

**Titel:**

**Verbraucherbauvertrag: Voraussetzungen für die Verbrauchereigenschaft einer Bauherrengemeinschaft**

**Normenkette:**

BGB § 13, § 14, § 648, § 648a, § 650a Abs. 1, § 650f Abs. 1, Abs. 6 Nr. 2, § 650i

**Leitsätze:**

1. Eine aus mehreren Familienmitgliedern bestehende GbR, die als Bauherrengemeinschaft zum Zwecke der Vermietung ein Mehrfamilienhaus mit 30 Wohneinheiten und Tiefgarage zu einer Vergütung von 5,5 Mio. EUR errichten lässt, wobei sie die Vergütung ausschließlich mit Fremdmitteln finanziert, ist nicht als Verbraucher iSd § 650f Abs. 6 BGB zu qualifizieren. (Rn. 42 – 52) (redaktioneller Leitsatz)
2. Der Anspruch auf Bauhandwerkersicherung nach § 650f BGB besteht unabhängig von der Abnahme der Bauleistung und kann auch nach der Abnahme verlangt werden. (Rn. 38) (redaktioneller Leitsatz)
3. Die Höhe der Bauhandwerkersicherung bemisst sich nach der vom Unternehmer schlüssig darzulegenden vereinbarten und noch nicht gezahlten Vergütung, wobei auch Zusatzaufträge zu berücksichtigen sind. (Rn. 66) (redaktioneller Leitsatz)
4. Der Anspruch des Unternehmers ist grundsätzlich unabhängig von der eigenen Vertragstreue oder Leistungsbereitschaft des Unternehmers. Insbesondere ist es unschädlich, wenn das Sicherungsverlangen des Unternehmers nicht ausschließlich durch dessen Sicherheitsbedürfnis motiviert ist, sondern auch andere Gesichtspunkte eine Rolle spielen. (Rn. 68) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Verbraucherbauvertrag, Bauhandwerkersicherung, Verbraucher, Unternehmer, Bauherrengemeinschaft, Mehrfamilienhaus, Abnahme, Kündigung, Höhe, treuwidrig

**Rechtsmittelinstanz:**

OLG München, Endurteil vom 26.02.2025 – 27 U 1463/24 Bau e

**Tenor**

1. Die Beklagten werden gesamtschuldnerisch verurteilt, zu Gunsten der Klägerin für das Bauvorhaben auf dem Flurstück ..., 30 Wohneinheiten nebst Tiefgarage, gemäß dem Werkvertrag vom 30.12.2020 Sicherheit nach § 650 f BGB in Höhe von 2.167.095,70 € zu leisten, wobei die Wahl des Sicherungsmittels nach § 650 f Abs. 2 BGB in das Ermessen der Beklagten gestellt wird.
2. Die Beklagten werden verurteilt, vorgerichtliche Anwaltskosten an die Klägerin i.H.v. 3.178,35 € zu bezahlen.
3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
4. Die Zwischenfeststellungswiderklage wird abgewiesen.
5. Die Widerklage wird abgewiesen.
6. Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin 21 % und die Beklagten als Gesamtschuldner 79 % zu tragen.
7. Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten des Rechtsstreits gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % vorläufig vollstreckbar.

**Beschluss**

Der Streitwert wird auf 2.735.678,31 € festgesetzt.

**Tatbestand**

Die Klägerin nimmt die Beklagten aus einem Bauvertrag gem. § 650 f BGB auf Leistung einer Bauhandwerkersicherung sowie auf vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Anspruch.

**2**

Die Beklagten begehren zwischenfeststellungswiderklagend die Feststellung, dass es sich bei dem Bauvertrag um ein Verbraucherbaugeschäft handelt sowie dass die Zusage einer Bauhandwerkersicherung durch die Kanzlei ... gem. § 138 BGB nichtig ist. Sie begehren feststellungswiderklagend die Feststellung, dass das Vertragsverhältnis wirksam durch außerordentliche Kündigung der Beklagten beendet wurde sowie die Feststellung, dass die Beklagte sich nicht in Verzug mit zwei Abschlagszahlungen befindet.

**3**

Die Parteien schlossen unter dem Datum vom 30.12.2020 einen Bauwerkvertrag, in welchem sich die Klägerin verpflichtete, ein Mehrfamilienhaus mit 30 Wohneinheiten und Tiefgarage entsprechend der Baubeschreibung vom 27.11.2020, den Baugesuchsplänen vom 12.10.2020 sowie dem Angebot vom 08.04.2020 auf dem Flurstück ... schlüsselfertig zu errichten.

**4**

Die Beklagten (zu Ziff. 2 eine GbR, bestehend aus den Familienmitgliedern Vater, Mutter und zwei Söhnen zum Zwecke der Vermögensverwaltung) verpflichteten sich gesamtschuldnerisch eine Vergütung in Höhe von 5.575.007,20 € – abhängig von einem Zahlungsplan – zu entrichten.

**5**

Die Klägerin hat ihre Leistung zu großen Teilen erbracht. Teilweise fehlen noch der Einbau der Fliesen, der Zimmertüren und der Bodenbeläge sowie die endgültige Fertigstellung des Objekts.

**6**

Im Folgenden kam es zwischen den Parteien zu Unstimmigkeiten bei der Zahlungsabwicklung. Mit Abschlagsrechnungen „Rate 5“ und „Rate 6“ stellte die Klägerin Bauleistungen in Höhe von 836.251,08 € in Rechnung.

**7**

Auf diese Abschlagsrechnungen haben die Beklagten keine Zahlung geleistet, ohne der Klägerin zunächst Gründe für die ausbleibende Zahlung zu nennen. Aufgrund dessen und der daraus aus Sicht der Klägerin besorgten Zahlungsunfähigkeit der Beklagten forderte die Klägerin mit Schreiben vom 08.05.2023 die Beklagten zur Stellung einer Sicherheit nach § 650 f BGB auf (vgl. Anlage K5).

**8**

In dem Schreiben vom 08.05.2023 ist die Art und Weise der Sicherheitsleistung nicht festgelegt worden. Vielmehr ist lediglich auf § 650 f Abs. 2 BGB Bezug genommen worden. Als Grundlage und Ausgangspunkt für den geltend gemachte Anspruch auf Sicherheitsleistung wurde auf den vereinbarten Werklohn abzüglich der bereits geleisteten Zahlungen sowie der vereinbarten Nachträge Bezug genommen.

**9**

Mit Anwaltsschreiben vom 16.05.2023 bestätigten die Beklagten zunächst die Verpflichtung zur Stellung der von der Klägerin geforderten Sicherheit und teilte ihre generelle Leistungsbereitschaft mit. In der Folgezeit beanstandeten die Beklagten mit Schreiben vom 02.06.2023 lediglich dann die Höhe der zu leistenden Sicherheit.

**10**

Nach dem Schreiben der Beklagten vom 02.06.2023 wurde die Sicherheit seitens der Klägerin neu berechnet und in Höhe von 3.112.886,72 € geltend gemacht.

**11**

Die Klägerin stellte am 12.07.2023 nach vorheriger Androhung dann die Bauarbeiten ein. Sie begründete die Einstellung des Baubetriebes damit, dass die Beklagten die fälligen Raten 5 und 6 nicht beglichen hatten und auch keine Sicherheit leisteten.

**12**

Mit Anwaltsschreiben vom 25.07.2023 teilten die Beklagten der Klägerin mit, dass nunmehr keine Sicherheit geleistet werde und forderten die Klägerin zur Wiederaufnahme der Arbeiten unter Fristsetzung zunächst zum 31.08.2023 auf. Mit Anwaltsschreiben vom gleichen Tag behauptete die Beklagtenseite ein

„Schreibversehen“ und äußerte, die Frist zur Wiederaufnahme sei auf den 01.08.2023 zu setzen beabsichtigt gewesen.

### 13

Die Klägerin nahm bis zum 01.08.2023 die Arbeiten nicht wieder auf.

### 14

Mit Schreiben vom 09.08.2023 erläuterte die Klägerseite nochmals den eigenen rechtlichen Standpunkt und bat um Abstimmung hinsichtlich der Besprechung des gemeinsamen Zieles der Fertigstellung des Bauvorhabens.

### 15

Mit Schreiben vom 09.08.2023 kündigten die Beklagten dann den streitgegenständlichen Vertrag.

### 16

Bisher wurde keine Bauhandwerkersicherung seitens der Beklagten geleistet.

### 17

Die Klägerin hat die Höhe der Sicherheit im ungekündigten Vertragsverhältnis ihre Auffassung nach zutreffend wie folgt berechnet:

Werklohnanspruch gem. Vertrag:	5.575.007,20 €
Leistungen in Hinblick auf Einbau Lichtkuppel	15.000,00 €
Nachtrag Einbau Gäste-WC	15.200,00 €
Werklohnanspruch insgesamt	5.605.207,20 €
Zahlungen geleistet	- 3.118.226,92 €
offenstehend	2.486.980,28 €
zzgl. 10 %	2.735.678,31 €

### 18

Nach erklärter Kündigung begründet die Klägerin die Höhe der Sicherheit unter Zugrundelegung der Berechnungen des öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen Dipl. Ing. (FH) ... .. (K12, K13) sowie einer eigenen Aufstellung (K14) wie folgt:

„Unter Berücksichtigung der nicht fertig gestellten Leistungen bzw. der noch vorhandenen Mängel ergebe sich ein Anspruch nach Baufortschritt am Objekt über 4.878.842,92 €, somit nach Abzug der o.g. Zahlungen noch 1.760.616,00 € bei bisher weiteren entstandenen und noch nicht im Objekt niedergeschlagenen Kosten über 406.479,70 €, somit insgesamt 2.167.095,70 €. Weitere Schadenersatzansprüche der Klägerin oder an diese herangetragene Ansprüche Dritter seien dabei noch nicht erfasst.“

### 19

Die Klägerin ist der Ansicht, dass sie als Erstellerin eines Bauwerks Anspruch auf Bauhandwerkersicherung nach § 650 f BGB habe. Der Anspruch sei schon aufgrund der zu Beginn des Rechtsstreits erfolgten anwaltlichen Zusage der vormaligen Beklagtenvertreter begründet worden, jedenfalls ergebe sich ein solcher Anspruch bereits aus dem Gesetz und den vertraglichen Vereinbarungen. Die außerordentliche Kündigung sei nicht wirksam. Auf die beklagtenseitigen Mangelbehauptungen komme es nicht an, darüber hinaus seien diese ohnehin teilweise nicht von der Klägerin zu vertreten, teilweise nicht vorliegend und teilweise allein dem Bautenstand geschuldet.

### 20

Die Klägerin beantragt deshalb,

1. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, zu Gunsten der Klägerin für das Bauvorhaben auf dem Flurstück ..., 30 Wohneinheiten nebst Tiefgarage, gemäß dem Werkvertrag vom 30.12.2020 Sicherheit nach § 650 f BGB in Höhe von 2.735.678,31 € zu leisten, wobei die Wahl des Sicherungsmittels nach § 650 f Abs. 2 BGB in das Ermessen der Beklagten gestellt wird.

2. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten an die Klägerin in Höhe von 3.178,35 € zu bezahlen.

### 21

Die Beklagten beantragen,

die Klage abzuweisen.

## **22**

Widerklagend beantragen die Beklagten im Wege der Zwischenfeststellungswiderklage

1. festzustellen, dass es sich bei dem Bauvertrag vom 30.12.2020 zwischen den Parteien über die Bebauung des Grundstücks Flurstück ... in ... über den Bau eines Mehrfamilienhauses mit 30 Wohneinheiten mit Tiefgarage (Anlage K 1) um einen Verbraucherbaupvertrag handelt
2. festzustellen, dass die Zusage der Kanzlei ... vom 16.05.2023 (Anlage K 6) und vom 02.06.2023 (Anlage K 7) gem. § 138 BGB nichtig ist.

## **23**

Weiter beantragen die Beklagten im Wege der Feststellungswiderklage

3. Es wird festgestellt, dass durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 09.08.2023 (Anlage B13) das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien aus dem Bauvertrag vom 30.12.2020 über die Bebauung des Grundstücks Flurstück ... in ... über den Bau eines Mehrfamilienhauses mit 30 Wohneinheiten mit Tiefgarage (Anlage K1) wirksam außerordentlich beendet wurde.
4. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte nicht in Verzug mit der Zahlung Rechnung der Klägerin zur 5. Rate mit der Nr. 1001051 vom 04.05.2023 (Anlage K3) und der Rechnung der Klägerin zur 6. Rate mit der Nr. 1001056 vom 26.05.2023 (Anlage K4) befindet.

## **24**

Die Klägerin beantragt,

die Zwischenfeststellungswiderklage sowie die Widerklage kostenpflichtig abzuweisen.

## **25**

Die Beklagten sind der Auffassung, dass es sich bei der GbR um eine Bauherrengemeinschaft zum Zwecke der privaten und nicht der unternehmerischen Vermögensverwaltung handle. Ein geschäftsmäßiger Betrieb sei dafür nicht erforderlich.

## **26**

Da kein unternehmerisches Handeln vorläge, sei der streitgegenständliche Werkvertrag auch als Verbraucherbaupvertrag einzustufen. Aus diesen Gründen sei eine Sicherheit auch nicht zu leisten, da die Bauhandwerkssicherung nur für Unternehmer einschlägig sei. Bei einem Verbraucherbaupvertrag – so wie er nach Ansicht der Beklagten hier vorliege – gelte die Ausnahmevorschrift des § 650 f Abs. 6 Nr. 2 BGB.

## **27**

Auch aufgrund der vorgelegten Widerrufsbelehrung habe die Klägerin zu erkennen gegeben, dass auch sie von der Verbrauchereigenschaft ausgehe. Durch die Vorlage der Widerrufsbelehrung habe sich die Klägerin rechtlich gebunden.

## **28**

Weiterhin stelle auch der von der Finanzierungsbank bewilligte Verbraucherdarlehensvertrag die Verbrauchereigenschaft der Beklagten fest. Zur Verbrauchereigenschaft komme man nach Ansicht der Beklagten auch durch die schriftlichen Ausführungen des Steuerberaters der Beklagten, da die Verbrauchereigenschaft vor allem durch steuerrechtlicher Kriterien bestimmt werde. Dass einige Gesellschafter der Beklagten einer nichtselbstständigen Tätigkeit nachgehen, spreche für eine GbR zum Zwecke der privaten Vermögensverwaltung. Dass nebenbei noch eine weitere Immobilie in ... mit 16 Wohneinheiten und ein Dreifamilienhaus von der Beklagten verwaltet wird, ändere nichts an der privat ausgerichteten Zweckrichtung der GbR.

## **29**

Ein Anspruch auf Sicherheitsleistung bestehe somit nicht.

## **30**

Da es sich bei der Beklagten um eine Verbraucherin handle, sei es zur Vorbereitung der weiteren Ansprüche, die die Klägerin geltend machen könne, sinnvoll und sachdienlich im Rahmen der Zwischenfeststellungsklage festzustellen, dass der Bauvertrag ein Verbraucherbaupvertrag sei. Die Qualität der Vereinbarung als Verbraucherbaupvertrag habe Auswirkung auf eine Vielzahl von weiteren Ansprüchen und sei eine notwendigerweise zu beantwortende Vorfrage für das Bestehen des Sicherungsverlangens der

Beklagten. Gemäß § 256 Abs. 2 ZPO sei der Antrag zwecks Erwirkung einer Entscheidung über den in Streit stehenden Anspruch der Klägerin als diesbezügliches vorgeifliches Rechtsverhältnis zulässig. Denn die Frage, ob es sich vorliegend um einen Verbrauchervertrag handle sei entschieden für die Frage, ob § 650 f Abs. 1 BGB auf die Beklagte Anwendung finde oder aber gem. § 650 f Abs. 6 Nr. 2 BGB keine Sicherheit zu leisten sei. Dabei sei ein Feststellungsinteresse nicht erforderlich.

### **31**

Weiterhin vertritt die Beklagte die Rechtsauffassung, dass die Abschlagsrechnungen nicht fällig und weder dem Grunde noch der Höhe nach nachvollziehbar seien. Da die Voraussetzungen der Raten noch nicht eingetreten seien, könnten diese auch nicht fällig sein. Da es bereits an einer schlüssig dargestellten zu besichernden Vergütungsforderung fehle, könne schon kein Anspruch auf Sicherheit bestehen.

### **32**

Im Übrigen sei eine Geltendmachung der Sicherheit aufgrund gravierender Mängel am Bauwerk treuwidrig. Die für die Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten überstiegen bei weitem den geltend gemachten Anspruch auf Abschlagszahlung der Klägerin, sodass für einen Sicherungsanspruch nichts mehr übrigbliebe und zunächst in Abzug gebracht werden müsse. Die Beklagten beziehen sich diesbezüglich auf die Ausführungen der öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen ... vom 29.03.2023 und Dipl. Ing. Arch. ... vom 24.07.2023 (Anlagen B5+B6).

### **33**

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.12.2023 Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe**

### **34**

Die zulässige Klage ist überwiegend begründet. Sowohl die Zwischenfeststellungswiderklage als auch die Feststellungswiderklage sind bereits teilweise unzulässig, darüber hinaus aber auch unbegründet.

I.

### **35**

Die zulässige Klage ist auch begründet.

### **36**

Die Klägerseite hat Anspruch auf Sicherheit nach § 650 f BGB in Höhe von 2.167.095,70 € nebst vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten i.H.v. 3.178,35 €.

### **37**

Nach § 650 f BGB kann der Unternehmer – hier die Klägerin – von dem Besteller – hier den Beklagten – eine Sicherheit verlangen. Zwischen den Parteien bestand ein Werkvertrag über die Errichtung von 30 Wohneinheiten nebst Tiefgaragen. Hierbei handelt es sich inhaltlich um einen Bauvertrag i.S.d. § 650 a Abs. 1 S. 2 BGB. Nach § 650 a Abs. 1 BGB sind Verträge über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerkes, einer Außenanlage oder eines Teils davon als Bauvertrag einzuordnen.

### **38**

Unerheblich ist, ob die Leistungen bereits abgenommen wurden. Denn eine Bauhandwerkersicherung kann auch nach Abnahme verlangt werden, vgl. § 650 f Abs. 1 S. 3 BGB.

### **39**

Eine Sicherheit kann jedoch dann nicht verlangt werden, wenn der Besteller Verbraucher ist und es sich um einen Verbrauchervertrag nach § 650 i BGB handelt, vgl. § 650 f Abs. 6 Nr. 2 BGB.

### **40**

Die Voraussetzungen des § 650 f Abs. 6 BGB, die die Beklagte darzulegen und zu beweisen hat (BeckOGK/Mundt, 1.1.2024, BGB § 650 f Rn. 227), sind nach Ansicht des Gerichts jedoch nicht erfüllt, sodass die verbraucherschützende Norm und Privilegierung des § 650 i BGB im hiesigen Rechtsstreit nicht zur Anwendung kommen kann.

#### 41

Nach § 13 BGB ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, welche überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden könne.

#### 42

Bei der Beklagten handelt es sich um eine Bauherrengemeinschaft. Eine Bauherrengemeinschaft ist der Zusammenschluss mehrerer privater Bauherren, die gemeinsam – zur Eigennutzung oder Vermietung – Wohnungen, einzelne Mehrfamilienwohnhäuser, Gewerbe- oder Gemeinschaftsräume planen, bauen oder umbauen. Die Gesellschafter sind durchweg Familienmitglieder (Mutter, Vater und zwei Söhne). Vertragspartner der Klägerin war damit durchgehend eine Bauherrengemeinschaft in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) zum Zwecke der Vermögensverwaltung.

#### 43

Die Vermögensverwaltung wird demzufolge erst dann eine berufs- oder gewerbsmäßige, wenn der Umfang der mit ihr verbundenen Geschäfte einen planmäßigen Geschäftsbetrieb wie etwa die Unterhaltung eines Büros oder eine geschäftsmäßige Organisation erfordert. Ein unternehmerisches Handeln kommt also erst dann in Betracht, wenn ein bestimmtes Maß überschritten wird (vgl. BGH, NJW 2020, 3786).

#### 44

Die Höhe der verwalteten Werte ist dabei nicht maßgeblich. Handelt es sich um die Vermietung oder Verpachtung von Immobilien, so ist dementsprechend nicht deren Größe entscheidend, sondern Umfang, Komplexität und Anzahl der damit verbundenen Vorgänge (vgl. Senatsurteil v. 23.10.2001 – XI ZR 63/01). Ein ausgedehntes oder sehr wertvolles Objekt an eine geringe Anzahl von Personen zu vermieten, hält sich jedoch grundsätzlich im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung. Dagegen spricht die Ausrichtung auf eine Vielzahl gleichartiger Geschäfte für ein professionelles Vorgehen. Ob der mit der Vermögensverwaltung verbundene organisatorische und zeitliche Aufwand danach insgesamt das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebs vermittelt, bleibt eine im Einzelfall zu beurteilende Frage (Senatsurteile vom 23. Oktober 2001 – XI ZR 63/01, BGHZ 149, 80, 86 f. und vom 20. Februar 2018 – XI ZR 445/17).

#### 45

Vorliegend steht nach Auffassung des Gerichtes fest, dass der Bauwerksvertrag zwischen den Parteien mit 30 einzelnen Wohneinheiten und einer Tiefgarage bei einem bereits bestehenden 16-Wohneinheiten-Objekt und einem weiteren bestehenden 3-Wohneinheiten-Objekt als Vermögensverwaltung eines planmäßigen Geschäftsbetriebes bedarf und sich nicht mehr im Rahmen einer privaten Vermögensverwaltung bewegt. Zur Feststellung und Auslegung hat das Gericht als ausschlaggebendes Kriterium für die Abgrenzung der privaten von einer berufsmäßig betriebenen Vermögensverwaltung insbesondere den damit einhergehenden Aufwand der streitgegenständlichen Immobilie sowie die damit verbundenen vertraglichen Verpflichtungen angenommen.

#### 46

Die Beklagte beauftragte die Klägerin mit der Erstellung eines Mehrfamilienhaus mit 30 einzelnen Wohneinheiten und einer Tiefgarage. Die hohe Anzahl der Vermittlungsobjekte innerhalb der Immobilie und die damit verbundenen Geschäfte neben einem bereits bestehenden, nicht unerheblichen Immobilienbestand, sprechen für einen beachtlichen zeitlichen und organisatorischen Aufwand. Dabei ist es offensichtlich, dass der Eigentümer derselben planvoll als am Wohnungsmarkt tätiger Anbieter auftritt.

#### 47

Unabhängig von der hier vorliegenden Zweckrichtung der Immobilie (Vermietung/Verkauf der einzelnen Wohneinheiten) vermittelt die Verwaltung der verschiedenen Positionen aufgrund des Umfangs, der Komplexität und der Anzahl der damit verbundenen (Einzel-)Verträge das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebs. Nach der Rechtsprechung erfordert die kontinuierliche Verwaltung von Mietverhältnissen über 23 Wohn- und 2 Gewerbeeinheiten regelmäßig die Unterhaltung eines Büros oder einer Organisation (OLG Hamm, Urteil vom 26.10.2015 – Az. 31 U 85/15 = BeckRS 2016, 03249 Tz. 23). Nichts anders kann dann bei jedenfalls 30 zu verwaltenden Wohneinheiten und darüber hinaus bei noch weiteren zu vermietenden Tiefgaragenstellplätzen, welche im Vergleich zur Wohnraummiete teilweise anderen gesetzlichen Regularien unterliegen, gelten bei Vorliegen des vorbezeichneten (Alt-)bestandes.

#### 48

Bei wenigen Wohnungen kann von einer solchen Geschäftsmäßigkeit noch nicht gesprochen werden. In dem beschriebenen Umfang wie diese jedoch von der Beklagten allein schon aufgrund des Vertragsschlusses betrieben werden muss, kann nicht mehr von einer privaten Tätigkeit, welche ohne planmäßigen Geschäftsbetrieb möglich ist, ausgegangen werden, denn der mit der Verwaltung mehrerer Miethäuser mit mehreren Wohneinheiten verbundene Aufwand ist in tatsächlicher Hinsicht ganz erheblich (vgl. OLG Dresden, Urteil vom 10.06.2015 – 5 U 1847/14).

#### 49

Entgegen der Auffassung der Beklagten kommt der Anzahl der einzelnen Vermietungsobjekte durchaus eine Relevanz zu, da mit einer steigenden Anzahl der Vermietungsobjekte grundsätzlich auch der Verwaltungsaufwand ansteigt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass je nach Organisation und den konkreten Gegebenheiten der Aufwand der einzelnen Objekte unterschiedlich groß sein kann.

#### 50

Dem steht auch nicht der von der Beklagten behauptete Umstand entgegen, dass eine gewerbliche Einrichtung im vorliegenden Fall nicht erforderlich ist. Denn der Einwand kann dadurch entkräftet werden, dass der Unterhalt eines gesonderten Büros keine Voraussetzung für einen planmäßigen Geschäftsbetrieb ist, der ebenso aus einer Privatwohnung geführt werden kann. In einer Vielzahl von Unternehmen wird heute auf die Vorhaltung spezieller Büroräume verzichtet und Bürotätigkeiten mit Hilfe eines Computers von verschiedenen Orten aus erledigt. Eine gesonderte Einrichtung ist zwangsläufig also nicht notwendig.

#### 51

Im Hinblick auf den Sachverhalt ist weiter festzustellen, dass die streitgegenständliche Immobilie zu 100 % mit Fremdmitteln finanziert wurde. Dem Gericht ist bekannt, dass die Aufnahme von Fremdmitteln zwar insbesondere beim Immobilienerwerb der ordnungsgemäßen und damit der privat betriebenen Vermögensverwaltung zugeordnet wird und daher nicht zwangsläufig auf ein Gewerbe schließen lässt, wenn die Investitionen lediglich der Verwaltung privaten Vermögens dienen (BGH, Urteil vom 23.10.2001 – XI ZR 63/01, zit. nach juris, Rn. 23 f.). Dies ist hier jedoch nicht der Fall. Denn der Aspekt, dass die Immobilie ohne Eigenmittel finanziert wurde verstärkt die Annahme, dass hier nicht zu verwaltendes Vermögen angelegt wurde. Denn das Vermögen wurde hier umfassend vom Darlehnsgeber zur Verfügung gestellt und die Bauherrengemeinschaft dann mit „Fremdfinanzierungshebel“ am Immobilienmarkt tätig. Dies ist ein gerade bei gewerblicher Immobilienspekulation nicht untypischer Geschehensablauf.

#### 52

Für die Beurteilung der Verbrauchereigenschaft ist es entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht ausschlaggebend, dass die Verwaltung der gegenständlichen Immobilie jeweils von den einzelnen Gesellschaftern neben einer weiteren nichtselbstständigen Tätigkeit (Arbeit, Studium, Hausarbeit) erfolgt. Gegen einen unternehmerischen Zweck spricht zwar der Umstand, dass die Beklagten die Verwaltung innerhalb der Familienstrukturen und quasi „von zuhause aus“ steuern. Auch die nichtselbstständige Tätigkeit des Vaters und des Sohnes können regelmäßig dafürsprechen, dass die Verwaltung privater Natur ist. Jedoch ist bei einer GbR eine Neben- bzw. Haupttätigkeit gerade deshalb möglich, weil die GbR typischerweise aus mehreren Gesellschaftern besteht und damit der Vorteil der organisatorischen Arbeitsteilung von jedem Gesellschafter genutzt werden kann. Gerade aufgrund dieser Arbeitsteilung ist es jedem Gesellschafter noch möglich, einer nichtselbstständigen Tätigkeit nachzugehen. Anders wäre dieser Umstand nur zu beurteilen, wenn nicht eine GbR – bestehend aus vier Gesellschaften – handeln würde, sondern ein einzelner Bauherr, dem die gesamte Verwaltung der Immobilie auferlegt wäre. Dass sich die Verwaltung auf mehrere Bauherren aufteilt ist zeitgleich aber nicht so zu verstehen, dass dadurch dann erst-recht weniger Aufwand und damit ein geringerer Einsatz an Arbeitskraft oder Personal benötigt wird. Denn zur Abgrenzung einer privaten Verwaltung von der einer geschäftsmäßig betriebenen Verwaltung ist nicht entscheidend, wie ausgelastet der Bauherr ist, sondern vielmehr, ob der mit der Vermögensverwaltung verbundene organisatorische und zeitliche Aufwand danach insgesamt das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebs vermittelt.

#### 53

Wenn insoweit die Beklagte vorbringt, dass sich die Verbrauchereigenschaft bereits aus der Vorlage und Unterzeichnung einer Widerrufsbelehrung ergibt, kann das Gericht dem nicht folgen. Denn allein aus einer Widerrufsbelehrung können keine rechtserheblichen Schlüsse gezogen – und schon gar nicht die

Verbrauchereigenschaft hergeleitet werden. Dass die Klägerin eine Widerrufsbelehrung verwendet hat und damit davon ausgegangen sein soll, dass die Beklagte Verbraucher gewesen ist, führt nicht ohne weiteres dazu, dass von der Verbrauchereigenschaft der Beklagten trotz der entgegenstehenden objektiven Umstände angenommen werden kann. Selbst wenn man dies anders sehen würde, so ist die Folge einer dem Besteller vorgelegten Widerrufsbelehrung nicht, ihm die Verbrauchereigenschaft zuzuschreiben, sondern ihm lediglich das Recht einzuräumen, den Vertrag binnen einer gesetzten Frist zu widerrufen. Eine Verbrauchereigenschaft steht nicht in der Disposition einer Partei. Das Merkmal „Verbraucher“ ist anhand von bestimmter objektiver Kriterien zu bestimmen. Im Ergebnis ist die Bezeichnung „Verbraucher-Widerrufsbelehrung“ für die Annahme der Verbrauchereigenschaft nicht ausreichend.

#### **54**

Die soeben genannten Grundsätze gelten auch für den Einwand der Beklagten, dass sich die Verbrauchereigenschaft auch daraus ergeben soll, dass die finanzierende Bank ein Verbraucherdarlehn bewilligte und die Beklagte dementsprechend generell auch als Verbraucherin einzustufen ist. Unabhängig von den Rechtsfolgen, die durch ein Verbraucherdarlehensvertrag ausgelöst werden, können für die Annahme eines Verbraucherdarlehensvertrag nach § 495 BGB nicht die gleichen Maßstäbe und Kriterien wie für die Annahme eines Verbraucherbaupvertrages nach § 650 i BGB gezogen werden. Der Darlehensgeber ist im Falle der Vergabe eines Darlehens zum Erwerb einer nicht selbstgenutzten Immobilie auf die Angaben des Darlehensnehmers angewiesen, um überhaupt im Ansatz eine Prüfung der Verbrauchereigenschaft zu ermöglichen. Bei der vorzunehmenden Würdigung der Indizien kommt es nicht entscheidend darauf an, ob der Darlehensnehmer nach seinem inneren Willen unternehmerisch tätig zu werden gedenkt. Maßgeblich sind vielmehr die äußeren Umstände im gesamten Kontext des Lebenssachverhaltes (vgl. Lang, ZfIR 2003, 2, 6/7; BGH NJW 2008, 435). Dass die finanzierende Bank über eine Rechtsabteilung verfügt, ändert an diesen Maßstäben nichts. Zudem scheint die Auffassung der Beklagten, dass die Einordnung der Rechtsabteilung der Finanzierungsbank auch nur ansatzweise maßgeblich sein könnte, mehr als fraglich. Dass die Finanzierungsbank vorliegend einen Verbraucherkreditvertrag mit der Beklagten geschlossen hat und die Beklagte damit als Verbraucherin sieht, hat keine Relevanz im hiesigen Rechtsstreit.

#### **55**

Insoweit kommt es auch nicht auf die Maßstäbe des Steuerberaters der Beklagten an, der – wie auch die Finanzierungsbank – keine Verbrauchereigenschaft feststellen kann und überdies einen mit Informationen (nur) der Beklagten versorgter Interessensvertreter ist. Denn auch bei Berücksichtigung des bereits bekannten Vorbringens, das sich im Wesentlichen an die Darstellung und Sachverhaltsschilderung der Beklagten orientiert, kann das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebes nicht erschüttert werden.

#### **56**

Bei verbleibenden Zweifeln ist nicht davon auszugehen, dass ein Verbrauchergeschäft vorliegt (Grüneberg, § 13 BGB, Rn. 4), da die Darlegungs- und Beweislast für die Vornahme von Rechtsgeschäften zu privaten Zwecken denjenigen trifft, der sich – wie hier die Beklagte – darauf beruft, dass die für Verbraucher geltenden Schutzschriften anzuwenden sind.

#### **57**

Nach den Umständen des vorliegenden Falles sind bei Anlegung dieser Maßstäbe die Tätigkeit der Beklagten und ihrer Gesellschafter eine gewerbliche Verwaltung eigenen Vermögens. Abgestellt wird vorliegend insbesondere auf den Umfang der mit der Immobilienverwaltung verbundenen Tätigkeiten.

#### **58**

Dem Anspruchsgrunde nach kommt es daher auf einen etwaig gleichlautenden Anspruch aufgrund vertraglicher Vereinbarung oder aufgrund eigenem, konstitutiven Anerkenntnis der Beklagtenseite über deren vormaligen Verfahrensbevollmächtigte nicht entscheidungserheblich an, sodass diesbezügliche Ansprüche dahinstehen können.

#### **59**

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der vertraglichen Vereinbarung der Parteien in § 5 Abs. 2 des Werkvertrags vom 30.12.2020, in welcher die Parteien die Erbringung einer Sicherheit vor Baubeginn vereinbart haben. Der Anspruch auf Sicherheitsleistung der Klägerin erlischt dadurch nicht.

#### **60**

Denn unabhängig von der Frage, ob solch eine Vereinbarung wirksam ist oder nicht, wurde ohnehin keiner der beiden Verlangen von der Beklagten erfüllt, so dass entgegen der Auffassung der Beklagten auch keine Erfüllungswirkung eintreten konnte.

#### **61**

Denn dafür wäre erforderlich gewesen, dass die Beklagten entweder eine Zahlungsbürgschaft in Höhe der im Bauwerksvertrag vereinbarten Bausumme eines deutschen Geldinstitutes oder eine Auszahlungsvereinbarung für das Bauvorhaben und in deren Kaufpreishöhe zw. Bank und Bauträger bzw. Generalübernehmer und eine Finanzierungsbestätigung in der Höhe des Kaufpreises vorgelegt hätten.

#### **62**

Dem Wortlaut nach hat die Beklagtenseite die Wahl zwischen den beiden Sicherheitsverlangen („oder“) – und hat – wie sich aus der Anlage K 6 ergibt – eine Finanzierungsvereinbarung am 15.10.2021 von der Finanzierungsbank auch vorgelegt. Dabei geht die Beklagte zunächst richtigerweise von einem Alternativverhältnis der beiden Möglichkeiten aus (entweder Zahlungsbürgschaft ./ Auszahlungsvereinbarung mit Finanzierungsbestätigung), jedoch übersieht die Beklagtenseite hier die kumulative Anforderung in § 5 Abs. 2 Nr. 2 des Bauvertrags:

#### **63**

Die vertragliche Verpflichtung nach dem Bauwerkvertrag, nämlich eine Auszahlungsvereinbarung für das Bauvorhaben in der Höhe des Kaufpreises zwischen Bank und Bauträger bzw. Generalunternehmer und eine Finanzierungsbestätigung in der Höhe des Kaufpreises gleichlaufend zu erbringen, erfolgte gerade nicht.

#### **64**

Vielmehr reichte die Beklagte eine bloße Bestätigung des Kreditvertrages der Finanzierungsbank ein. Dies ist für die vertragliche Verpflichtung jedoch nicht ausreichend.

#### **65**

Nachdem beide Sicherungsverlangen nicht bzw. nicht vollständig befriedigt wurden, kann nicht von einer Erfüllungswirkung der vertraglich vereinbarten Verpflichtung ausgegangen werden – ungeachtet der Wirksamkeit der vertraglichen Vereinbarung.

#### **66**

Die Höhe der Sicherheit bemisst sich nach der vereinbarten und noch nicht gezahlten Vergütung, wobei auch Zusatzaufträge zu berücksichtigen sind. Notwendig ist, dass die Klägerin den Anspruch der Höhe nach schlüssig darlegt. Dies ist zur Überzeugung des Gerichtes mit der Replik vom 07.11.2023 (dort Seite 6/7) erfolgt. Für die Berechnung der Höhe der Sicherheit kommt es nach Auffassung des Gerichtes nicht auf die mit Schreiben vom 09.08.2023 erfolgte außerordentlich Kündigung gem. § 648 a BGB an. Die als Kündigungsgründe aufgeführten Sachverhalte sind zwischen den Parteien vollumfänglich in Streit. Die Klägerin selbst geht von einem außerordentlich ungekündigten Vertragsverhältnis aus. Aufgrund der Natur des Sicherungsanspruches hat im Rahmen der Klage eine Beweisaufnahme zur Anspruchshöhe nicht stattzufinden. Hieraus folgt ebenso, dass die Berechtigung einer außerordentlichen Kündigung mit Folgen für die Anspruchshöhe nicht im Verfahren nach § 650 f BGB geklärt werden kann. Es ist darüber hinaus sogar im Zweifel vom Fehlen eines wichtigen Kündigungsgrundes auszugehen (BeckOGK/Mundt, 1.1.2024, BGB § 650 f Rn. 104; KG Ur. v. 26.7.2019 – 21 U 3/19, BeckRS 2019, 16783). Indes ist die im Rahmen des Schätzungsermessens des Gerichtes zu unterstellende, und auch tatsächlich aufgrund des unbedingten Loslösungsverlangens tatsächlich gegebene, freie Kündigung in die Überlegungen zur Berechnung der Höhe des Sicherungsverlangens miteinzubeziehen. Die Klagepartei geht selbst von einer freien Kündigung i.S.d. § 648 BGB aus (Schriftsatz vom 26.01.2024 Seite 18) und hat insofern auch Schlussabrechnung angekündigt. § 648 BGB ist folglich bei der Prüfung der Schlüssigkeit der Berechnung zur Höhe des Sicherungsverlangens zu berücksichtigen. Auch hierzu hat die Klägerseite schlüssig vorgetragen. Bereits mit Schriftsatz vom 28.11.2023 hat die Klägerseite unter Vorlage der Berechnung des öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen Dipl. Ing. ... (Anlagen K12, 13) unter Berücksichtigung eines Bautenstandes von 82,01 % eine Entgeltforderung von 4.878.842,92 € ermittelt. Hiervon sind unstrittige Zahlungen über 3.118.226,92 € in Abzug zu bringen, sodass sich eine Restforderung über 1.760.616,00 € ergibt. Der Sachverständigen ... hat indes lediglich Feststellungen hinsichtlich der im Bauwerk verkörperten Leistungen getroffen. Insofern hat die Klägerin weiter schlüssig vorgetragen, dass ihr mindestens 406.479,70 € an weiteren Kosten entstanden sind, welche sich bisher im Werk noch nicht verkörpert haben.

Hinsichtlich etwaiger weiterer eingewandter Positionen wie Mehrpreisen, Verzugschäden und sonstigen Schadenersatzansprüchen von Subunternehmern fehlt es an belastbarem Vortrag, der dem Gericht eine Schätzung ermöglichen würde. Insofern erachtet das Gericht die betraglich bezifferten Positionen über insgesamt 2.167.095,70 € als schlüssig und schätzt gem. § 287 Abs. 2 ZPO die Sicherheit auf eben diesen Betrag.

#### **67**

Die Beklagtenseite kann dem klägerischen Sicherungsverlangen auch kein Leistungsverweigerungsrecht gem. § 320 BGB entgegenhalten. Auf die beklagtenseits behaupteten (streitigen) Mängel kommt es nicht an (Messerschmidt/Voit/Cramer, 4. Aufl. 2022, BGB § 650 f Rn. 81).

#### **68**

Das Gericht vermag auch eine etwaige Treuwidrigkeit des Sicherungsverlangens nicht zu erkennen. Der Anspruch des Unternehmers ist grundsätzlich unabhängig von der eigenen Vertragstreue oder Leistungsbereitschaft des Unternehmers. Insbesondere ist es unschädlich, wenn das Sicherungsverlangen des Unternehmers nicht ausschließlich durch dessen Sicherheitsbedürfnis motiviert ist, sondern auch andere Gesichtspunkte eine Rolle spielen. Ob der Anwendungsbereich des § 650 f in Fällen des groben Rechtsmissbrauchs durch den Unternehmer nach § 242 eingeschränkt werden kann, wurde vom BGH bislang ausdrücklich offen gelassen (BGH, NJW 2018, 549). Ein Rechtsmissbrauch könnte wenn überhaupt nur dann vorliegen, wenn keinerlei Sicherheitsinteresse aufseiten des Unternehmers erkennbar ist. Ein solcher Fall ist praktisch kaum vorstellbar, da ein Liquiditätsrisiko auf Schuldnerseite der Wirtschaftsordnung immanent ist. Die Darlegungs- und Beweislast für Umstände, die dazu führen sollen, dass ein Sicherungsverlangen gegen Treu und Glauben verstößt, liegt beim Besteller (BeckOGK/Mundt, 1.1.2024, BGB § 650 f Rn. 129, 130). Einen solchen Ausnahmefall, wie ihn die Beklagtenseite zu konstruieren versucht, vermag das Gericht nicht zu erkennen. Insbesondere sind die vorgebrachten erheblichen Mangelbehauptungen hinsichtlich des Vorliegens und teilweise auch der Verantwortlichkeit streitig. Vor dem Hintergrund, dass der Prozess über das Vorliegen etwaiger, gravierender, Baumängel nicht in den Prozess auf Sicherheit nach § 650 f BGB verlagert werden darf, kann neben der Nichtberücksichtigung streitiger Mängel (s.o.) erst recht hierauf kein Einwand der Treuwidrigkeit des Sicherungsverlangens gestützt werden.

#### **69**

Die Klägerin hat auch einen Schadenersatzanspruch auf Zahlung der außergerichtlich entstandenen Rechtsanwaltskosten gem. § 280 BGB. Die für die vorgerichtliche Beauftragung eines Rechtsanwaltes im Hinblick auf die von der Beklagten verweigerte Leistung einer Bauhandwerkssicherung stellen einen der Klägerin aufgrund des vertragswidrigen Verhaltens der Beklagten zuzurechnenden und von dieser nach §§ 280, 241 BGB zu ersetzenden Schaden dar.

#### **70**

Der Gegenstandswert ist (s.u.) mit mindestens 2.167.095,70 € anzusetzen, sodass sich bei Ansatz einer 0,65 Geschäftsgebühr gem. RVG VV 2300 zzgl. 20,00 € Auslagenpauschale und 19 % USt. zumindest der eingeklagte Betrag ergibt (§ 308 ZPO).

#### **II.**

#### **71**

Die Zwischenfeststellungswiderklage ist jedenfalls unbegründet.

#### **72**

Hinsichtlich des Nichtvorliegens eines Verbrauchervertrages wird auf die Ausführungen unter Ziff. I verwiesen.

#### **73**

Abgesehen davon, dass die Zusage der Kanzlei ... vom 16.05.2023 und 02.06.2023 wenn überhaupt ein deklaratorisches Anerkenntnis wäre, ergeben sich aus dem Vortrag der Beklagtenseite auch nicht die Voraussetzungen des § 138 BGB. Insofern ist die Zwischenfeststellungswiderklage auch unter diesem Aspekt unbegründet.

#### **III.**

#### **74**

Die Feststellungswiderklage ist insgesamt unzulässig. Ein Feststellungsinteresse besteht insgesamt nicht.

**75**

Es kann aufgrund der Ausführungen unter Ziff. III. 1 und III. 2 dahinstehen, da nicht entscheidungserheblich, ob der Feststellungswiderklage auch der Einwand des Rechtsmissbrauches entgegen gehalten werden kann, da – wofür vieles spricht – sie offensichtlich mit dem Ziel erhoben wurde, mit – dem Verfahren auf Durchsetzung des Anspruches nach § 650 f BGB fremden – Einwänden, eine Beweisaufnahme zu erzwingen und dadurch die erleichterte Durchsetzung des Anspruches nach § 650 f BGB zu verhindern.

**76**

1. Hinsichtlich der auf Feststellung der Vertragsbeendigung nach außerordentlicher Kündigung gerichteten Feststellungswiderklage fehlt bereits das Feststellungsinteresse.

**77**

Ein Feststellungsinteresse ist gegeben, wenn dem konkreten vom Feststellungsantrag betroffenen Recht des Klägers eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und der erstrebte Feststellungsausspruch geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen; ein allgemeines Klärungsinteresse reicht nicht aus, vgl. BGH NJW-RR 2022, 23. Vorliegend bewegen sich die Parteien indes völlig unstreitig auf einen baldigen Abrechnungsprozess zu. Über die Berechnungsmodalitäten des Anspruches nach § 650 f BGB hinaus hat die Beklagtenseite keine konkreten Umstände benannt, welche konkret in der jetzigen Situation für Sie eine Unsicherheit bedeuten würden. Sollte die Beklagtenseite Schadenersatzansprüche, Ansprüche auf Ersatzvornahme der Fertigstellung oder sonstige Ansprüche verfolgen, so ist sie bereits sachverständig beraten und konnte im Verfahren auch bereits ganz konkrete Beträge benennen, in deren Höhe sich – aus Sicht der Beklagtenseite – ein möglicher Anspruch ergeben könnte. Wollte die Beklagtenseite also eigene Ansprüche in Zusammenhang mit und infolge der außerordentlichen Kündigung beziffern, könnte Sie dies unschwer. Dass ihr eine Bezifferung nicht möglich oder nicht zumutbar ist, wurde gerade nicht vorgetragen, ganz im Gegenteil (s.o.).

**78**

Darüber hinaus wäre die Widerklage auch unbegründet.

**79**

Inwieweit angesichts des eigenen vertragsuntreuen Verhaltens (s.o.) überhaupt ein Kündigungsgrund i.S.d. § 648 a BGB gegeben ist, was das Gericht als durchaus fraglich ansieht, bedarf letztendlich keiner Klärung.

**80**

Denn die außerordentliche Kündigung ist durch die Beklagtenseite nicht wirksam erklärt worden. Die Beklagtenseite hat zunächst unstreitig eine Frist zur Wiederaufnahme der Arbeiten bis 31.08.2023 gesetzt. Hiernach, mit Schreiben vom gleichen Tag, korrigierte die Beklagtenseite ein angebliches „Schreibversehen“ auf den 01.08.2023 (Anlage B20). Die Beklagte konnte indes die einmal wirksam gesetzte Frist nicht einseitig nochmals ändern. Bereits aus dem zweiten Schreiben vom 25.07.2023 ergibt sich, dass das erste Schreiben bereits „unterwegs“ war. Dass hier das zweite Schreiben zumindest gleichzeitig zugeht, hat die Beklagtenseite nicht einmal behauptet. Die einseitige Fristverkürzung war indes nicht mehr möglich. Die Kündigung vom 09.08.2023 erfolgte nicht nach Ablauf der selbst gesetzten Frist zur Wiederaufnahme der Arbeiten. Darüber hinaus wäre die gesetzte Frist zum 01.08.2023 auch zu kurz bemessen angesichts des Umfangs des Bauvorhaben und der Ferienzeit im August sowie angesichts der Komplexität der mit anwaltlicher Hilfe zu klärenden Rechtsfragen, die zur Einstellung der Arbeiten geführt haben. Nach Auffassung des Gerichtes ist eine Frist von 3 Wochen, gerechnet ab Zugang unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles angemessen, sodass auch diesbezüglich die Kündigung nicht nach Fristablauf erfolgte.

**81**

Nach alledem ist die erhobene Feststellungswiderklage sowohl unzulässig als auch unbegründet.

**82**

2. Hinsichtlich der auf die beiden Abschlagsrechnungen Nr. 5 und Nr. 6 bezogenen Feststellungswiderklage gilt: Bereits mit Urteil vom 19.4.2000, Az.: XII ZR 332/97 hat der BGH entschieden, dass eine Klage auf Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens des Schuldnerverzuges unzulässig ist. Zulässiger Gegenstand einer Feststellungsklage können auch einzelne, aus einem Rechtsverhältnis sich ergebende Rechte und Pflichten sein, nicht aber bloße Elemente oder Vorfragen eines Rechtsverhältnisses, reine Tatsachen oder etwa die Wirksamkeit von Willenserklärungen oder die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens.

Der Schuldnerverzug ist ein Unterfall der Verletzung der Leistungspflicht, nämlich die rechtswidrige Verzögerung der geschuldeten Leistung aus einem vom Schuldner zu vertretenden Grund und zugleich eine gesetzlich definierte Voraussetzung unterschiedlicher Rechtsfolgen, also lediglich „Vorfrage“ für die Beurteilung dieser Rechtsfolgen. Ein gegenüber dem ursprünglichen Schuldverhältnis eigenständiges „Verzugsverhältnis“ kennt das Gesetz nicht. Dass der nicht leistende Schuldner „in Verzug“ ist, bedeutet nämlich nicht mehr, als dass er erstens gemahnt wurde (nicht feststellungsfähige Tatsache) und zweitens das weitere Unterbleiben der Leistung zu vertreten hat. Letzteres ist bloßes Element eines Rechtsverhältnisses und folglich ebenso wenig feststellungsfähig wie etwa die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens (BGH, o.a.). Damit erweist sich auch die hier erhobene Widerklage als unzulässig.

IV.

### **83**

Sachvortrag der Parteien, bzw. auch erstmaliges Bestreiten bisher unstreitiger Tatsachen, nach der mündlichen Verhandlung vom 12.12.2023 außerhalb nachgelassener Schriftsatzfristen, war gem. § 296 a ZPO bei der Entscheidung des Gerichtes nicht zu berücksichtigen.

### **84**

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs. 1, 709 Satz 2 ZPO, wobei die Vollstreckbarkeitserklärung auf die Kosten des Rechtsstreits zu beschränken war, da es in der Hauptsache (nur) um die Leistung einer Sicherheit geht (vgl. hierzu KG, Urteil vom 22.06.2018, Az.: 7 U 111/17; OLG Schleswig, Teilurteil vom 06.09.2023, Az.: 12 U 59/23).

### **85**

Der Streitwert war auf den Wert der behaupteten, zu besichernden Forderung festzusetzen (BeckOGK/Mundt, 1.1.2024, BGB § 650 f Rn. 235; sowie OLG Stuttgart, Beschl. v. 13.2.2012, Az.: 10 W 5/12). Wegen § 45 Abs. 1 Satz 3 GKG geht das Gericht nicht von einer Streitwerterhöhung durch die Zwischenfeststellungswiderklage und die Widerklage aus.