

### **Der Sachverhalt:**

Die Klägerin (K) führte im Auftrag der Beklagten (B) zunächst Tiefbauarbeiten aus. In der Folge beauftragte B die K auch mit der Ausführung von Straßenbauarbeiten. Daraufhin verlangte K von B „zur Absicherung der von uns zu erbringenden Vorleistungen unter Hinweis auf § 648a Abs. 1 BGB eine Bankbürgschaft“ in bestimmter Höhe und setzte dafür eine Frist von 13 Kalendertagen. Für den Fall, „dass die Sicherheit nicht geleistet wird“, kündigte K die Einstellung der Arbeiten an. B bot daraufhin zwar an, eine Vorauszahlung in der geforderten Höhe zu leisten, stellte aber keine Sicherheit. K kündigte daraufhin den Bauvertrag und forderte 5 % der auf die nicht erbrachten Leistungen entfallenden Vergütung als Entschädigung. Das Landgericht gab der Klage statt. Die Widerklage der B auf Ersatz von Fertigstellungsmehrkosten wegen unberechtigter Kündigung wies das LG ab. Dagegen richtet sich die Berufung der B. Sie hält das Sicherungsverlangen und damit die Kündigung des Bauvertrages für unwirksam. Zum einen sei die gesetzte Frist zu kurz bemessen gewesen. Zum anderen hätte das Verlangen einer „Bankbürgschaft“ ihr Wahlrecht nach §§ 648a, 262, 232 BGB unzulässig beschränkt. Ohnehin habe sie eine Vorauszahlung in der geforderten Höhe angeboten, so dass kein Sicherheitsbedürfnis mehr bestanden habe.

### **Die Entscheidung:**

Ohne Erfolg. Das OLG hält das Sicherungsverlangen und damit die Kündigung für wirksam und weist die Berufung zurück. Ob eine Frist ausreichend bemessen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Da eine Frist von 7-10 Tagen in der Regel angemessen ist (vgl. Staudinger-Peters/Jacoby, 2014, § 648a, Rz. 25), war die von K gesetzte Frist nicht zu beanstanden. Unter Kaufleuten in der Baubranche könne das Verlangen nach einer Bankbürgschaft als Sicherheit nach § 648a BGB auch nicht so verstanden werden, dass andere taugliche Sicherheiten nicht akzeptiert würden schließlich sei die Bankbürgschaft das in der Praxis häufigste Sicherungsmittel. Darüber hinaus habe B das Verlangen der K selbst nicht so verstanden, dass ihr die Wahlmöglichkeit unter den tauglichen Sicherungsmitteln genommen würde. Denn sie habe sich nicht gegen die Stellung einer Bürgschaft als allein genanntes Sicherungsmittel gewandt, sondern, nach dem sie eine Vorauszahlung angeboten hatte, nur gegen das Verlangen einer Sicherheit als solcher. Da eine Vorauszahlung aber weder insolvenzfest noch ein taugliches Sicherungsmittel im Sinne von § 648a Abs. 2 BGB ist, musste K diese nicht als wirksames Angebot einer Sicherheitsleistung annehmen und konnte berechtigterweise kündigen.

### **Der Praxistipp:**

Auftragnehmer, die eine Sicherheit nach § 648a BGB verlangen, sollten sich hüten, die Entscheidung zu verallgemeinern. Denn das OLG Koblenz (vgl. BauR 2000, 936) ist bei ähnlichem Sachverhalt zur Unwirksamkeit des Sicherungsverlangens gelangt. In diesem Fall steht dem Auftragnehmer weder ein Leistungsverweigerungsrecht zu noch das Recht, den Vertrag zu kündigen. Vielmehr kann der Auftraggeber Schadensersatz verlangen. Auftragnehmer sollten daher unbedingt dem Auftraggeber die Auswahl der Sicherheit überlassen.