

Anmerkung zu OLG Celle, Urteil vom 25.04.2012, 7 U 234/11

von **Dr. Kristina Plank**, RA'in und FA'in für Bau- und Architektenrecht, von Boetticher Hasse Lohmann

### A. Problemstellung

Das OLG Celle hatte die bislang höchstrichterlich noch nicht geklärte Rechtsfrage zu beantworten, ob der Unternehmer eines Bauwerkes seinen Anspruch auf Sicherheitsleistung gemäß § 648a BGB auch dann noch geltend machen kann, wenn der zugrundeliegende Bauvertrag bereits gekündigt ist. Im entschiedenen Fall war der Bauvertrag durch den Besteller wegen Insolvenz des Unternehmers gekündigt worden. Der Anspruch auf Sicherheitsleistung gemäß § 648a BGB wurde vom Insolvenzverwalter des Unternehmers gerichtlich geltend gemacht.

Das OLG Celle hat entschieden, dass der Anspruch auf Sicherheitsleistung unabhängig davon besteht, ob eine Vorleistungspflicht des Unternehmers besteht oder deshalb nicht mehr in Betracht kommt, weil der zugrundeliegende Bauvertrag gekündigt ist.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Besteller hatte den Unternehmer als Generalunternehmer mit dem Neubau eines Alten- und Pflegeheims zu einem Pauschalpreis von 3.515.000 Euro beauftragt. Nachdem Abschlagsrechnungen über 1.881.861,24 Euro von dem Unternehmer gestellt und von dem Besteller gezahlt worden waren, stellte der Unternehmer eine weitere Abschlagsrechnung über 708.614,58 Euro. Gleichzeitig verlangte der Unternehmer wegen des „Vorleistungsrisikos“ gemäß § 648a BGB Sicherheit in Höhe von 2.050.000 Euro. Der Besteller bestritt die sachliche Richtigkeit und Fälligkeit der Abschlagsrechnung und bezahlte sie nicht; ebenso wenig leistete er die geforderte Sicherheit.

Am 24.02.2011 wurde das vorläufige Insolvenzverfahren über das Vermögen des Unternehmers eröffnet. Daraufhin kündigte der Besteller mit Schreiben vom 07.04.2011 den Generalunternehmervertrag gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B. Der Insolvenzverwalter klagte den Anspruch auf

3

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

### Orientierungssätze:

**1. Der Anspruch des Werkunternehmers auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung gemäß § 648a BGB besteht auch dann, wenn eine Vorleistungspflicht des Unternehmers aufgrund einer insolvenzbedingten Kündigung des Vertrags durch den Besteller nicht mehr in Betracht kommt (Anschluss LG Paderborn, Urt. v. 09.06.2011 - 3 O 521/10 - BauR 2011, 1704).**

**2. Bei der Feststellung, in welcher Höhe der Werkunternehmer die Stellung einer Sicherheit nach § 648a BGB nach insolvenzbedingter Vertragskündigung verlangen kann, kommt es weder auf das Bestehen eines etwaigen Restwerklohnanspruchs des Unternehmers noch auf die vom Besteller geltend gemachte fehlende Fertigstellung, vorhandene Mängel oder sonstige Gegenansprüche an, wenn diese weder unstreitig noch rechtskräftig festgestellt sind. Die Sicherheitsleistung kann vielmehr für die vereinbarte Vergütung abzüglich geleisteter Abschlagszahlungen verlangt werden.**

Sicherheitsleistung beim LG Lüneburg ein und obsiegte.

Auf die Berufung des beklagten Bestellers hin bestätigte das OLG Celle die Auffassung der Vorinstanz. Dem Oberlandesgericht zufolge kann der Unternehmer nach dem Wortlaut und nach dem Gesetzeszweck des § 648a BGB ohne Rücksicht auf die fehlende Fertigstellung, vorhandene Mängel oder sonstige aufrechenbare Gegenansprüche Sicherheit für die vereinbarte Vergütung verlangen, soweit diese noch nicht, etwa durch Abschlagszahlung, geleistet wurde. Mit dem Besteller möglicherweise zustehenden Gegenforderungen aufgrund mangelhafter Bauausführung, verzögerter Bauausführung sowie entstandener Mehrkosten aufgrund der insolvenzbedingten Kündigung kann der Besteller gemäß § 648a Abs. 1 Satz 4 BGB nicht aufrechnen, es sei denn diese sind unstreitig oder rechtskräftig festgestellt.

Der Anspruch des Unternehmers auf Sicherheitsleistung nach § 648a BGB besteht – so das Oberlandesgericht weiter – entsprechend der Intention des Gesetzgebers unabhängig davon, ob eine Vorleistungspflicht nicht mehr in Betracht kommt, „weil das Vertragsverhältnis (durch den Besteller) gekündigt oder anderweitig gescheitert“ ist. Das Oberlandesgericht hob hervor, dass Ziel des Gesetzgebers bei der Neufassung des § 648a BGB war, dem Unternehmer eine schnelle Sicherheit zu geben, um dann anschließend im Werklohnprozess die Berechtigung des geltend gemachten Anspruchs unter Berücksichtigung etwaiger Gegenansprüche klären zu können. Dabei soll die Vorschrift dem Unternehmer vor dem Hintergrund der nicht unbeträchtlichen Unternehmerinsolvenzen im Baugewerbe ein wirksames Sicherungsmittel verschaffen.

Dies gelte auch in dem vorliegenden Fall, in dem der Unternehmer, der die Sicherheit begehrt, in Insolvenz geraten ist. Damit trat das Oberlandesgericht der Auffassung des Bestellers entgegen, dass das Gesetz einschränkend dahin auszulegen sei, dass Voraussetzung eines Anspruchs auf Sicherheitsleistung ein Sicherungsbedürfnis des Unternehmers sei, welches entfalle, wenn der Unternehmer als aktives, schutzwürdiges Unternehmen nicht mehr bestehe. Dem stimmte das Oberlandesgericht schon deswegen nicht zu, weil Ziel des Insolvenzverfahrens nicht nur die Befriedigung der

Gläubiger sei, sondern auch die Fortführung und Sanierung des insolventen Unternehmens – zumindest soweit eine positive Fortführungsprognose bestehe.

Da der Sicherungsgeber die Form der Sicherheit selbst bestimmen könne, habe er die Möglichkeit die Sicherheit nach § 648a Abs. 2 Satz 1 BGB zu gewähren. In diesem Fall dürfen Zahlungen an den Unternehmer gemäß § 648a Abs. 2 Satz 2 BGB nur geleistet werden, soweit der Besteller den Vergütungsanspruch des Unternehmers anerkennt oder durch vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung der Vergütung verurteilt worden ist und die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Zwangsvollstreckung begonnen werden darf. Damit wird verhindert, dass die Sicherheit vom Unternehmer beliebig in Anspruch genommen werden kann und dass das Insolvenzrisiko unangemessen verlagert wird. Außerdem habe der Gesetzgeber nicht gewollt, dass ein einmal begründeter Anspruch des Bestellers auf Sicherheit nach § 648a BGB durch Insolvenzantrag oder Insolvenz des Bestellers erlischt.

Weiter erteilte das OLG Celle der Auffassung des Bestellers eine Absage, das Verhalten des Unternehmers sei treuwidrig gewesen, da der Besteller tatsächlich keinen Werklohn mehr schuldet. Dem hielt das Oberlandesgericht entgegen, dass diese Auffassung auf der falsch verstandenen Auslegung des § 648a Abs. 1 BGB beruhe. Denn es ginge bei dem Anspruch auf Sicherheitsleistung gerade nicht nur um die Absicherung einer Vorleistungspflicht, sondern um die Absicherung des bereits verwirklichten Werklohnanspruchs, soweit dieser noch offen steht. Verstehe man den Gesetzeszweck von § 648a BGB in dem Sinne, dass gerade dieses Sicherungsmittel geschaffen werden soll, kann die Inanspruchnahme dieses Rechts nicht als treuwidrig angesehen werden.

### C. Kontext der Entscheidung

Das OLG Celle entscheidet, dass der Anspruch auf Sicherheitsleistung gemäß § 648a BGB nicht das Bestehen eines ungekündigten Vertrages voraussetzt. Damit schließt es sich den Entscheidungen des LG Stuttgart vom 03.12.2010 (8 O 284/10 m. Anm. Plank, jurisPR-PrivBauR 2/2011 Anm. 3) sowie des LG Paderborn vom 09.06.2011 (3 O 521/10) an.

Allerdings sind auch mit dieser Entscheidung nicht sämtliche Fragen zu dem neu gefassten § 648a BGB geklärt.

Zunächst wirft die Entscheidungsbegründung die Frage auf, ob das OLG Celle der Auffassung ist, dass nur die Bestellerkündigung den Anspruch auf Sicherheitsleistung unberührt lässt oder ob dies auch für die Kündigung durch den Unternehmer gilt. Das Oberlandesgericht führt in der Begründung aus, der Anspruch gemäß § 648a BGB bestehe unabhängig davon, ob eine Vorleistungspflicht nicht mehr in Betracht komme, „weil das Vertragsverhältnis (durch den Besteller) gekündigt oder anderweitig gescheitert“ sei. Ob das Oberlandesgericht durch diesen Klammerzusatz ausdrücken möchte, dass dies im Falle einer Kündigung durch den Unternehmer abweichend zu beurteilen sein könnte, lässt sich der Entscheidung nicht entnehmen. Diese Frage war allerdings in dem hier zu besprechenden Fall irrelevant. Auch bleibt offen, welche Konstellationen unter anderweitigem Scheitern zu verstehen sein sollten.

Die Begründung des OLG Celle dürfte allerdings dahin zu verstehen sein, dass auch im Falle einer Kündigung durch den Unternehmer nicht entscheidend ist, ob eine Vorleistungspflicht besteht oder nicht. Hierauf stellte dagegen das LG Hamburg (Urt. v. 16.07.2010 - 325 O 469/09 m. Anm. Plank jurisPR-PrivBauR 2/2011 Anm. 3) im Falle einer Kündigung durch den Unternehmer ab.

In dem vom LG Hamburg entschiedenen Fall hatte nicht der Besteller, sondern der Unternehmer den Bauvertrag wegen Nichtbeibringung der Sicherheit nach § 648a BGB gekündigt. Das Oberlandesgericht urteilte, dass der Unternehmer in diesem Fall von seinem Wahlrecht aus § 648a Abs. 5 BGB Gebrauch gemacht habe mit der Folge, dass ein Anspruch auf Sicherheit nicht mehr bestehe. Nach Auffassung des LG Hamburg kann der Unternehmer in dem Fall, dass der Besteller die verlangte Sicherheit nicht binnen einer gesetzten Frist leistet, entweder die Leistung verweigern und zugleich auf Sicherheit klagen oder den Vertrag kündigen, mit der Folge, dass ein Anspruch auf Sicherheit im Grundsatz nicht mehr besteht. Einzige Ausnahme sei der Fall, in dem der Besteller weiterhin Beseitigung von Mängeln fordert und der Unternehmer deshalb auch nach der Kündigung des

Vertrages verpflichtet bleibt, etwaige Mängel an den bis zur Kündigung erbrachten Werkleistungen zu beseitigen und insoweit vorleistungspflichtig ist.

Das OLG Celle musste sich zwar mit der Frage der Ausübung des Wahlrechts nicht beschäftigen, da in dem zu entscheidenden Fall die Kündigung durch den Besteller erklärt wurde. Allerdings betont das Oberlandesgericht, dass der Anspruch auf Sicherheitsleistung von einer etwaigen Vorleistungspflicht unabhängig ist. Das LG Hamburg differenziert dagegen danach, ob der Unternehmer vorleistungspflichtig ist oder nicht und verneint den Anspruch auf Sicherheitsleistung letztlich mit der Begründung, dass keine Vorleistungspflichten (mehr) bestehen und aus diesem Grund kein Anspruch auf Sicherheitsleistung besteht.

Der Begründung des OLG Celle folgend müsste auch in diesem Fall ein Anspruch auf Sicherheitsleistung zuerkannt werden, weil es auf die Vorleistungspflicht eben nicht ankommen soll.

Zur Höhe des Anspruchs auf Sicherheitsleistung im Falle eines gekündigten Vertrages äußert sich das OLG Celle nur insoweit, als die verlangte Sicherheit von 708.614,58 Euro deutlich unter dem vereinbarten Werklohn von 3.515.000 Euro abzüglich der geleisteten Abschläge in Höhe von 1.881.861,24 Euro liege. Aus diesem Grunde könne der Insolvenzverwalter grundsätzlich die begehrte Sicherheit nach Grund und Höhe beanspruchen. Einer Klärung der Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe dem Unternehmer ein Restwerklohnanspruch noch zusteht, bedarf es nach Auffassung des Oberlandesgerichts nicht. Insoweit erfuhr die Entscheidung bereits Kritik. Schmitz (IBR 2012, 391) ist der Auffassung, dass in den Fällen, in denen durch eine Kündigung auf die Höhe des dem Unternehmer zustehenden Werklohnanspruchs eingewirkt wird, es auch in dem Verfahren betreffend die Sicherheitsleistung gemäß § 648a BGB der Feststellung des dem Unternehmer zustehenden Betrags bedarf.

Dem Wortlaut des Gesetzes zufolge steht dem Unternehmer ein Anspruch auf Sicherheitsleistung in Höhe der vereinbarten und noch nicht gezahlten Vergütung zu. Auf die Höhe dieses Werklohnanspruchs kann auf verschiedene Weise eingewirkt werden. Fest steht, dass Gegenansprüche des Bestellers auf die Höhe des An-

spruchs auf Sicherheitsleistung gemäß § 648a Abs. 1 Satz 4 BGB nur dann Auswirkung haben sollen, wenn diese unstreitig oder rechtskräftig festgestellt sind.

Dem Wortlaut des Gesetzes dagegen nicht zu entnehmen ist, inwieweit andere Umstände, die Einfluss auf die Höhe des Restwerklohnanspruchs haben, im Verfahren betreffend die Sicherheitsleistung zu berücksichtigen sind. Beispielsweise kann die Vergütung gemindert sein oder der Vertrag kann aufgrund einer Kündigung vorzeitig beendet sein. Müsste in diesen Fällen das Gericht vor der Entscheidung über den Anspruch gemäß § 648a BGB klären, in welcher Höhe ein Restwerklohnanspruch aufgrund der vorzeitigen Beendigung oder aufgrund einer Minderung nach wie vor besteht, würde das Ziel der Vorschrift, dem Unternehmer die schnelle Durchsetzung des Anspruchs auf Sicherheitsleistung zu ermöglichen, wohl in vielen Fällen nicht erreicht werden können. Dieses Ziel kann nur dann erreicht werden, wenn das Gericht über den Anspruch auf Sicherheitsleistung auf der Grundlage der vereinbarten Vergütung sowie geleisteter Zahlungen entscheiden kann (vgl. hierzu LG Erfurt, Urt. v. 20.12.2011 - 1 HK O 122/11), ohne weitere strittige Fragen, etwa über den Bautenstand o.ä., vorab klären zu müssen.

Dies führt dazu, dass im Einzelfall möglicherweise Sicherheiten verlangt werden können, die den verbleibenden Restwerklohn um ein vielfaches übersteigen. Dieses Risiko des Bestellers wollte der Gesetzgeber aber im Interesse der Sicherung der Ansprüche der Unternehmer hinnehmen. Abgesehen hiervon steht es dem Besteller frei, selbst gerichtliche Schritte einzuleiten bzw. etwaige Ansprüche widerklagend geltend zu machen, um auf diese Weise kurzfristig zu klären, inwieweit dem Unternehmer noch Ansprüche zustehen.

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

Der Besteller eines Bauwerks muss stets damit rechnen, auf Sicherheitsleistung in Anspruch genommen zu werden, wenn er die Errichtung eines Bauwerkes oder einer Außenanlage in Auftrag gibt. Selbst wenn der Unternehmer mangelhaft leistet oder insolvent wird, kann sich der Besteller diesem Anspruch nicht entziehen. Dem Besteller kann daher nur geraten werden, Gegenansprüche aufgrund mangelhaf-

ter Leistung, aufgrund Verzögerung oder aufgrund insolvenzbedingter Nichtleistung sowie etwaige Schadensersatzansprüche aufgrund einer vorzeitigen Vertragsbeendigung umgehend gerichtlich geltend zu machen. Nur wenn diese Ansprüche des Bestellers unstreitig oder rechtskräftig festgestellt sind, kann der Besteller sie dem Sicherheitsverlangen des Unternehmers oder eines etwaigen Insolvenzverwalters entgegenhalten.

Andererseits muss der Unternehmer, der eine erfolglos abgelaufene Frist zur Sicherheitsleistung gemäß § 648a BGB gesetzt hat und die Insolvenz des Bestellers befürchtet, nach wie vor sorgfältig prüfen, ob er das ihm zustehende Kündigungsrecht ausübt und damit möglicherweise seinen Anspruch auf Sicherheitsleistung verliert. Das Urteil des OLG Celle enthält hierzu keine Aussagen. Es kann allerdings insoweit herangezogen werden, als dem OLG Celle zufolge eine Vorleistungspflicht nicht Voraussetzung des Anspruchs auf Sicherheitsleistung ist.

Für den Fall der Bestellerkündigung hat das OLG Celle die Position des Unternehmers gestärkt und erneut bestätigt, dass der Anspruch auf Sicherheitsleistung ungeachtet der Kündigung und unabhängig von einer bestehenden Vorleistungspflicht des Unternehmers durchsetzbar ist.