
Datum: 29.01.2026
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 7. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 7 U 38/25
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2026:0129.7U38.25.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 37 O 73/24
Schlagworte: Handwerkersicherheit, Insolvenz, Masseunzulänglichkeit, Kostenerstattungsanspruch
Normen: BGB § 650f; InsO §§ 55, 61, 209
Leitsätze:

1. Der Anspruch auf Bauhandwerkersicherung gemäß § 650f BGB steht auch dem insolventen Auftragnehmer zu. 2. Das gilt auch dann, wenn im Insolvenzverfahren die Masseunzulänglichkeit angezeigt wurde. Der Unternehmer bzw. der Insolvenzverwalter handelt in diesem Fall insbesondere nicht schon deswegen rechtsmissbräuchlich, weil die Realisierbarkeit des Kostenerstattungsanspruchs gemäß § 650f Abs. 3 S. 1 BGB zweifelhaft sein kann. Die Realisierbarkeit des Kostenerstattungsanspruchs ist vielmehr ein grundsätzlich vom Besteller zu tragendes Risiko. 3. Der mit einem Sicherheitsverlangen konfrontierte Besteller erhält durch die Anzeige der Masseunzulänglichkeit eine Privilegierung, die darin besteht, dass sein noch entstehender Kostenerstattungsanspruch gemäß § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO unmittelbar nach den Verfahrenskosten und vor den übrigen Masseverbindlichkeiten zu befriedigen ist. Jedenfalls dann, wenn die in diesem Rang freie Masse theoretisch ausreicht, um den Kostenerstattungsanspruch des Bestellers für etwa zwei Jahre zu erfüllen, kann er dem Sicherheitsverlangen nicht den Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegenhalten. 4. In einem solchen Fall steht auch § 650f Abs. 7 BGB dem Sicherheitsverlangen nicht entgegen.

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Köln vom 04.04.2025 – 37 O 73/24 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zu tragen.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:	1
I.	2
Die Parteien streiten um die Stellung einer Bauhandwerkersicherung.	3
Der Kläger ist auf Grundlage des Beschlusses des AG Köln vom 01.12.2023 – Az. 70a IN 275/23 (Anlage K1, Bl. 6 LGA) – zum Insolvenzverwalter der U. W. (Im Folgenden: Gemeinschuldnerin) bestellt worden und klagt in dieser Eigenschaft.	4
Die Gemeinschuldnerin und die Beklagte sind über einen Vertrag vom 14.03.2022 / 25.03.2022 (Anlage K2, Bl. 10 LGA) verbunden. Die Gemeinschuldnerin sollte bei einem Bauprojekt der Beklagten in V. Rohbauarbeiten an dem Projekt „R.“ (ein Mehrfamilienhaus mit mehreren Wohnungen, u. a. für Studenten und Senioren, sowie einer Kita) durchführen. Der Werklohn wurde pauschal vereinbart in Höhe von 7.128.100,00 € (Anlage K5, Bl. 32 ff LGA). Darin enthalten war u. a. eine als „Stellbetrag“ bezeichnete Position „Durchbrüche anlegen und schließen“ mit einem Betrag von 87.996,90 € netto.	5
Die Arbeiten wurden zwischen Juli 2022 und August 2023 durchgeführt. Die Beklagte leistete Abschlagszahlungen und verweigerte nach Durchführung der Arbeiten und einer Abnahmebegehung am 19.09.2022 die Abnahme und begründete dies mit „standsicherheitsrelevante[n] Mängeln an der Betonstruktur“.	6
Die Gemeinschuldnerin stellte unter dem 20.09.2023 eine Schlussrechnung über 7.634.532,22 € (Anlage K4, B. 44 LGA), in der sie auch nachträglich bzw. abweichend beauftragte Leistungen abrechnete. Nach Abzug der von der Beklagten gezahlten Abschläge sind von diesem Rechnungsbetrag nach Rechnung der Klägerseite noch 723.318,73 € (brutto) offen.	7
Die Beklagtenseite kam nach eigener Rechnungsprüfung zu einer Überzahlung der Klägerin (Anlage B1, Bl. 74 ff LGA).	8
Die Beklagte forderte zunächst die Gemeinschuldnerin und später auch den Kläger erfolglos zur Mangelbeseitigung auf, wobei dieser zuletzt erwiderte, dies sei aus „betrieblichen Gründen“ nicht möglich.	9
Unter dem 30.09.2024 zeigte der Kläger die Masseunzulänglichkeit an.	10
	11

Der Kläger hat behauptet, die Gemeinschuldnerin habe die Arbeiten mangelfrei und wie beauftragt ausgeführt, wobei die Mehrbeträge gegenüber dem vereinbarten Pauschalpreis auf jeweils beauftragte Nachtragsangebote zurückgingen. Der von der Beklagten abgezogene „Stellbetrag“ für die Durchbruchsarbeiten in Höhe von 87.996,90 € netto sei keinesfalls für eine nur eventuell zu erbringende Leistung vorgesehen gewesen. Man habe mit der gesonderten Erfassung innerhalb des Pauschalpreises vielmehr nur abbilden wollen, dass man die Kosten der Arbeiten noch nicht habe abschätzen können, weil sie von den weiteren Planungen abgehangen hätten. Diese Arbeiten seien auch tatsächlich ausgeführt worden, und zwar in den Bauabschnitten N01 und N02. Entgegen der Behauptung der Beklagten seien auch die Dämmarbeiten an den erdberührten Teilen des Bauwerks ausgeführt worden.

Die Insolvenzmasse verfüge über ein Vermögen von über 150.000 €, so dass etwaige, für die Stellung der Sicherheit anfallende Kosten gedeckt werden könnten. 12

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe die Abnahme zu Unrecht verweigert. Für die Begründetheit des Sicherungsanspruchs komme es im Übrigen auf die Ausführung der Arbeiten nicht an. Gegenforderungen seien nur zu berücksichtigen, wenn sie rechtskräftig festgestellt oder anerkannt seien, sodass die übrigen von der Beklagten vorgebrachten Gegenpositionen unbeachtlich seien; sie seien sämtlich bestritten. Fehl gehe auch der Einwand der Beklagten, er könne aufgrund der Masseunzulänglichkeit keine Sicherheit beanspruchen. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO sowie das vorhandene Massevermögen führten dazu, dass es nahezu auszuschließen sei, dass die Kosten der Sicherheitsleistung nicht getragen werden könnten. 13

Der Kläger hat ursprünglich die Bauhandwerkersicherung aus § 650f BGB in Höhe des noch offenen Schlussrechnungsbetrags in Höhe von 723.318,73 € geltend gemacht, die Klage sodann jedoch bezüglich der Nachtragsangebote mit Ausnahme des Angebots N04 (auf welches ein Betrag von 29.389 € netto entfällt, vgl. Bl. 95 LGA) zurückgenommen und zuletzt die Stellung einer Sicherheit in Höhe von 570.538,55 € begehrt. 14

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, der Sicherungsanspruch der Klägerseite sei bereits deshalb ausgeschlossen, weil unter dem 30.01.2024 im Insolvenzverfahren Masseunzulänglichkeit angezeigt worden und demnach der Kostenerstattungsanspruch gemäß § 650f Abs. 3 als Insolvenzforderung „de facto ausgeschlossen“ sei, was zu einem Verstoß gegen § 650f Abs. 7 BGB führe. Insoweit sei der Verweis auf das – beklagtenseits bestrittene – Massevermögen und die Privilegierungen von Neumasseverbindlichkeiten nicht hinreichend, weil etwa unklar sei, welche Verfahrenskosten und/oder andere Neumasseverbindlichkeiten ggf. vorrangig zu befriedigen seien. Zur Höhe des Sicherungsanspruchs hat die Beklagte behauptet, die Klägerseite habe nicht alle Leistungen erbracht, sodass der Pauschalpreis zu kürzen sei. Es seien auch Leistungen abgerechnet worden, die nicht beauftragt gewesen sein. Zudem bestünden Mängel, die einer Abnahme entgegenstünden, und Gegenforderungen der Beklagten. Zunächst sei der vereinbarte Pauschalbetrag um einen Betrag in Höhe von 87.996,00 € netto für Durchbrüche zu kürzen. Die Bezeichnung als „Stellbetrag“ habe eine Eventualposition kennzeichnen sollen. Diese Arbeiten seien von der Gemeinschuldnerin nicht durchgeführt worden, sondern von einem durch die Beklagte beauftragten Drittunternehmen. Der vereinbarte Pauschalbetrag sei weiter um einen Betrag in Höhe von 86.659,00 € netto zu kürzen, weil durch die Gemeinschuldnerin die Dämmung an den erdberührten Teilen nur in Teilbereichen ausgeführt worden sei. Weiter hat sie die Beauftragung der in der Schlussrechnung enthaltenen Nachtragspositionen bestritten. 15

Die Beklagte hat dem Sicherungsanspruch ferner einen behaupteten Anspruch auf Vertragsstrafe wegen Bauzeitverzögerung in Höhe von 285.159,00 € entgegengehalten (zur Berechnung vgl. Bl. 71 f LGA). Weiterhin hat sie die Auffassung vertreten, es seien künftige Mangelbeseitigungskosten in Höhe von 29.335,00 € wegen bei der Abnahme festgestellter Mängel abzuziehen. Darüber hinaus seien weitere Kosten in Höhe von insgesamt 73.602,03 € (netto) abzuziehen. Ferner schulde die Gemeinschuldnerin der Beklagten noch Containermieten in Höhe von 40.915,66 € (netto) für von der Beklagten bereit gestellte Baucontainer nach vertraglicher Vereinbarung. Diesen Anspruch habe die Gemeinschuldnerin dem Grunde nach anerkannt.	16
Wegen des erstinstanzlichen Sach- und Streitstands und der gestellten Anträge wird ergänzend auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.	17
Mit dem angefochtenen Urteil vom 04.04.2025 hat das Landgericht die Klage, soweit sie nach der Teilrücknahme noch anhängig war, zugesprochen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, der Sicherungsanspruch aus § 650f BGB bestehe in Höhe von 570.538,55 €. Maßgeblich für die Höhe sei zunächst der vereinbarte Werklohn, der hier pauschal festgelegt worden sei. Veränderungen des Leistungsumfangs seien zu berücksichtigen, wenn sie – wie bei Nachträgen – Einfluss auf die Vergütung haben könnten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (VII ZR 154/21) müsse im Sicherheitenrechtsstreit der Werkunternehmer den Anspruchsgrund darlegen und beweisen, während für die Höhe einer Nachtragsvergütung sein schlüssiger Vortrag ausreichen könne.	18
Auszugehen sei zunächst vom Pauschalpreis in Höhe von 5.990.000,00 € netto. Der darin enthaltene Stellbetrag für die Durchbrüche sei entgegen der Auffassung der Beklagten zu berücksichtigen. Selbst wenn es sich, ihrem Vortrag folgend, um eine Eventualposition gehandelt hätte, bleibe für die Berechnung des Sicherungsanspruchs ein vereinbarter Pauschalpreis grundsätzlich maßgeblich. Erst dann, wenn es einer Partei nicht zugemutet werden könne, sich an dem Pauschalpreis festhalten zu lassen, ändere sich der Sicherungsanspruch. Davon sei jedoch erst ab einer hier deutlich unterschrittenen Abweichung vom Auftragsvolumen um 20 % auszugehen. Auf die zwischen den Parteien streitigen Nachträge komme es größtenteils nach der Teilklagerücknahme nicht mehr an. Die Beauftragung des allein noch streitgegenständlichen Nachtragsangebots N04 über 29.389,00 € netto habe die Beklagte nicht substantiiert bestritten, sich insbesondere nicht zu der klägerseits als Anlage K5 (Bl. 99 LGA) vorgelegten Auftragserweiterung erklärt.	19
Die weiteren Einreden und Einwendungen der Beklagten seien gemäß § 650f Abs. 1 S. 4 BGB unerheblich, weil die behaupteten Ansprüche weder unstreitig noch rechtskräftig festgestellt seien.	20
Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Berufung, mit der sie ihr erstinstanzliches Klageabweisungsbegehren weiterverfolgt. Sie beanstandet, das Landgericht habe sich mit dem Einwand der Masseunzulänglichkeit nicht hinreichend befasst. Die Behauptung des Klägers, die Masse verfüge über etwa 150.000,00 €, sei streitig und nicht bewiesen gewesen. Im Übrigen sei auch nichts über die Zusammensetzung des Massevermögens bekannt, namentlich darüber, ob es sich um liquides Vermögen handle. Die Beklagte laufe daher Gefahr, eine Sicherheit sehenden Auges stellen zu müssen, obwohl sie mit ihrem gesetzlich vorgesehenen Kostenerstattungsanspruch ausfalle. In einer solchen Konstellation verstoße das Sicherungsbegehren gegen Treu und Glauben. § 61 InsO kompensiere das Risiko nicht hinreichend. Die verschuldensabhängige Eigenhaftung des Insolvenzverwalters unterliege eigenen Voraussetzungen und Unwägbarkeiten.	21

Mit Schriftsatz vom 09.12.2025 (Bl. 127 ff d. A.) hat die Beklagte ergänzend vorgetragen, ausweislich der aktuellen Masseaufstellung sei ihre Sorge, mit ihrem Kostenanspruch auszufallen, sehr wohl begründet. Die freie Masse belaufe sich – was unstreitig geblieben ist – lediglich auf 121.192,86 €. Die vorläufigen Verfahrenskosten des Insolvenzverfahrens betrügen 98.185,28 €, so dass lediglich 23.007,58 € verblieben. Diese hafteten für alle Verbindlichkeiten im Rang 2, wobei allein die Kosten der Beklagten mit jährlich ca. 14.263 € zu beziffern seien.	22
Zudem sei die abzusichernde Vergütungsforderung nicht schlüssig dargelegt. Abnahme und Erfüllung seien nicht vorgetragen. Tatsächlich seien die Arbeiten in weitem Umfang nicht fertiggestellt. Soweit sie die Aufrechnung erklärt habe, sei jedenfalls der Anspruch auf Containermieten dem Grunde nach unstreitig. Es fehle außerdem an einem wirksamen Sicherungsverlangen des Klägers. Die Gemeinschuldnerin habe mit Schreiben vom 18.0N02023 (Anlage BB5, Bl. 150 d. A.) darauf verzichtet.	23
Ferner hat die Beklagte nunmehr die Kündigung aus wichtigem Grund erklärt und diese mit einer Verweigerung der Mängelbeseitigung durch die Gemeinschuldnerin begründet.	24
Die Beklagte beantragt,	25
<i>das Urteil des Landgerichts Köln vom 04.04.2025, Az. 37 O 73/24, aufzuheben und die Klage abzuweisen.</i>	26
Der Kläger beantragt,	27
<i>die Berufung zurückzuweisen.</i>	28
Er verteidigt die angefochtene Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags. Er ist der Auffassung, die Argumente der Berufung würden letztlich die gesetzgeberische Wertung konterkarieren, den Anspruch auf Stellung einer Sicherheit gerade nicht von einer Vorleistung des Unternehmers abhängig zu machen. Er behauptet weiter, die Arbeiten seien vollständig und mangelfrei erbracht. Die beklagtenseits geltend gemachten Gegenansprüche bestreitet der Kläger auch im Berufungsverfahren.	29
II.	30
Die zulässige Berufung ist unbegründet. Denn im zugesprochenen Umfang ist die zulässige Klage begründet, weil dem Kläger ein Anspruch auf Stellung einer Bauhandwerkersicherheit aus § 650f BGB in Höhe von 570.538,55 € zusteht.	31
1. Dem Grunde nach entsteht der Anspruch aus § 650f BGB bereits mit Vertragsschluss (Mundt, in: BeckOGK BGB, Stand: 01.10.2025, § 650f Rn. 51). Demgegenüber kommt es auf die Fälligkeit des zu sichernden Werklohnanspruchs nicht an (vgl. Mundt, aaO, Rn. 51), so dass insbesondere unschädlich ist, dass eine Abnahme noch nicht erfolgt ist. Dasselbe gilt für die nunmehr im Schriftsatz vom 09.12.2025 besonders akzentuierte fehlende Fertigstellung. Die Sicherheitsleistung ist gerade eine Vorleistung, zu der der Besteller ungeachtet des Bautenstandes verpflichtet ist. Ebenso kommt es auf eine Rechnung nicht an (Mundt, aaO, § 650f Rn. 51), so dass auch die Beanstandungen der Beklagten gegen die Richtigkeit der Schlussrechnung unerheblich sind.	32
a) Soweit die Beklagte im Berufungsverfahren – erstmals – ein vorgerichtliches Sicherheitsverlangen bestreitet, ist das unerheblich. Verlangen und Fristsetzung sind anerkanntermaßen keine Anspruchsvoraussetzungen (Mundt, aaO, § 650f Rn. 51 mwN). Der	33

Hinweis der Beklagten auf § 650f Abs. 5 BGB verfängt nicht, weil dort nur die Möglichkeiten des Unternehmers genannt sind, seinerseits die Leistung zu verweigern oder den Vertrag zu kündigen, wenn die Sicherheit nicht geleistet wird.

b) Soweit die Beklagte im Schriftsatz vom 09.12.2025 erstmals einen (bindenden) Verzicht der Gemeinschuldnerin auf die Sicherheitsleistung behaupten will, ergibt sich aus dem von ihr selbst in Bezug genommenen Schreiben vom 18.01.2023 (Anlage BB5, Bl. 150 d. A.), dass die Gemeinschuldnerin zunächst Sicherheit verlangt hatte und sich dann bereit erklärt hat, von der Geltendmachung ihres Sicherheitsverlangens vorerst abzusehen in der Annahme, dass die Beklagte Abschlagsrechnungen nunmehr ohne Abzüge und pünktlich zahlt. In dem Schreiben heißt es weiter wörtlich:

„Der Verzicht auf die Stellung einer Bauhandwerkersicherung nach §650f BGB bezieht sich alleine auf die Anforderung gemäß unserem Schreiben vom 12.01.2023. Ein genereller Verzicht ist damit nicht verbunden.“

Der Sicherungsanspruch ist damit weder durch Verzicht erloschen, noch steht diese Erklärung einem neuerlichen Sicherheitsverlangen unter dem Gesichtspunkt des venire contra factum proprium entgegen.

c) Für das Bestehen des Anspruchs dem Grunde nach ist auch die nunmehr erklärte Kündigung der Beklagten irrelevant. Eine solche lässt nämlich den Sicherungsanspruch nicht entfallen, sondern wirkt sich nur darauf aus, wie der Unternehmer den zu sichernden Vergütungsanspruch darzulegen hat (Mundt, aaO, § 650f Rn. 117 f).

2. Der Höhe nach besteht der Anspruch in der vom Landgericht ausgeurteilten Höhe von 570.538,55 €.

a) Bezugspunkt der Sicherheitsleistung ist der vereinbarte Werklohn einschließlich Zusatzaufträgen, § 650f Abs. 1 S. 1 BGB. Für den Ausgangsauftrag war ein Pauschalpreis von 7.128.100,00 € brutto vereinbart. Mit Recht hat es das Landgericht abgelehnt, die Position „Stellbetrag“ für die Durchbrüche herauszurechnen. Selbst wenn die Vertragsparteien, wie die Beklagte behauptet, dies im Sinne einer Eventualposition verstanden hätten, haben sie sie doch jedenfalls in die Pauschale einberechnet. Die Beklagte stellt auch unstreitig, die Position abgerufen zu haben (Bl. 69 LGA). Streit besteht zwischen den Parteien nur darüber, ob die Gemeinschuldnerin die Arbeiten ausgeführt hat, oder ob die Beklagte sie fremdvergeben hat, nachdem die Gemeinschuldnerin untätig blieb. Grundsätzlich hängt aber der Anspruch des **Bestellers (Anm.d.Red.: an Stelle des "Bestellers" müsste es hier "Unternehmers" (= der Auftragnehmer) heißen)**, der ja gerade bereits mit Vertragsschluss entsteht, nicht davon ab, dass er die Arbeiten (schon) fertiggestellt hat (Mundt, aaO, § 650f Rn. 113). Daher wäre der „Stellbetrag“ nur dann herauszurechnen, wenn man annähme, dass in dieser Höhe auch gar kein Vergütungsanspruch mehr entstehen kann, weil die Arbeiten durch ein Drittunternehmen ausgeführt sind. Nachdem die Beklagte aber diese Arbeiten unstreitig abgerufen hat, schuldet sie hierfür die Vergütung, wenn nicht die Voraussetzungen einer Teilkündigung oder des Schadensersatzes statt der Leistung (wegen Verzugs der Gemeinschuldnerin) vorliegen. Dazu hat die Beklagte nicht ausreichend vorgetragen. Sie hat weder Zeitpunkte des Leistungsabrufs benannt, noch hat sie dargelegt, welcher Drittunternehmer welche konkreten Arbeiten erbracht haben soll.

Im Übrigen ist die Leistungserbringung insoweit aber auch streitig. Wenn die Klägerin, wie sie behauptet, die auf den „Stellbetrag“ entfallenden Leistungen erbracht hat, hat sich der

geschuldete Leistungsumfang gegenüber dem diese Leistungen enthaltenden ursprünglichen Vertragssoll nicht reduziert. Da § 650f BGB dem Unternehmer eine „schnelle“ Sicherheit gegen den Ausfall des Bestellers geben will, kann im Rechtsstreit über die Stellung einer Sicherheit ein diesen verzögernder Streit über die tatsächlichen Voraussetzungen der Berechnung des Vergütungsanspruchs nicht zugelassen werden. Maßgeblich bleibt vielmehr der Pauschalpreis, solange dies nicht einer Partei nach Treu und Glauben unzumutbar ist. Davon kann aber regelmäßig erst ab einer Abweichung von mehr als 20 % ausgegangen werden (vgl. zum Ganzen OLG Naumburg, Urt. v. 13.03.2017 – 1 U 128/16, Rn. 40 f, juris). Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, liegt die betroffene Position weit darunter.

Soweit die Beklagte nunmehr im Schriftsatz vom 09.12.2025 erstmals ausführlich fehlende Nacharbeiten vorgetragen hat, ist dies auf die Höhe des Sicherungsanspruchs ohne Einfluss. Denn die Sicherheitsleistung sichert grundsätzlich auch den Werklohnanspruch ab, den sich der Unternehmer durch Nacharbeiten und Nachbesserungen gleichsam noch verdienen muss, weil es ja gerade nicht auf die Fertigstellung des Werks ankommt. 41

b) Die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit Ansprüchen wegen Kosten der Mängelbeseitigung, Vertragsstrafe sowie Containermiete scheitert übereinstimmend mit der Auffassung des Landgerichts an § 650f Abs. 1 S. 4 BGB. Das gilt auch für die Containermieten. Dass die Gemeinschuldnerin grundsätzlich Containermieten zu zahlen hatte, war und ist zwar unstreitig. Die Höhe der Forderung war aber bereits erstinstanzlich streitig und ist dies auch im Berufungsverfahren geblieben. 42

c) Auf etwaige Mängel (einschließlich der möglicherweise nur unvollständigen Ausführung der Dämmung an den erdberührten Teilen) kommt es auch im Übrigen nicht an. Insbesondere kann der Besteller entsprechend dem Rechtsgedanken des § 650f Abs. 1 S. 4 BGB Mängel auch im Wege der Minderung nur vergütungsmindernd geltend machen, wenn die Minderung unstreitig oder rechtskräftig festgestellt ist (Mundt, aaO, § 650f Rn. 124 mwN). Auch ein etwaiges Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln steht dem Sicherungsverlangen nicht entgegen (Mundt, aaO, § 650f Rn. 125). 43

d) Soweit das Landgericht das Bestreiten der Beauftragung des Nachtrags N04 für unsubstantiiert gehalten hat, wendet sich die Berufung hiergegen nicht. 44

e) Erstmals im Berufungsverfahren hat die Beklagte die außerordentliche Kündigung erklärt. Wäre diese wirksam, verringerte sich der Vergütungsanspruch des Klägers und wäre demzufolge auch ihr Sicherungsbedürfnis nicht mehr allein nach dem vereinbarten Pauschalpreis zu bemessen. Letztlich hat der Senat aber über die Wirksamkeit der Kündigung nicht zu entscheiden. Die Beklagte stützt die Kündigung maßgeblich darauf, die Gemeinschuldnerin habe die Mängelbeseitigung abgelehnt und zunächst die Stellung einer Sicherheit verlangt. Das darf sie grundsätzlich unter den Voraussetzungen des § 650f Abs. 5 BGB tun. Ggf. stand ihr also tatsächlich ein Leistungsverweigerungsrecht zu, das sie damit ausgeübt hat. Dann kann damit keine Kündigung begründet werden. Im Übrigen hängt die Wirksamkeit der Kündigung maßgeblich davon ab, ob die streitigen Mängel tatsächlich vorlagen. Eine Beweisaufnahme zu den Mängeln hat im Sicherheitenprozess aus den genannten Gründen gerade zu unterbleiben, und hierzu passend ist auch anerkannt, dass eine Beweisaufnahme zu den Voraussetzungen einer Kündigung aus wichtigem Grund nicht stattfindet, wenn sich der Sicherheitenprozess dadurch verzögert (BGH NJW 2021, 2186 Rn. 29; Mundt, aaO, § 650f Rn. 263). Das wäre hier der Fall, weil über die streitigen Mängel Beweis zu erheben wäre. 45

Nicht zu entscheiden hatte der Senat weiter, ob die im Berufungsverfahren erklärte Kündigung nicht jedenfalls als freie Kündigung gemäß § 648 BGB wirkt. Wenn das so wäre, könnte der Kläger zwar für die Höhe der zu sichernden Vergütungsforderung ggf. nicht mehr bloß die vereinbarte Vergütung nebst Nachträgen darlegen. Sind die Leistungen zum Zeitpunkt der Kündigung noch nicht fertiggestellt, muss der Unternehmer vielmehr auch im Sicherheitenprozess für den gekündigten Werkvertrag erbrachte und nicht erbrachte Leistungen getrennt abrechnen (Mundt, aaO, § 650f Rn. 264), wobei hierzu dann aber, weil nicht der Grund, sondern die Höhe des Anspruchs betroffen ist, schlüssiger Vortrag des Unternehmers ausreicht (BGH BeckRS 2023, 24238 Rn. 32 mwN). Hier hat aber der Kläger gerade behauptet, die Gemeinschuldnerin habe die geschuldeten Leistungen vollumfänglich erbracht. Wenn das zutrifft, waren die Leistungen zur Zeit der Kündigung fertiggestellt, so dass er nicht zwischen erbrachten und nicht erbrachten Leistungen differenzieren muss. Weil nach den genannten Grundsätzen eine Beweisaufnahme hierzu im Sicherheitenprozess gerade nicht erfolgt, reicht dieser Vortrag aus, ist die zu gewährende Sicherheit also ausgehend von der vereinbarten Vergütung zu berechnen.

f) Die vom Landgericht vorgenommene Berechnung der Sicherheitssumme ist danach zutreffend: Zugrundelegen ist der Pauschalpreis zuzüglich des Nachtrags N04, abzüglich der erbrachten Zahlungen. Dabei kann der Kläger für Nebenforderungen Sicherheit in Höhe von 10 % verlangen, § 650f Abs. 1 S. 1 BGB. Auf die Berechnung des Landgerichts wird verwiesen. 47

3. Dem Sicherheitsverlangen steht auch nicht die Insolvenz der Gemeinschuldnerin entgegen, und zwar selbst nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit nicht. 48

a) Die Beklagte wendet sinngemäß ein, es sei treuwidrig, wenn der Kläger einerseits Sicherheit verlange, andererseits aber die Realisierung des Kostenerstattungsanspruchs gemäß § 650f Abs. 3 S. 1 BGB konkret und ernstlich gefährdet sei. Dem ist nicht zu folgen: Grundsätzlich ist der Besteller für die Kosten der Sicherheit vorleistungspflichtig. Insbesondere kann er das Stellen der Sicherheit daher nach der gesetzlichen Konzeption nicht von der Kostenerstattung, von einer Sicherheitsleistung für die Kosten oder von einer Kostenübernahmebestätigung abhängig machen (Mundt, aaO, § 650f Rn. 200 mwN). Dass auch ein insolventer Auftragnehmer noch Anspruch auf Stellung der Sicherheit hat, ist in der Rechtsprechung anerkannt (OLG Hamm, Urt. v. 08.10.2015 – 21 U 71/15, BeckRS 2015, 18756 Rn. 50 ff; OLG Düsseldorf NZBau 2006, 717, 718 f). Nach dieser Konzeption gilt also grundsätzlich, dass das Insolvenzrisiko des Unternehmers bezüglich des Anspruchs auf Erstattung der Kosten der Sicherheitsleistung dem Besteller aufgebürdet ist. 49

Nicht durchgreifend ist der Verweis der Beklagten auf eine Literaturmeinung, nach der ein Sicherheitsverlangen unwirksam sei, das der Unternehmer ausdrücklich mit einem Ausschluss der Kostenübernahme verbinde (vgl. Cramer, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, § 650f Rn. 40). Dies wird nämlich maßgeblich mit § 650f Abs. 7 BGB begründet und ist deshalb wie folgt zu erklären: Indem der Unternehmer Sicherheit verlangt und gleichzeitig erklärt, er übernehme deren Kosten nicht, dürfte er dem Besteller anbieten, § 650f Abs. 3 S. 1 BGB (rechtsgeschäftlich) abzubedingen. Das schließt § 650f Abs. 7 BGB gerade aus. Vorliegend steht aber ein Abbedingen des § 650f Abs. 3 S. 1 BGB nicht im Raum. Der Kläger bekennt sich vielmehr ausdrücklich zu seiner Kostentragungspflicht. Die Beklagte bezweifelt lediglich deren Realisierbarkeit. 50

Nachdem aber in der Rechtsprechung anerkannt ist, dass die Insolvenz des Unternehmers seinem Sicherheitsverlangen nicht entgegensteht, kann das Ausfallrisiko des Bestellers mit seinem Kostenerstattungsanspruch aus § 650f Abs. 3 S. 1 BGB jedenfalls nicht generell 51

ausreichen, um das Sicherheitsverlangen treuwidrig zu machen. Auch die Anzeige der Masseunzulänglichkeit gibt keinen Anlass, dies anders zu beurteilen. Der Fall ist nicht so besonders gelagert, dass man dem Besteller das Ausfallrisiko abnehmen kann, ohne die nach dem Gesagten anzunehmende Grundentscheidung insgesamt in Frage zu stellen.

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass nach dem neuen Bauhandwerkersicherheitenrecht die eigene Vertragstreue des Unternehmers – anders als noch unter Geltung des § 648a BGB a. F. – nicht (mehr) ungeschriebene Voraussetzung des Anspruchs ist (vgl. Mundt, aaO, § 650f Rn. 146). Der Unternehmer kann nach teilweise vertretener Auffassung sogar dann Sicherheit verlangen, wenn er selbst zur Leistung nicht mehr fähig oder bereit ist (so jedenfalls Cramer, aaO, § 650f Rn. 54 f; zurückhaltender Koeble, in: Kompendium des Baurechts, 6. Aufl. 2025, 9 Teil Rn. 141: Verzug oder Mängel reichen grundsätzlich nicht, anders aber wegen Rechtsmissbrauchs ggf. bei gravierenden Mängeln und erheblichem Verzug; vgl. im Übrigen hierzu auch noch unter b). Selbst wenn man so weit nicht geht, liegt die Grenze jedenfalls im Rechtsmissbrauch. Die Darlegungs- und Beweislast für einen Rechtsmissbrauch liegt beim Besteller, wobei aber eine Beweisaufnahme zu den Tatsachen, die einen Verstoß gegen Treu und Glauben begründen sollen, im Sicherheitenprozess grundsätzlich nicht stattfindet (BGH BeckRS 2024, 45553 Rn. 23; Mundt, aaO, § 650 f Rn. 147). Nach diesen Maßstäben ist eine Rechtsmissbräuchlichkeit des Sicherungsverlangens nicht festzustellen.

52

Die Masseunzulänglichkeit als solche ist unstreitig. Der erstinstanzliche Streit über die Höhe der verfügbaren Insolvenzmasse ist durch die von der Beklagten im Berufungsverfahren vorgelegte Tabelle zum Massebestand größtenteils überholt. Zutreffend hat der Kläger ausgeführt, dass der Kostenerstattungsanspruch der Beklagten nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit entstehen würde und daher gemäß § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO unmittelbar nach den Verfahrenskosten und vor den übrigen Masseverbindlichkeiten zu befriedigen wäre. Zwar liegt die Annahme nahe, dass die Insolvenzmasse nicht ausreicht, um die sonstigen Masseverbindlichkeiten zu erfüllen (§ 208 Abs. 1 InsO). Hierzu hat der Kläger erklärt, die Anzeige der Masseunzulänglichkeit sei erfolgt, um Lohnansprüche der Arbeitnehmer und Mietansprüche nicht über einen längeren Zeitraum entstehen zu lassen (Bl. 127 LGA). Nachdem die Masseunzulänglichkeit angezeigt wurde, wäre die Beklagte mit ihrer Kostenforderung jetzt aber in der Tat vor den „Altgläubigern“ zu befriedigen, § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Damit erlangt sie in gewisser Weise sogar eine Privilegierung gegenüber anderen Auftraggebern, die sich dem Sicherheitsverlangen eines insolventen Auftragnehmers ausgesetzt sehen. Ein konkretes, im Vergleich zu nicht insolventen Unternehmern gesteigertes Ausfallrisiko mit dem Kostenerstattungsanspruch besteht für den Besteller in einer solchen Situation immer. Sein Anspruch ist eine (sonstige) Masseverbindlichkeit, § 55 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 InsO.

53

Dennoch ist, wie bereits ausgeführt, anerkannt, dass auch insolvente Auftragnehmer Sicherheit verlangen können. Zwar ist die Anzeige einer gleichsam besonders notleidenden Insolvenzmasse im Ansatz geeignet, die Sorge vor einem Ausfall mit dem Kostenerstattungsanspruch zu intensivieren. Andererseits hat die Beklagte immerhin mit der Anzeige der Masseunzulänglichkeit die genannte Privilegierung gegenüber den anderen Massegläubigern erhalten, deren Forderungen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, aber vor Anzeige der Masseunzulänglichkeit begründet wurden. Dass ihre Lage eine strukturell wesentlich ungünstigere wäre als in den Fällen, in denen keine Masseunzulänglichkeit angezeigt wird, sie aber eben mit allen anderen Massegläubigern konkurriert, lässt sich nicht feststellen. Die Unwägbarkeit, ob ihr Erstattungsanspruch erfüllt werden kann, kann das Verlangen nach einer Sicherheit vor diesem Hintergrund nicht treuwidrig machen. Zwar ist im

54

Berufungsverfahren unstreitig geblieben, dass für die Neumasseverbindlichkeiten im Rang 2 effektiv nur 23.007,58 € zur Verfügung stehen. Abgesehen davon, dass zu weiteren Verbindlichkeiten im selben Rang nichts bekannt ist – und sich solche aus der nachgereichten Aufstellung Bl. 161 d. A. nicht ergeben –, ist nichts dafür ersichtlich, dass die Beklagte zwangsläufig schlechter steht als jeder andere Insolvenzgläubiger, der nach der gesetzlichen Konzeption hinnehmen muss, dass ein insolventer Unternehmer Sicherheit verlangt. Soweit die Beklagte ihre jährlichen Kosten unter Ansatz von 2,5 % berechnet, ist das wegen der Deckelung auf 2 % in § 650f Abs. 3 S. 1 BGB überhöht. Kosten von 2 % jährlich ergeben einen Betrag von 11.410,77 €. Der Senat übersieht dabei nicht die Möglichkeit, dass im Rang 2 weitere Verbindlichkeiten bestehen mögen. Jedenfalls weiß aber die Beklagte, dass diese Haftungsmasse für ihre und gleichrangig konkurrierende Ansprüche zur Verfügung steht. Tatsächlich ergeben sich aus der Masseaufstellung Bl. 162 d. A. jedenfalls bis jetzt auch keine konkurrierenden Neumasseverbindlichkeiten, so dass nach jetzigem Stand die „freien“ gut 23.000,00 € für den Kostenanspruch der Beklagten haften und diesen theoretisch für etwa zwei Jahre abdecken würden.

Wie das Landgericht, meint im Übrigen auch der Senat, dass ergänzend die Eigenhaftung des Insolvenzverwalters gemäß § 61 InsO dagegen spricht, das so gewonnene Ergebnis entgegen der gesetzlichen Konzeption einer Korrektur zuzuführen. Denn nach dieser Vorschrift haftet der Kläger für einen Ausfall der Beklagten, außer wenn er bei Begründung der Verbindlichkeit nicht erkennen konnte, dass die Masse voraussichtlich zur Erfüllung nicht ausreichen würde. Diese Eigenhaftung für vermutetes Verschulden hat zur Folge, dass der Kläger nicht konsequenzenlos Sicherheit verlangen und einen Ausfall der Beklagten gleichsam sehenden Auges in Kauf nehmen kann. 55

b) Ohne Auswirkung ist auch, dass der Kläger das Mängelbeseitigungsverlangen der Beklagten vorgerichtlich mit der Begründung zurückgewiesen hat, dieses könne aus betrieblichen Gründen – wohl wegen Einstellung des Geschäftsbetriebs der Gemeinschuldnerin – nicht mehr erfolgen (Bl. 68 LGA). Nach diesem von der Beklagten mitgeteilten Inhalt der dem Senat nicht vorliegenden Korrespondenz liegt die Annahme nahe, dass der Kläger endgültig zu erkennen gegeben hat, es würden keine Mängelbeseitigungsarbeiten mehr vorgenommen. Rechtsmissbräuchlich wird das Sicherheitsverlangen aber auch dadurch nicht. Zwar kann der Unternehmer nach verbreiteter Auffassung gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn er trotz wesentlicher Mängel eine Sicherheit verlangt (Koeble, aaO, 9. Teil, Rn. 141). Hierzu zählt auch der Fall, dass der Unternehmer die notwendige Nacherfüllung endgültig ablehnt (Koeble, aaO, 9. Teil, Rn. 122, 105). Jedenfalls bleibt es auch dann aber dabei, dass die Darlegungs- und Beweislast für die zu einer Treuwidrigkeit führenden Umstände beim Auftraggeber liegt und eine Beweisaufnahme hierzu im Sicherheitenprozess grundsätzlich zu unterbleiben hat (vgl. Mundt, aaO, § 650f Rn. 147). Da der Kläger das Vorliegen von Mängeln ausdrücklich bestreitet, können die Voraussetzungen für eine rechtsmissbräuchliche Geltendmachung der Sicherheit folglich nicht festgestellt werden. 56

4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 57

III. 58

Anlass zur Zulassung der Revision bestand nicht. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs. Rechtsfragen grundsätzlicher Natur, die über den 59

konkreten Einzelfall hinaus von Interesse sein könnten, haben sich nicht gestellt und waren nicht zu entscheiden.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 570.538,55 € festgesetzt.

60