BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 349/12

Verkündet am:
6. März 2014
Boppel,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

BGB § 648a Abs. 1

a) Auch nach einer Kündigung des Bauvertrags kann der Unternehmer Sicherheit nach § 648a Abs. 1 BGB verlangen.

b) Der Unternehmer hat die ihm nach einer Kündigung zustehende Vergütung schlüssig darzulegen.

c) Sind die tatsächlichen Voraussetzungen der Berechnung des dargelegten Vergütungsanspruchs streitig, ist dem Unternehmer für seine schlüssig dargelegte Vergütung eine Sicherheit ohne Klärung der Streitfragen zu gewähren. Anderes gilt, wenn die Klärung der Streitfragen nicht zu einer Verzögerung des Rechtsstreits führt.

BGH, Urteil vom 6. März 2014 - VII ZR 349/12 - KG Berlin
LG Berlin

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. September 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, die Richterin Safari Chabestari und die Richter Halfmeier, Dr. Kartzke und Prof. Dr. Jurgeleit

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin-Schöneberg vom 28. November 2012 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise aufgehoben und insgesamt neu gefasst:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der Kammer für Handelssachen 98 des Landgerichts Berlin vom 2. November 2010 abgeändert. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin Sicherheit gemäß § 648a BGB in Verbindung mit §§ 232 ff. BGB in Höhe von 82.417,00 € zu leisten. Die weitergehende Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits 1. Instanz haben die Klägerin 64 % und die Beklagte 36 % zu tragen. Die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens tragen die Klägerin zu 16 % und die Beklagte zu 84 %.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung in Höhe von nunmehr noch 97.866,66 € in Anspruch.

2 Die Beklagte beauftragte die Klägerin, eine Gesellschaft mit Sitz in Luxemburg, unter dem 28. September 2009 als Nachunternehmerin mit der Ausführung von Arbeiten für die Blechfassade und das Dach des Kesselhauses einer Abfallverbrennungsanlage in Luxemburg. Vereinbart war ein Werklohn von 198.656,47 € zuzüglich 15 % Mehrwertsteuer nach luxemburgischem Recht und die Geltung der VOB Teile B und C.

3 Nach Aufnahme der Arbeiten ermahnte die Beklagte die Klägerin mehrfach zur Einhaltung von Sicherheitsvorkehrungen. Am 29. Januar 2010 (Anlage K 10) kündigte die Beklagte das Vertragsverhältnis mit sofortiger Wirkung, nachdem der Bauherr die Klägerin wegen Nichteinhaltung von Sicherheitsvorschriften von der Baustelle verwiesen hatte. Die Klägerin (Anlage K 7) trat der Kündigung entgegen und verlangte von der Beklagten unter Berücksichtigung von Warte- und Verzögerungszeiten Sicherheitsleistung in Höhe von 392.699,24 €. Unter dem 5. März 2010 stellte die Klägerin die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen mit 120.769,55 € in Rechnung und beanspruchte zudem entgangenen Gewinn in Höhe von 14.045,14 €.

4 Die Klägerin hat erstinstanzlich beantragt, die Beklagte zu verurteilen, ihr Sicherheit für die vereinbarte und noch nicht bezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderung von insgesamt 226.000,43 €, hilfsweise in Höhe von 148.296,16 €, zu leisten und die Beklagte weiter zu verurteilen, an sie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.534,20 € nebst Zinsen zu zahlen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

5 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Dagegen hat die Klägerin Berufung eingelegt und zuletzt beantragt, die Beklagte zu verurteilen, ihr Sicherheit gemäß § 648a BGB i.V.m. §§ 232 ff. BGB für die vereinbarte und noch nicht bezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen in Höhe von 97.866,66 € zu leisten. Das Berufungsgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision der Beklagten hat insoweit Erfolg, als das Berufungsgericht die Beklagte zur Leistung einer den Betrag von 82.417,00 € übersteigenden Sicherheit gemäß § 648a BGB verurteilt hat. Im Übrigen war die Revision zurückzuweisen.

I.

7 Die deutschen Gerichte sind für die Entscheidung des Rechtsstreits gemäß Art. 23 Abs. 1 EuGVVO international zuständig, da die Parteien Berlin schriftlich als Gerichtsstand vereinbart haben.

II.

8 Auf das Vertragsverhältnis der Parteien ist - wie das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit den Parteien zutreffend angenommen hat - deutsches materielles Recht anzuwenden. Die Parteien haben keine ausdrückliche Rechtswahl nach Art. 27 Abs. 1 Satz 1 EGBGB a.F. getroffen. Das deutsche Recht ist anwendbar, weil der Vertrag der Parteien hinreichende Anhaltspunkte für eine konkludente Rechtswahl nach Art. 27 Abs. 1 Satz 2 EGBGB a.F. zugunsten deutschen materiellen Rechts enthält. Die Parteien haben die Geltung der VOB Teile B und C vereinbart und die besonderen Vereinbarungen des Vertrages daran und an den gesetzlichen Vorschriften des deutschen Vertragsrechts orientiert. Sie haben den Vertragstext in deutscher Sprache abgefasst und eine Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten Berliner Gerichte getroffen. Diese Umstände sind für eine konkludente Rechtswahl zugunsten des deutschen Rechts ausreichend (vgl. BGH, Urteil vom 10. April 2003 - VII ZR 314/01, BGHZ 154, 378, 382).

III.

9 Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Klägerin stehe ein Anspruch auf eine Sicherheit in der zuletzt geltend gemachten Höhe zu. Nach § 648a Abs. 1 BGB in der seit 1. Januar 2009 geltenden Fassung bestehe ein Anspruch auf Sicherheitsleistung auch dann, wenn das Vertragsverhältnis gekündigt sei und der Unternehmer keine Leistungen mehr zu erbringen habe. Nach dem klaren Wortlaut des § 648a Abs. 1 BGB solle sich der Anspruch auf Leistung einer Sicherheit nach der "vereinbarten" Vergütung richten und damit unabhängig von dem Streit über die Frage der tatsächlichen Höhe des Vergütungsanspruchs sein. Der Gesetzgeber habe damit dem Unternehmer ein

schnelles und effektives Sicherungsmittel zur Seite stellen wollen. Einwendungen des Bestellers gegen die Höhe der zunächst unstreitig vertraglich geschuldeten Leistung könnten die Höhe der zu erbringenden Sicherheitsleistung daher nur dann beeinflussen, wenn die zugrunde liegenden Tatsachen unstreitig oder rechtskräftig festgestellt seien.

10 Die Klägerin habe gegen die Beklagte für die von ihr erbrachten und noch nicht bezahlten Leistungen einen Anspruch auf Stellung einer Sicherheit in der geltend gemachten Höhe von 74.924,55 €. Darüber hinaus stehe ihr gegen die Beklagte der weiter geltend gemachte Anspruch auf Sicherung des vermeintlichen Anspruchs auf Zahlung entgangenen Gewinns in Höhe von 14.045,14 € gemäß § 649 Satz 2 BGB zu. Es handele sich insoweit jeweils um einen Vergütungsanspruch im Sinne des § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB, für den nicht zu prüfen sei, ob er dem Grunde oder der Höhe nach gerechtfertigt sei. Denn es sei weder unstreitig noch rechtskräftig festgestellt, dass ein solcher Anspruch nicht bestehe. Schließlich könne die Klägerin von der Beklagten gemäß § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB für Nebenforderungen ohne weiteres pauschal Sicherheit in Höhe von 10 % des noch zu sichernden Vergütungsanspruchs verlangen.

IV.

11 Das hält der revisionsrechtlichen Überprüfung teilweise stand.

12 1. Im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass der Anspruch der Klägerin auf Sicherheitsleistung nach § 648a Abs. 1 BGB in der ab 1. Januar 2009 geltenden Fassung nicht daran scheitert, dass die Beklagte das Vertragsverhältnis gekündigt hat.

13 Mit dem Forderungssicherungsgesetz ist § 648a BGB grundlegend umgestaltet worden. Während der Unternehmer nach der Altfassung des Gesetzes keinen durchsetzbaren Anspruch auf Sicherheitsleistung hat, gewährt ihm nunmehr die Neufassung einen solchen Anspruch, der auch im Wege der Klage geltend gemacht werden kann (BGH, Urteil vom 27. Mai 2010 - VII ZR 165/09, BauR 2010, 1219 Rn. 19 = NZBau 2010, 495). Dieser Anspruch wird dem Unternehmer auch für den Fall eingeräumt, dass die Abnahme bereits erklärt worden ist (BT-Drucks. 16/511, S. 17).

14 Der Anspruch besteht auch nach einer Kündigung. Das Gesetz enthält insoweit keine Beschränkungen. Diese sind auch nicht deshalb veranlasst, weil nach einer Kündigung regelmäßig keine Vorleistungen des Unternehmers mehr ausstehen (a.A. noch LG Hamburg, Urteil vom 6. Dezember 2012 - 313 O 243/12, juris Rn. 32 ff.). Denn es kommt im Gegensatz zur Altfassung nicht mehr darauf an, ob der Unternehmer noch Vorleistungen erbringen muss. Das ergibt sich zwar nicht deutlich aus der Begründung des Gesetzes, erschließt sich aber aus dem gesamten, geänderten Regelungsmechanismus und dem Sinn und Zweck des Gesetzes. Schon der Wortlaut des Gesetzes enthält im Gegensatz zur Vorfassung keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Vorleistung gesichert werden soll. Vielmehr soll dem Unternehmer eine Sicherheit für seine Vergütung gewährt werden. Das Gesetz bezweckt danach ersichtlich eine Abkehr von dem zweifelhaften Ansatz des § 648a BGB a.F., wonach Voraussetzung eines Sicherungsanspruchs ist, dass noch Vorleistungen ausstehen. Die Altfassung führt dazu, dass nach Beendigung eines Vertrages noch eine volle Sicherheit verlangt werden kann, wenn geringe Mängel abzuarbeiten sind, ein Sicherungsbegehren jedoch erfolglos bleibt, wenn der Unternehmer mangelfrei gearbeitet hat. Für dieses Ergebnis gibt es keine innere Rechtfertigung, weil ein Sicherungsbedürfnis in beiden Fällen vorliegt. Nunmehr stellt das Gesetz in der Neufassung konsequent auf das Sicherungsinteresse des Unternehmers ab,

das solange besteht, wie sein Vergütungsanspruch nicht befriedigt worden ist. Nach der Neuregelung des § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB reicht es daher für einen Anspruch des Unternehmers gegen den Besteller auf Leistung einer Sicherheit aus, dass dem Unternehmer noch ein Vergütungsanspruch zusteht (Messerschmitt/Voit-Cramer, Privates Baurecht, 2. Aufl., § 648a BGB Rn. 35; Palandt/Sprau, BGB, 73. Aufl., § 648a Rn. 14; § 648a Rn. 6; Schmitz in: Kniffka, Bauvertragsrecht, § 648a BGB Rn. 5 und 25; Joussen in: Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B, 18. Aufl., Anhang 1 Rn. 162; Fuchs, BauR 2012, 326, 334; Retzlaff, BauR 2013, 1184, 1185).

15 2. Im Ergebnis richtig hat das Berufungsgericht der Klägerin einen Anspruch auf Sicherheitsleistung in Höhe von 82.417,00 € gewährt. Die Klägerin hat schlüssig einen Vergütungsanspruch gemäß § 631 Abs. 1 BGB für die bis zur Kündigung erbrachte Leistung in Höhe von 74.924,55 € dargelegt. Unter Berücksichtigung der gesetzlichen Pauschale von 10 % für Nebenforderungen ergibt sich ein Anspruch auf Sicherheit in Höhe von 82.417,00 €. Dagegen kann die Verurteilung zur Stellung einer Sicherheit in Höhe des entgangenen Gewinns zuzüglich der Pauschale von 10 % nicht aufrechterhalten bleiben, weil insoweit eine vereinbarte Vergütung gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B nicht schlüssig dargetan ist.

16 a) Nach § 648a Abs. 1 BGB kann der Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon vom Besteller Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte und nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen, die mit 10 vom Hundert des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen sind, verlangen. In Rechtsprechung und Literatur ist streitig, in welchem Umfang der Unternehmer nach einer Kündigung des Bestellers von diesem eine Sicherung seiner Vergütung gemäß § 648a Abs. 1 BGB fordern kann.

17 aa) Nach einer hauptsächlich in der Literatur vertretenen Ansicht ist der Anspruch auf Sicherheitsleistung nach § 648a Abs. 1 BGB nicht unabhängig von dem konkreten Sicherungsbedürfnis des Unternehmers zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs. Die Höhe der Sicherheit müsse dem geschuldeten Leistungsumfang angepasst werden, wenn sich der Leistungsumfang gegenüber der ursprünglichen vertraglichen Vereinbarung geändert habe (vgl. MünchKommBGB/Busche, 6. Aufl., § 648a Rn. 24; Bamberger/Roth/Voit, BGB, 3. Aufl., § 648a Rn. 7; Schmitz in: Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand: 29. September 2013, § 648a BGB Rn. 59/1,2; Palandt/Sprau, BGB, 73. Aufl., § 648a Rn. 14; Schmidt, NJW 2013, 497, 499; wohl auch Staudinger/Peters/Jacoby, BGB [2014], § 648a Rn. 8 und 11).

18 bb) Dagegen geht die überwiegende veröffentlichte Rechtsprechung (LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 12. April 2010 - 17 O 1183/09, juris Rn. 22 f.; LG Stuttgart, Urteil vom 3. Dezember 2010 - 8 O 284/10, juris Rn. 31 ff.; LG Paderborn, Urteil vom 9. Juni 2011 - 3 O 521/10, juris Rn. 29 ff.; OLG Celle, BauR 2012, 1808, 1809 = NZBau 2012, 702) davon aus, dass eine Kündigung an der von dem Unternehmer zu beanspruchenden Sicherheit der Höhe nach nichts ändere. Dies wird damit begründet, dass die Möglichkeit, eine Sicherheit zu fordern, dem Unternehmer den einfachen und flexiblen Zugriff auf die zum Bauen bestimmten Finanzmittel des Bestellers eröffnen solle. Da dieser Anspruch bereits ab Vertragsschluss bestehe, also zu einem Zeitpunkt, in dem der Unternehmer noch keinerlei Vorleistungen erbracht habe, bestehe er erst recht dann, wenn bereits Leistungen erbracht worden seien. Der Anspruch auf Sicherheitsleistung bestehe unabhängig davon, welches Schicksal der zugrunde liegende Werkvertrag in der Zeit zwischen Vertragsschluss und Kündigung genommen habe. Dies ergebe sich bereits aus § 648a Abs. 1 Satz 3 BGB, wonach der Anspruch des Unternehmers auf Sicherheit nicht dadurch ausgeschlossen werde, dass der Besteller Erfüllung verlangen könne, er das Werk abgenommen oder

eine Aufrechnung erklärt habe. Der Gesetzgeber habe dem Werkunternehmer im Hinblick auf das Insolvenzrisiko des Bestellers eine schnelle Sicherheit geben wollen, um dann anschließend im Werklohnprozess die Berechtigung des geltend gemachten Anspruchs unter Berücksichtigung etwaiger Gegenansprüche klären zu können. Da sich das Insolvenzrisiko durch die Kündigung nicht vermindere, könne diese auf den Anspruch des Unternehmers auf Bestellung einer Sicherheit keinen Einfluss haben.

19 b) Nach Auffassung des Senats ist eine differenzierte Betrachtung geboten. Es trifft zu, dass nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes dem Unternehmer eine Sicherheit zu gewähren ist, die ihren Zweck nicht verfehlt, ihn vor dem Ausfall des Bestellers zu schützen. Deshalb kann ein den Rechtsstreit über die Stellung einer Sicherheit verzögernder Streit über die tatsächlichen Voraussetzungen der Berechnung des Vergütungsanspruchs nicht zugelassen werden. Andererseits besteht kein Grund, den Unternehmer aus seiner Verpflichtung zu entlassen, die Höhe der ihm nach der Kündigung auf der Grundlage der getroffenen Vereinbarung zustehenden Vergütung schlüssig darzulegen.

20 aa) Das Gesetz gewährt dem Unternehmer einen Anspruch in Höhe der vereinbarten und noch nicht gezahlten Vergütung. Will der Unternehmer eine Sicherheit für die vereinbarte Vergütung, muss er diese schlüssig darlegen. Das gilt auch für die ihm nach einer Kündigung zustehende Vergütung. Auch diese ergibt sich aus der dem Vertrag zugrunde liegenden Vereinbarung und ist deshalb die vereinbarte Vergütung im Sinne des § 648a Abs. 1 BGB.

21 Nach einer freien Kündigung muss sich der Unternehmer auf die vereinbarte Vergütung dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt, § 649 Satz 2

BGB. Im VOB-Vertrag ist dies ausdrücklich Gegenstand der getroffenen Vereinbarung, § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B. Diesen Anspruch muss der Unternehmer darlegen. Er hat die vereinbarte Vergütung und darüber hinaus darzulegen, welche Kosten er erspart hat und welchen anderweitigen Erwerb er sich anrechnen lassen muss (BGH, Urteil vom 11. Februar 1999 - VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365, 369; Urteil vom 6. März 1997 - VII ZR 47/96, BauR 1997, 643, 644 = ZfBR 1997, 242; Urteil vom 7. November 1996 - VII ZR 82/95, BauR 1997, 304, 305 = ZfBR 1997, 78). Auf den Teil der Vergütung, der für nicht erbrachte Leistungen geltend gemacht wird, darf der Unternehmer keine Umsatzsteuer berechnen (BGH, Urteil vom 22. November 2007 - VII ZR 83/05, BGHZ 174, 267 Rn. 16 ff.).

22 Nach einer außerordentlichen Kündigung des Bestellers aus wichtigem Grund steht dem Unternehmer die vereinbarte Vergütung nur für die erbrachte Leistung zu. Auch diesen Anspruch muss der Unternehmer schlüssig darlegen (BGH, Urteil vom 11. Mai 2006 - VII ZR 146/04, BGHZ 167, 345 Rn. 23; Urteil vom 19. Dezember 2002 - VII ZR 103/00, BGHZ 153, 244, 250; Urteil vom 25. März 1993 - X ZR 17/92, BauR 1993, 469, 471 = ZfBR 1993, 189).

23 Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber den Unternehmer in einem Prozess auf Stellung einer Sicherheit aus seiner Verpflichtung entlassen wollte, die Höhe dieser vereinbarten Vergütung schlüssig darzulegen. Durch eine entsprechende Darlegung, die in der Regel durch eine Schlussrechnung erfolgen wird, ist der Unternehmer nicht unbillig belastet, da es ohnehin seine Pflicht ist, unverzüglich oder in den von der VOB/B vorgesehenen Fristen, vgl. § 14 Abs. 3 VOB/B, abzurechnen. Will er eine Sicherheit in Anspruch nehmen, muss er es hinnehmen, dass er möglicherweise vor den vertraglich vereinbarten Fristen abrechnen muss.

24 bb) Soweit das Berufungsgericht die Auffassung vertritt, die schlüssige Darlegung des nach der Kündigung zustehenden Vergütungsanspruchs sei nicht notwendig, es reiche, die ursprünglich vereinbarte Vergütung darzulegen, kann dem nicht gefolgt werden. Unbehelflich ist der Hinweis des Berufungsgerichts, der Unternehmer hätte bereits vor der Kündigung die Sicherheit in Höhe der vereinbarten Vergütung verlangen können. Das ist richtig, ändert aber nichts daran, dass der Unternehmer grundsätzlich die Höhe der vereinbarten Vergütung in dem Zeitpunkt darlegen muss, in dem er die Sicherheit verlangt.

25 Ansonsten sieht das Berufungsgericht die Gefahr, dass das Verlangen nach Sicherheit mit dem Streit über die tatsächlichen Voraussetzungen des Vergütungsanspruchs belastet wird, es deshalb zu nicht hinnehmbaren Verzögerungen kommt und dadurch der Sicherungszweck gefährdet ist. Diese Besorgnis ist begründet, betrifft aber nicht die Anforderungen an die Darlegung der zu sichernden Forderung. Die Prüfung, ob diese Forderung schlüssig dargelegt ist, führt nicht zu Verzögerungen, die nicht hinnehmbar wären. Der Besteller hat ein berechtigtes Interesse daran, nur mit einem Sicherungsverlangen konfrontiert zu werden, das der durch die Kündigung bedingten Veränderung des Vergütungsanspruchs Rechnung trägt. Denn die Sicherheit belastet ihn nach einer Kündigung in größerem Maße; vgl. dazu unten dd). Soweit das Berufungsgericht darauf hinweist, dass nach der gesetzlichen Regelung auch eine Sicherung für Ansprüche im Umfang der vereinbarten Vergütung verlangt werden kann, die an deren Stelle treten, führt das ebenfalls nicht weiter. Denn maßgebend ist auch danach, wie hoch die vereinbarte Vergütung im Zeitpunkt des Sicherungsverlangens gewesen wäre.

26 cc) Dem berechtigten Interesse des Unternehmers, eine effektive Sicherheit zu erlangen, wird ausreichend dadurch Rechnung getragen, dass ein Streit über die tatsächlichen Voraussetzungen der Berechnung des Vergü-

tungsanspruchs im Prozess auf Stellung einer Sicherheit nicht zugelassen wird. Eine derartige Beschränkung der Rechte des Bestellers ergibt sich, worauf das Berufungsgericht zutreffend hinweist, sowohl aus dem Wortlaut des § 648a BGB als auch aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes.

27 Es ist richtig, dass der Gesetzgeber dem Unternehmer die Möglichkeit eröffnen wollte, möglichst schnell und effektiv vom Besteller eine Sicherheit für den Fall erlangen zu können, dass der Besteller ihn nicht bezahlt (BT-Drucks. 16/511 S. 1). Richtig ist auch, dass dieser Zweck des Gesetzes gefährdet würde, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen für die Berechnung des Vergütungsanspruchs erst langwierig aufgeklärt werden müssten. Denn in diesem Zeitraum der Aufklärung kann der Besteller zahlungsunfähig werden; auch davor muss der Unternehmer geschützt werden.

28 Der Gesetzgeber hat in § 648a Abs. 1 BGB dem Schutzbedürfnis des Unternehmers auch in anderen Fällen, in denen er möglicherweise die vereinbarte Vergütung noch in voller Höhe verdienen kann, Rechnung getragen und gleichzeitig in Kauf genommen, dass eventuell rückblickend betrachtet eine Übersicherung des Unternehmers zugelassen wird. So hängt das Sicherungsverlangen grundsätzlich nicht davon ab, dass der Besteller noch Erfüllung verlangen kann. Bereits hier ist das Risiko angelegt, dass eine Übersicherung eintritt, weil der Vertrag nicht endgültig erfüllt wird. Außerdem hat er dem Unternehmer das Recht gegeben, eine Sicherheit trotz möglicherweise berechtigter Mängelrügen des Bestellers zu verlangen. Auch insoweit kann sich ergeben, dass eine Übersicherung eingetreten ist, wenn die Mängelrügen des Bestellers berechtigt waren. Schließlich bleiben bei der Berechnung der dem Sicherungsverlangen zugrunde liegenden Vergütung Ansprüche unberücksichtigt, mit denen der Besteller gegen den Anspruch des Unternehmers auf Vergütung aufrechnen kann, es sei denn, sie sind unstreitig oder rechtskräftig festgestellt.

Diese Regelungen sind auch im Falle einer Kündigung anwendbar, was dazu führen kann, dass der Besteller mit dem Anspruch auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten oder Fertigstellungmehrkosten nicht aufrechnen kann, wenn diese Ansprüche nicht unstreitig oder rechtskräftig festgestellt sind.

29 Den Regelungen ist der Wille des Gesetzgebers zu entnehmen, das Verlangen nach Sicherheit nicht mit einem Streit über die tatsächlichen Voraussetzungen der Einwendungen gegen den Vergütungsanspruch zu belasten, wenn dieser die Durchsetzung des Sicherungsverlangens verzögern würde. In entsprechender Weise darf ein Streit über die tatsächlichen Voraussetzungen der Berechnung des Vergütungsanspruchs nach einer Kündigung die Durchsetzung des Anspruchs auf Stellung einer Sicherheit nicht behindern. Sind die tatsächlichen Voraussetzungen der schlüssig dargelegten Vergütung streitig und führt dies zu einer Verzögerung bei der Durchsetzung des Sicherungsanspruchs, so ist dem Sicherungsverlangen des Unternehmers stattzugeben, wenn nicht der Streit bereits anderweitig rechtskräftig geklärt ist. Damit kann, sofern dies den Rechtsstreit verzögert, der Besteller nicht mit der Behauptung gehört werden, es lägen die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund vor, wenn die dieser Behauptung zugrunde liegenden Tatsachen bestritten sind und der Unternehmer deshalb die Auffassung vertritt, es läge eine freie Kündigung vor und eine Sicherung seines Anspruchs nach § 649 Satz 2 BGB verfolgt. Auch kann der Besteller nicht mit der bestrittenen Behauptung gehört werden, die tatsächlichen Voraussetzungen für die vereinbarte Vergütung, sei es für die erbrachten oder nicht erbrachten Leistungen, lägen nicht vor, etwa weil die berechneten Mengen nicht geleistet seien oder der Unternehmer einen anderweitigen Erwerb gehabt habe.

30 dd) Der Senat verkennt nicht, dass durch diese Regelung die Interessen des Bestellers beeinträchtigt sind, keine Übersicherung geben zu müssen und

er dadurch möglicherweise nicht unerhebliche Nachteile in Kauf nehmen muss. Denn im Falle einer Kündigung kann die Einräumung einer Bauhandwerkersicherung die Kreditlinie des Bestellers in weit höherem Maße belasten als sie bei Durchführung des Vertrags belastet wäre. Kann bei einem durchgeführten Vertrag ideeller Weise davon ausgegangen werden, dass die Sicherheit neben der Belastung durch die Finanzierung keine weitere erhebliche Belastung erzeugt, so liegt dies anders, wenn der Vertrag gekündigt worden ist. Denn der Besteller benötigt die Kreditlinie nunmehr auch für die Fertigstellung des nach der Kündigung zunächst unvollendeten Bauwerks. Möglicherweise muss er sogar dem Drittunternehmer ebenfalls eine Sicherheit stellen. Er hat also ein hohes, insbesondere im Fall einer berechtigten außerordentlichen Kündigung bestehendes Interesse daran, keine Sicherheit leisten zu müssen, die den tatsächlichen Vergütungsanspruch des Unternehmers übersteigt. Auch kann er erhebliche Vorbehalte gegen eine Sicherheitsleistung an einen Unternehmer entwickeln, der aus seiner Sicht unzuverlässig ist, so dass möglicherweise auch die Rückerlangung der Sicherheit schwierig sein kann. Diesem Interesse kann jedoch nach der in § 648a BGB zum Ausdruck kommenden Intention des Gesetzgebers nicht der Vorrang vor dem Interesse des Unternehmers eingeräumt werden, bis zu einer Klärung des ihm zustehenden möglichen Vergütungsanspruchs vor einem Ausfall des Bestellers geschützt zu sein.

31 c) Das Berufungsgericht durfte der Klägerin eine Sicherung nur in der schlüssig dargelegten Höhe ihres möglichen Vergütungsanspruchs zusprechen. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Beklagte berechtigt war, den Bauvertrag aus wichtigem Grund zu kündigen. Die Klägerin war daher berechtigt, ihren Vergütungsanspruch nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B zu berechnen. Sie hat unter dem 5. März 2010 die von ihr erbrachten Leistungen abgerechnet und für die nicht erbrachten Leistungen lediglich einen entgangenen Gewinn geltend gemacht. Das Berufungsgericht hat diese Abrechnung nicht auf Schlüssigkeit

überprüft, da es von seinem Rechtsstandpunkt dazu keine Veranlassung gesehen hat. Da weitere Feststellungen nicht zu erwarten sind, kann der Senat diese Überprüfung selbst vornehmen.

32 aa) Die Klägerin hat die von ihr erbrachten Leistungen in der Rechnung unter Angabe der Positionsnummern des Leistungsverzeichnisses nach Menge, Massen und Einheitspreisen aufgeführt. Soweit sie nur Teilleistungen einer Leistungsposition erbracht hat, hat sie den für die Gesamtleistung vereinbarten Einheitspreis in Teilpreise aufgespaltet und entsprechend in Ansatz gebracht. Die Abrechnung der erbrachten Leistungen mit 120.769,55 € (105.017,00 € zuzüglich 15 % Mehrwertsteuer) ist damit schlüssig. Nach Abzug zweier Abschlagszahlungen in Höhe von 23.000,00 € und 22.845,00 € beläuft sich die mögliche von der Klägerin noch zu beanspruchende Vergütung für die erbrachten Leistungen auf 74.924,55 €. Unter Berücksichtigung dazugehöriger Nebenforderungen in Höhe von 10 % des zu sichernden Vergütungsanspruchs kann die Klägerin eine Sicherung gemäß § 648a BGB in Höhe von 82.417,00 € von der Beklagten verlangen.

33 bb) Den Vergütungsanspruch für die nicht erbrachte Leistung hat die Klägerin dagegen nicht schlüssig dargelegt. Dieser ermittelt sich - worauf das Berufungsgericht hingewiesen hat - als Differenz zwischen der für die nicht ausgeführten Leistungen vereinbarten Vergütung einerseits und ersparten Aufwendungen und anderweitigem Erwerb andererseits (BGH, Urteil vom 23. Oktober 1980 - VII ZR 324/79, BauR 1981, 198, 199; Urteil vom 14. Januar 1999 - VII ZR 277/97, BGHZ 140, 263, 265). Der Unternehmer hat daher zur Darlegung seiner Forderungen ersparte Aufwendungen und anderweitigen Erwerb vorzutragen und zu beziffern. Er kann sich nicht - wie die Klägerin - darauf beschränken, lediglich einen Gewinnentgang zu behaupten (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juli 1996 - VII ZR 227/93, BauR 1996, 846, 849 = ZfBR 1996, 310). Nach-

dem die Beklagte diese Abrechnung zu Recht beanstandet hat, kann der Klägerin insoweit keine Sicherung zugesprochen werden.

V.

34 Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1, § 91a Abs. 1, § 516 Abs. 3 ZPO.

Kniffka Safari Chabestari Halfmeier

Kartzke Jurgeleit

Vorinstanzen:
LG Berlin, Entscheidung vom 02.11.2010 - 98 O 14/10 -
KG Berlin, Entscheidung vom 28.11.2012 - 21 U 174/10 -