

Titel:

Tauglichkeit einer Bauhandwerkersicherungsbürgschaft

Normenkette:

BGB § 631 Abs. 1, § 648a, § 650f Abs. 1, Abs. 2, Abs. 5, § 765

Leitsätze:

1. Angemessen ist eine Frist zur Gestellung einer Bauhandwerkersicherung regelmäßig dann, wenn sie mindestens 7–10 Arbeitstage beträgt. (Rn. 20) (redaktioneller Leitsatz)
2. Maßgeblich für die Ausgestaltung einer vom Besteller zu stellenden Sicherheit sind die entsprechenden Anforderung des Unternehmers und die jeweiligen tatsächlichen Umstände. Eine Bauhandwerkersicherungsbürgschaft kann grundsätzlich auch dann ein taugliches Sicherungsmittel sein, wenn sie zeitlich auf 5 Monate befristet ist (entgegen nachfolgend OLG München BeckRS 2022, 12846). (Rn. 23 – 24) (redaktioneller Leitsatz)
3. Hat der Unternehmer seine Bautätigkeit zum Zeitpunkt des Verlangens einer Bauhandwerkersicherung bereits ohne einen rechtlich nachvollziehbaren Grund eingestellt, ist sein Verlangen nach einer Sicherheit rechtsmissbräuchlich (entgegen nachfolgend OLG München BeckRS 2022, 12846). (Rn. 26) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Bauhandwerkersicherung, Bürgschaft, befristet, Kündigung, wichtiger Grund, rechtsmissbräuchlich, Verlangen, Arbeitseinstellung, Frist, Bauvertrag

Rechtsmittelinstanz:

OLG München, Endurteil vom 09.06.2022 – 20 U 8299/21 Bau e

Tenor

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Es wird festgestellt, dass die von der Beklagten mit Schreiben vom 15.06.2020 ausgesprochene Kündigung des Pauschalpreisvertrages vom 6./10.02.2020 ihrer Rechtsnatur nach eine berechtigte Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 648 a BGB ist.
3. Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.
4. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

1

Die Klägerin begehrt mit der Klage die Feststellung der Beendigung der Vertragsbeziehung der Parteien aufgrund der Kündigung vom 15.05.2020, hilfsweise der Kündigung vom 05.06.2020; mit der Widerklage beantragt die Beklagte die Feststellung der Rechtsnatur der Kündigung vom 15.06.2020 als berechtigte Kündigung aus wichtigem Grund.

2

Die Parteien haben 6./10.02.2020 aufgrund des Angebots der Klägerin vom 03.02.2020, welches die Baustelleneinrichtung, Beton- und Stahlbetonarbeiten, Maurerarbeiten, isolierte Arbeiten, das Erstellen von Gerüsten sowie Entwässerungsarbeiten umfasst (Anlage K1), einen Bauvertrag über „Ausführung der Baumeisterarbeiten zum Neubau eines Reihenhauses (Haus A bis C) mit Garagen, -“ (Anlage K2) geschlossen; das Bauende ist mit 8 Wochen nach dem Baubeginn vereinbart. Die Baubeginnsanzeige gegenüber dem Landratsamt - weist den Baubeginn mit 16.03.2020 aus. Die Klägerin hat mit der Ausführung ihrer Leistung begonnen. Mit Schreiben vom 29.04.2020 hat die Klägerin die Beklagte unter Fristsetzung zum 07.05.2020 aufgefordert, eine Bauhandwerkersicherung gemäß § 650 f BGB über den berechneten, noch nicht gezahlten Teil der Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen aus

dem Bauvertrag zu stellen. Mit Fax vom 13.05.2020, 12:28 Uhr hat die Klägerin eine Nachfrist für den Abend des Tages, 17:00 Uhr gesetzt. Mit E-Mail vom 14.05.2020 hat die Beklagte den Text einer Bauhandwerkersicherungsbürgschaft der Volksbank Raiffeisenbank - übermittelt, welche folgende Ergänzung enthält: „Die Verpflichtungen aus dieser Bürgschaft erlöschen ... spätestens jedoch - insoweit abweichend von § 777 BGB -, wenn die Bank nicht bis zum 30.09.2020 mit dieser Bürgschaft in Anspruch genommen worden ist.“. Am 15.05.2020 hat die Klägerin unter Zurückweisung der befristeten Bürgschaft als untauglich den bestehenden Bauvertrag aus wichtigem Grund gemäß § 650 f Abs. 5 BGB gekündigt und die Kündigung mit Schreiben vom 05.06.2020 wiederholt.

3

Mit Schreiben vom 27.05.2020 hat die Beklagte die Klägerin erfolglos aufgefordert, die Arbeiten unverzüglich, spätestens jedoch bis zum 05.06.2020 wieder aufzunehmen. Die Beklagte hat mit Schreiben vom 15.06.2020 den Bauvertrag unter Bezugnahme auf § 648 a BGB gekündigt.

4

Die Klägerin behauptet, die Beklagte sei Eigentümerin mehrerer Häuser und betreibe das streitgegenständliche Bauvorhaben in ihrem geschäftlichen Interesse, um damit Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zu erzielen. Der Baubeginn sei für Ende Mai 2020 vertraglich vereinbart. Sie ist der Ansicht, der Anspruch auf Sicherheitsleistung sei nicht nach § 650 f Abs. 6 Nummer 2 BGB ausgeschlossen. Ein Verbrauchervertrag nach § 650 i Abs. 1 BGB liege nicht vor, da es sich bei dem Bauvorhaben nicht nur um ein Gebäude, sondern 3 Reihenhäuser handele. Nach dem Bauordnungsrecht, Art. 2 Abs. 2 BayBO seien Gebäude selbstständig benutzbare, überdeckte bauliche Anlagen, die von Menschen betreten werden können, wobei ein Gebäude dann selbstständig benutzbar ist, wenn es zum Beispiel einen eigenen Eingang oder eine eigene Treppe besitze; Gebäude sei somit nicht die gesamte, aus aneinandergereihten Reihenhäusern bestehende Hausgruppe, sondern vielmehr jedes einzelne, selbstständig nutzbare Reihenhaus mit eigener Haustüre und eigener Treppe. Es seien nur die Baumeisterarbeiten im Sinne einer klassischen gewerkweisen Vergabe beauftragt, und nicht der Bau des gesamten Gebäudes durch einen Unternehmer, welcher vom Gesetzeswortlaut des § 650 i Abs. 1 BGB explizit gefordert werde. Die Einzelvergabe der Gewerke sei nicht verbrauchertypisch. Ausweislich der Gesetzesbegründung sei Zweck des Ausschlussstatbestandes nicht ein allgemeiner Schutz des Verbrauchers, sondern das geringere Ausfallrisiko bei einem solide finanzierten Hausbau und einem lebenslänglich persönlich haftenden Schuldner. Eine erweiternde Auslegung sei abzulehnen, der Ausschlussstatbestand mit enumerativer Regelung sei eine Ausnahmenvorschrift. Privilegiert sei nur der Bau eines Gebäudes, mit dem Hinzutreten weiterer selbstständiger Wohneinheiten steige das Investitionsvolumen und es träten zusätzliche Risiken hinzu. Aus dem Grundriss ergebe sich der Bau von 3 Reihenhäusern. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch werde von Reihenhäusern bei mindestens 3 gleichartig gestaltenden Häusern in geschlossener Reihung gesprochen. Weiter seien die Häuser voneinander baulich getrennt. Rechtsmissbrauch oder treuwidriges Verhalten der Klägerin liege nicht vor. Dem Verzug stehe entgegen, dass die Kündigung bereits vor dem vertraglich vereinbarten Baubeginn erfolgt sei, gravierende Mängel seien nicht vorhanden. Eine berechnete Inanspruchnahme gesetzlicher Rechtsfolgen könne nicht als Rechtsmissbrauch erachtet werden.

5

Die weder in der Frist, noch in der Nachfrist geleistete Sicherheit sei aufgrund der Befristung untauglich, sie sei für die Klägerin wertlos, da im Falle von Verzögerungen bei der Fertigstellung der Werkleistungen der Klägerin es ihr nicht möglich wäre, die Sicherheit in Anspruch zu nehmen. Darüber hinaus sei die Bürgschaft nicht in der gesetzten und angemessenen Frist geleistet worden, eine Frist von 7-10 Tagen sei notwendig, aber auch ausreichend; der Unternehmer habe ein schützenswertes Interesse daran, die Sicherheit so schnell wie möglich zu erhalten, weil er bis zu deren Erhalt eine ungesicherte Vorleistung erbringen müsse. Der Beklagten als Geschäftsführer sei es ohne weiteres zuzumuten gewesen, innerhalb von 7 Werktagen eine entsprechende Sicherheit zu stellen. Auch nach Kenntnis des Schreibens vom 15.05.2020 habe die Beklagte es unterlassen, eine unbefristete Bürgschaft zu übersenden. Eine Kostenübernahmeerklärung zu den Kosten der Sicherheitsleistung habe die Klägerin nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes nicht abgeben müssen. Coronabedingte Einschränkungen seien nicht vorhanden gewesen.

6

Die Kündigung der Beklagten vom 15.06.2020 gehe ins Leere, nachdem das Vertragsverhältnis bereits durch die Kündigungen der Klägerin vom 15.05.2020 bzw. 05.06.2020 wirksam beendet worden sei.

7

Die Baubeginnsanzeige enthalte keinerlei Aussage zu vertraglich geschuldeten Ausführungsfristen, vertraglich sei der Baubeginn mit Ende Mai 2020 festgelegt, sodass Bauende Ende Juli 2020 sei. Die Baustelle sei erst am 16.05.2020 geräumt, der Baukran am 19.05.2020 abgebaut worden.

8

Die Widerklage sei unzulässig, der auf Feststellung der Rechtsnatur gerichtete Feststellungsantrag enthalte keinen zulässigen Streitgegenstand, sondern nur abstrakte Rechtsfragen, welche als Tatbestandselement von Rechtsverhältnissen relevant seien; eine Umdeutung dahin, dass die Beendigung des Vertragsverhältnisses festgestellt werden soll, scheide aus, da sie denselben Streitgegenstand wie die Klage betreffen und somit anderweitig rechtshängig seien.

9

Die Klägerin beantragt,

1. festzustellen, dass die zwischen den Parteien bestehende Vertragsbeziehung betreffend die Ausführung der Baumeisterarbeiten zum Neubau eines Reihenhauses (Haus A bis C) mit Garagen -, gefördert durch den Bauvertrag vom 6./10.02.2020 durch Kündigung der Klägerin vom 15.05.2020 mit Wirkung zum 16.05.2020 beendet worden ist;

Hilfsweise:

festzustellen, dass die zwischen den Parteien bestehende Vertragsbeziehung betreffend die Ausführung der Baumeisterarbeiten zum Neubau eines Reihenhauses (Haus A bis C) mit Garagen -, gefördert durch den Bauvertrag vom 6./10.02.2020 durch Kündigung der Klägerin vom 05.06.2020 mit Wirkung zum 05.06.2020 beendet worden ist;

2. festzustellen, dass die Kündigung der Beklagten vom 15.06.2020 unwirksam ist.

10

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

11

Mit der Widerklage beantragt die Beklagte,

festzustellen, dass die von der Beklagten mit Schreiben vom 15.06.2020 ausgesprochene Kündigung des Pauschalpreisvertrages vom 6./10.02.2020 ihre Rechtsnatur nach eine berechnigte Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 648 a BGB ist.

12

Die Klägerin beantragt,

die Widerklage abzuweisen

13

Die Beklagte trägt vor, sie besitze lediglich eine einzige Eigentumswohnung, welche sie vor 28 Jahren erworben habe. Auf dem vor 14 Jahren von ihren Eltern geerbten Grundstück habe sie sich entschlossen, als private Kapitalanlage ein Mietobjekt zur privaten Vermietung zu verwirklichen, ein rechtlich relevantes geschäftliches Interesse bestehen nicht. Sie sei in der Firma ihres Ehemannes geringfügig auf 450-Euro-Basis als Buchhalterin beschäftigt und keine Geschäftsfrau, sodass sie Verbraucherin sei und es sich um einen Verbrauchervertrag nach § 650 i BGB handele. Tätigkeiten im Bereich der privaten Vermögensverwaltung seien unabhängig von der Höhe des Vermögens grundsätzlich keine gewerbliche Tätigkeit. Privilegiert seien auch Mehrfamilienhäuser, somit auch ein Reihenhauses. Nach der Gesetzesbegründung seien Verträge über Maßnahmen umfasst, die das Grundstück wesentlich umgestalten, auf eine Gesamtverpflichtung komme es nicht an, es seien lediglich kleinere Baumaßnahmen ausgeschlossen. Die Klägerin habe sich zum Neubau eines Reihenhauses verpflichtet, bei welchem es sich um ein und nicht um drei Gebäude handele.

14

Die Klägerin habe am 19.03.2020 Vermessungsarbeiten ausgeführt, am 20.03.2020 den Kran aufgestellt und ab 23.03.2020 die Bauarbeiten fortgesetzt; am 04.04.2020 habe sie die Bauarbeiten eingestellt und ab 09.04.2020 die Baustelle geräumt, so dass sie sich zum Zeitpunkt der 1. Kündigung am 15.05.2020 bereits in Verzug mit der Fertigstellung befunden habe. Das Schreiben vom 29.04.2020 sei der Beklagten erst am 02.05.2020 zugegangen. In diesem Schreiben habe die Klägerin auch explizit mitgeteilt, dass sie prüfen werde, ob die Sicherheit als vertragsgemäß angesehen werde. Mit Schreiben vom 04.05.2020 habe die Beklagte mitgeteilt, dass sie ihre Bank bereits entsprechend informiert habe, sich aber nach Mitteilung der Bank die Leistung der Sicherheit einige Tage aufgrund der Corona-Situation verzögern werde. Mit dem an die Klägerin weitergeleiteten Schreiben vom 05.05.2020 habe die Volksbank Raiffeisenbank - die Übernahme und Ausarbeitung einer Bankbürgschaft nach den Regelungen der Bauhandwerkersicherung bestätigt. Mit E-Mail vom 13.05.2020 habe die Beklagte gegenüber der Klägerin die Auftragserteilung zur Erstellung der Bauhandwerkersicherungsbürgschaft nochmals bestätigt, wobei der Auftrag eine Befristung nicht enthalten habe. Die Sicherheit sei am 14.05.2020 ausgestellt und der Klägerin vorab per Mail übermittelt worden, ohne dass diese die Befristung moniert habe, vielmehr sei die Beklagte davon ausgegangen, eine taugliche Bürgschaft in Auftrag gegeben zu haben. Aufgrund der zum maßgeblichen Zeitpunkt bestehenden Kontaktverbote hätten erschwerte Arbeitsbedingungen und verlängerte Bearbeitungszeiten vorgelegen. Das Verlangen der Sicherheit sei treuwidrig, das Schreiben vom 29.04.2020 sei 4 Wochen nach Arbeitseinstellung und Verweigerung der weiteren Ausführung zugegangen. Weiter seien die Leistungen der Klägerin erheblich mangelbehaftet und nicht abnahmereif, insoweit werde beim Landgericht - ein Beweissicherungsverfahren geführt. Mit Schreiben vom 27.05.2020 habe die Beklagte mitgeteilt, zur Erteilung einer unbefristeten Bürgschaft gegen Austausch der gegebenen Bürgschaft bereit zu sein. Die gesetzte Frist sei zu kurz gewesen; bei unverhofftem Verlangen der Bürgschaft seien mindestens 3 Wochen erforderlich, insbesondere, da es sich bei der Beklagten nicht um eine erfahrene Bestellerin handele. Weiter seien die Umstände, insbesondere auch die Corona-Pandemie zu berücksichtigen. Die zu kurze Frist habe eine angemessene Frist in Gang setzt, vor deren Ablauf die Klägerin bereits die Leistung vertragswidrig verweigert habe. Ferner habe es die Klägerin versäumt, im Sicherungsverlangen die erforderliche Kostenübernahmeerklärung gegenüber der Beklagten abzugeben, sodass das Verlangen keine Rechtswirkung entfaltet habe. Die Befristung berechne nicht zur Kündigung; im konkreten Fall sei sichergestellt, dass das Risiko des Unternehmers bei der Inanspruchnahme der Bürgschaft ausgeschlossen sei, die vertragsgemäße Bauzeit sei am 11.05.2020 beendet. Die Klägerin sei verpflichtet gewesen, die Sicherheit unter Angabe der Fehler zurückzuweisen und eine ordnungsgemäße bzw. taugliche Sicherheit zu verlangen, insbesondere, nachdem sie mitgeteilt habe, zu prüfen, ob die Sicherheit als vertragsgemäß angesehen werde. Durch die Kündigung vom 15.05.2020 habe die Klägerin die weitere Leistungsausführung nochmals ernsthaft und endgültig abgelehnt. Aufgrund des bestehenden Verzugs und der gravierenden Mängel sei das Verlangen der Klägerin rechtsmissbräuchlich und die Widerklage begründet, die Kündigungen der Klägerin hätten das Vertragsverhältnis nicht beendet. Maßgebend für die Beurteilung des Verzugs sei der tatsächliche Baubeginn. Der Bauzustand sei seit dem 05.04.2020 unverändert.

15

Die Widerklage sei zulässig, der Kündigungsgrund könne ein Rechtsverhältnis darstellen, wenn die Kündigung selbst bereits zu bestimmten Rechtsfolgen führe, so dass eine Klage auf Feststellung, dass eine ausgesprochene Kündigung ihrer Rechtsnatur nach eine berechnigte Kündigung aus wirksamen Grund ist, zulässig sei.

16

Das Gericht hat Beweis erhoben durch schriftliche Anhörung des Zeugen - vom 22.04.2021 und 09.06.2021.

Entscheidungsgründe

17

I. Klage Antrag 1) und Widerklage sind zulässig, der Klageantrag 2) ist mangels Rechtsschutzbedürfnis unzulässig.

18

Dem Einwand der Klägerin, die Widerklage sei in der gestellten Form unzulässig, da mit der zur Entscheidung gestellten abstrakten Rechtsfrage ein zulässiger Streitgegenstand nicht vorliege, kann nicht gefolgt werden. Insoweit ist das Argument der Beklagten zutreffend, wonach die vorliegende Antragstellung dann zulässig ist, wenn - wie vorliegend - sich hieraus in Bezug auf das Rechtsverhältnis eine eindeutige Rechtsfolge ergibt (s. - in BeckOK, Vorwerk/Rolf, 41. Edition, § 256 ZPO, Rn. 3.2b). Im Übrigen steht einer möglichen Umdeutung auch nicht ein identischer Streitgegenstand entgegen. Vielmehr ist die Frage zu diskutieren ob der Klageantrag 2) nach Erhebungen der Widerklage noch zulässig ist. Die Widerklage erschöpft sich nicht in der mit der Klage begehrten Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung der Beklagten, sondern hat darüber hinaus noch zum Gegenstand die Frage, ob (bei vorliegender Wirksamkeit) es sich um eine Kündigung aus wichtigem Grund handelt. Somit stellt sich die Klage zu 2) als mit der Entscheidung über die Widerklage zu beantwortende Vorfrage dar, für deren gesonderte Feststellung ein Rechtsschutzbedürfnis nach deren Erhebung nicht mehr gegeben ist.

19

II. Die Klage ist, soweit sie nicht bereits unzulässig ist, in Haupt- und Hilfsantrag unbegründet. Dies folgt bereits unabhängig davon, ob der streitgegenständliche Bauvertrag als Verbrauchervertrag im Sinne von § 650 i BGB einzuordnen ist, und somit der Anspruch aus § 650 f BGB auf Stellung einer entsprechenden Sicherheit ausgeschlossen ist, aus den Umständen des Verlangens der Bürgschaft, welches sich als rechtsmissbräuchlich darstellt.

20

1. Zwar kann die Beklagte einen Anspruch nicht bereits aus der von der Klägerin gesetzten unangemessen kurzen Frist einschließlich Nachfrist hergeleitet werden. Hierbei ist zugrunde zu legen, dass hierzu eine Mindestfrist von 7-10 Werktagen, die angesichts der üblichen Banköffnungszeiten nur von Montag bis Freitag zugrunde gelegt werden können, zu beachten ist. Ausgehend von dem zugestandenen Zugang des Schreibens am 02.05.2020 (= Samstag) - einen früheren Zugang hat die Klägerin weder behauptet, noch nachgewiesen - war eine Beantragung der Bürgschaft frühestens am 04.05.2020 möglich, sodass die zugrunde liegenden Mindestfrist jedenfalls bis zum Ablauf des 15.05.2020 gelaufen ist. Diese Mindestfrist berücksichtigt noch nicht einmal die Beeinträchtigungen der Sachbearbeitung der beauftragten Bank infolge der coronabedingten Beeinträchtigungen, wie sie seitens der Bürgin mit dem an die Klägerin weitergeleiteten Schreiben von 05.05.2020 (Anlage B8) geltend gemacht sind und nicht im Einflussbereich der Beklagten stehen. Folge hiervon ist jedoch nicht die Unwirksamkeit der gesetzten Frist, sondern das Inlaufsetzen einer angemessenen Frist, welche jedoch praktisch keine Bedeutung hat, da die Beklagte die beantragte Bürgschaft noch innerhalb der unangemessen kurzen Frist an die Klägerin vorgelegt hat. Hinzu kommt, dass die Beklagte frühest möglich die Vorlage der Bürgschaft angekündigt hat und auch das Bestätigungsschreiben der Bürgin über die Beantragung vom 05.05.2020 an die Klägerin vorgelegt hat. Auch unter diesem Aspekt ist ein früheres Verlangen der Klägerin unangemessen.

21

2. Inwieweit diese Bürgschaft von der Klägerin zu Recht als ungeeignet zurückgewiesen worden ist, kann letztlich ebenfalls dahingestellt bleiben.

22

a) Zwar trifft die Behauptung der Beklagten, sie habe eine Befristung bei der Bürgschaft nicht beantragt, so nicht zu. Ausweislich des in Anlage B 15 angehängten Antrags, 10. Zeile von unten, hat dieser die Befristung bis zum 30.09.2020 ausgewiesen, sodass die Ausstellung der Bürgschaft durch die Bürgin antragsgemäß erfolgt ist.

23

b) Die Klägerin hat von der Beklagten jedoch auch ausweislich des Schreibens der Klägerin vom 29.04.2020 (Anlage K3) keine unbefristete Bürgschaft verlangt. Vielmehr hat die Klägerin in diesem Schreiben allein die Höhe der zu leistenden Bürgschaft berechnet und auf die Anspruchsgrundlage § 650 f BGB verwiesen. Als gesetzliche Anforderung an eine Bauhandwerkersicherungsbürgschaft folgt aus § 239 Absatz 2 BGB lediglich, dass die Bürgschaftserklärung unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage abgegeben werden muss. Sonstige Anforderungen, insbesondere zu einer möglichen Befristung können sich allein aus der entsprechenden Anforderung oder aus den tatsächlichen Umständen ergeben.

24

c) Unter den gegebenen Umständen führt die enthaltene Befristung jedoch nicht zu einer Untauglichkeit des Sicherungsmittels. Maßgebend ist hierbei, ob nach den Umständen der Klägerin eine geeignete Sicherheit zur Verfügung gestellt worden ist. Abzustellen ist hierbei zunächst auf den Baubeginn, wobei der tatsächliche Baubeginn maßgeblich ist. An dem von der Beklagten vorgetragenen Baubeginn ergeben sich - unabhängig vom vertraglich anvisierten Baubeginn - hier keinerlei Zweifel, zumal die Klägerin selbst unter Anlage B6 eine WhatsApp vorliegt, welche zum 04.04.2020 bereits ein Lichtbild des begonnenen und fortgeschrittenen Kellerbaus enthält. Somit hat die Klägerin den vertraglich vereinbarten Baubeginn, welcher in Ziffer 8 des Bauvertrags gemäß Anlage K2 mit „ca. Ende Mai 2020“ ohnehin nicht konkret vereinbart ist, durch ihr eigenes Handeln dahingehend bestimmt, dass der Baubeginn entsprechend vorgelegt ist. Das Ende der Bauzeit ist an den Baubeginn geknüpft mit 8 Wochen, sodass die vertraglich vereinbarte Bauzeit jedenfalls Ende Mai 2020 bereits geendet hätte, hätte die Klägerin ihre Bauarbeiten nicht eingestellt, wobei zum Zeitpunkt der Einstellung eine Bürgschaft der Beklagten zur Sicherung der Vorleistungen der Klägerin kein Thema gewesen ist. Bis zum Ablauf der Befristung verbleibt somit ein Zeitraum von 4 Monaten, welcher ausreichend Puffer für Bauverzögerungen und das Stellen einer Schlussrechnung einschließlich Prüfung bietet. Aber selbst, wenn man diese Frist als nicht ausreichend ansehen wollte, ist auf jeden Fall zu berücksichtigen, dass die Beklagte nach Kenntnis des Schreibens vom 15.05.2020 (unter Außerachtlassung der darin bereits enthaltenen Kündigung) mit Schreiben vom 27.05.2020 (Anlage B 17) der Klägerin angeboten hat, eine unbefristete Bürgschaft unter Austausch der bereits übergebenen Bürgschaft zu stellen. Auf dieses Angebot hat die Klägerin nicht angemessen reagiert, sodass es treuwidrig ist, soweit sich die Klägerin auf die fehlende Tauglichkeit der Bürgschaft berufen möchte. Die Reaktion der Klägerin auf das Angebot der Beklagten zum Austausch der Bürgschaft in eine unbefristete Bürgschaft war vielmehr die 2. Kündigung der Klägerin vom 05.06.2020. Die Klägerin hat somit von vornherein jede Möglichkeit abgeblockt, dass die Beklagte die gewünschte unbefristete Bürgschaft vor Kündigung des Vertragsverhältnisses vorlegt, sodass unter Würdigung der Umstände der geltend gemachte Kündigungsgrund vorgeschoben und die Kündigungen rechtsmissbräuchlich sind.

25

3. Aber auch aufgrund der weiteren Umstände sind sowohl die Kündigung vom 15.05.2020, als auch die Kündigung vom 05.06.2020 als treuwidrig zu bewerten.

26

Zunächst hat die Klägerin ihre Bautätigkeit bereits weit vor Verlangen der Bürgschaft mit Schreiben vom 29.04.2020 ohne rechtlich nachvollziehbaren Grund eingestellt. Die Baueinstellung Anfang April ist trotz dessen Bestreitens der Klägerin aus einem Vergleich der Fotos aus Anlage B6 und B6a mit Datum 04./05.04.2020 und den Fotos gemäß Anlage K8 vom 16./19.05.2020 eindeutig nachvollziehbar. Diese Fotos weisen aus, dass ein weiterer Baufortschritt seit dem 04.04.2020 nicht vorhanden ist, während das Schreiben mit dem Bürgschaftsverlangen auf 29.04.2020, somit dreieinhalb Wochen später datiert. Das Berufen der Klägerin darauf, vertraglich sei der Baubeginn für Ende Mai 2020 vereinbart, sodass ein Verzug frühestens ab Ende Juli 2020 vorliegen könne, kann den allein von der Klägerin tatsächlich bestimmten Baubeginn nicht negieren und lässt vollständig unberücksichtigt, dass die Baueinstellung seitens der Klägerin ohne einen rechtlich nachvollziehbaren Grund erfolgt ist. Somit war die Klägerin bei ihrem Bürgschaftsverlangen selbst nicht vertragstreu, sodass das Verlangen bereits aus diesem Grund rechtsmissbräuchlich gewesen ist. Dass es der Klägerin letztlich auch nicht auf das Vorliegen einer - auch unbefristeten - Bauhandwerkersicherungshypothek angekommen ist, sondern dieses allein als Vorwand zur Beendigung des Bauvertrages benutzt wurde, folgt bereits daraus, dass die Klägerin einmal die Fristsetzung nicht moniert hat und zur Übergabe der verlangten unbefristeten Bürgschaft keine neue Frist gesetzt hat. Die neue Fristsetzung war der Klägerin aufgrund ihres eigenen Verhaltens ohne jeden Zweifel zuzumuten, da zum Zeitpunkt des Verlangens sie keinerlei Bautätigkeit entwickelte und somit mit ihrer Bauleistung nicht weiter in Vorleistung treten konnte. Stattdessen hat sie die Monierung bereits mit der Vertragskündigung vom 15.05.2020 verbunden und damit zum Ausdruck gebracht, dass sie an dem Vertrag nicht festhalten wolle. Belegt wird dies dadurch weiter, dass die Klägerin auf die Ankündigung der Beklagten, eine unbefristete Bürgschaft gegen Austausch der übergebenen Bürgschaft zu stellen, lediglich in der Form reagiert hat, dass sie eine 2. Kündigung ausgesprochen hat, die unter den gleichen Voraussetzungen scheitert, wie die 1. Kündigung.

27

4. Aber selbst wenn man von einem zulässigen Verlangen der Bauhandwerkersicherungsbürgschaft ausgehen wollte, stellen sich die beiden von der Klägerin ausgesprochenen Kündigungen auch unter weiteren Gesichtspunkten als treuwidrig dar.

28

a) Hierbei ist hinsichtlich der 1. Kündigung vom 15.05.2020 einmal zu berücksichtigen, dass die Beklagte keinesfalls untätig geblieben ist, wie es der Klägervortrag zum Ausdruck bringen möchte; vielmehr hat die Beklagte unverzüglich am nächstmöglichen Banktag mit ihrer Bank Kontakt aufgenommen und die Klägerin unter Vorlage der entsprechenden Schreiben auch laufend informiert. Aus objektiver Sicht bestand daher für die Klägerin nicht der geringste Anlass, davon auszugehen, dass sie eine Bürgschaft nicht erhalten würde. Des Weiteren ist zu sehen, dass zum Zeitpunkt des Verlangens der Bürgschaft die Klägerin keinerlei eigene Tätigkeit entfaltet hat, sodass das Risiko, mit einer zwischen Verlangen und Vorliegen der Bürgschaft erbrachten Vorleistung nicht vergütet zu werden, faktisch ausgeschlossen gewesen ist. Die Kündigung vom 15.05.2020 war jedenfalls auch insoweit verfrüht, als der Klägerin vor Ausspruch der Kündigung keine Gelegenheit gegeben wurde, die vorher nicht verlangte unbefristete Bürgschaft vorzulegen.

29

b) Auch die Kündigung vom 05.06.2020 war letztlich treuwidrig. Obwohl die Klägerin bereits mit der Kündigung vom 15.05.2020 zum Ausdruck gebracht hat, das Vertragsverhältnis nicht fortsetzen zu wollen, hat die Beklagte mit Schreiben vom 27.05.2020 den Austausch der Bürgschaft angeboten. Dieses Angebot hat die Klägerin mit der Kündigung vom 05.06.2020 beantwortet, ohne dass aus objektiver Sicht ein nachvollziehbares Sicherheitsinteresse der Klägerin beeinträchtigt gewesen wäre, nachdem sie ihre Bautätigkeit unstreitig immer noch nicht aufgenommen hatte. An der Zumutbarkeit, eine angemessene Frist zum Austausch der Bürgschaften zu setzen, bestehen daher auch zu diesem Zeitpunkt keinerlei Zweifel.

30

III. Die Widerklage ist begründet. Wirksame vorgehende Kündigungen des Vertragsverhältnisses der Klägerin liegen nicht vor. Die Klägerin hat unstreitig trotz der Aufforderung der Beklagten mit Schreiben vom 27.05.2020 die Bautätigkeit nicht wieder aufgenommen, sondern stattdessen das Vertragsverhältnis erneut gekündigt. Ein Leistungsverweigerungsrecht hat der vorleistungspflichtigen Klägerin nicht zur Seite gestanden. Zum Zeitpunkt der Baueinstellung Anfang April 2020 war keine Bauhandwerkersicherungsbürgschaft verlangt, auch ist nicht ersichtlich, dass eine berechtigt gestellte Abschlagsrechnung nicht innerhalb einer gesetzten Frist bezahlt worden wäre. Innerhalb einer nach den vorliegenden Umständen zugrundelegenden Frist nach Monierung der Befristung der - fristgemäß (!) - vorgelegten Bürgschaft hat die Beklagte deren Ersetzung angeboten, dieses Angebot hat die Klägerin jedoch nicht angenommen und mit erneuter Kündigung beantwortet. Die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung ist aufgrund der unberechtigten Baueinstellung der Klägerin somit aus wichtigem Grund im Sinne von § 648 a BGB erfolgt, ohne dass es auf die weiteren Umstände, wie die behauptete Mangelhaftigkeit der Leistung der Klägerin ankommt.

31

IV. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO, die Entscheidung hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit aus § 709 ZPO.