

**Titel:**

**Vergabe von Einzelgewerken zur Errichtung eines Gebäudes ist kein Verbraucherbauvertrag**

**Normenkette:**

BGB § 631 Abs. 1, § 648a, § 650f Abs. 1, Abs. 5, Abs. 6 S. 1 Nr. 1, § 650i

**Leitsätze:**

1. Die Regelung des § 650i BGB ist eng auszulegen. Ein Verbraucherbauvertrag ist daher nur dann zu bejahen, wenn sich der Unternehmer zum Bau des gesamten Gebäudes verpflichtet. Die Beauftragung von Einzelgewerken fällt nicht hierunter. (Rn. 38 – 46) (redaktioneller Leitsatz)
2. Das Sicherungsverlangen eines Unternehmers ist erst dann treuwidrig, wenn dieser zuvor seine Leistung ernsthaft und endgültig verweigert hat. Eine (vorübergehende) unberechtigte Arbeitseinstellung genügt hingegen nicht. (Rn. 47 – 51) (redaktioneller Leitsatz)
3. Eine auf 5 Monate befristete Bauhandwerkersicherungsbürgschaft ist kein taugliches Sicherungsmittel. (Rn. 57) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Bauvertrag, Verbraucherbauvertrag, Bauwerk, Gebäude, Einzelgewerk, Sicherheit, Bürgschaft, treuwidrig, Kündigung, Leistungsverweigerung

**Vorinstanz:**

LG Landshut, Endurteil vom 28.10.2021 – 52 O 2784/20

**Fundstellen:**

BeckRS 2022, 12846

NZBau 2023, 19

NJW 2022, 3724

LSK 2022, 12846

**Tenor**

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Landshut vom 28.10.2021, Az. 52 O 2784/20, aufgehoben.

II. Es wird festgestellt, dass die zwischen den Parteien bestehende Vertragsbeziehung betreffend die Ausführung der Baumeisterarbeiten zum Neubau eines Reihenhauses (Haus A bis C) mit Garagen D.straße, ...H., geformt durch den Bauvertrag vom 6./10.2.2020 durch Kündigung der Klägerin vom 15.5.2020 mit Wirkung zum 16.5.2020 beendet worden ist.

III. Es wird festgestellt, dass die Kündigung der Beklagten vom 15.6.2020 unwirksam ist.

IV. Die Widerklage wird abgewiesen.

V. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits mit Ausnahme der Kosten der Nebenintervention; letztere trägt die Nebenintervenientin selbst.

VI. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrags leistet.

**Beschluss**

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 30.000,00 € festgesetzt.

**Entscheidungsgründe**

I.

1

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit wechselseitig ausgesprochener Kündigungen im Zusammenhang mit einem zwischen den Parteien geschlossenen Bauvertrag.

## 2

Mit Vertrag vom 6./10.2.2020 beauftragte die Beklagte die Klägerin mit der Erstellung des Rohbaus für den Neubau eines Reihenhauses (Haus A bis C) zum Pauschal festpreis von 243.516,22 € brutto; das Bauende ist mit acht Wochen nach Baubeginn vereinbart. Die Baubeginnanzeige gegenüber dem Landratsamt F. weist als Baubeginn den 16.3.2020 aus. Die Klägerin errichtete bis zum 4.4.2020 Kellerboden und Kelleraußenwände.

## 3

Aufgrund einer E-Mail der Beklagten vom 9.4.2020 (nicht vorgelegt) an den Subunternehmer der Klägerin, Herrn Sch, wandte sich die Klägerin mit Schreiben vom 10.4.2020 (Anl. BK 1) an die Beklagte. Sie führte aus, dass sie der Auffassung sei, dass die Statik und die bisherige Bauausführung den Werk- und Genehmigungsplänen des Architekten der Beklagten sowie den Vorgaben des zwischen den Parteien vereinbarten Leistungsverzeichnisses entspreche; vor diesem Hintergrund würde sie entsprechend der Statik und der vertraglichen Vereinbarungen das Bauvorhaben fortführen; allerdings sei der E-Mail an Herrn Sch zu entnehmen, dass die Beklagte anderer Ansicht sei, ohne genau mitzuteilen, wo das Problem liege (Anl. BK 1, S. 2). Vor diesem Hintergrund stelle sich für die Klägerin die Frage, ob es sinnvoll sei, derzeit mit dem Bauvorhaben fortzufahren und auf vermeintlichen Mängeln weitere Bauleistungen aufzubauen (Anl. BK 1, S. 3). Die Klägerin bat in dem Schreiben, ihr daher spätestens bis zum 14.4.2020 mitzuteilen, welche vermeintlichen Mängel an der Werkleistung vorlägen, und außerdem eine verbindliche Anordnung zu treffen, ob die Klägerin mit den geschuldeten Arbeiten fortfahren solle oder ob eine Unterbrechung von Seiten der Beklagten gewünscht sei.

## 4

Mit Schreiben vom 29.4.2020 (Anl. K3) nahm die Klägerin Stellung zu Vorwürfen, die der Zeuge R. hinsichtlich der konkreten Bauausführung im Hinblick auf eine von ihm angenommene Grundwasserproblematik gemacht hatte. Die Klägerin führte aus, dass es aus ihrer Sicht kein Grundwasser und kein sonstiges drückendes Wasser im Bereich der Baugrube gebe, daher sei die Ausführung des Kellers ordnungsgemäß; sie habe lediglich wegen der Vorhaltungen des Zeugen R. eine Bedenkenanzeige gemacht; es sei im Übrigen die Aufgabe der Beklagten, den Baugrund gegebenenfalls untersuchen zu lassen (Anl. K3, S. 2). Aus ihrer Sicht stehe einer Fortführung der Arbeiten nichts mehr im Wege, sie benötige lediglich eine entsprechende Weisung der Beklagten (Anl. K3, S. 3). Außerdem forderte die Klägerin die Beklagte in diesem Schreiben unter Fristsetzung zum 7.5.2020 auf, eine Bauhandwerkersicherung gemäß § 650f BGB über den berechneten, noch nicht gezahlten Teil der Vergütung (189.969,22 €) zuzüglich Pauschale, insgesamt 208.966,14 €, zu stellen. Der letzte Absatz des Schreibens vom 29.4.2020 lautet: „Sollten Sie der Ansicht sein, dass unser Sicherheitsanspruch betragsmäßig geringer ausfällt, so fordern wir Sie vorsorglich auf, Ihre Berechnung offen zu legen und die aus Ihrer Sicht uns berechtigterweise zustehende Sicherheit in entsprechender Höhe innerhalb der vorstehenden Frist zu leisten. Wir werden dann prüfen, ob wir diese Sicherheit als vertragsgemäß ansehen. Wir weisen auf die Rechtsfolgen des § 650f Abs. 5 BGB hin, falls Sie keine oder nur eine ungenügende Sicherheit leisten sollten.“ Zur Ergänzung wird auf Anl. K3 Bezug genommen.

## 5

Mit Schreiben vom 4.5.2020 (Anl. B7) antwortete die Beklagte, indem sie auf ein früheres Schreiben des Zeugen R. vom 18.4.2020 (nicht vorgelegt) Bezug nahm und die dort aufgeführten Bedenken gegen eine ordnungsgemäße Ausführung des Kellers ausdrücklich wiederholte. Sie bat die Klägerin, diese Bedenken bei der weiteren Ausführung zu berücksichtigen, die Arbeiten fortzuführen und die geschuldete Leistung ordnungsgemäß zu erbringen. Des Weiteren kündigte sie an, die geforderte Bankbürgschaft zu erbringen, obwohl sie der Ansicht sei, gemäß § 650f Abs. 6 Nr. 2 BGB hierzu nicht verpflichtet zu sein. Sie werde die Sicherheit leisten, sofern sie bis zum 7.5.2020 nicht Gegenteiliges von der Klägerin höre. Die tatsächliche Leistung der Sicherheit könne sich aufgrund der Corona-Situation nach Auskunft ihrer Bank einige Tage verzögern.

## 6

Am 5.5.2020 übersandte die Beklagte der Klägerin per E-Mail eine Bestätigung der Streithelferin, wonach die beauftragte Bankbürgschaft über 208.966,14 € in Bearbeitung sei (Anl. B8, B9).

**7**

Mit Schreiben vom 6.5.2020 (Anl. B10) antwortete die Klägerin, dass sie erfreut darüber sei, dass die Beklagte im Hinblick auf die Bauhandwerkersicherung kooperationsbereit gewesen sei, und dass sie auf die von Herrn R. geäußerten Bedenken bereits mit Schreiben vom 29.4.2020 (Anl. K3) eingegangen sei und insbesondere die Grundwasserproblematik nicht nachvollziehen könne. Sie halte ihre Leistungen für einwandfrei, allerdings stehe es der Beklagten offen, ein Baugrundachten, welches nicht in den Aufgabenbereich der Klägerin falle, zu erholen; sie bitte um eine ausdrückliche Weisung, ohne Baugrundgutachten fortzufahren. Wörtlich schrieb sie: „Entscheiden Sie sich allerdings dagegen, so bedarf es für einen Weiterbau einer eindeutigen Weisung Ihrerseits. Wir erwarten Ihre Entscheidung im Bezug auf den Baugrund bis spätestens 13.5.2020. Wir können uns nicht „durch die Hintertür“ eine Übernahme des Baugrundrisikos auferlegen lassen und wollen uns keinesfalls dem Risiko aussetzen, dass Herr R. nach Fertigstellung der von uns vertraglich übernommenen Leistungen wegen vermeintlich unklarer Baugrundverhältnis Ihnen nahelegt, die Abnahme der Leistung zu verweigern.“ (Anl. B10, S. 2/3).

**8**

Mit Schreiben vom 11.5.2020 (Anl. B11) lehnte die Beklagte die Erteilung einer Weisung ausdrücklich ab.

**9**

Mit Fax vom 13.5.2020, 12:28 Uhr, setzte die Klägerin der Beklagten eine Nachfrist zur Beibringung der Bauhandwerkersicherung bis 17:00 Uhr desselben Tags (Anl. B12).

**10**

Mit E-Mail vom 14.5.2020 übermittelte die Beklagte der Klägerin den Text einer Bauhandwerkersicherungsbürgschaft der Streithelferin, welche folgende Ergänzung enthielt: „Die Verpflichtung aus dieser Bürgschaft erlöschen (...) spätestens jedoch - insoweit abweichend von § 777 BGB -, wenn die Bank nicht bis zum 30.9.2020 mit dieser Bürgschaft in Anspruch genommen worden ist.“ (Anl. B16 mit Anl. K4).

**11**

Mit anwaltlichem Schreiben vom 15.5.2020 kündigte die Klägerin den zwischen den Parteien geschlossenen Bauvertrag aus wichtigem Grund gemäß § 650f Abs. 5 BGB, da die mit einer Befristung bis zum 30.9.2020 versehene Bürgschaft keine taugliche Bauhandwerkersicherung darstelle (Anl. K5).

**12**

Mit anwaltlichem Schreiben vom 27.5.2020 wies die Beklagte die Kündigung der Klägerin als unberechtigt und rechtsmissbräuchlich zurück und erklärte, auch zum Austausch der befristeten Bürgschaft gegen eine unbefristete bereit zu sein. Sie forderte die Klägerin erneut und unter Fristsetzung bis zum 5.6.2020 auf, die Arbeiten wieder aufzunehmen (Anl. B17).

**13**

Mit anwaltlichem Schreiben vom 5.6.2020 wiederholte die Klägerin die Kündigung (Anl. K6).

**14**

Mit anwaltlichem Schreiben vom 15.6.2020 kündigte die Beklagte den Bauvertrag unter Bezugnahme auf § 648a BGB (Anl. B20).

**15**

Die Klägerin war erstinstanzlich der Auffassung, dass ihre erste, hilfsweise ihre zweite Kündigung wirksam gewesen sei. Insbesondere sei ein Anspruch auf Sicherheitsleistung nicht nach § 650f Abs. 6 Nr. 2 BGB ausgeschlossen gewesen, da kein Verbraucherbaupvertrag vorgelegen habe. Zum einen sei die Beklagte keine Verbraucherin, zum anderen stehe der Auftrag zur Errichtung mehrerer (Reihen-)Häuser und die Beauftragung in einzelnen Gewerken der Annahme eines Verbraucherbaupvertrags entgegen. Die Kündigung der Beklagten vom 15.6.2020 gehe daher ins Leere.

**16**

Sie hat erstinstanzlich beantragt,

1. Es wird festgestellt, dass die zwischen den Parteien bestehende Vertragsbeziehung betreffend die Ausführung der Baumeisterarbeiten zum Neubau eines Reihenhauses (Haus A bis C) mit Garagen D.straße, ...H., geformt durch den Bauvertrag vom 6./10.2.2020 durch Kündigung der Klägerin vom 15.5.2020 mit Wirkung zum 16.5.2020 beendet worden ist.

Hilfsweise:

Es wird festgestellt, dass die zwischen den Parteien bestehende Vertragsbeziehung betreffend die Ausführung der Baumeisterarbeiten zum Neubau eines Reihenhauses (Haus A bis C) mit Garagen D.straße, ... H., geformt durch den Bauvertrag vom 6./10.2.2020 durch Kündigung der Klägerin vom 5.6.2020 mit Wirkung zum 5.6.2020 beendet worden ist

2. Es wird festgestellt, dass die Kündigung der Beklagten vom 15.6.2020 unwirksam ist.

**17**

Die Beklagte hat erstinstanzlich

Klageabweisung beantragt.

**18**

Die Beklagte vertrat erstinstanzlich die Auffassung, dass die Kündigungen der Klägerin unwirksam oder jedenfalls treuwidrig seien. Ein Verbraucherbauvertrag läge vor, so dass die Klägerin schon keine Bauhandwerkersicherung hätte verlangen und keine Kündigung auf § 650f Abs. 5 BGB hätte stützen können. Zudem sei die beigebrachte (befristete) Bürgschaft nicht untauglich und rechtfertige keine Kündigung. Im Übrigen sei sowohl das Sicherungsverlangen als auch die Kündigung selbst treuwidrig, da die Klägerin die Arbeiten bereits am 4.4.2020 eingestellt und seitdem nicht wieder aufgenommen habe. Da die Beklagte von Anfang an bereit gewesen sei, die geforderte Bürgschaft zu besorgen, und alle Schritte mit der Bank offen kommuniziert habe, hätte die Klägerin ihr zumindest eine weitere Frist zur Beibringung einer unbefristeten Bürgschaft gewähren müssen. Dies gelte insbesondere auch deswegen, weil die Klägerin selbst angekündigt habe, die Bürgschaft prüfen zu wollen.

**19**

Ihre eigene Kündigung sei gemäß § 648a BGB wirksam gewesen, da die Klägerin bereits am 4.4.2020 die Bauarbeiten eingestellt habe und auch nach Fristsetzung nicht wieder aufgenommen habe.

**20**

Sie hat im Wege der Widerklage beantragt,

Es wird festgestellt, dass die von der Beklagten mit Schreiben vom 16.5.2020 ausgesprochene Kündigung des Pauschalpreisvertrags vom 6./10.2.2020 ihrer Rechtsnatur nach eine berechtigte Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 648a BGB ist.

**21**

Die Klägerin hat

Zurückweisung der Widerklage beantragt.

**22**

Sie hielt die Widerklage erstinstanzlich bereits für unzulässig, da sie nur auf die Feststellung einer abstrakten Rechtsfrage gerichtet sei und darüber hinaus denselben Streitgegenstand wie die Klage in Ziff. 2 betreffe.

**23**

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage der Beklagten stattgegeben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass es offenbleiben könne, ob ein Verbraucherbauvertrag im Sinne von § 650i BGB vorliege, der ein Verlangen nach einer Bauhandwerkersicherung ausschließen würde, weil jedenfalls nach den konkreten Umständen des Einzelfalls ein Sicherungsverlangen rechtsmissbräuchlich gewesen sei. Denn die Klägerin habe schon lange vor dem Schreiben vom 29.4.2020 ihre Bautätigkeit ohne rechtlich nachvollziehbaren Grund eingestellt und habe sich damit selbst nicht vertragstreu verhalten. Im Übrigen sei sowohl die Kündigung vom 15.5.2020 als auch diejenige vom 5.6.2020 selbst treuwidrig gewesen, da die Beklagte deutlich gemacht habe, eine Sicherheit beibringen zu wollen, und die Klägerin selbst keine Bautätigkeit mehr erbracht habe. Nach der ersten (treuwidrigen) Kündigung habe die Beklagte erklärt, eine unbefristete Bürgschaft beizubringen und die Bürgschaften auszutauschen, hierauf habe die Klägerin ohne nachvollziehbares Sicherheitsinteresse nicht reagiert, sondern die zweite Kündigung ausgesprochen. Die Widerklage sei begründet, weil die Klägerin unstreitig

trotz Aufforderung der Beklagten vom 27.5.2020 die Bautätigkeit nicht wieder aufgenommen habe, so dass ein wichtiger Grund im Sinne von § 648 a BGB vorliege.

#### **24**

Gegen das ihr am 29.10.2021 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 19.11.2021 Berufung eingelegt und nach Fristverlängerung bis zum 28.1.2022 mit Schriftsatz vom 28.1.2022, eingegangen bei Gericht am selben Tag, begründet.

#### **25**

Die Klägerin ist weiterhin der Ansicht, dass kein Verbrauchervertrag im Sinne von § 650i BGB vorliege, so dass sie einen Anspruch auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung nach § 650f BGB gehabt habe. Das Sicherungsverlangen sei nicht treuwidrig gewesen, da der Anspruch grundsätzlich unabhängig von der Erfüllung der vertraglichen Leistungspflicht bestehe. Die vorgelegte Bankbürgschaft sei wegen ihrer Befristung auf Ende September 2020 untauglich gewesen, dieses Risiko habe die Beklagte selbst zu tragen. Daher sei es auch nicht treuwidrig gewesen, nach Eingang der Bürgschaft sofort die Kündigung zu erklären, ein Anspruch auf die Einräumung einer zweiten Chance bestehe nicht. Infolge wirksamer Kündigung am 15.5.2020 komme es auf die weiteren Ereignisse nach dem 15.5.2020 nicht mehr an; die Kündigung der Beklagten am 15.6.2020 gehe ins Leere.

#### **26**

Sie hat in der Berufungsinstanz beantragt,

1. Das Endurteil des Landgerichts Landshut vom 28.10.2021, Az. 52 O 2784/20, wird aufgehoben.
2. Es wird festgestellt, dass die zwischen den Parteien bestehende Vertragsbeziehung betreffend die Ausführung der Baumeisterarbeiten zum Neubau eines Reihenhauses (Haus A bis C) mit Garagen D.straße, ... H., geformt durch den Bauvertrag vom 6./10.2.2020 durch Kündigung der Klägerin vom 15.5.2020 mit Wirkung zum 16.5.2020 beendet worden ist.

Hilfsweise:

Es wird festgestellt, dass die zwischen den Parteien bestehende Vertragsbeziehung betreffend die Ausführung der Baumeisterarbeiten zum Neubau eines Reihenhauses (Haus A bis C) mit Garagen D.straße, ...H., geformt durch den Bauvertrag vom 6./10.2.2020 durch Kündigung der Klägerin vom 5.6.2020 mit Wirkung zum 5.6.2020 beendet worden ist

3. Es wird festgestellt, dass die Kündigung der Beklagten vom 15.6.2020 unwirksam ist.
4. Die Widerklage wird abgewiesen.

#### **27**

Die Beklagte hat beantragt,

Zurückweisung der Berufung.

#### **28**

Die Beklagte ist weiterhin der Ansicht, dass das Verlangen nach einer Bauhandwerkersicherung bereits gemäß § 650f Abs. 6 S. 1 Nr. 2 BGB ungerechtfertigt gewesen sei. Denn es läge ein Verbraucherbauvertrag iSv. § 605 i BGB vor; ein solcher sei auch dann anzunehmen, wenn wesentliche Bauleistungen in einzelnen Gewerken vergeben worden seien. Selbst wenn man hier anderer Ansicht sein sollte, sei das Verlangen nach einer solchen Sicherung im konkreten Fall treuwidrig gewesen, da die Klägerin bereits im April ihre Arbeiten endgültig eingestellt habe. Die Beklagte habe insoweit bereits erstinstanzlich vorgetragen, dass der Geschäftsführer der Klägerin gegenüber der Mutter der Beklagten am 9.4.2020 geäußert habe, seine Firma werde nicht mehr weiterbauen, er lasse sich nicht von Herrn R. kontrollieren. Auf Verzug komme es nicht an, es genüge die reine Arbeitseinstellung der Klägerin. Die Bedenkenanmeldung habe sie nicht berechtigt, die Arbeiten einzustellen. Das Sicherungsverlangen sei auch treuwidrig im Hinblick auf die Mangelhaftigkeit der bis dahin erbrachten Leistungen gewesen. Ein Recht zur Kündigung habe schon deshalb nicht bestanden, weil die beigebrachte Bürgschaft nicht untauglich gewesen sei. Im Hinblick auf den tatsächlichen Baubeginn im März 2020 und die vereinbarte Bauzeit von 8 Wochen sei die Klägerin hierdurch ausreichend gesichert gewesen. Zudem sei die Kündigung selbst treuwidrig gewesen. Die Beklagte habe von Anfang deutlich gemacht, zu der Leistung einer tauglichen Sicherung bereit zu sein, und

ihre Verhandlungen mit der Bank fortlaufend gegenüber der Klägerin kommuniziert. Die Klägerin habe selbst mit Schreiben vom 29.4.2020 (Anl. K3) angekündigt, die Ordnungsgemäßheit einer beigebrachten Sicherung erst prüfen zu wollen, daher habe sich die Beklagte darauf verlassen können, dass die Klägerin ihr einen Hinweis auf die schädliche Befristung erteilen und ihr eine zweite Chance zur Beibringung einer ordnungsgemäßen Sicherheit einräumen würde. Zudem habe sich die Klägerin selbst vertragsuntreu verhalten, indem sie die Bauarbeiten seit Anfang April 2020 eingestellt habe; nach dem Gesetz dürfe der Unternehmer die Arbeiten erst einstellen, wenn dem Sicherungsverlangen nicht entsprochen werde, die Klägerin habe aber erst die Arbeiten eingestellt und dann eine Sicherung verlangt. Im Übrigen sei anerkannt, dass eine Kündigung nach § 650f Abs. 5 S. 1 BGB treuwidrig sei, wenn der Unternehmer sich zu diesem Zeitpunkt bereits selbst erheblich in Verzug befinde, dies sei vorliegend der Fall, da Mitte Mai 2020 nicht einmal der Keller vollständig fertiggestellt gewesen sei und die Klägerin lang vorher die Arbeiten endgültig eingestellt habe. Bei einer Gesamtbetrachtung werde deutlich, dass die Klägerin das Sicherungsverlangen nur vorgeschoben habe, um sich aus dem unliebsamen Vertrag zu befreien, dies habe das Landgericht zutreffend erkannt.

### **29**

Hinsichtlich der Widerklage vertritt die Beklagte die Ansicht, dass diese zulässig sei, da ein Kündigungsgrund ein Rechtsverhältnis im Sinne von § 256 ZPO darstellen könne und die Widerklage damit weitergehe als die begehrte Feststellung in Ziff. 2 der Klage. Sie sei auch begründet, da die Kündigungen der Klägerin aus den genannten Umständen, die auch für die zweite Kündigung der Klägerin gälten, unwirksam seien und sie selbst mit der endgültigen Arbeitseinstellung durch die Klägerin einen wichtigen Grund im Sinne des § 648 a BGB gehabt habe, das Vertragsverhältnis zu beenden.

### **30**

Die Beklagte hat im Berufungsverfahren der bürgenden Bank den Streit verkündet, diese ist auf Seiten der Beklagten dem Rechtsstreit beigetreten. Im Termin vom 1.6.2022 hat sich die Streithelferin dem Antrag des Beklagtenvertreters angeschlossen. Sie meint, die befristete Bürgschaft sei im konkreten Fall als Bauhandwerkersicherheit geeignet. Der Sachverhalt unterscheide sich von demjenigen des OLG Frankfurt, Urteil vom 12.8.2002, 1 U 127/01, auf welches die Klägerin verwiesen habe, dadurch, dass hier nicht die Haftung automatisch mit Fristende entfalle, sondern der Unternehmer lediglich innerhalb der Frist die Bürgin in Anspruch nehmen müsse. Es sei weder Klage innerhalb der Frist noch Fälligkeit des Anspruchs für die Inanspruchnahme der Bürgin gefordert.

### **31**

Der Senat hat mit Terminsverfügung vom 8.2.2022 darauf hingewiesen, dass er beabsichtige, der Klage in Ziff. 1 und 2 stattzugeben und die Widerklage abzuweisen.

### **32**

Hierzu haben die Parteivertreter mit Schriftsätzen vom 23.3.2022 (Beklagte), 14.4.2022 (Klägerin), 20.5.2022 (Beklagte) sowie 20.5.2022 (Streithelferin) sowie im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 1.6.2022 Stellung genommen.

### **33**

Zur Ergänzung wird auf das erstinstanzliche Urteil, den genannten Hinweis des Senats, die in zweiter Instanz eingegangenen Schriftsätze sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 1.6.2022 Bezug genommen.

II.

### **34**

Die Berufung der Klägerin ist erfolgreich. Die Klage ist im Hauptantrag Ziff. 1 und in Ziff. 2 zulässig und begründet. Die Widerklage ist bereits unzulässig, jedenfalls aber unbegründet.

### **35**

1. Die Klage ist im Hauptantrag Ziff. 1 zulässig und begründet.

### **36**

a) An der Zulässigkeit des Feststellungsantrags bestehen keine Bedenken, insbesondere besteht ein Feststellungsinteresse der Klägerin hinsichtlich der Feststellung der Beendigung der Vertragsbeziehung durch ihre Kündigung vom 15.5.2020.

### 37

b) Die Kündigung der Klägerin vom 15.5.2020 hat das Vertragsverhältnis mit sofortiger Wirkung beendet, da die Voraussetzungen des § 650f Abs. 5 S. 1 BGB vorliegen und kein Ausnahmefall nach § 650f Abs. 6 S. 1 Nr. 1 BGB gegeben war.

aa) Kein Verbraucherbaupvertrag

### 38

Der Senat bleibt bei seiner Auffassung, dass infolge der Vergabe allein der Baumeisterarbeiten als Einzelgewerk kein Verbrauchervertrag iSv. § 650i BGB vorliegt.

### 39

(1) Ein Verbraucherbaupvertrag lag - unabhängig von der umstrittenen Verbrauchereigenschaft der Beklagten - wegen der Vergabe in einzelnen Gewerken nicht vor (Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium BauR/Jurgeleit, 5. Auflage 2020, Teil 2 Rn. 49 ff).

### 40

(a) Ob der Begriff des „Bau eines neuen Gebäudes“ eng oder weit auszulegen ist, wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beurteilt.

### 41

Nach einer Ansicht ist ein Verbraucherbaupvertrag nur dann zu bejahen, wenn sich der Unternehmer zum Bau des gesamten Gebäudes in einem Vertrag verpflichtet (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl. 2020, Kapitel 5 Rn. 1167; Retzlaff, in: Grüneberg, BGB, 81. Aufl. 2022, § 650i Rn. 4; Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, § 650i Rn. 6; Hildebrandt, in: Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B; 5. Auflage 2019; § 650f BGB Rn. 22; Ehrl, DStR 2017, 2395 (2399); Wessel/Schwenker, MDR 2017, 1218 (1219); Omlor, NJW 2018, 817 (818)). Nach der Gegenansicht ist ein Verbraucherbaupvertrag auch dann anzunehmen, wenn der Verbraucher das Bauvorhaben in mehrere Bauverträge aufspaltet, die er mit mehreren Unternehmern isoliert abschließt (vgl. Koebler, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, Teil 9 Rn. 121; Merkle, in: beck-online.GK Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.01.2021, § 650i BGB Rn. 37; Segger-Piening in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger zitiert nach juris PK-BGB, 9. Aufl., Stand: 01.02.2020, § 650i BGB Rn. 20; Vogel, BauR 2020, 388 (394 f.); Motzke, NZBau 2017, 515 (518); OLG Hamm, Urteil vom 27.4.2021, 24 U 198/20, Rn. 64 ff), wobei zum Teil gefordert wird, dass die Beauftragung zeitgleich oder in engem zeitlichen Zusammenhang erfolgt, die Erstellung eines neuen Gebäudes für den Unternehmer ersichtlich ist und die Gewerke zum Bau des neuen Gebäudes selbst beitragen (Segger-Piening aaO § 650i BGB Rn. 22; dem folgend OLG Hamm, Urteil vom 27.4.2021, 24 U 198/20, Rn. 87).

### 42

(b) Auch die Vertreter der zitierten Gegenansicht räumen ein, dass Wortlaut und Entstehungsgeschichte für eine „enge“ Auslegung sprächen, die eine Vergabe in Einzelgewerken nicht in den Begriff des „Bau eines neuen Gebäudes“ einbeziehen würde; sie verweisen jedoch - wie vorliegend die Beklagte - auf den Sinn und Zweck der §§ 650i ff. BGB, durch welche der Verbraucher, der ein „größeres“ Bauvorhaben durchführen möchte, geschützt werden solle, und darauf, dass es nicht nachvollziehbar sei, warum dieser Schutz nur bei dem Bau eines Hauses „aus einer Hand“, nicht aber bei einer Vergabe in Einzelgewerken erforderlich sei (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 27.4.2021, 24 U 198/20, Rn. 76 ff m.w.N.). Das OLG Hamm (a.a.O., Rn. 86, 87) erkennt zwar, dass sich § 650i Abs. 1 BGB als Komplementärnorm zu Art. 3 Abs. 3 lit. f RL 2011/83/EU versteht und dass Art. 4 der Richtlinie eine Vollharmonisierung verfolgt, so dass es den Mitgliedstaaten verwehrt sei, mildere oder strengere Vorschriften in den von der Richtlinie geregelten Bereichen zu erlassen, meint aber dennoch, dass der in Erwägungsgrund 26 der Richtlinie erwähnte Zweck des Ausschlusses von Verträgen zum Bau von neuen Gebäuden darin läge, dass die Richtlinie für solche Verträge keine geeigneten Bestimmungen enthalte und die Mitgliedstaaten besondere Schutzbestimmungen für derartige Verträgen hätten. Diese Schutzbestimmungen könnten aber - wie gerade der Bauwerksvertrag zeige - auch die Errichtung in Einzelgewerken betreffen.

### 43

(c) Der Senat vermag dieser Ansicht nicht zu folgen, da durch sie zunächst die „Lücke“ nach nationalem Recht definiert würde, abhängig von dem Regelungsumfang, den der nationale Gesetzgeber getroffen hat (hier: §§ 650a ff. BGB), und sich hieraus der Anwendungsbereich der Richtlinie im Übrigen ergäbe. Dies

widerspricht dem Vorrangverhältnis, welches die Richtlinie gegenüber dem nationalen Recht hat. Eine als ungerecht empfundene Lücke kann nicht im Wege einer weiten Auslegung geschlossen werden, wenn zum einen das Regelungswerk gerade gegen eine ungewollte gesetzgeberische Lücke spricht und zum anderen eine europarechtliche Richtlinie einer weiten Auslegung entgegensteht.

#### 44

(d) So liegt es hier. Die §§ 650i ff. BGB wurden erlassen, um die sich aus Art. 3 Abs. 3 lit. f RL 2011/83/EU ergebende Lücke zu schließen. Im Interesse eines europäischen Verbraucherschutzes ist diese Lücke möglichst eng zu fassen, so dass der Ausnahmetatbestand des „Bau von neuen Gebäuden“ eng auszulegen ist (EuGH, Urteil vom 10.3.2005, C-336/03, Rn. 21 zum Grundsatz einer erforderlichen engen Auslegung von Begriffen in Bestimmungen, die eine Ausnahme von einem allgemeinen Grundsatz oder, spezifischer, von gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherschutzvorschriften darstellen).

#### 45

Diese Anforderung war dem nationalen Gesetzgeber bewusst, wie ein Vergleich des Wortlauts in § 650a Abs. 1 S. 1 BGB einerseits („eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon“) und in § 650i Abs. 1 BGB andererseits („zum Bau eines neuen Gebäudes“) sowie die Gesetzesbegründung deutlich machen. Auch der nationale Gesetzgeber ging davon aus, dass ursprünglich der in § 312b Abs. 3 Nr. 4 BGB a.F. verwendete Begriff der „Errichtung von Bauwerken“ als Ausnahmefall, in dem die Vorschriften über Fernabsatzverträge keine Anwendung fanden, aus Gründen des Verbraucherschutzes eng auszulegen war und dass dies eine Orientierung für die Auslegung des Begriffs „Bau von neuen Gebäuden“ in § 650i BGB darstellen sollte (BT-Drs. 18/8486, S. 61 zu § 650h BGB-E). Auch wenn es wünschenswert erscheinen mag, auch Verbraucher, die zur Errichtung eines neuen Gebäudes mehrere Verträge mit verschiedenen Unternehmern schließen, in den Schutzbereich der §§ 650i ff. BGB fallen zu lassen, würde eine entsprechende Auslegung des Begriffs „Vertrag zum Bau eines neuen Gebäudes“ damit sowohl gegen den gesetzgeberischen Willen als auch gegen das Gebot zur Vollharmonisierung in Art. 4 der RL 2011/83/EU verstoßen (so auch Jurgeleit in Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, 2. Teil, Rn. 47; Omlor, Der neue Verbraucherbauvertrag, NJW 2018, 817 ff (818)).

#### 46

(e) Daher ist bei der Auslegung, wann der Bau „eines neuen Gebäudes“ vorliegt, ebenso eine enge Auslegung vorzunehmen wie bei der Auslegung, wann Umbaumaßnahmen im Bestand als „erheblich“ anzusehen sind. Für die Rechtslage vor dem 1.1.2018, als § 12 Abs. 2 Nr. 3 BGB bereits dieselbe Regelung nur ohne den Verweis auf den damals noch nicht geschaffenen § 650i BGB enthielt, hat der BGH dies ausdrücklich bestätigt (BGH, Urteil vom 30.8.2018, VII ZR 243/17, Rn. 16). Dies hat auch für die Rechtslage nach Inkrafttreten des BauVertrRRG zu gelten. Zwar führt eine enge Auslegung des Begriffs „Verbraucherbauvertrag“ dazu, dass auch der hieran seit 1.1.2018 anknüpfende und in §§ 651i ff sowie 650f Abs. 6 S. 1 Nr. 2 BGB geregelte Verbraucherschutz eingeschränkt wird, was isoliert betrachtet dem Zweck von Maßnahmen des Verbraucherschutzes zuwiderlaufen kann. Der Begriff des Verbraucherbauvertrags ist aber auch nach dem Inkrafttreten des BauVertrRRG nicht nur Positivkriterium für den Verbraucherschutz nach §§ 650i ff BGB, sondern zugleich Negativ- oder Ausschlusskriterium für den Verbraucherschutz aus §§ 312 ff BGB, vgl. § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Eine enge Auslegung des Begriffs „Verbraucherschutzvertrag“ führt deshalb dazu, dass der Anwendungsbereich des Verbraucherschutzes aus §§ 312 ff BGB vergrößert wird (vgl. KG Berlin, Urteil vom 16.11.2021, 21 U 41/21, juris, Rn. 32).

bb) Kein treuwidriges Sicherungsverlangen am 29.4.2020

#### 47

(1) Eine Pflicht zur Stellung einer Sicherung besteht nicht, wenn der Unternehmer seinerseits die Leistung endgültig verweigert und sich damit grob vertragswidrig verhält (BGH, Urteil vom 31.3.2005, VII ZR 346/03, unter Ziff. I. 2. c; Koebler in Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, Teil 9, Rn. 105).

#### 48

(a) Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin zu diesem Zeitpunkt (29.4.2020) bereits die weitere Bauausführung ausdrücklich oder konkludent endgültig verweigert hätte, bestehen nicht. Die Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe bereits am 9.4.2020 den Kran abgebaut, wurde von der Klägerin bestritten (LGU S. 5, 6); im Übrigen wäre eine solche Maßnahme auch nicht aussagekräftig, da andere Gründe hierfür bestehen könnten und ein Kran auch jederzeit wieder aufgebaut werden könnte. Entgegen der Ansicht des

Landgerichts ergibt sich eine solche Erklärung nicht aus dem Vergleich von Fotos und darauf abgebildeten (oder nicht abgebildeten) Baufortschritten.

#### 49

Soweit die Beklagte darauf verweist, dass (erstinstanzlich unstreitig geblieben) der Geschäftsführer der Klägerin am 9.4.2020 gegenüber der Mutter der Beklagten gesagt habe, „dass seine Firma nicht weiterbauen werde, er lasse sich nicht von Herrn R. überwachen und kontrollieren“, liegt hierin keine endgültige Leistungsverweigerung, sondern lediglich eine rechtlich unverbindliche Unmutsäußerung gegenüber einer außenstehenden Dritten. Zum einen ist nicht ersichtlich, dass der Geschäftsführer der Klägerin mit Rechtsbindungswillen gegenüber seiner Vertragspartei, deren Vertreter oder deren Boten eine verbindliche Erklärung abgegeben hätte. Zum anderen hat die Klägerin bereits einen Tag später, am 10.4.2020, gegenüber der Beklagten selbst die Fortsetzung der Arbeiten angeboten und um Antwort, wie weiter verfahren werden soll, bis 14.4.2020 gebeten (Anl. BK1). Auch mit dem Sicherungsverlangen vom 29.4.2020 selbst (Anl. K3) betonte die Klägerin, dass aus ihrer Sicht die Arbeiten fortgesetzt werden könnten. Dass die Beklagte das Verhalten der Klägerin - sofern es ihr damals überhaupt berichtet worden ist - ebenfalls nicht als endgültige Verweigerung angesehen ist, ergibt sich aus ihren Schreiben vom 4.5.2020 und vom 11.5.2020, in denen sie bittet, die Arbeiten nun fortzuführen (Anl. B7, B11), und daraus, dass sie dem Sicherungsverlangen der Klägerin vom 29.4.2020 sofort nachkam.

#### 50

(b) Im Übrigen lässt der wohl unstreitig fehlende Baufortschritt zwischen Anfang April und Mitte Mai für sich nicht auf ein grob vertragswidriges Verhalten schließen, da sich aus den Anlagen ergibt, dass die Ursache hierfür in Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien über das erforderliche weitere Vorgehen lag. Aus diesem Grund erübrigt es sich auch, die zum fehlenden Baufortschritt angebotenen Zeugen zu vernehmen. Aus den Anlagen ergibt sich insbesondere, dass die Klägerin zu keiner Zeit erklärt hat, unter keinen Umständen mehr weiterbauen zu wollen, sondern vielmehr, dass sie dies stets unter der Voraussetzung angeboten hat, dass die Beklagte als Bauherrin klare Anweisungen gibt, wie mit den vom Zeugen R. beanstandeten Punkten umzugehen ist. Da die Beklagte sich hierzu bis zum 29.4.2020 nicht verbindlich geäußert hat, ist es unabhängig von der Frage, ob die Klägerin eine solche Anordnung aus Rechtsgründen verlangen konnte, jedenfalls nicht grob vertragswidrig, dass die Klägerin zunächst auf die aus ihrer Sicht sinnvolle und notwendige Kooperation der Beklagten wartete, bevor sie auf behauptet mangelhaften Ausführungsleistungen aufbaute.

#### 51

(c) Insofern teilt der Senat gerade nicht die Ansicht der Beklagten, es käme nicht auf eine endgültige Leistungsverweigerung, sondern lediglich auf eine tatsächliche unberechtigte Leistungseinstellung an, denn dies würde für die Annahme grober Vertragswidrigkeit nicht genügen. Eine solche ist jedoch erforderlich, da es um eine eng zu fassende, auf § 242 BGB gestützte Ausnahme von der grundsätzlich bestehenden Pflicht geht, auf Verlangen eine Sicherheit zu stellen.

#### 52

(2) Dem Sicherungsverlangen stand entgegen der Ansicht der Beklagten auch kein etwaiger Verzug der Klägerin mit der Leistungserbringung entgegen. Wie bereits hingewiesen, hindert der Verzug des Auftragnehmers grundsätzlich nicht seinen Anspruch auf Stellung einer Sicherheit (Koeble in Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, Teil 9 Rn. 141). Zu Recht weist die Klägerin darauf hin, dass ihr Sicherheitsanspruch nach dem Gesetz bereits mit Vertragsschluss entsteht und keiner weiteren Voraussetzungen bedarf. Einschränkungen ihres Anspruchs könnten daher allenfalls ausnahmsweise nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, § 242 BGB, anzunehmen sein. Grundsätzlich ist ein Sicherheitsbedürfnis des Auftragnehmers auch dann anzuerkennen, wenn er mit den noch ausstehenden Arbeiten in Verzug geraten ist, denn auch dann besteht weiterhin die für ihn risikoreiche Vorleistungspflicht. Ob in Ausnahmefällen ein „erheblicher Verzug“ (so Koeble a.a.O.) ein Sicherungsverlangen als treuwidrig erscheinen lassen könnte, muss hier nicht entschieden werden, da ein solcher nicht ersichtlich ist. Es ist schon fraglich, ob sich die Klägerin zum Zeitpunkt des Sicherungsverlangens am 29.4.2020 überhaupt im Verzug befand, da selbst nach der Berechnung der Beklagten die vereinbarte Bauzeit noch bis zum 11.5.2020 lief. Zudem ist ein Vertretenmüssen der Klägerin nicht ersichtlich, da diese die Beklagte aus nachvollziehbaren Gründen um konkrete Anweisung bis 14.4.2020 gebeten hatte und letztere darauf bis 29.4.2020 nicht reagiert hatte.

### 53

(3) Schließlich hält der Senat das Sicherungsverlangen auch im Hinblick auf etwaige Mängel in den bis Anfang April erbrachten Leistungen nicht für treuwidrig. Auch wenn vertreten wird, dass „gravierende Mängel“ einem Anspruch auf Sicherheit entgegenstehen können (Koeble, a.a.O.), besteht für einen entsprechenden Ausnahmefall nach Treu und Glauben, § 242 BGB, vorliegend schon deshalb kein Anlass, weil die Leistungen der Klägerin noch nicht vollständig erbracht waren, sondern von dem gesamten zu erstellenden Rohbau erst der Keller begonnen worden war. Daher war im Hinblick auf die noch zu erbringenden Leistungen das Sicherungsverlangen der Klägerin in jedem Fall und unabhängig von etwaigen gegen sie gerichteten Mängelbeseitigungsansprüchen noch gerechtfertigt. Ein reines „Vehikel zur Abwehr von Mängelrechten“ (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 25. 11. 2008, 19 U 89/08) liegt nicht vor.

cc) Kündigungsrecht gemäß § 650f Abs. 5 S. 1 BGB

### 54

Ein Kündigungsrecht bestand, da die schließlich vorgelegte Bürgschaft infolge ihrer Befristung zum 30.9.2020 nicht ausreichend war.

### 55

(1) Nachdem es der Beklagten möglich war, bis zum 14.5.2020 eine (allerdings befristete) Bürgschaft beizubringen, verlängerte sich die zuvor möglicherweise zu kurz gesetzte Frist jedenfalls nicht über den 14.5.2020 hinaus. Innerhalb dieser Frist wurde keine taugliche Sicherheit vorgelegt.

### 56

(2) Ohne dass es darauf maßgeblich ankäme, ergibt sich aus dem Vortrag der Beklagten zur Streitverkündung nun auch mit ausreichender Klarheit, dass es sich bei der Aufnahme einer Befristung nicht um ein Versehen der Bank handelte, sondern die Beklagte sich hierfür ausdrücklich selbst entschied. Die Frage, ob dies auf einer entsprechenden Beratung durch die Streithelferin beruhte, was letztere bestreitet, spielt für die Entscheidung des vorliegenden Falls ebenfalls keine Rolle.

### 57

(3) Die konkrete Befristung machte die Bürgschaft für die Sicherungszwecke der Klägerin untauglich (ebenso OLG Frankfurt, Urteil vom 12.8.2002, 1 U 127/01, BeckRS 202, 30277331; Koeble in Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 9. Teil Rn. 149). Dass der Entscheidung des OLG Frankfurt noch die alte Vorschrift des 648a a.F. BGB zugrunde lag, ändert nichts an der Richtigkeit des Arguments, dass sich unvorhergesehene Verzögerungen sowohl im Rahmen der Bauausführung als auch im Rahmen der Abnahme als Voraussetzung für die Fälligkeit des Lohnanspruchs jederzeit ergeben können, so dass ein Unternehmer durch eine auf fünf Monate befristete Bürgschaft nicht hinreichend geschützt ist. Auf die im Bauvertrag vorgesehene Beendigung der Baumaßnahme innerhalb von acht Wochen nach Baubeginn kommt es daher nicht an. Die von der Streithelferin bemühte Unterscheidung des vorliegenden Sachverhalts im Verhältnis zu der im Fall des OLG Frankfurt zu beurteilenden Befristungsregelung führt zu keinem anderen Ergebnis. Im vorliegenden Fall hätte die Bürgin vor Fristablauf in Anspruch genommen werden müssen, weil anderenfalls ihre Haftung entfallen wäre. Nicht nachvollziehbar im Hinblick auf die Akzessorietät einer Bürgschaft erscheint das Argument der Streithelferin, dafür hätte der Zahlungsanspruch der Klägerin nicht einmal fällig sein müssen.

### 58

Anders als die Beklagte meint, war die Klägerin auch grundsätzlich nicht verpflichtet, ihr zur Vorlage einer ordnungsgemäßen Bürgschaft eine Nachfrist zu setzen (Koeble, a.a.O., Rn. 140; Jurgeleit in Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, Teil 9, Rn. 165).

dd) Ausübung des Kündigungsrechts nicht treuwidrig

### 59

(1) Soweit die Beklagte weiterhin darauf verweist, dass die Klägerin das Kündigungsrecht nur vorgeschoben habe, um sich von einem ungewollten Vertrag zu lösen, führt dies nicht zur Annahme eines Verstoßes gegen Treu und Glauben, § 242 BGB. Grundsätzlich steht es jedem Teilnehmer im Rechtsverkehr frei, die ihm zustehenden Rechte auch auszuüben. Dass es der Klägerin möglicherweise gelegen kam, das Vertragsverhältnis mit der Beklagten beenden zu können, löst nicht den Vorwurf der Treuwidrigkeit aus. Dass schon das Sicherungsverlangen nur vorgeschoben sein sollte, um sich auf diese Weise vom Vertrag

zu lösen, ist nicht erkennbar, da es in der Hand der Beklagten gelegen hätte, durch Vorlage einer ordnungsgemäßen Sicherheit das Kündigungsrecht der Klägerin zu vermeiden.

#### **60**

(2) Da das Kündigungsrecht der Klägerin unmittelbar entstand (s.o.), ist es auch nicht als treuwidrig anzusehen, dass die Klägerin dies ohne - nicht gebotene - Nachfristsetzung sofort ausübte. Das Verhalten der Beklagten bis zu diesem Zeitpunkt gebietet keine andere Beurteilung; dass sie sich um die Beibringung einer Bürgschaft bemühte und dies auch kommunizierte, ist selbstverständlich und bewirkt keinen Vertrauensschutz der Beklagten, dass sie bei Misslingen eine zweite Chance erhalten würde. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Ankündigung der Klägerin, nach Vorlage die Vertragsgemäßheit der Bürgschaft prüfen zu wollen (Schreiben vom 29.4.2020 = Anl. K3, S. 4). Abgesehen davon, dass sich diese Ankündigung ersichtlich lediglich auf den Fall bezog, dass die Beklagte die Bürgschaft über einen geringeren Betrag als von der Klägerin verlangt ausstellen lassen würde, folgt aus dieser Ankündigung auch nicht, wie die Klägerin dann weiter verfahren würde. Vielmehr hatte sie in diesem Zusammenhang einen Satz später bereits ausdrücklich auf die „Rechtsfolgen des § 650f Abs. 5 BGB“ hingewiesen (Anl. K3, S. 4), woraus mit hinreichender Klarheit folgte, dass die Klägerin gerade sofort eines der dort dargestellten Rechte auszuüben gedachte.

#### **61**

(3) Aus diesem Grund gehen auch die Ausführungen der Beklagten zu einer Treuwidrigkeit aus widersprüchlichem Verhalten fehl. Es handelt sich gerade nicht um einen Fall, in dem der Unternehmer erst die eine Rechtsfolge (Einstellung der Arbeiten) ankündigt und dann die andere (Kündigung) eintreten lässt. Die von der Beklagten zitierte Entscheidung des OLG Celle, Urteil vom 7.3.2019, 6 U 71/18, ist daher nicht einschlägig.

#### **62**

(4) Soweit die Beklagte darauf hinweist, dass die Klägerin erst die Arbeiten eingestellt habe und dann gekündigt habe, verkennt sie, dass es sich - wenn überhaupt - nicht um eine Leistungseinstellung auf der Grundlage des § 650f BGB handelte, so dass kein Zusammenhang mit der Ausübung des Kündigungsrechts besteht.

#### **63**

(5) Eine vorherige endgültige Leistungsverweigerung, welche die Ausübung des Kündigungsrechts ggf. treuwidrig erscheinen lassen könnte, lag im Zeitpunkt der Kündigung am 15.5.2020 ebenfalls noch nicht vor. Vielmehr hatte die Klägerin noch mit Schreiben vom 6.5.2020 (Anl. B10) ausdrücklich erneut ihre Bereitschaft zur Weiterarbeit erklärt, diese aber (nachvollziehbar) von einer ausdrücklichen Weisung der Beklagten, ob zunächst ein Bodengutachten eingeholt werden solle, abhängig gemacht. Die Beklagte ihrerseits verweigerte mit Schreiben vom 11.5.2020 (Anl. B11) ausdrücklich die Erteilung einer Weisung. Es begegnet daher keinen Bedenken, dass die Klägerin bei diesem Stand der Dinge, als dann am 14.5.2020 auch noch lediglich eine befristete Bürgschaftserklärung vorgelegt wurde, von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch machte. Aus denselben Gründen ist ein „erheblicher Verzug“ der Klägerin auch für den Zeitpunkt der Ausübung des Kündigungsrechts am 15.5.2020 abzulehnen. Weder war ein etwaiger Verzug zu diesem Zeitpunkt „erheblich“, da selbst nach der Berechnung der Beklagten ein solcher erst am 12.5.2020 eingetreten wäre, noch hatte die Klägerin die Verzögerung zu vertreten, da es die Beklagte war, die sich trotz nachvollziehbarer Aufforderungen weigerte, eine klare Position zu den vermeintlichen Problemen und dem Umgang damit zu beziehen.

#### **64**

(6) Dass die Beklagte nach der ersten Kündigung durch die Klägerin ihre Bereitschaft erklärte, nunmehr eine unbefristete Bürgschaftserklärung zu besorgen, hat für den Fall keine Relevanz mehr, da durch die berechtigte Kündigung der Klägerin zu diesem Zeitpunkt der Bauvertrag bereits beendet war. Insofern stellt es entgegen der Argumentation der Beklagten auch keine Treuwidrigkeit dar, dass die Klägerin hierauf nicht mehr einging, sondern den Vertrag (vorsorglich) am 5.6.2020 erneut kündigte.

#### **65**

2. Da bereits die Kündigung vom 15.5.2020 wirksam war, war über den Hilfsantrag nicht zu entscheiden.

#### **66**

3. Die Klage in Ziff. 2 ist zulässig und begründet.

**67**

a) Der auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung der Beklagten vom 15.6.2020 gerichtete Antrag der Klägerin ist zulässig, da er dahingehend auszulegen ist, dass festgestellt werden soll, dass das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch diese Kündigung beendet wurde. Ein Rechtsschutzbedürfnis für diese Feststellung besteht, da die Beklagte bereits angekündigte Schadenersatzansprüche auf diese Kündigung stützt.

**68**

Es ist auch nicht entfallen durch Erhebung der Widerklage, da diese trotz ihres abweichenden Wortlauts nicht weitergeht als der Klageantrag Ziff. 2, so dass der Widerklage die bereits bestehende Rechtshängigkeit entgegenstand. Da sich die Beklagte in ihrer Kündigung ausschließlich auf § 648a BGB stützt, macht es keinen Unterschied, ob die Norm bereits im Antrag genannt wird oder nicht. In beiden Fällen hat das Gericht vorliegend (nur) die Voraussetzungen des § 648a BGB zu prüfen.

**69**

b) Da die Kündigung vom 15.5.2020 den Vertrag bereits beendet hat, ging die Kündigung der Beklagten am 15.6.2020 ins Leere. Zu diesem Zeitpunkt bestand kein Vertragsverhältnis mehr, das hätte gekündigt werden können, so dass die Voraussetzungen des § 648a BGB schon aus diesem Grund nicht (mehr) vorlagen. Ob zu einem früheren Zeitpunkt eine Kündigung nach § 648a BGB gerechtfertigt gewesen wäre - was nach den vorherigen Ausführungen des Senats eher auszuschließen wäre - muss nicht entschieden werden.

**70**

4. Die Widerklage ist unzulässig, da sie denselben Streitgegenstand betrifft wie der früher rechtshängig gewordene Klageantrag Ziff. 2. Zudem wäre sie jedenfalls unbegründet, wie aus den Ausführungen zu Ziff. 2 der Klage (vgl. oben 3.b)) folgt.

**71**

5. Nebenentscheidungen:

Kosten: §§ 91, 101 Abs. 1, 2. Hs ZPO

Vorläufige Vollstreckbarkeit: §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO

Streitwert: § 3 ZPO; berücksichtigt wurde der Charakter der Feststellungsklagen als lediglich Schadenersatzansprüche vorbereitende Maßnahme, die Höhe der wechselseitigen im Raum stehenden Schadenersatzansprüche (insbesondere auf Beklagtenseite durch teurere Neuvergabe und verspätete Vermietbarkeit der Reihenhäuser) als auch die übereinstimmende Einschätzung der Parteien im Termin vom 1.6.2022.

**72**

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Dass der Senat die Auffassung des OLG Hamm zum Verbraucherbauvertrag (OLG Hamm, Urteil vom 27.4.2021, 24 U 198/20, Rn. 76 ff) nicht teilt, begründet keine Divergenz im revisionsrechtlichen Sinne, da für das OLG die dort geäußerte Auffassung nicht tragend war, sondern ausdrücklich lediglich „vorsorglich“ ausgeführt wurde (OLG Hamm, a.a.O., Rn. 46).