erbrachte und nicht erbrachte Leistungen verurteilt. Die hiergegen gerichteten Einwendungen der Berufung der Beklagten, das Landgericht habe verkannt, dass sich das Sicherheitsverlangen der Klägerin nach § 648a Abs. 1 BGB aF als unzulässige Rechtsausübung darstelle und eine Kündigung wegen der unterlassenen Sicherheitsstellung deshalb und im Übrigen auch wegen fehlender Einhaltung zwingender Formalien und einer Übersicherung nicht in Betracht komme, greifen nicht durch. Die Klägerin war zur Kündigung nach § 648a Abs. 5 S. 2 BGB aF berechtigt. Aufgrund dessen kann sie auch Vergütung für nicht erbrachte Leistungen verlangen. Aus der berechtigten Kündigung kann die Beklagte keine entgegenstehenden Schadensersatzansprüche nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB herleiten. Im Einzelnen:

1. Soweit das Landgericht die Beklagte zur Zahlung von EUR 75.000,00 als Vergütung für erbrachte Leistungen verurteilt hat, verteidigt sich die Beklagte allein mit einer Primäraufrechnung mit Schadensersatzansprüchen aus unberechtigter Kündigung. Diese Rechtsverteidigung bleibt aus den nachfolgend dargestellten Gründen ohne Erfolg. 5

2. Mit Recht hat das Landgericht die Beklagte darüber hinaus zur Zahlung einer Vergütung in Höhe von jedenfalls EUR 44.695,95 für nicht erbrachte Leistungen gemäß § 648a Abs. 5 S. 2 BGB aF verurteilt. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Berufung, die sich nicht gegen die landgerichtlichen Feststellungen zur Höhe des Anspruchs sondern nur gegen dessen Grund richten, greifen nicht durch. 6

a) Gemäß § 648a Abs. 1 S. 1 BGB a.F. kann der Unternehmer eines Bauwerks vom Besteller Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen, die mit 10 vom Hundert des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen sind, verlangen. Hat der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung der Sicherheit nach Absatz 1 bestimmt, so kann der Unternehmer die Leistung gemäß § 648a Abs. 5 BGB a.F. verweigern oder den Vertrag kündigen. Kündigt er den Vertrag, ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterlässt. 7

b) Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall vor. Die Klägerin hat die Beklagte wirksam zur Gestellung einer Sicherheit nach § 648a BGB a.F. aufgefordert und war – nachdem die Beklagte diese Sicherheit nicht fristgerecht geleistet hat – berechtigt, den Vertrag zu kündigen und Vergütung für nicht erbrachte Leistungen nach Maßgabe von § 648a Abs. 5 BGB a.F. zu verlangen. 8

aa) Gemäß § 648a Abs. 1 BGB aF kann der Unternehmer Sicherheit für die vereinbarte und nicht gezahlte Vergütung verlangen. Anspruchsbegründend ist damit allein die Vereinbarung einer Vergütung, die im Streitfall im Rahmen des Bauvertrages der Parteien vom 08./13.03.2017 erfolgt ist. Da die Sicherheit sowohl die Vergütung für erbrachte als auch für noch nicht erbrachte Leistungen und damit gerade zukünftige Ansprüche aus Vorleistungen des Unternehmers schützt, ist die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs nicht erforderlich (Grüneberg/Retzlaff, BGB, 81. Aufl., § 650f Rn. 8; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl., Rn. 282). Es kommt daher nicht darauf an, ob Teilvergütungsansprüche der Klägerin und Ansprüche auf Abschlagszahlungen bereits fällig waren oder Rechnungen formal ordnungsgemäß gestellt worden sind. § 648a BGB aF will dem Unternehmer möglichst schnell und effektiv vom Besteller eine Sicherheit für die vereinbarte und nicht gezahlte 9

Vergütung verschaffen. Der Unternehmer kann den Anspruch nach § 648a Abs. 1 BGB nach Vertragsschluss jederzeit geltend machen, unabhängig davon, ob sich die Parteien in einer streitigen Auseinandersetzung befinden (BGH, Urteil vom 23. November 2017 – VII ZR 34/15, NJW 2018, 549, zitiert juris Rn. 28; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl., Rn. 275).

bb) Mit Schreiben vom 24.04.2017, Anlage K 2, Bl. 6, hat die Klägerin die Beklagte zur Stellung einer Sicherheitsleistung gemäß § 648a BGB in Höhe von EUR 120.000,00 unter Fristsetzung bis zum 05.05.2017 aufgefordert. Dieses Schreiben ist der Beklagten unstreitig an diesem Tage per Mail zugegangen. Da das Sicherungsverlangen nicht an eine bestimmte Form gebunden ist (Grüneberg/Retzlaff, BGB, 81. Aufl., § 650f Rn. 12; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl., Rn. 282), kommt es auf die streitige Frage, ob und wann das Schreiben der Beklagten in Papierform, per Post oder Einschreiben mit Rückschein zugegangen ist, nicht an. Dass die Klägerin es auf verschiedene Weise versandt hat, bindet sie entgegen der Auffassung der Berufung nicht an die strengste selbst gewählte Zustellungsform. 10

cc) Das Sicherungsverlangen vom 24.04.2017 ist auch inhaltlich hinreichend bestimmt. Die Klägerin beruft sich ausdrücklich auf § 648a BGB aF und gibt die Höhe der geforderten Sicherheit an. Dass nicht zugleich die sich aus dem Gesetz ergebende (§ 648a Abs. 3 BGB aF) Kostenübernahme angeboten wird, ist ebenso unschädlich wie der Umstand, dass die Art der Sicherheit offen gelassen wird (Grüneberg/Retzlaff, BGB, 81. Aufl., § 650f Rn. 12). 11

dd) Das Sicherheitsverlangen ist auch in seiner Höhe gerechtfertigt. Maßgeblich für die Höhe der Sicherheit ist gemäß § 648a Abs. 1 S. 1 BGB die vereinbarte Vergütung und nicht - wie die Berufung geltend macht – lediglich die offene Forderung für erbrachte Leistungen. Die Sicherheit soll gerade auch die noch zu erbringenden Leistungen absichern und erfasst auch die Vergütung für nicht erbrachte Leistungen (Grüneberg/Retzlaff, BGB, 81. Aufl., § 650f Rn. 7). Die geforderte Sicherheit liegt deutlich unter der vereinbarten Vergütung und sogar noch hinter der nunmehr geltend gemachten großen Kündigungsvergütung. Ein überhöhtes Sicherungsverlangen liegt insoweit nicht vor. Ungeachtet dessen begründet auch ein überhöhtes Sicherheitsverlangen nicht dessen Unwirksamkeit. Vielmehr ist es dann grundsätzlich an dem Besteller, eine angemessene Sicherheit zu leisten (BGH, Urteil vom 9. November 2000 – VII ZR 82/99 –, BGHZ 146, 24; zitiert juris Rn. 44; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. Juli 2018 – I-22 U 83/17, BauR 2020, 271, zitiert juris Rn. 509; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl., Rn. 285). 12

ee) Soweit die Beklagte geltend macht, die Klägerin habe mit dem Sicherungsverlangen etwas Unmögliches von ihr verlangt, da sie als N- Unternehmen keine Garantie oder Bürgschaft einer deutschen Großbank beibringen könne, verkennt sie, dass die Klägerin derartiges nicht verlangt hat. Sie hat die Art der Bürgschaft gerade offengelassen und nur erklärt, dass eine Bürgschaft eines Kreditinstituts zweckmäßig sei. Entgegen der Berufung konnte die Beklagte die Sicherheit auch nicht von Gesetzes wegen „nur“ durch Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines in Deutschland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers. § 648a Abs. 2 BGB schreibt vielmehr vor, dass die Sicherheit „auch“ in dieser Form erfolgen kann und mithin zusätzlich zu den in § 232 BGB benannten Formen der Sicherheitsleistung. In diesem Rahmen war die Beklagte frei in der Wahl des Sicherungsmittels (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. Juli 2018 – I-22 U 83/17, BauR 2020, 271, zitiert juris Rn. 513; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl., Rn. 293). 13

ff) Das Sicherungsverlangen war auch nicht wegen Übersicherung oder nach § 242 BGB unwirksam, weil die Klägerin die Möglichkeit gehabt und später auch genutzt hat, eine Handwerkersicherungshypothek nach § 648 BGB aF zu erlangen. Dass die Klägerin mit 14

nachfolgendem Antrag vom 26.06.2017 in dem Verfahren 7 O 161/17 LG Aachen im Wege der einstweiligen Verfügung die Eintragung einer Sicherungshypothek nach § 648 BGB a.F. zu ihren Gunsten erwirkt hat, steht weder dem vorangegangenen erfolglosen Sicherheitsverlangen nach § 648a BGB aF noch einer darauf gestützten Kündigung entgegen. Der Unternehmer hat grundsätzlich das freie Wahlrecht, ob er nach § 648 BGB oder nach § 648a BGB vorgeht und kann auch beide Wege nebeneinander beschreiten (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl., Rn. 277). Allerdings ist die Eintragung einer Sicherungshypothek gemäß § 648a Abs. 4 BGB a.F. ausgeschlossen, soweit der Unternehmer bereits eine Sicherung nach § 648a BGB erlangt hat. Eine solche Situation einer Doppelsicherung ist im Streitfall indes nicht eingetreten. Die Beklagte hat eine Sicherung nach § 648a BGB gerade nicht geleistet. In dem umgekehrten Fall, dass der Unternehmer zunächst eine Sicherungshypothek erlangt, entfällt der Anspruch auf Sicherungsleistung nach § 648a BGB aF überdies nur dann, wenn die Hypothek vollwertig ist (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl., Rn. 277; Grüneberg/Retzlaff, BGB, 81. Aufl., § 650f Rn. 17). Da die Klägerin indes im Zeitpunkt der Geltendmachung der Sicherungsforderung nach § 648a BGB aF und der Erklärung der darauf gestützten Forderung noch nicht über eine Sicherungshypothek verfügte, kann dies (am Satzanfang schon indes)dahinstehen.

Ungeachtet dessen kann die nachträgliche Geltendmachung einer (weiteren) Sicherung ohnehin nicht dazu führen, dass die Voraussetzungen für die als Gestaltungsrecht bereits ausgeübte Kündigung nach § 648a Abs. 5 BGB ex tunc entfallen. Ob dies für den Fall, dass die Kündigung nach § 648a Abs. 5 BGB im Zeitpunkt der Erlangung einer Sicherheit nach § 648 BGB noch nicht erklärt war, mit Blick auf das dann anderweitig erfüllte Sicherungsinteresse anders zu beurteilen wäre, bedarf deshalb keiner Entscheidung. 15

gg) Da die Beklagte die danach geschuldete Sicherung nicht innerhalb der gesetzten Frist geleistet hat, war die Klägerin zur Kündigung berechtigt. 16

aaa) Die Fristsetzung von 11 Tagen war entgegen der Auffassung der Beklagten angemessen. Im Regelfall ist eine Frist von 7-10 Kalendertagen als angemessen anzusehen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. Juli 2018 – I-22 U 83/17, BauR 2020, 271, zitiert juris Rn. 500; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl., Rn. 276). Ungeachtet dessen würde eine unangemessene Fristsetzung nicht zur Unwirksamkeit des Sicherheitsverlangens führen, sondern lediglich eine angemessene Frist in Gang setzen, die bei Ausspruch der Kündigung am 22.05.2017 jedenfalls abgelaufen war. Dies gilt selbst dann, wenn man der unzutreffenden Auffassung der Beklagten folgen wollte, dass der Fristlauf erst mit Übergabe der Sicherungsanforderung in Papierform am 02.05.2017 begonnen habe. Selbst dann wären bis zur Kündigung 3 Wochen vergangen, in denen die Beklagte die Sicherheit hätte stellen können und müssen. 17

bbb) Die zwischen den Parteien erfolgte Korrespondenz zu Art und Höhe einer zu leistenden Sicherheit oder alternativ zu einer einvernehmlichen Vertragsaufhebung hat die gesetzte Frist entgegen der Auffassung der Berufung weder gehemmt noch als Ausfluss des Kooperationsgebotes eine Pflicht der Klägerin begründet, vor der Geltendmachung von Rechten nach § 648a BGB aF die Verhandlungen eindeutig abzubrechen und erneut eine Frist zur Gestellung der Sicherheit zu setzen. § 648a BGB aF lässt dem Unternehmer bei Nichtleistung der Sicherheit die Wahl, ob er die Sicherheit einklagt oder den Vertrag kündigt (BGH, Urteil vom 23. November 2017 – VII ZR 34/15, NJW 2018, 549, zitiert juris Rn. 27). Dies muss er weder ankündigen noch androhen. Es war vielmehr an der Beklagten, die Sicherheit fristgerecht zu leisten. Dies hat sie nicht getan. Dabei konnte sie nicht berechtigter 18

Weise darauf vertrauen, dass die Klägerin ihre Rechte aus § 648a BGB aF wegen laufender Verhandlungen nicht (mehr) geltend machen würde. Ein solches Vertrauen, das nach dem Grundsätzen der Verwirkung oder des venire contra factum proprium (§ 242 BGB) einer Geltendmachung des Kündigungsrechts entgegensteht, solange der Vertrauenstatbestand nicht durch einen deutlichen Abbruch der Verhandlungen und erneute Fristsetzung beseitigt wird, ist durch die Verhandlungen nicht begründet worden. Die Klägerin hat vielmehr stets zu erkennen gegeben, dass sie an ihrem Verlangen nach Sicherheit festhalte und befand sich nur hinsichtlich der Art und Höhe der Sicherheitengestellung sowie einer etwaigen einvernehmlichen Vertragsaufhebung mit der Beklagten in Gesprächen. Auf ein insoweit klägerseits unterbreitetes Angebot vom 16.05.2017 (Anlage BB9) hat die Beklagte indes trotz Nachfrage am 18.05.2017 nicht reagiert. Die Klägerin durfte daher ihrerseits davon ausgehen, dass ein Interesse der Beklagten an einer anderen Lösung nicht besteht und war deshalb auch nicht gehindert, die ihr zustehenden Rechte durchzusetzen. Insbesondere hat die Beklagte entgegen ihrer vertraglichen Verpflichtung gerade nicht konkret erklärt, dass und wie sie dem berechtigten Sicherheitsverlangen der Klägerin nachzukommen gedenkt. Schon infolge dieser Verletzung eigener Pflichten bzw. Obliegenheiten im Hinblick auf das wirksame Sicherheitsverlangen kann sich die Beklagte nicht auf den Schutz durch vermeintliche Kooperationspflichten stützen (vgl. (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. Juli 2018 – I-22 U 83/17, BauR 2020, 271, zitiert juris Rn. 528).

ccc) Eine weitere Fristsetzung war auch nicht deshalb erforderlich, weil die Klägerin zunächst ab dem 05.05.2017 die weitere Leistungserbringung verweigert hat. Sie war ohne weitere Fristsetzung berechtigt, anschließend die Kündigung auszusprechen (KG Berlin, Urteil vom 16. Februar 2018 – 21 U 66/16, IBR 2018, 206, zitiert juris Rn. 57; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl., Rn. 296). 19

hh) Mit Recht hat das Landgericht schließlich angenommen, dass die Klägerin an der Anforderung der Sicherheit und/oder einer auf deren Ausbleiben gestützten Kündigung auch nicht deshalb gehindert war, weil sie sich selbst nicht vertragstreu verhalten hätte. Die eigene Vertragstreue ist kein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal für das Recht auf Sicherheit gemäß § 648a BGB aF (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. Juli 2018 – I-22 U 83/17, BauR 2020, 271, zitiert juris Rn. 532; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl., Rn. 275). Ob der Anwendungsbereich des § 648a BGB in Fällen des offensichtlichen Rechtsmissbrauchs zu begrenzen ist, ist höchstrichterlich bislang nicht geklärt (vgl. (BGH, Urteil vom 23. November 2017 – VII ZR 34/15, NJW 2018, 549, zitiert juris Rn. 30). Das Verlangen nach Sicherheit ist auch in einem solchen Fall allenfalls dann ausgeschlossen, wenn es sich in Ansehung der Umstände des Einzelfalls als grob rechtsmissbräuchlich darstellt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. Juli 2018 – I-22 U 83/17, BauR 2020, 271, zitiert juris Rn. 533 mwN; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl., Rn. 275). Im Streitfall bedarf diese Frage keiner Entscheidung, da ein grob rechtsmissbräuchliches Verhalten der Klägerin nicht festzustellen ist. 20

aaa) Für den Fall der ausstehenden Mängelbeseitigung ist insoweit anerkannt, dass ein berechtigtes Sicherheitsverlangen voraussetzt, dass der Unternehmer seinerseits bereit und in der Lage ist, die Mängel zu beseitigen. Hat der Unternehmer die Mängelbeseitigung endgültig verweigert, so steht fest, dass er eine abzusichernde Vorleistung nicht mehr erbringen wird (BGH, Urteil vom 27. September 2007 – VII ZR 80/05, NJW-RR 2008, 31, zitiert juris Rn. 46). Eine vergleichbare Situation ist im Streitfall indes nicht gegeben. Eine endgültige Verweigerung der weiteren Leistungserbringung lag nicht vor. Auch nach dem Vortrag der Beklagten hat die Klägerin lediglich am 18.04., 24.04. und 03.05.2017 nicht gearbeitet. Diese hat überdies mit Schreiben vom 16.05.2017 ausdrücklich erklärt, die vertraglichen Arbeiten bei angemessener Absicherung fertigzustellen (Anlage BB9, Bl. 93 eA 21

OLG).

bbb) Dass die Klägerin ab dem 05.05.2017 ihre Arbeiten eingestellt hat, stellt keinen Vertragsbruch dar. Hierzu war sie vielmehr nach § 648a Abs. 5 S.2 BGB berechtigt, nachdem die Beklagte die mit Recht eingeforderte Sicherheit nicht geleistet hat. 22

ccc) Dass die Klägerin nach der Behauptung der Beklagten am 18.04., 24.04. und 03.05. nicht auf der Baustelle tätig war, stellt ungeachtet der streitigen Frage, ob es dafür nicht jeweils sachliche Gründe gegeben hat, schon deshalb keine Vertragspflichtverletzung dar, weil die Klägerin lediglich einen Werkerfolg schuldet. Dieser war gegebenenfalls in einem definierten Zeitraum – die Parteien streiten über die Vereinbarung des 05.05.2017 als Fertigstellungstermin für den zweiten Bauabschnitt – zu erbringen. Innerhalb dieses Zeitraums bestand jedoch – wie das Landgericht zutreffend erkannt hat - keine Verpflichtung der Klägerin, werktätlich zu arbeiten. Vielmehr war der Weg zur fristgerechten Erreichung des Werkerfolges der Klägerin freigestellt. 23

ddd) Ob die Parteien überhaupt einen Fertigstellungstermin am 05.05.2017 für den zweiten Bauabschnitt vereinbart haben und die Klägerin durch ggfs. unterbliebene Arbeiten am 18.04., 24.04. und 03.05.2017 dessen Einhaltung gefährdet oder gar verhindert hat, ist ebenfalls unerheblich. Selbst wenn sich die Klägerin in Leistungsverzug befunden hätte und dies auf eine schuldhafte und vertragswidrige, vorübergehende Arbeitsverweigerung zurückzuführen wäre, würde dies allenfalls Gegenansprüche der Beklagten begründen, stünde aber der Berechtigung des Sicherheitenverlangens, das im Übrigen zeitlich vor dem behaupteten Fertigstellungstermin gestellt worden ist, nicht entgegen. Die Nichteinhaltung eines Fertigstellungstermins stellt jedenfalls nach den Umständen des Streitfalls keine Vertragspflichtverletzung dar, die so gravierend wäre, dass es als mit den Grundsätzen von Treu und Glauben unvereinbar anzusehen wäre, wenn die Klägerin ihrerseits die Einhaltung vertraglicher Verpflichtungen fordern könnte. Die Verpflichtung der Beklagten zur Stellung einer Sicherheit steht in keinem unmittelbaren Zusammenhang zu einer etwaigen Verpflichtung der Klägerin, ihre Leistung innerhalb einer bestimmten Frist zu erbringen. Es handelt sich dabei insbesondere nicht um ein absolutes Fixgeschäft, so dass die grundsätzliche Möglichkeit zur Leistungserbringung durch die bloße Verzögerung nicht beeinträchtigt wird und mithin auch der zu sichernde Vergütungsanspruch fortbesteht. Dem Interesse der Beklagten ist – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – durch einen Anspruch auf Ersatz möglicher Verzögerungsschäden nach §§ 280, 286 BGB Genüge getan. 24

eee) Dass die Klägerin mit der Ankündigung ihre Arbeiten einzustellen bzw. mit der nach der Behauptung der Beklagten tatsächlich erfolgten Arbeitseinstellung am 18.04., 24.04. und 03.05.2017 möglicherweise auch das Ziel verfolgte, einen zu diesem Zeitpunkt noch nicht fälligen Zahlungsanspruch durchzusetzen, begründet schließlich ebenfalls kein rechtsmißbräuchliches Verhalten in Hinblick auf die Anforderung der Sicherheit. Diese ist gerade unabhängig von der Fälligkeit der zu sichernden Ansprüche. Es stellt deshalb keine unzulässige Rechtsausübung und auch keinen Verstoß gegen das bauvertragliche Kooperationsgebot dar, wenn dem Sicherungsverlangen des Unternehmers auch andere Motive als die bloße Erlangung einer Sicherheit zugrunde liegen (BGH, Urteil vom 23. November 2017 – VII ZR 34/15, NJW 2018, 549, zitiert juris Rn. 28). Deshalb ist auch unerheblich, dass die Klägerin Zahlungen vor Fälligkeit angemahnt hat. 25

3. Die im Wege der Primäraufrechnung, Hilfsaufrechnung und Widerklage geltend gemachten Schadensersatzansprüche bestehen nicht. 26

a) Ausgehend von ihrem Standpunkt, dass die Kündigung der Klägerin unwirksam gewesen sei, macht die Beklagte Schadensersatzansprüche geltend und behauptet, die unberechtigte Kündigung habe zu Mehrkosten der Architektin in Höhe von EUR 15.071,25 und aufgrund eines drei monatigen Bauzeitverzugs zu einem Mietausfallschaden in Höhe von EUR 177.720,00 geführt. Mit diesen Forderungen erklärt sie die Primäraufrechnung gegen den Anspruch der Klägerin auf Zahlung für erbrachte Leistungen und die Hilfsaufrechnung gegen den Anspruch der Klägerin auf Zahlung für nicht erbrachte Leistungen gemäß § 648a Abs. 5 S. 2 BGB a.F. Danach verbleibende Beträge macht sie im Wege der Widerklage geltend.

b) Dies greift nach den vorstehenden Ausführungen nicht durch. Die Klägerin war zur Kündigung berechtigt. An die Kündigung anknüpfende aufrechenbare Schadensersatzansprüche der Beklagten bestehen deshalb schon dem Grunde nach nicht. 28

Soweit die Beklagte die Schadensersatzansprüche jenseits der Kündigung auch damit begründet, dass die Klägerin die Arbeiten zwischenzeitlich vorübergehend eingestellt habe und daher vereinbarte Leistungszeiten nicht erfüllt habe, führt auch dies nicht zu einem Schadensersatzanspruch der Beklagten. Soweit sich das Landgericht nach Beweisaufnahme nicht von der Vereinbarung verbindlicher Teilfertigstellungstermine zu überzeugen vermochte, ist dies berufsrechtlich nicht zu beanstanden. Auch die Beklagte selbst greift das Urteil insoweit nicht ausdrücklich an. Sie befasst sich lediglich mit der Kündigung. Ungeachtet dessen beruht der beklagtenseits behauptete Schaden letztlich auch nicht auf der behaupteten vorübergehenden Leistungsverweigerung am 18.04., 24.04. und 03.05.2017 sondern auf der Einstellung der Arbeiten am 05.05.2017 und der anschließenden Kündigung vom 22.05.2017. Zu der Leistungseinstellung und der Kündigung aber war die Klägerin nach § 648a Abs. 5 S. 1 BGB aF berechtigt. Diese hat einen etwaigen anderen Kausalverlauf durch Leistungsverzögerung unterbrochen bzw. überholt. 29

4. Ohne Erfolg wendet sich die Beklagte schließlich gegen die Abweisung ihres Widerklageantrages auf Feststellung, dass die Klägerin verpflichtet ist, ihr auch jeglichen weiteren Schaden zu ersetzen, der ihr daraus entsteht, dass die Klägerin auf den Grundstücken der Beklagten in E.-Y. eine Sicherungshypothek hat eintragen lassen und die Arbeiten ab dem 18.04.2017 vorübergehend und sodann am 05.05.2017 endgültig und komplett eingestellt sowie den Vertrag mit der Beklagten am 22.05.2017 gekündigt habe. 30

a) Diesen Antrag wiederholt sie zwar mit der Berufung. Allerdings begründet sie den Berufungsantrag nicht, so dass nicht ersichtlich ist, warum die Abweisung der Widerklage insoweit rechtsfehlerhaft gewesen sein soll. Es fehlt mithin insoweit an einer ausreichenden Berufungsbegründung. 31

b) Dass sich die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils nicht mit diesem Antrag auseinander setzen, verhilft der Berufung ebenfalls nicht zum Erfolg. Es ist nicht ersichtlich, warum die Durchsetzung der Sicherungshypothek nach § 648 BGB a.F. eine schuldhafte Pflichtverletzung der Klägerin darstellen sollte. Konkreter Vortrag fehlt. Die Beklagte hat erstinstanzlich (Bl. 339 GA) lediglich unter Verweis auf das Verfahren 7 O 161/17 erklärt, dass die Eintragung der Sicherungshypotheken teilweise unberechtigt erfolgt und ihr dadurch ein erheblicher Reputationsverlust entstanden sei mit der Folge, dass Mietinteressenten abgesprungen seien. Dies enthält schon keinen schlüssigen Vortrag. Der Verweis auf ein anderes Verfahren genügt nicht. Hinzu kommt, dass sich die Beklagte in dem einstweiligen Verfügungsverfahren 7 O 161/07 zur Begründung des Widerspruchs umgekehrt lediglich auf ihre Klageerwiderung im hiesigen Verfahren bezogen und geltend gemacht hat, das Sicherheitsverlangen vom 24.04.2017 sei unwirksam. Dies verfängt nach den vorstehenden Ausführungen indes nicht. Dass die zu sichernde Forderung wegen der erbrachten 32

Leistungen – im Rahmen von § 648 BGB aF sind im Unterschied zu § 648a BGB aF nur erbrachte Leistungen sicherungsfähig – bestand, ist unstrittig. Sie war auch nicht erloschen durch Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen wegen unberechtigter Kündigung oder sonstigen Vertragsverletzungen der Klägerin. Solche Gegenansprüche bestanden – wie dargelegt – schon in der Sache nicht, so dass es nicht darauf ankommt, ob sie bei Beantragung der Sicherung überhaupt wirksam geltend gemacht waren. Die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach § 648 BGB aF lagen mithin vor.

Soweit der Feststellungsantrag auch an eine vorübergehende und schließlich endgültige Arbeitseinstellung sowie die Kündigung anknüpft, hat er aus den bereits dargestellten Gründen keinen Erfolg. 33

5. Die Widerklageerweiterung wird mit Zurückweisung der Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO entsprechend § 524 Abs. 4 ZPO wirkungslos (Zöller/Heßler, ZPO, 33. Aufl., § 522 Rn. 37). Eine Entscheidung wird daher insoweit nicht erfolgen. Dies gilt auch für die Anschlussberufung der Klägerin (§ 524 Abs. 4 ZPO). 34

II. 35

Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb der gesetzten Frist. Nach Ablauf der Frist wird der Senat der Sache Fortgang geben. Auf die Möglichkeit einer kostengünstigeren Zurücknahme des Rechtsmittels wird hingewiesen (Nr. 1222 Kostenverzeichnis zu § 3 Abs. 2 GKG). 36