
Datum: 17.09.2025
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 125/23
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2025:0917.11U125.23.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 7 O 127/18
Normen: BGB a.F. § 648a Abs. 5; BGB § 650f
Leitsätze:

Die für die Kündigung wegen nicht gestellter Sicherheit nach § 648a Abs. 5 BGB a.F. (§ 650f Abs. 5 BGB n.F.) erforderliche Fristsetzung ist unwirksam, wenn die Höhe der Sicherheit für den Besteller nicht nachvollziehbar ist, auch auf seine Nachfrage vom Unternehmer nicht erläutert wird und der Besteller die aus seiner Sicht zutreffende Sicherheit anbietet.

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 06.11.2023 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 7. Zivilkammer des Landgerichts Aachen, Az. 7 O 127/18, unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 38.821,37 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 13.954,89 € seit dem 10.03.2018, aus weiteren 17.378,11 € seit dem 20.02.2021 und aus weiteren 7.488,37 € seit dem 18.03.2022 zu zahlen.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 865,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 15.06.2018 zu zahlen.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 12.166,65 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 9.724,65 € seit dem 20.02.2021 und aus weiteren 2.442,00 € seit dem 22.05.2021 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin alle weiteren Aufwendungen, insbesondere die Regiekosten und die Kosten für die notwendigen Vor- und Nacharbeiten der Mängelbeseitigung, zu erstatten, die im Rahmen der Beseitigung der von der Beklagten verursachten Mängel an dem Objekt V.-straße/P.-straße in N01 O. entstehen, mit Ausnahme der Aufwendungen, die auf der mangelhaften Abdichtung an der Aufzugsüberfahrt beruhen, wofür eine Haftungsquote der Beklagten zu 50 % besteht, sowie auf dem mangelhaften Entwässerungssystem beruhen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin alle Mietausfallschäden und Mietminderungsschäden zu ersetzen, die ihr infolge der Vornahme der Mängelbeseitigungsmaßnahmen entstehen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen

Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, an die Beklagte 2.646,61 € zu zahlen.

Im Übrigen wird die Widerklage abgewiesen

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin zu 10 % und die Beklagte zu 90 %.

Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Dem jeweiligen Vollstreckungsschuldner wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrags abzuwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 84.291,62 € festgesetzt.

Gründe:

I.

1

2

3

Die Klägerin ließ ein Wohn- und Geschäftshaus an der Adresse Neubau V.-straße 00, N01 O., errichten. Am 15.09.2017 beauftragte sie die Beklagte auf Grundlage eines Leistungsverzeichnisses ihres Architekten, des Zeugen X., mit der Fertigstellung der von einer anderen Firma – der Firma Q. – begonnen Dachdeckerarbeiten. Vereinbart war eine Abrechnung auf Stundenlohnbasis, wobei der Vertrag ein voraussichtliches Volumen von 100 Facharbeiterstunden zu 55,30 € und 100 Helferstunden zu 48,98 € netto enthielt, dementsprechend einen voraussichtlichen Gesamtpreis in Höhe von 10.428,00 € netto/12.409,32 € brutto. Die Beklagte begann mit den Arbeiten am 18.09.2017. Am 22.09.2017 richtete sie eine erste Abschlagsrechnung über 8.611,02 € an die Klägerin. Mit Schreiben vom 27.09.2017 forderte sie die Klägerin zur Stellung einer Sicherheit gem. § 648a BGB a.F. in Höhe von 20.000,00 € zuzüglich 10 % Nebenkosten bis zum 05.10.2017 auf. Die Klägerin glich die erste Abschlagsrechnung am 28.09.2017 – unter Berücksichtigung einer zwischenzeitlich erfolgten Gutschrift in Höhe von 1.339,35 € und eines vereinbarten Skontos von 3% – durch Zahlung von 7.013,33 € vollständig aus. Mit E-Mail vom selben Tag rügte sie, dass die Höhe der von der Beklagten geforderten Sicherheit angesichts der im Vertrag genannten Stunden/Stundenlöhne nicht nachvollziehbar und überhöht sei, und bot die Hinterlegung eines aus ihrer Sicht nach der bereits erfolgten Zahlung noch berechtigten weiteren Vorschusses von 3.500,00 € auf ein Notaranderkonto an. Zugleich rügte die Klägerin ihrer Auffassung nach vorhandene Mängel. Auf eine zweite Abschlagsrechnung zahlte die Klägerin am 12.10.2017 noch weitere 3.586,48 €. Die Beklagte erklärte unter dem 18.10.2017 die Kündigung des Vertrages wegen nicht gestellter Sicherheit. Die letzten Leistungen hatte sie am 16.10.2017 erbracht. Mit E-Mail vom 05.02.2018 forderte die Klägerin die Beklagte erfolglos zur Beseitigung von zwischen den Parteien streitigen Mängeln bis zum 17.02.2018 oder zur Zahlung eines Kostenvorschusses in Höhe von 15.000,00 € binnen gleicher Frist auf.

Mit der Klage in ihrer letzten Fassung hat die Klägerin in der Hauptsache einen Kostenvorschuss zur Beseitigung der von ihr behaupteten Mängel in Höhe von 38.821,37 €, Schadensersatz in Höhe von weiteren 22.593,18 €, vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten von 1.060,00 €, jeweils nebst Zinsen in Höhe von neun Prozentpunkten über dem Basiszinssatz, sowie die Feststellung einer Einstandspflicht der Beklagten für etwaige weitere Kosten der Mängelbeseitigung und für etwaige weitere mangelbedingte Mietausfall- und Mietminderungsschäden begehrt.

4

Die Beklagte hat widerklagend einen erstrangigen Teilbetrag in Höhe von 25.000,00 € nebst Zinsen aus der von ihr behaupteten (nach Abzug geleisteter Abschlagszahlungen) noch offenen Vergütung für die erbrachte und nicht erbrachte Leistung beansprucht. Sie hat insoweit behauptet, für die geschuldeten Leistungen nach dem Leistungsverzeichnis hätten insgesamt 807 Stunden aufgewendet werden müssten. Für 204,20 bereits erbrachte Stunden stehe ihr eine Gesamtvergütung von 13.464,57 € brutto zu, für die nicht erbrachte Leistung unter Anrechnung ersparter Aufwendungen weiterer Werklohn in Höhe von 32.811,66 € netto.

5

Das Landgericht Aachen hat mit dem angefochtenen Urteil vom 06.11.2023 (7 O 127/18), auf das wegen des erstinstanzlichen Vorbringens, der erstinstanzlich gestellten Anträge, der Feststellungen sowie aller weiteren Einzelheiten ergänzend Bezug genommen wird, die Klage überwiegend zugesprochen und die Widerklage überwiegend abgewiesen. Hierbei hat das Landgericht im Wesentlichen darauf abgestellt, dass nach durchgeführter Beweisaufnahme die klägerseits behaupteten Mängel überwiegend vorlägen und – auch unter Berücksichtigung eines Mitverschuldens auf Klägerseite bei manchen der festgestellten Mängel – die Mangelbeseitigungskosten gemäß § 287 ZPO auf den als Kostenvorschuss von der Klägerin geltend gemachten Betrag geschätzt werden könnten.

6

Schadensersatzansprüche bestünden in Höhe 12.166,65 € im Hinblick auf teilweise bereits durchgeführte Mängelbeseitigung, angefallene Sachverständigenkosten und Mietausfallschäden. Die Feststellungsanträge der Klägerin hat das Landgericht unter Berücksichtigung des festgestellten Mitverschuldens (nur) hinsichtlich der bejahten Mängel zugesprochen. Hinsichtlich der Widerklage hat das Landgericht einen Anspruch auf Zahlung von Werklohn wegen erbrachter Leistung in Höhe von 12.296,21 € grundsätzlich bejaht, da die Beklagte 166,5 geleistete Facharbeiterstunden nachgewiesen habe und zudem ein Anspruch auf Materialkosten in Höhe von 1.339,35 € bestehe. Der Anspruch sei wegen geleisteter Zahlungen bereits in Höhe von 10.599,81 € erloschen. Ansprüche auf Werklohn für nicht erbrachte Leistungen bestünden nicht, denn die Kündigung durch die Beklagte sei unberechtigt gewesen, weil das vorangegangene Sicherungsverlangen der Höhe nach nicht nachvollziehbar und daher überhöht gewesen sei.

Mit der Berufung rügt die Beklagte, dass nach dem tatsächlich zu erwartenden Leistungsumfang eine Vergütung in Höhe von mindestens 134.000,00 € brutto inklusive Material angefallen wäre und jedenfalls eine zu erwartende Vergütung in einer Größenordnung von 77.000,00 € für die Klägerin zum Zeitpunkt des Sicherungsverlangens auch erkennbar gewesen sei. Das Sicherungsverlangen der Beklagten sei daher berechtigt gewesen, ebenso die Kündigung wegen nicht geleisteter Sicherung. Die Klägerin schulde aus diesem Grund auch Vergütung für noch nicht erbrachte Leistungen. Aufgrund der wirksamen Kündigung des Bauvertrags durch die Beklagte könne die Klägerin zudem weder Schadensersatz noch einen Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung beanspruchen. Da der geschuldete Erfolg hier über vergütungspflichtigen Zeitaufwand geschuldet wurde, könne im Übrigen eine Mängelbetrachtung nur nach den durch Stundenlohnzettel beschriebenen, bereits von der Beklagten erbrachten Leistungen vorgenommen werden. Die Klägerin könne allenfalls mangelhaft geleistete Stunden in Abzug bringen. Es seien auf dieser Grundlage aber keine bzw. keine nennenswerten Mängel in den Leistungen der Beklagten festzustellen. Bei den vom Landgericht festgestellten Mängeln fehle überwiegend der Bezug in den aus den Stundenzetteln dokumentierten Arbeiten der Beklagten. Es handele sich tatsächlich weitgehend um Restfertigstellungsarbeiten. Etwaige geringfügige Mängel in der Leistung der Beklagten könnten auch nicht Grundlage einer erheblichen Bauzeitverzögerung mit weiteren Folgeschäden sein.

Die Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und

1. die Klage abzuweisen,

2. die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte weitere 23.303,60 € nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank zu zahlen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil und wiederholt dabei im Wesentlichen die Argumentation des Landgerichts.

7

8

9

10

11

12

13

14

15

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien und die von ihnen vorgelegten Unterlagen Bezug genommen.

II.	16
Die zulässige Berufung hat nur in geringem Umfang Erfolg.	17
Anwendbar ist im vorliegenden Fall das Werkvertragsrecht in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung. Die VOB/B wurde wirksam zwischen den Parteien vereinbart. Verwenderin ist insoweit die Klägerin, da die die VOB/B schon Bestandteil des Leistungsverzeichnisses ihres Architekten war, welches der Beauftragung zugrunde lag.	18
1. Die Berufung hat, soweit sie sich gegen die Teilabweisung der Widerklage durch das Landgericht wendet, teilweise Erfolg.	19
a) Die von der Beklagten erhobene Widerklage ist zulässig. Dem steht insbesondere nicht entgegen, dass es sich um eine Teilklage handelt und nicht der gesamte behauptete Werklohnanspruch geltend gemacht wird. Der Unternehmer kann im Wege der Teilklage Zahlung eines ziffernmäßig bestimmten (erstrangigen) Teilbetrags aus dem Schlussrechnungssaldo verlangen, auch wenn der Schlussrechnungssaldo eine einheitliche Forderung darstellt (vgl. BGH NJW 2025, 1204 Rn. 25).	20
b) Die Widerklage ist jedoch nur in der aus dem Tenor ersichtlichen Höhe begründet und im Übrigen unbegründet.	21
aa) Der Beklagten stehen lediglich Ansprüche auf Werklohn für die tatsächlich erbrachte Leistung aus § 631 Abs. 1 BGB zu.	22
(1) Der Anspruch der Beklagten auf Vergütung für die erbrachte Leistung ist fällig, da – jedenfalls nach der Erklärung der Klägerin im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 30.07.2025, unter keinen Umständen mehr Nacherfüllung von der Beklagten zu verlangen – ein Abrechnungsverhältnis zwischen den Parteien entstanden ist.	23
Das Abrechnungsverhältnis setzt voraus, dass die Erfüllungsphase beendet ist, also weitere Leistungen vom Unternehmer nicht mehr zu erbringen sind. Das ist der Fall, wenn der Unternehmer zur Nacherfüllung nicht mehr berechtigt ist und der Besteller vom Unternehmer die Nacherfüllung nicht mehr verlangen kann. Die – hier seitens der Klägerin – erfolgte Geltendmachung eines Vorschusses für die erforderlichen Aufwendungen zur Mangelbeseitigung durch Selbstvornahme gem. § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 1, 3 BGB führt für sich genommen zwar (anders als die Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung) noch nicht zu einem Abrechnungsverhältnis. Hierdurch erlischt der Erfüllungsanspruch des Bestellers noch nicht. Nach einem Vorschussverlangen gem. § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 1, 3 bleibt der Besteller grundsätzlich weiterhin berechtigt, Erfüllung und Nacherfüllung geltend zu machen. Ausnahmsweise kann die Forderung des Bestellers, ihm einen Vorschuss für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen zu zahlen, zu einem Abrechnungs- und Abwicklungsverhältnis führen, wenn der Besteller den (Nach-)Erfüllungsanspruch aus anderen Gründen nicht mehr mit Erfolg geltend machen kann. Das ist etwa der Fall, wenn der Besteller ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt,	24

unter keinen Umständen mehr mit dem Unternehmer, der ihm das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenarbeiten zu wollen, also endgültig und ernsthaft eine (Nach-)Erfüllung durch ihn ablehnt, selbst für den Fall, dass die Selbstvornahme nicht zu einer mangelfreien Herstellung des Werks führt. In dieser Konstellation kann der Besteller nicht mehr zum (Nach-)Erfüllungsanspruch gegen den Unternehmer zurückkehren (vgl. BGH Urt. v. 19.1.2017 – VII ZR 301/13, BeckRS 2017, 101777 Rn. 46, 47, beck-online; BeckOGK/Seichter, 1.1.2025, BGB § 634 Rn. 112, beck-online). Eine entsprechende ablehnende Erklärung hat die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 30.07.2025 abgegeben, so dass jedenfalls ab diesem Zeitpunkt ein Abrechnungsverhältnis vorgelegen hat.

(2) Der auch vom Landgericht grundsätzlich bejahte Anspruch auf Werklohn für die erbrachte Leistung besteht letztlich in einer im Vergleich zum erstinstanzlichen Urteil leicht abweichenden Höhe. 25

Bei einer Addition der Stunden, die sich aus den im Prozess vorgelegten, abgezeichneten Regieberichten ergeben, ist – entsprechend dem Beklagtenvortrag – von insgesamt 204,20 zu vergütenden Stunden zum Stundensatz von 55,30 € auszugehen. Die vom Landgericht vorgenommene Kürzung der Fahrtzeiten übersieht die in der dem Vertrag zugrundeliegenden Auftragsbestätigung konkret zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung, für die An-/Abfahrt jeweils eine 1 Stunde pro Arbeiter und Tag zu vergüten. Dementsprechend sind insgesamt Ansprüche auf Stundenlohn in Höhe von 11.292,26 € netto / 13.437,79 € brutto entstanden. 26

Unter weiterer Berücksichtigung des ebenfalls bestehenden Anspruchs auf Ersatz von Materialkosten in Höhe von 26,78 € einerseits und nach Abzug der von der Klägerin bereits ausgeglichenen 10.817,97 € andererseits ergibt sich ein offener Werklohn-Anspruch der Beklagten in Höhe von insgesamt 2.646,61 €, der den erstinstanzlich zugesprochenen Betrag um 950,21 € übersteigt. Die im erstinstanzlichen Urteil in die Berechnung des einheitlichen Vergütungsanspruchs eingestellten Position in Höhe von 1.339,35 € ist dagegen nicht anzusetzen, da es sich tatsächlich um einen der Klägerin zwischenzeitlich gutgeschriebenen Betrag handelt, den die Beklagte mit der Widerklage nicht geltend gemacht hat. 27

Die begründete Widerklageforderung ist nicht zu verzinsen. Soweit das Landgericht die Zinsen auf die Werklohnforderung als unbegründet abgewiesen hat, fehlt es an einer zulässigen Berufungsbegründung der Beklagten. 28

Das Landgericht hat die Zinsen mit der Begründung abgewiesen, die Klägerin habe wegen der Mängel ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. Damit setzt sich die Berufungsbegründung nicht auseinander. Der bloße, in anderem Zusammenhang, nämlich zur Verteidigung gegen die Klage, gehaltene Vortrag, die Mängelrechte bestünden nicht, genügt nicht. 29

bb) Weitergehende Ansprüche zugunsten der Beklagten bestehen nicht. Die Beklagte kann unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt eine Vergütung für die nicht erbrachte Leistung beanspruchen. Ihr steht insbesondere kein entsprechender Vergütungsanspruch nach § 648a Abs. 5 Satz 2 BGB a.F. zu. Denn die von ihr ausgesprochene Kündigung des zwischen den Parteien geschlossenen Werkvertrags wegen nicht geleisteter Sicherheit war unwirksam. Voraussetzung für eine Kündigung wegen nicht geleisteter Sicherheit ist gemäß § 648a Abs. 5 S. 1 BGB a.F. (wie auch nach § 650f Abs. 5 S. 1 BGB n.F.), dass der Unternehmer zuvor erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung der Sicherheit gesetzt hat. An einer wirksamen Fristsetzung in diesem Sinne fehlt es im vorliegenden Fall. Die erfolgte Fristsetzung durch 30

den Beklagten war unwirksam, da die Höhe der verlangten Sicherheit für die Klägerin anhand des Sicherungsverlangens nicht nachvollziehbar war und auch auf entsprechende Aufforderung durch den Beklagten nicht erläutert wurde. Hierzu im Einzelnen:

(1) Grundsätzlich hat der Unternehmer anzugeben, in welcher Höhe er Sicherheit verlangt (vgl. Schmitz, in: Kniffka/Jurgeleit, BauVertrR, 4. Aufl. § 650f Rn. 80; OLG Jena 17.3.2010 – 7 U 289/09; a.A. Haumer, in: Glöckner/A./Rehbein, PrivBauR-HdB, 7. Aufl., § 13 Rn. 16). Die Höhe, in welcher Sicherheit verlangt werden kann, ist dabei abhängig von der Höhe der vereinbarten Vergütung. Beim Einheitspreis- und Stundenlohnvertrag ist als vereinbarte Höhe der Vergütung grundsätzlich die Summe anzunehmen, die im Vertrag als voraussichtliche Gesamthöhe angegeben ist. Gibt es eine solche nicht oder will der Unternehmer hiervon erheblich abweichen, hat er schlüssig und für den Besteller nachvollziehbar darzulegen, wie viele Stunden für die Ausführung der beauftragten Bauaufgabe anfallen werden. Der Unternehmer trägt die Darlegungs- und Beweislast für die Höhe seines Vergütungsanspruchs. Auch wenn im Einzelfall auf Schätzungen zurückgegriffen werden kann, muss das Sicherheitsverlangen plausibel und nachvollziehbar dargestellt sein (vgl. Werner, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 18. Aufl., Rn. 285 ff.). 31

Ein überhöhtes Sicherungsverlangen ist allerdings nicht von vorneherein unwirksam. Der zur Kooperation verpflichtete Besteller kann den Rechtsfolgen des § 648a Abs. 1 und Abs. 5 BGB insbesondere nicht ohne weiteres dadurch entgehen, dass er auf eine Zuvielforderung überhaupt nicht reagiert. Der Besteller muss vielmehr eine angemessene Sicherheit in der für ihn feststellbaren Höhe anbieten (vgl. BGH, NJW 2000, 807; BGH NJW 2001, 822). Lehnt der Unternehmer die unterhalb der geforderten Höhe gestellte, aber angemessene Sicherheit ab, beendet dies die schwebende Unwirksamkeit seines Sicherheitsverlangens. Dieses wird unwirksam und somit stehen ihm die Rechte aus § 650f Abs. 5 BGB (bzw. § 648a Abs. 5 BGB a.F.) nicht zu (vgl. Messerschmidt/Voit/Cramer, 4. Aufl. 2022, BGB § 650f Rn. 38; Werner, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 18. Aufl., Rn. 290). 32

(2) Nach diesen Maßgaben war das Sicherungsverlangen der Beklagten nicht ausreichend begründet und die hiermit verbundene Fristsetzung daher – jedenfalls nach entsprechender Rüge der Klägerin und dem erfolglosen (inhaltlich nachvollziehbaren) Angebot einer von der Klägerin als angemessen bewerteten Sicherheit in geringerer Höhe, auf das die Beklagte nicht reagiert und insbesondere auch keine Erläuterung der Höhe der von ihr geforderten Sicherheit vorgenommen hat – unwirksam: 33

Auch wenn der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag keine abschließende Vergütungshöhe enthielt, durfte die Klägerin zunächst davon ausgehen, dass die im Vertrag genannte Höhe der seinerzeitigen Schätzung des Aufwands durch die Beklagte entsprach. Weder dem Leistungsverzeichnis des Architekten der Klägerin noch dem Angebot der Beklagten ließ sich entnehmen, dass die im Angebot angegebene Stundenzahl keinen Bezug zum erwartenden Aufwand haben sollte. Das spätere Sicherungsverlangen der Beklagten überstieg die ursprünglich im Vertrag auf Grundlage dieser Schätzung festgehaltenen Angaben zur Vergütung bei weitem. Die Höhe der verlangten Sicherheit war nicht näher begründet und für die Klägerin auch nicht ohne Weiteres ersichtlich. Sie konnte sich zwar angesichts der bereits erhaltenen Abschlagsrechnung, die offenbar nicht alle auszuführenden Leistungen enthielt, nicht darauf verlassen, dass der ursprünglich genannte Betrag nicht überschritten werden würde. Da sie aber nicht selbst ermitteln konnte, in welchem Umfang weitere Leistungen, die weitere Vergütungsansprüche auslösen würden, zu erwarten waren, war sie – jedenfalls in Verbindung mit dem Angebot einer aus ihrer Sicht der Höhe nach schlüssigen Sicherheitsleistung – berechtigt, die Beklagte um Erläuterung der Höhe der 34

verlangten Sicherheit zu bitten. Die Beklagte hat hierauf ihrerseits nicht reagiert. Eine nachvollziehbare Erläuterung der im Vergleich zur ursprünglichen Schätzung deutlich geänderten Höhe der zu sichernden Ansprüche wäre allerdings nach den bereits dargelegten Grundsätzen notwendig gewesen, da das Sicherungsverlangen plausibel sein muss und insbesondere im Zweifel zunächst die im Vertrag genannten Vergütungshöhen als Ausgangspunkt heranzuziehen sind (vgl. insbesondere Werner, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 18. Aufl., Rn. 285 unter Bezugnahme auf Pause, FS Leupertz, S. 467, 471). Das gilt auch dann, wenn ggfls. objektive Anhaltspunkte dafür bestanden haben, dass die ursprünglich genannten Summen überschritten werden. Das entsprechende Erfordernis stellt – auch unter Berücksichtigung des allgemein anerkannten Grundsatzes, dass mit der Bauhandwerkersicherung dem Unternehmer die Möglichkeit eröffnet werden soll, möglichst schnell und effektiv eine Sicherheit für die noch nicht gezahlte Vergütung zu erlangen (vgl. hierzu etwa Werner, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 18. Aufl., Rn. 275 m.w.N.) – keine übermäßige Beeinträchtigung der schutzwürdigen Interessen des Unternehmers dar. Denn dieser kann bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich Einfluss auf die im Vertrag genannten Schätzungen der Vergütungshöhe nehmen, die dann später erster Anhaltspunkt eines etwaigen Sicherungsverlangens sind. Er ist zudem gerade aufgrund seiner im Vergleich zum Besteller überlegenen Erkenntnismöglichkeiten über die Entwicklung der Leistungserbringung regelmäßig ohne Weiteres in der Lage, spätere Abweichungen im Vergleich zur ursprünglich geschätzten Vergütungshöhe zu erläutern. Den Interessen des Unternehmers kann darüber hinaus im Einzelfall hinaus dadurch Rechnung getragen werden, dass an die von ihm auf nachvollziehbare Rügen des Bestellers, der zugleich seine Bereitschaft zur Sicherheitsleistung in geringerer Höhe ausgehend von den ihm zur Verfügung stehenden Berechnungsmöglichkeiten erklärt hat, vorzunehmende plausible Erläuterung der Sicherungshöhe keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Nicht ausreichend ist insoweit aber jedenfalls das – hier vorliegende – völlige Fehlen einer Begründung der Sicherungshöhe bei deutlicher Abweichung zur ursprünglichen Schätzung, die auch auf ausdrückliche Rüge des Bestellers in keiner Weise erläutert wurde.

Die mit einem solchen, nicht ausreichend begründeten Sicherungsverlangen verbundene Fristsetzung ist im Ergebnis nicht geeignet, die Rechtsfolgen nach § 648a Abs. 5 S. 2 BGB a.F. / § 650f Abs. 5 S. 2 BGB n.F. auszulösen. 35

(3) Auf die Frage, ob das Sicherungsverlangen unter Berücksichtigung des dem Vertragsschluss zugrundeliegenden Leistungsverzeichnisses und des hierfür üblicherweise zu erwartenden Aufwands objektiv überhöht war oder ob ggfls. lediglich die ursprünglich im Vertrag genannten Bezugsgrößen – die bei Vertragsschluss geschätzten Arbeitsstunden – deutlich zu niedrig angesetzt waren, kommt es nach dem Vorgesagten nicht mehr an. 36

2. Soweit sich die Berufung gegen die Verurteilung der Beklagten auf die Klage richtet, hat sie nur hinsichtlich des Zinsausspruchs Erfolg. 37

a) Insgesamt zutreffend hat das Landgericht einen Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses nach § 637 Abs. 3 BGB bejaht. 38

Der Vorschussanspruch setzt sowohl beim BGB-Vertrag als auch beim VOB-Vertrag die erfolglose Fristsetzung zur Beseitigung tatsächlich vorhandener Mängel oder die Entbehrlichkeit der Fristsetzung sowie die Abnahme oder ein Abrechnungsverhältnis voraus. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. 39

aa) Die Klägerin hat hier der Beklagten erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt. Eine Abnahme ist zwar unstreitig nicht erfolgt. Es liegt allerdings, wie bereits dargelegt, ein 40

bb) Dass das Landgericht nach der Einholung von Sachverständigengutachten und der Vernehmung mehrerer Zeugen das Vorliegen von Mängeln im Werk der Beklagten bejaht hat, ist auch unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens nicht zu beanstanden. Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ist das Berufungsgericht an die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen gebunden, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Solche Anhaltspunkte sind im Streitfall nicht gegeben: 41

(1) Soweit das Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung zu beurteilen hat, ob eine tatsächliche Behauptung „wahr“ ist, kommt es nach § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO auf die freie Überzeugung des Richters an. Es ist an Denk- und Naturgesetze sowie Erfahrungssätze und ausnahmsweise Beweisregeln gebunden, darf (und muss) die im Prozess gewonnenen Erkenntnisse im Übrigen aber nach seiner individuellen Einschätzung bewerten. Die Überzeugung von der Wahrheit erfordert einerseits keine absolute oder unumstößliche Gewissheit, da eine solche nicht zu erreichen ist (vgl. BGHZ 53, 245, 255 f. – Anastasia). Sie setzt keinen naturwissenschaftlichen Kausalitätsnachweis, keine mathematisch lückenlose Gewissheit und auch keine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit voraus (vgl. BGH, NJW 2020, 1072, 1073). Andererseits bleibt die persönliche Gewissheit des Richters für die Entscheidung notwendig, und allein der Richter hat die Entscheidung zu treffen, ob er die an sich möglichen Zweifel überwinden und sich von einem bestimmten Sachverhalt als wahr überzeugen kann (vgl. BGH, NJW 2020, 1072, 1073). Genügend, aber auch erforderlich ist nach alledem ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (vgl. BGH, NJW 2003, 1116, 1117). Dabei ist der Richter insgesamt zu einer lebensnahen Würdigung aufgefordert (vgl. BGH, NJW 2020, 1072, 1073). Die leitenden Gründe und die wesentlichen Gesichtspunkte für seine Überzeugungsbildung hat das Gericht nach § 286 Abs. 1 S. 2 ZPO nachvollziehbar im Urteil darzulegen. Dies erfordert jedoch nicht eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit allen nur denkbaren Gesichtspunkten und ein ausführliches Eingehen auf jedes einzelne Parteivorbringen sowie alle Beweismittel; es genügt vielmehr, wenn nach der Gesamtheit der Gründe eine sachentsprechende Beurteilung stattgefunden hat (vgl. BGH, NJW 1987, 1557, 1558). 42

(2) Gemessen an diesen Grundsätzen ist die Beweiswürdigung des Landgerichts überzeugend. Insbesondere greifen die gegen die Bejahung von Mängeln vorgebrachten Einwendungen der Berufung nicht durch. 43

(i) Das Landgericht hat nach durchgeführter Beweisaufnahme – Einholung eines Sachverständigengutachtens und mehrere Ergänzungsgutachte sowie mehrfache Sachverständigenanhörung und Zeugenvernehmung – die folgenden Mängel im Werk der Beklagten festgestellt: 44

Arbeiten an der Hauptdachfläche: 45

? Übergang der Abdichtung von der Aufzugüberfahrt zur Attikaabdeckung nicht ordnungsgemäß aufgrund unterschiedlicher thermischer Längenänderungen, 46

? Eindichtung der Dunstrohre an der Aufzugsüberfahrt und Eindichtung der Aufzugsüberfahrt entspricht nicht den anerkannten Regeln der Technik; keine ordnungsgemäßen Abschlüsse in Form von Fertigteilecken, 47

? Abdichtung auch bei der Lichtkuppel und dem Kamin mangelhaft; notwendige Randfixierung im Eckbereich fehlen; Nachweis der Lagersicherung nach DIN EN 199 „Einwirken auf Tragwerke“ fehlt,	48
? Attika auf 20 m mangelhaft fertiggestellt;	49
Balkoneindichtung Wohnung 13:	50
? kein ordnungsgemäßes Entwässerungssystem eingebaut,	51
? Abdichtungsarbeiten mangelhaft;	52
Sekuranten:	53
? von der Beklagten mangelhaft errichtet; Verstoß gegen Dokumentationspflicht;	54
Wärmedämmung Wohnung 7	55
? Wärmedämmung über der Wohnung fehlt.	56
Bei der Beurteilung des Vorliegens dieser Mängel hat sich das Landgericht im Wesentlichen auf die eingeholten Sachverständigengutachten/Ergänzungsgutachten gestützt. Dass die insoweit gezogenen Schlussfolgerungen zum Zustand des Gebäudes unzutreffend wären, wird mit der Berufung schon nicht behauptet und ist auch im Übrigen nicht ersichtlich.	57
(ii) Die Beklagte stützt ihre Berufung im Wesentlichen darauf, dass nicht hinreichend festgestellt sei, dass diese Mängel ihre Leistungen beträfen. Mit diesem Einwand hat sie keinen Erfolg. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme hat das Landgericht zu Recht und mit zutreffender Begründung angenommen, dass alle Mängel die von der Beklagten ausgeführten Leistungen betreffen.	58
Soweit die Beklagte die Ansicht vertritt, dass ihre in Regieberichten dokumentierten Arbeiten nicht mit den vorgenannten Mängeln in Zusammenhang stünden – teilweise seien diese von Vorunternehmern verursacht und teilweise würden außerdem Restfertigstellungskoten geltend gemacht, die keine Mängel im eigentlichen Sinn darstellten – greifen diese Argumente nicht durch. Die Feststellung im erstinstanzlichen Urteil, dass die Mängel gerade an der erbrachten Werkleistung vorliegen, die die Beklagte erbracht hat, beruht gerade auf den eigenen Regieberichten der Beklagten, sowie z.T. auch auf den Ergebnissen der durchgeführten Zeugenvernehmungen und dem eingeholten Sachverständigengutachten. Mit der detaillierten Begründung des Landgerichts hierzu setzt sich das Berufungsvorbringen, das im Wesentlichen eine Wiederholung des entsprechenden erstinstanzlichen Vorbringens darstellt, nicht hinreichend auseinander. Konkreter Vortrag dazu, wieso die vom Landgericht vorgenommene Zuordnung von festgestellten Mängeln zu Arbeiten der Beklagten, unzutreffend gewesen sein soll, fehlt. Das Berufungsvorbringen bleibt hierzu nur vage und pauschal. Insbesondere gehen aus den Regieberichten der Beklagten tatsächlich Arbeiten der Beklagten – insbesondere auch die hier in Rede stehenden Dämmarbeiten und Eindichtungsarbeiten – an der Attika, am Dach, am Aufzugsschacht, am Kamin, am Balkon der Wohnung 13 und an den Sekuranten hervor. Die anhand der Regieberichte dokumentierten Arbeiten sind daher – entsprechend der Bewertung des Landgerichts und entgegen dem Beklagtenvortrag – mit den o.g., vom Landgericht festgestellten Mängeln in Zusammenhang zu bringen, was wiederum auch durch das Sachverständigengutachten bestätigt wird.	59

Sollten die festgestellten Mängel an Attika, Balkon und Kamin schon in Arbeiten von vor der Beklagten tätigen anderen Unternehmern angelegt gewesen sein, wie es die Beklagte in der Berufungsbegründung ausdrücklich behauptet, stünde dies einer Haftung der Beklagten im Übrigen nicht entgegen. Die Beklagte war mit der Fertigstellung der gesamten, bereits begonnenen Dachdeckerarbeiten beauftragt, nach dem Leistungsverzeichnis u.a. ausdrücklich mit Abdichtungsarbeiten an Attika (Ziffern 01.2 ff. des Leistungsverzeichnisses), Balkonen (Ziffer 02.11 des Leistungsverzeichnisses) und Kamin (Ziffern 01.31 ff. des Leistungsverzeichnisses). Nach den überzeugenden Ergebnissen der Beweisaufnahme hat sie gerade in diesen Bereichen auch bereits Abdichtungsarbeiten vorgenommen (s.o.). Soweit sie dabei mangelhafte Vorarbeiten fortgesetzt und Fehler nicht korrigiert hat und im Ergebnis keine fachgerechte Abdichtung vorgenommen hat, haftet sie vollumfänglich für die entsprechenden Mängel, da eine Mängelbeseitigung nunmehr nur einheitlich möglich ist (vgl. hierzu Frechen, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 18. Aufl., Rn. 2467 ff.).

Soweit die Beklagte geltend macht, es würden teilweise Restfertigstellungskosten beansprucht, greift dieser Einwand schon deshalb nicht durch, weil im landgerichtlichen Urteil ausdrücklich konkret benannte Mängelbeseitigungsarbeiten als Grundlage der Vorschussschätzung genannt wurden, bei denen es sich ersichtlich nicht um Restfertigstellungsarbeiten handelt. Darauf, dass die Beklagte durch die Einstellung der Arbeiten und die unberechtigte Kündigung wegen nichtgeleisteter Sicherung (s.o.) selbst die Ursache dafür gesetzt, dass eine Fertigstellung nicht erfolgt ist, kommt es daher insoweit nicht an. 61

(iii) Die Ansicht der Beklagten, es sei bei der Beurteilung der Mangelhaftigkeit aufgrund des Stundenlohnvertrags auf die nach den Regieberichten geleisteten Stundenlohnarbeiten abzustellen, „mangelhafte Stunden“ könnten ggfs. in Abzug gebracht werden, veranlasst dies ebenfalls keine abweichende Bewertung. Denn die Mangelhaftigkeit einer Werkleistung ist auch beim Stundenlohnvertrag anhand eines Vergleichs zwischen dem geschuldeten und dem hergestellten Werk zu beurteilen. Das geschuldete Vertragsoll orientiert sich dabei am Leistungsverzeichnis. Die Höhe des Vorschusses richtet sich schließlich nach den Mängelbeseitigungskosten durch einen Drittunternehmer und nicht dem Werklohn der mangelhaften Leistung. 62

cc) Die vorgenommene Schätzung des Vorschussanspruchs durch das Landgericht begegnet ebenfalls keinen Bedenken. 63

Der Anspruch auf einen Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung besteht in Höhe der „voraussichtlichen“ oder „mutmaßlichen“ Kosten. An die Darlegungen zur Anspruchshöhe dürfen beim Vorschuss nicht gleich strenge Anforderungen gestellt werden wie bei den Kosten einer Ersatzvornahme. Ein Vorschuss kann, weil es nur um voraussichtliche Aufwendungen geht, nicht in gleichem Maße genau begründet werden. Er ist auch keine abschließende, sondern nur eine vorläufige Zahlung, über die am Ende abgerechnet werden muss. Der Vorschussanspruch ist zu schätzen. Genauere Feststellungen zur Höhe von Vorschuss sind entbehrlich, weil über den Vorschuss abzurechnen ist. Insbesondere braucht ein Auftraggeber Mängelbeseitigungskosten nicht etwa vorprozessual durch ein Sachverständigengutachten zu ermitteln. Es genügt, wenn er die Kosten schätzt und bei Bestreiten ein Sachverständigengutachten als Beweis anbietet (vgl. BGH NZBau 2001, 313 = NJW-RR 2001, 739 m.w.N.; OLG Düsseldorf, NZBau 2023, 595 Rn. 74, 75, m.w.N.). Das Gericht muss die Höhe der für die Beseitigung des Mangels voraussichtlich entstehenden Kosten i.d.R. mit Hilfe eines Sachverständigen ermitteln. Auch der Sachverständige wird aber regelmäßig nicht daran vorbeikommen, den erforderlichen Betrag zu schätzen. Eine daran 64

anknüpfende eigene Schätzung ist dem Gericht nach § 287 ZPO erlaubt. Als Schätzgrundlage können ggfls. auch nachvollziehbare Angebote von Fachunternehmen ausreichen (vgl. Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, 4. Aufl. 2022, BGB § 637 Rn. 38).

Das Landgericht hat hier die Kosten unter Beachtung dieser Maßgaben gestützt auf das eingeholte Sachverständigengutachten geschätzt. Konkrete Einwendungen gegen die Ergebnisse der Schätzungen auf Grundlage einer sachverständigen Bewertung enthält das Berufungsvorbringen nicht. Fehler der vorgenommenen Schätzung sind insgesamt nicht ersichtlich. 65

b) Auch die vom Landgericht zugesprochenen Schadensersatzansprüche stehen der Klägerin nach §§ 634 Nr. 4, 280 BGB bzw. § 13 Abs. 7 VOB/B zu. 66

Die zugesprochenen Mietausfallschäden wegen einer Mietminderung in Höhe von 3.058,30 € und wegen einer wegen späterer Kündigung des Mietvertrags der Wohnung Nr. 7 durch die Mieterin unter Verweis auf den Schimmel in Höhe von weiteren 3.110,70 € hat die Beklagte kausal durch die Mängel ihres Werkes verursacht. Denn die von der Beklagten nicht vorgenommene Wärmedämmung oberhalb der Wohnung hat nach den auch insoweit überzeugenden Ergebnissen der vom Landgericht vorgenommenen Beweisaufnahme und -würdigung, insbesondere unter Berücksichtigung der Ergebnisse des eingeholten Ergänzungsgutachten vom 17.12.2020, zu der aufgetretenen, durch Kondensat bedingten Schimmelbildung in der Wohnung 7 geführt. Bei den geltend gemachten Mietausfallschäden handelt es sich um einen typischen Mangelfolgeschaden (vgl. A., in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 18. Aufl., Rn. 2187). Die Kosten eines eingeholten Privatgutachtens zu Art und Umfang der erforderlichen Mängelbeseitigungsmaßnahmen sowie zu dem damit verbundenen finanziellen Aufwand – hier: 3.555,65 € – sind ebenfalls ersatzfähig (vgl. A., in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 18. Aufl., Rn. 2226; BeckOGK/Rast, 1.7.2025, BGB § 637 Rn. 248). Dasselbe gilt für die konkreten, bereits angefallenen Kosten der Arbeiten Schimmelbeseitigung durch die Firma A. S. in Höhe von 2.442,00 €. 67

c) Allerdings bestehen Zinsansprüche nicht in der vom Landgericht zugesprochenen Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz, sondern nur in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz. Entgegen einer leider weit verbreiteten Praxis besteht der erhöhte Zinssatz des § 288 Abs. 2 BGB nicht für alle Forderungen zwischen Unternehmern, sondern nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift nur für Entgeltforderungen. Der Anspruch auf Schadensersatz und Vorschuss ist keine Entgeltforderung. Insofern hat die Berufung gegen die Verurteilung der Beklagten Erfolg. 68

d) Im Hinblick auf das Bestehen der festgestellten Mängel (s.o.) ist auch die vom Landgericht ausgesprochene (teilweise) Verurteilung entsprechend den Feststellungsanträgen zutreffend. Konkrete weitere Einwendungen hiergegen werden mit der Berufung auch nicht geltend gemacht. 69

3. Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Beklagten vom 11.09.2025 gab keine Veranlassung zu einer anderen Bewertung und auch nicht zu einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Der hierin enthaltene Vortrag betreffend die beklagtenseits weiterhin angenommene Wirksamkeit ihres Sicherungsverlangens und auch der enthaltene Vortrag zu einzelnen Mängeln und der Abgrenzung von Mängelbeseitigungskosten einerseits und Restfertigstellungskosten andererseits stellt inhaltlich eine sinngemäße Wiederholung von bereits zuvor gehaltenem und von dem Senat berücksichtigtem Sachvortrag dar. 70

4. Der Ausspruch zu den Kosten beruht auf §§ 91, 92 Abs. 2 Nr. 1, 97 ZPO. Die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

5. Die Revision ist gemäß § 543 Abs. 1, Abs. 2 ZPO wegen Grundsatzbedeutung und zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen, weil die Frage, ob die mit einem nicht ausreichend begründeten Sicherungsverlangen, dessen objektive Überhöhung allerdings nicht konkret feststellbar ist, verbundene Fristsetzung gemäß § 648a Abs. 5 S. 1 BGB a.F. / § 650f Abs. 5 S. 1 BGB n.F. wirksam ist und den Unternehmer nach Fristablauf zur Kündigung nach § 648a Abs. 5 S. 2 BGB a.F. / § 650f Abs. 5 S. 2 BGB n.F. berechtigt, bislang nicht höchstrichterlich geklärt ist, für eine Vielzahl ähnlich gelagerter Sachverhalte Bedeutung hat und daher einer Entscheidung des Revisionsgerichts bedarf.

72