

**Anspruch auf Sicherheitsleistung  
gemäß § 648a BGB nach Kündigung des  
Bauvertrages**

**Orientierungssatz zur Anmerkung:**

**Der Unternehmer eines Bauwerks kann seinen Anspruch auf Sicherheitsleistung nicht mehr geltend machen, wenn er den Werkvertrag gekündigt hat und nicht mehr zur Mängelbeseitigung verpflichtet ist (LG Hamburg, Urt. v. 16.07.2010 - 325 O 469/09).**

Anmerkung zu LG Stuttgart, Teilurteil vom 03.12.2010, 8 O 284/10

von Dr. Kristina Plank, RA'in, von Boetticher Hasse Lohmann

## A. Problemstellung

Gegenstand dieser Besprechung sind zwei landgerichtliche Urteile (LG Stuttgart, Ur. v. 03.12.2010 - 8 O 284/10 und LG Hamburg, Ur. v. 16.07.2010 - 325 O 469/09) zu der Frage, ob der Unternehmer eines Bauwerkes seinen Anspruch auf Sicherheitsleistung gemäß § 648a BGB noch geltend machen kann, wenn der Bauvertrag gekündigt ist. § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB gewährt dem Unternehmer eines Bauwerkes in der seit dem 01.01.2009 geltenden Fassung einen Anspruch auf Gewährung einer Sicherheit für die vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung. Die Frage, ob der Unternehmer den Anspruch auf Stellung einer Sicherheit auch noch geltend machen kann, wenn der zugrundeliegende Bauvertrag bereits gekündigt ist, ist noch nicht höchstrichterlich geklärt.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

In dem vom LG Hamburg (Ur. v. 16.07.2010 - 325 O 469/09) entschiedenen Fall hat der Unternehmer das Vertragsverhältnis gekündigt, nachdem er zuvor den Besteller zur Stellung einer Sicherheit gemäß § 648a BGB aufgefordert hatte und der Besteller eine Sicherheit nicht gestellt hatte. Das Landgericht hat die Klage des Unternehmers auf Leistung einer Sicherheit abgewiesen. Diese Entscheidung hat es damit begründet, dass dem Unternehmer gemäß § 648a Abs. 1 und Abs. 5 BGB ein Wahlrecht zustehe, wenn der Besteller die verlangte Sicherheit nicht binnen einer gesetzten (und angemessenen) Frist leistet. In diesem Fall könne der Unternehmer entweder den Vertrag fortsetzen und sich, solange der Besteller die Sicherheit nicht beibringt, auf sein Leistungsverweigerungsrecht berufen und zugleich auch auf Stellung der Sicherheit klagen oder er könne den Vertrag kündigen mit der Folge, dass ein Anspruch auf Leistung einer Sicherheit grundsätzlich nicht mehr bestehe (so wohl auch Hildebrandt, BauR 2009, 4, 9).

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz soll – nach Auffassung des LG Hamburg – bestehen, wenn der Unternehmer auch nach der Kündigung verpflichtet bleibt, etwaige Mängel an den bis zur Kündigung erbrachten Werkleistungen zu beseitigen. In diesem Fall bleibe er vorleistungs-

pflichtig mit der Folge, dass er, sofern und soweit und solange die Vergütung noch von dieser Vorleistung (Mängelbeseitigung) abhängig sei, eine Sicherheit nach § 648a BGB verlangen könne. Soweit eine Mängelbeseitigungspflicht nicht oder nicht mehr bestehe, komme eine Sicherheit nach § 648a BGB nicht in Betracht.

Da der Unternehmer in dem vom LG Hamburg entschiedenen Fall zur Vornahme von Mängelbeseitigungsmaßnahmen nicht mehr bereit war, bestanden nach Auffassung des Landgerichts keine Vorleistungspflichten des Unternehmers mehr, so dass das Gericht das Begehren des Unternehmers, eine Sicherheit nach § 648a BGB zu erhalten, für unbegründet hielt.

Dem vom LG Stuttgart (Ur. v. 03.12.2010 - 8 O 284/10) entschiedenen Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde: Nachdem der Unternehmer eine Sicherheit gemäß § 648a BGB gefordert hatte, erklärte der Besteller gegenüber dem Unternehmer, dass er den bestehenden Vertrag kündige. Daraufhin erstellte der Unternehmer eine Schlussrechnung und klagte die Sicherheit ein. Der Besteller machte in dem Verfahren widerklagend Ansprüche wegen Mängel geltend.

Das Landgericht hat in einem Teilurteil entschieden, dass dem Unternehmer ein Anspruch auf Stellung einer Sicherheit gemäß § 648a BGB zusteht. Zur Zulässigkeit eines Teilurteils führte das Landgericht aus, dass Ziel des Forderungssicherungsgesetzes gewesen sei, Handwerksbetriebe in die Lage zu versetzen, ihre Werklohnforderungen effektiv zu sichern und dem Unternehmer ohne ein unter Umständen umfangreiches zivilprozessuales Verfahren Sicherheit zu bieten.

Dem Landgericht zufolge kommt es seit der Neuregelung des § 648a BGB nicht mehr darauf an, ob der Besteller noch Erfüllung fordert (so zur alten Fassung des § 648a BGB vgl. BGH, Ur. v. 22.01.2004 - VII ZR 267/02) oder ob und inwieweit der Unternehmer noch vorzuleisten verpflichtet ist. Weil § 648a BGB in der alten Fassung lediglich ein Leistungsverweigerungsrecht eingeräumt habe und dieses leer gelaufen wäre, wenn der Unternehmer gar keine Leistungen mehr zu erbringen gehabt hätte, sei für das Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 648a BGB in der bis zum 31.12.2008 geltenden Fassung Voraussetzung gewesen, dass der Besteller noch Erfüllung gefordert habe. Außerdem sei die Sicherheit gemäß § 648a BGB a.F.

für die vom Unternehmer „zu erbringenden Vorleistungen“ zu stellen gewesen. Gemäß § 648a BGB n.F. sei die Sicherheit für die „vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung“ zu stellen. Diese Änderung des Wortlautes mache deutlich, dass es für das Sicherheitsverlangen nicht mehr darauf ankommen könne, ob und inwieweit der Unternehmer noch vorzuleisten verpflichtet sei. Auch nach Kündigung bestehe ein Sicherheitsbedürfnis. Der Unternehmer solle davor gesichert werden, dass der Besteller insolvent wird. Dieses Risiko vermindere sich durch eine Kündigung nicht.

Das LG Stuttgart sieht in dieser Auffassung keinen Widerspruch zu dem oben dargestellten Urteil des LG Hamburg (Urt. v. 16.07.2010 - 325 O 469/09). Wenn der Unternehmer den Werkvertrag nach § 648a Abs. 5 BGB kündige, übe dieser sein Wahlrecht aus. Kündige dagegen – wie in dem vom LG Stuttgart entschiedenen Fall – der Besteller, habe der Unternehmer kein Wahlrecht ausgeübt, so dass der Sicherheitsanspruch nicht entfalle.

### C. Kontext der Entscheidung

Die Begründungen der beiden Entscheidungen werfen Fragen auf, die in Rechtsprechung und Literatur bisher nicht zufriedenstellend geklärt sind.

Das LG Stuttgart verneint einen Widerspruch zum Urteil des LG Hamburg, weil im ersten Fall der Besteller den Werkvertrag gekündigt hat, während im letzten Fall der Unternehmer die Kündigung erklärt hat. Tatsächlich scheint die Argumentation, der Anspruch auf Sicherheitsleistung entfalle, wenn der Unternehmer sein Wahlrecht gemäß § 648a Abs. 5 BGB ausgeübt hat, indem er den Werkvertrag gekündigt hat, auf den ersten Blick nachvollziehbar. Ebenso der Schluss, wenn der Besteller die Kündigung erklärt, habe der Unternehmer kein Wahlrecht ausgeübt und der Anspruch auf Sicherheitsleistung entfalle deshalb nicht. Allerdings lässt sich mit dieser Argumentation nicht die nach Auffassung des LG Hamburg bestehende Ausnahme rechtfertigen, wonach der Anspruch auf Sicherheitsleistung trotz Unternehmerkündigung fortbesteht, wenn der Unternehmer noch vorleistungspflichtig ist. Das Wahlrecht des § 648a Abs. 5 BGB hat der Unternehmer auch in diesem Fall zugunsten des Kündigungsrechts ausgeübt (nach Schmitz, BauR 2009, 714, 721 soll der Bauvertrag nach der Kündigung zweigeteilt sein und der Unter-

nehmer wegen der im Hinblick auf die Mängelbeseitigung noch fortbestehenden Vorleistungspflicht zum zweiten Mal eine Sicherheit gemäß § 648a BGB verlangen und sich gegebenenfalls mit einer zweiten Kündigung von der trotz der ersten Kündigung noch bestehenden Mängelbeseitigungspflicht lösen können).

Der Argumentation des LG Hamburg kann außerdem entgegengehalten werden, dass § 648a Abs. 5 BGB seinem Wortlaut zufolge kein Wahlrecht zwischen Kündigung und Geltendmachung des Anspruchs auf Sicherheitsleistung gibt, sondern ein Wahlrecht zwischen Kündigung und Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts. Ob die Geltendmachung des Anspruchs auf Sicherheitsleistung nur fortbesteht, wenn der Unternehmer die Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts wählt oder auch dann, wenn der Unternehmer den Werkvertrag kündigt, ergibt sich aus dem Gesetzestext gerade nicht.

Abgesehen davon nimmt auch das LG Hamburg – wie ausgeführt – an, dass im Falle einer Unternehmerkündigung ein Anspruch auf Stellung der Sicherheit nur im Grundsatz nicht mehr besteht und dass der Anspruch ungeachtet der Unternehmerkündigung dennoch fortbesteht, wenn der Unternehmer auch nach Kündigung des Vertrages vorleistungspflichtig ist, weil er beispielsweise Mängel an den bis zur Kündigung erbrachten Werkleistungen zu beseitigen hat. Weshalb das Bestehen der Vorleistungspflicht die Folgen der Ausübung des Wahlrechts entfallen lassen soll, lässt sich dem Urteil des LG Hamburg nicht entnehmen.

Es stellt sich daher die Frage, ob maßgeblich für das Fortbestehen des Anspruchs auf Sicherheitsleistung ist, welche der Vertragsparteien die Kündigung erklärt hat (so offenbar das LG Stuttgart) oder ob maßgeblich ist, ob der Unternehmer trotz der Kündigung weiterhin vorleistungspflichtig ist (so das LG Hamburg). Letzterenfalls hätte auch in dem vom LG Stuttgart entschiedenen Fall der Anspruch auf Sicherheitsleistung verneint werden müssen, weil aufgrund der vom Besteller erklärten Kündigung feststand, dass eine Vorleistungspflicht des Unternehmers nicht mehr bestand.

Für die Maßgeblichkeit der Vorleistungspflicht des Unternehmers könnte sprechen, dass in dem vom LG Stuttgart entschiedenen Fall nicht er-

sichtlich ist, weshalb der Unternehmer auf Stellung einer Sicherheit und nicht auf Zahlung ausstehenden Werklohns klagt. Das LG Hamburg argumentiert insoweit, dass das Risiko, dem mit dem Anspruch auf Sicherheitsleistung begegnet werden soll, nämlich das Risiko, dass der Besteller in Zahlungsschwierigkeiten gerät oder gar insolvent wird, grundsätzlich mit der Kündigung des Vertrages endet, da eine Vorleistungspflicht nicht mehr besteht und der Unternehmer den Vertrag abrechnen kann, das heißt Zahlung der Vergütung nach den in § 648a Abs. 5 BGB bestimmten Abrechnungsregelungen verlangen kann (so auch Siebert in: Kleine-Möller/Merl, Handbuch des privaten Baurechts, 4. Aufl., 2009, § 13, Rn. 80).

Doch selbst wenn eine Vorleistungspflicht nicht mehr besteht, spricht sowohl der Wortlaut des § 648a BGB als auch die Gesetzesbegründung dafür, dass ein Anspruch auf Sicherheitsleistung auch dann bestehen soll, wenn der Unternehmer seinen Vergütungsanspruch bereits durchsetzen könnte. Gemäß § 648a Abs. 1 Satz 4 BGB bleiben Ansprüche, mit denen der Besteller gegen den Anspruch des Unternehmers auf Vergütung aufrechnen kann, bei der Berechnung der Vergütung unberücksichtigt, es sei denn, sie sind unstrittig oder rechtskräftig festgestellt. In der Gesetzesbegründung wird hierzu ausgeführt, dass der Unternehmer ansonsten im Streit über die Sicherung gezwungen wäre, sich mit der Berechtigung des Bestellers auseinander zu setzen. Dies würde dem Zweck der Bauhandwerkersicherung zuwider laufen (BT-Drs. 16/511, S. 17). Das bedeutet, dass der Unternehmer seinen Anspruch auf Stellung einer Sicherheit schnell durchsetzen können soll, ohne dass in diesem Verfahren auch etwaige Gegenansprüche des Bestellers endgültig überprüft werden müssten und das Risiko besteht, dass der Besteller während des laufenden Verfahrens insolvent wird.

Diese Gefahr besteht aber in dem vom LG Hamburg entschiedenen Fall. Zwar hat in diesem Fall der Unternehmer selbst die Kündigung erklärt, wobei es ihm frei gestanden hätte, nur sein Leistungsverweigerungsrecht geltend zu machen und gleichzeitig auf Stellung der Sicherheit zu klagen (vgl. zu den gegen diese Vorgehensweise sprechenden Argumenten in praktischer Hinsicht Siebert in: Kleine-Möller/Merl, Handbuch des privaten Baurechts, Rn. 78). Ungeachtet dessen schließt weder die Kündigung durch den Un-

ternehmer noch die fehlende Vorleistungspflicht aus, dass der Unternehmer nach wie vor ein Interesse an schneller Sicherheitsleistung hat, ohne dass in diesem Verfahren auch sämtliche Gegenansprüche des Bestellers überprüft werden müssen. Der in der Gesetzesbegründung genannte Zweck des § 648a Abs. 4 BGB spricht daher dafür, dass der Unternehmer auch nachdem er den Bauvertrag gekündigt hat und selbst wenn er nicht mehr vorleistungspflichtig ist, berechtigt ist, seinen Anspruch auf Sicherheit geltend zu machen. Jedenfalls muss dies im Fall einer Bestellerkündigung gelten, da anderenfalls der Besteller es in der Hand hätte, die schnelle Durchsetzung des Anspruchs des Unternehmers auf Sicherheitsleistung durch Kündigung des Bauvertrages zu verhindern (so auch LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 12.04.2010 - 17 O 11183/09).

Wie der BGH dies, insbesondere im Falle einer Kündigung durch den Unternehmer selbst, beurteilen wird, bleibt abzuwarten. In der Literatur wurde jedenfalls zur alten Fassung des § 648a BGB geäußert, dass ein Sicherungsverlangen nur dann berechtigt sein könne, wenn ein Restwerklohnanspruch besteht, der abgesichert werden soll und noch Leistungen erbracht werden können und müssen (Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 2008, 10. Teil, Rn. 70).

Gegen die Auffassung des LG Hamburg, wonach maßgeblich sein soll, ob der Unternehmer noch vorleistungspflichtig ist oder nicht, kann außerdem mit dem LG Stuttgart auf die Änderung des Wortlautes des § 648a BGB verwiesen werden. In der bis zum 31.12.2008 geltenden Fassung konnte der Unternehmer gemäß § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB Sicherheit verlangen „für die von ihm zu erbringenden Vorleistungen“. In der seit dem 01.01.2009 geltenden Fassung kann Sicherheit „für die ... vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung ...“ verlangt werden. Das LG Stuttgart interpretiert diese Änderung des Wortlautes dahin, dass das Bestehen einer Vorleistungspflicht für das Bestehen eines Anspruchs gemäß § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB n.F. nicht mehr erforderlich sein kann. Hierfür spricht – wie ausgeführt – auch Sinn und Zweck der Vorschrift, wonach dem Unternehmer ein schnell durchsetzbarer Anspruch auf Sicherheit gewährt werden soll.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Die Entscheidungen des LG Stuttgart und des LG Hamburg zeigen, dass im Zusammenhang mit

der neuen Fassung des § 648a BGB noch zahlreiche Fragen ungeklärt sind (vgl. hierzu auch BGH, Urt. v. 27.05.2010 - VII ZR 165/09 m. Anm. Jousen, BauR 2010, 1655).

Der Unternehmer, der eine erfolglos abgelaufene Frist zur Sicherheitsleistung gemäß § 648a BGB gesetzt hat und die Insolvenz des Bestellers befürchtet, sollte sorgfältig prüfen, ob er das ihm zustehende Kündigungsrecht ausübt und damit – jedenfalls wenn er nicht mehr vorleistungspflichtig ist, d.h. insbesondere wenn er nicht mehr zur Beseitigung von Mängeln an der bis zur Kündigung erbrachten Werkleistung verpflichtet ist – möglicherweise seinen Anspruch auf Leistung einer Sicherheit in Höhe der vereinbarten und noch nicht gezahlten Vergütung und wohl auch die Vergünstigung des § 648a Abs. 1 Satz 4 BGB verliert. Denn wenn er jetzt statt des Anspruchs auf Sicherheitsleistung seinen Anspruch auf Werklohn einklagt, wird das Gericht sich auch mit streitigen und noch nicht rechtskräftig festgestellten Ansprüchen des Bestellers auseinandersetzen haben. Dadurch könnte sich das Verfahren verzögern und das Risiko einer Insolvenz des Bestellers könnte sich realisieren.

Doch auch wenn der Besteller den Werkvertrag kündigt, nachdem der Unternehmer den Besteller zur Stellung einer Sicherheit nach § 648a BGB aufgefordert hat, ist nicht ausgeschlossen, dass ein Gericht argumentiert, dass der Unternehmer nunmehr – vorausgesetzt er ist nicht mehr vorleistungspflichtig – unmittelbar auf Zahlung des Werklohns klagen könne und ein Sicherheitsbedürfnis – eben aufgrund der fehlenden Vorleistungspflicht – nicht mehr bestehe. Hier wäre eine höchstrichterliche Entscheidung wünschenswert, die klarstellt, dass jedenfalls bei einer Bestellerkündigung der Anspruch auf Sicherheitsleistung – mit der Vergünstigung des § 648a Abs. 1 Satz 4 BGB – nicht von dem Bestehen einer Vorleistungspflicht abhängt. Der Unternehmer hat in diesem Fall das ihm nach § 648a Abs. 5 Satz 1 BGB zustehende Wahlrecht nicht ausgeübt. Der Anspruch auf Sicherheitsleistung muss ungeachtet der Bestellerkündigung und unabhängig von einer bestehenden Vorleistungspflicht des Unternehmers durchsetzbar sein.