

# Kanzlei am Steinmarkt

## RAe Kuchenreuter, Dr. Stangl & Alt

### Rundschreiben / Ausgabe 01/2006

#### Thema: Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB/Baurecht

##### 1. Einleitung

Die Sicherung von Bauforderungen ist für Auftragnehmer unentbehrlich. Die bei der Abwicklung eines Bauvorhabens bestehenden Risiken hinsichtlich der Bonität und Liquidität des Auftraggebers kann der Auftragnehmer im Vorhinein nicht beurteilen, wenn es sich nicht um einen öffentlichen Auftraggeber handelt. Vor diesem Hintergrund und angesichts der hohen Insolvenzanfälligkeit der Bauwirtschaft, wobei auch sehr große Namen vor Pleiten nicht schützen, sind Sicherheiten unabdingbar. Neben vertraglichen Möglichkeiten gibt es auch gesetzlich geregelte Möglichkeiten Sicherheiten zu erlangen.

<b>Gesetzliche Sicherungsmöglichkeiten des Auftragnehmers</b>	<b>Vertragliche Sicherungsmöglichkeiten des Auftragnehmers</b>
Bauhandwerkersicherungshypothek, § 648 BGB	Abschlagszahlungen, § 632a BGB, § 16 VOB/B
Bauhandwerkersicherung, § 648a BGB	Bürgschaften, die Auftraggeber zu stellen haben
Gesetz zur Sicherung von Bauforderungen GSB	Finanzierungsbestätigung, Patronats-Erklärung, Schuldbeitritt, etc.
Unsicherheiteneinrede, § 321 BGB	

Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich auf § 648a BGB, die sogenannte „Bauhandwerkersicherung“.

Der mangelhafte Schutz des Auftragnehmers und die Grundsätze des § 946 BGB (eingebaute Materialien gehen in das Eigentum des Grundstückseigentümers über) führen dazu, dass der Gesetzgeber neben der seit langem bekannten Bauhandwerkersicherungshypothek am 01.05.1993 die Vorschrift des § 648a BGB in das Gesetz eingefügt hat. Viele Auftragnehmer scheuen sich immer noch, Sicherheiten nach § 648a BGB zu verlangen. Dies ist unverständlich, da täglich viele Probleme durch Zahlungsausfälle und unzureichende Sicherung von Werklohnansprüchen entstehen. Daher werden in der Rechtsprechung und Literatur Auftragnehmer kritisiert, da sie ihre eigenen gesetzlichen Sicherungsmöglichkeiten nicht kennen oder zu spät nutzen. Dabei ist es bekannt, dass viele Auftragnehmer ein Sicherungsverlangen gem. § 648a BGB scheuen, da dann während des laufenden Bauvertrags ständig Reibereien und Streitigkeiten vorprogrammiert sind, sei es, dass der Auftraggeber zähneknirsch dem Sicherungsverlangen entspricht, ebenso deutlich aber zum Ausdruck bringt, künftig mit dem Auftragnehmer nicht mehr zusammenzuarbeiten. Diese Reaktionen des Auftraggebers sind verfehlt, wenn man bedenkt, dass der Auftragnehmer eines Bauwerkvertrags aufgrund seiner gesetzlichen, jedenfalls aber faktischen Vorleistungsfrist einem Kreditgeber gleichzustellen ist und deshalb wie jeder andere Kreditgeber auch sein Risiko abgesichert sehen möchte. Hintergrund dieser Verärgerung im Auftraggeberlagern ist meist, dass die als Sicherheit gestellten Bürgschaften insbesondere von Generalunternehmern oft nur schwer beigebracht werden können, da die Kreditinstitute immer höhere Maßstäbe ansetzen („Basel II“).

Auftragnehmer sollten Auftraggeber auf folgendes hinweisen:

- Der Auftraggeber hat keinerlei Kosten für die Stellung einer Sicherheit nach § 648a BGB zu tragen.
- Der Auftraggeber müsste, sofern er redlich ist, keine Schwierigkeiten haben, von seiner Bank eine entsprechende Bürgschaft als Sicherheit zu bekommen, wenn er im Rahmen des erteilten Auftrages zahlungsfähig ist.
- Die Stellung von Bürgschaften nach § 648a BGB gehört heute zum Alltagsgeschäft der Banken und stellt keinen Misstrauenstatbestand gegenüber einem Auftraggeber dar.
- Die Bauhandwerkersicherung ist vom Gesetzgeber geschaffen worden, um das Vorleistungsrisiko des Auftragnehmers zu minimieren und ist als Ausgleich für dieses Risiko zu verstehen.
- Bei pünktlicher Zahlung des Auftraggebers verliert die ausgereichte Sicherheit ihren Wert.

## 2. Sinn und Zweck der Bauhandwerkersicherung

Im Gegensatz zur Bauhandwerkersicherungshypothek (§ 648 BGB), die als Sicherheit lediglich das Baugrundstück im Auge hat, werden die zum Bauen bestimmten Finanzierungsmittel als Grundlage der Sicherung herangezogen. Schwäche der Bauhandwerkersicherungshypothek ist, dass diese eine Identität des Eigentümers und des Auftraggebers als Voraussetzung hat, was meist nicht der Baupraxis entspricht. Häufig ist es der Fall, dass ohnehin erhebliche Vorbelastungen im Grundbuch eingetragen sind, so dass § 648 BGB häufig wertlos ist. § 648a BGB bietet eine wichtige Alternative.

Nach § 648a BGB kann der Auftragnehmer jederzeit Sicherheit vom Auftraggeber für die zu erbringende Vorleistung bis zur Höhe des voraussichtlichen Vergütungsanspruchs verlangen. Wird die Sicherheit nicht gestellt, kann der Auftragnehmer sie nicht erzwingen. Er hat aber folgende Möglichkeiten:

- Bringt der Auftraggeber die Sicherheit innerhalb einer angemessenen Frist, verbunden mit der Ankündigung der Arbeitseinstellung, auf Verlangen des Auftragnehmers nicht, kann der Auftragnehmer die **Arbeiten sofort einstellen**.
- Nach Setzen einer weiteren ergebnislosen Nachfrist, verbunden mit der Androhung einer Kündigung, kann der Auftragnehmer den **Bauvertrag beenden**. Der Vertrag gilt als aufgehoben, wenn die Sicherheit nicht innerhalb der Frist beigebracht wird. Eine ausdrückliche Kündigung des Auftragnehmers ist hierfür nicht erforderlich.

### HINWEIS:

Die Vorschrift des § 648a BGB gibt dem Auftragnehmer **keinen klagbaren Anspruch auf Leistung einer Sicherheit** (d.h. der Auftragnehmer kann keine Bürgschaft einklagen), sondern regelt das dem Auftragnehmer bei Verweigerung der Sicherheit zustehende Leistungsverweigerungsrecht sowie eine folgende Vertragsauflösung. Die Nichtstellung der Sicherheit wird somit nur an eine **Sanktion** geknüpft.

Hierin liegt der entscheidende Unterschied (und Nachteil) gegenüber einer bauvertraglichen Sicherungsabrede, wonach der Auftraggeber eine Zahlungsbürgschaft zu stellen hat. Diese wäre direkt einklagbar.

### 3. Anwendungsmöglichkeit, Überblick

Die nachfolgende Übersicht zeigt auf, dass der Anwendungsbereich der Vorschrift des § 648a BGB weit ist.

<b>BGB-Vertrag</b>	Anwendbar auch nach Vertragsabschluss sowie nach Abnahme Verlangen nach Sicherheit gemäß § 648a BGB möglich
<b>VOB/B-Vertrag</b>	Anwendbar auch nach Vertragsabschluss sowie nach Abnahme Verlangen nach Sicherheit gemäß § 648a BGB möglich
<b>Bauvorhaben</b>	Nicht anwendbar bei Herstellung oder Instandsetzung eines Ein- familienhauses mit oder ohne eigene Einliegerwohnung („Häuslebauer“-Privilig) Nicht anwendbar bei Betreuung des Bauvorhabens durch einen zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers er- mächtigten Baubetreuer.
<b>Bauherr/Auftraggeber</b>	„Besteller“ ist jeder Auftraggeber eines Bauwerks, einer Außenan- lage oder einer Architektenleistung. Gleichgültig ist es, ob der „Besteller“ auch gleichzeitig Grundstückseigentümer ist. - Nicht anwendbar bei öffentlichen Auftraggebern - Nicht anwendbar für „natürliche Personen“, wenn die Bauarbei- ten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhau- ses mit oder ohne Einliegerwohnung auszuführen sind (siehe vorstehend Bauvorhaben)

Der Text der Vorschrift ist zum besseren Verständnis als Anlage diesen Ausführungen ange-  
fügt:

#### TEXT: § 648a BGB

### 4. Voraussetzungen der Bauhandwerkersicherung

Nachfolgend werden die einzelnen Voraussetzungen der Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB dargestellt.

#### 4.1. Wer kann die Sicherheit verlangen?

Sicherungsberechtigt ist „der Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon“. Die Gesetzformulierung ist weit gefasst.

In personeller Hinsicht sind als Unternehmer eines Bauwerks Bauhandwerker jeder Art, insgesamt natürlich alle Auftragnehmer, die Bauleistungen im Sinne des § 1 VOB/A erbringen, anzusehen. Gleichgültig ist dabei, in welcher Unternehmenseinsatzform sie tätig werden. Die Vorschrift ist nicht nur auf den Begriff „Handwerker“ eingeschränkt, sondern gilt sowohl für Generalunternehmer als auch für Freiberufler wie Architekten und Ingenieure.

Architekten, Bauingenieure oder Sonderfachmänner werden in den Schutz des Gesetzes mit einbezogen, soweit sie sich gegenüber dem „Besteller“ aufgrund eines Werkvertrages zur Herstellung eines Bauwerks oder eines Teils hiervon verpflichtet haben. Auch der Gerüstbauer soll zum Kreis der Geschützten gehören, da auch dessen mittelbare Bauwerksleistung zu einer Wertsteigerung des Grundstücks führt. Das erstellte Gerüst ist unverzichtbare Voraussetzung dafür, dass die unmittelbaren Bauwerksleistungen erbracht werden können.

Zweifelhaft ist die Anwendung bei Baustofflieferanten, für die Veräußerer und Lieferanten von Einbauküchen und Einbaumöbeln. Hierbei wird man vom Sinn und Zweck der Vorschrift darauf abstellen müssen, ob die Leistung „wesentlicher Bestandteil“ des Bauwerks wird. Dieser Personenkreis ist regelmäßig nicht vom Schutzbereich umfasst, wenn sie ihre Leistungen aufgrund eines Kaufvertrags bzw. als Angestellte der Bauunternehmung und aufgrund eines Dienstvertrages erbringen.

In sachlicher Hinsicht sind Objekte „Bauwerke“, „Außenanlagen“ oder „Teile davon“. Damit sind umfasst Hochbauten, Tiefbauten aller Art, Rohrleitungssysteme, Kanalisation, Straßenbauarbeiten usw.

#### **Anspruchsinhaber:**

- Bauunternehmer, Hauptunternehmer
- Generalunternehmer, Totalunternehmer, Subunternehmer
- Unternehmer Außenanlage
- Architekten, Ingenieure, Sonderfachleute
- Gerüstbauer (bei mittelbarer Bauwerksleistung)

#### **Anspruchsinhaber sind nicht:**

- Baustoffhändler weil Kaufvertrag

#### **HINWEIS:**

Auch derjenige der Sicherheit verlangt, sollte prüfen, ob er zum Kreis der Anspruchsinhaber gehört. Selbst wenn er an sich von seinem Beruf her zu diesem Kreis zählt, sollte er sich darüber im Klaren sein, dass es teilweise auch auf den Zeitpunkt ankommt, beispielsweise bei Architekten und Ingenieuren (Beginn Bauarbeiten!). Es kann daher im Einzelfall gefährlich sein, wegen Nichterbringung der verlangten Sicherheit die Leistung einzustellen. Wer dies tut, ohne Anspruchsinhaber zu sein, verhält sich rechtswidrig und riskiert, dass der Auftraggeber wegen Vertragserfüllungsverweigerung berechtigt das Vertragsverhältnis außerordentlich kündigt.

Es ist daher zu empfehlen, immer zu versuchen, im Bauvertrag selbst eine Zahlungssicherheit zu seinen Gunsten zu vereinbaren, insbesondere falls man nicht zum Kreis der Anspruchsinhaber gehört.

#### **4.2. Wer muss Sicherheit leisten?**

Der Grundsatz, dass jeder Auftraggeber (Besteller) zur Sicherheitsleistung verpflichtet ist, kennt Ausnahmen in § 648a Abs. 6 BGB wie folgt:

- Juristische Personen des öffentlichen Rechts und öffentlich rechtliches Sondervermögen müssen als Auftraggeber keine Sicherheit leisten. Strittig ist, ob juristische Personen des Privatrechts im Bereich des öffentlichen Auftragswesens einzuordnen sind, wenn Beteiligungen mit mehr als 50 % durch öffentliche Auftraggeber bestehen.
- Natürliche Personen, die Bauarbeiten „zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung“ ausführen lassen („Häuslebauer“-Privileg). Dies gilt aber nicht bei Betreuung des Bauvorhabens durch einen zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigten Baubetreuers.

**Anspruchsgegner:**

Besteller/Auftraggeber eines Bauwerks, einer Außenanlage oder einer Architektenleistung, gleichgültig ob der Besteller/Auftraggeber Grundstückseigentümer ist.

**Ausnahmen:**

- öffentlicher Auftraggeber
- privater Auftraggeber eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung

Die vorstehend genannten Ausnahmen werden damit begründet, dass bei diesen Fallgruppen kein Sicherungsbedürfnis besteht, da der öffentliche Auftraggeber nicht insolvenzfähig ist. Beim kleinen Häuslebauer geht der Gesetzgeber davon aus, dass ein einmaliger Bau solide finanziert ist. Dies mag im Einzelfall unzutreffend sein, ändert aber nichts an den Ausnahmetatbeständen.

**4.3. Was ist taugliche Sicherheit?**

Die tauglichen Sicherungsmittel ergeben sich zunächst aus der allgemeinen Vorschrift des Gesetzes in den §§ 232 ff. BGB, außerdem – und allein praxisrelevant – aus § 648a Abs. 2 Satz 1 BGB. Keine praktische Bedeutung dürften die Verpfändungen von Forderungen oder beweglichen Sachen haben. Dagegen können folgende Sicherungsmittel evtl. noch in Betracht kommen:

- Die Bestellung einer Hypothek, wobei sowohl das Baugrundstück als auch ein anderes, nicht im Eigentum des Auftraggebers stehendes Grundstück in Frage kommt.
- Die Abgabe einer Garantie oder eines sonstigen Zahlungsverprechens eines im Geltungsbereich des BGB zum Geschäftsbetrieb zugelassenen Kreditinstituts oder Kreditversicherers. Hauptfall der Sicherheit ist die Bürgschaft.

Für die **Bürgschaft** als Hauptanwendungsfall ergeben sich folgende Anforderungen:

Es sind keine Bürgschaften auf erstes Anfordern zu stellen sondern solche, die wegen des genau bezeichneten Vertrages eine Zahlungsverpflichtung des Bürgen exakt unter den Voraussetzungen vorsehen, die § 648a BGB vorgibt. Strittig ist, ob eine Sicherheit gem. § 648a BGB unbefristet sein muss.

Der Wortlaut des § 648a BGB verbietet zwar keine Befristung der Sicherheit, nach richtiger Ansicht darf die Bürgschaft aber keine Befristung enthalten. Ist die Sicherheit befristet, so kann der Auftragnehmer sie als untauglich zurückweisen. Er braucht seine Leistung nicht wieder aufzunehmen, bis ihm eine taugliche Sicherheit gestellt worden ist.

Diese Auslegung des Gesetzes ist aus dem Sinn und Zweck des § 648a BGB zu entnehmen. Es ist jederzeit möglich, dass es zu Verzögerungen bei der Abwicklung des Bauvorhabens kommt und möglicherweise eine Forderung des Auftragnehmers erst dann fällig wird, wenn bereits die Befristung einer Bürgschaft in Kraft getreten ist, so dass die Bürgschaft wertlos würde.

Die einzige Einschränkung, die die Sicherheit enthalten darf, ist in § 648a Abs. 1 Satz 3 BGB ausdrücklich genannt. Der Sicherungsgeber darf sich den Widerruf vorbehalten bei Vermögensverschlechterung des Bestellers für zu diesem Zeitpunkt noch nicht erbrachte Leistung.

gen. Kraft Gesetz entsteht dieses Widerrufsrecht nicht, sondern nur aufgrund ausdrücklichem Vorbehalts des Bürgen.

**HINWEIS:**

Entsprechend §§ 235, 262 BGB hat der Auftraggeber die Wahl, welche Art der tauglichen Sicherheit er stellt. Meist wird aber ohnehin die Bürgschaft gewählt. Nicht abschließend geklärt ist, ob der Auftraggeber den Austausch der Sicherheiten verlangen kann.

**4.4. In welcher Höhe ist Sicherheit zu leisten?**

Nach dem Gesetzeswortlaut kann Sicherheit „bis zur Höhe des voraussichtlichen Vergütungsanspruchs, wie er sich aus dem Vertrag oder einem nachträglichen Zusatzauftrag ergibt, sowie wegen Nebenforderungen verlangt werden; die Nebenforderungen sind mit 10 % des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen“; § 648a Abs. 1 Satz 2 BGB.

Der voraussichtliche Vergütungsanspruch ergibt sich bei einem Pauschalpreisvertrag aus dem vereinbarten Pauschalpreis, bei Einheits- und Stundenlohnverträgen aus einer Schätzung anhand der Grundlagen bei Bauvertragsabschluss, z.B. aus den vorläufig angenommenen Massen und den vereinbarten Einheitspreisen bzw. dem abzuschätzenden Volumen von Stundenlohnarbeiten.

Geklärt ist, dass sich das Sicherungsinteresse des Auftragnehmers nicht reduziert, wenn er gemäß Werkvertrag bzw. VOB/B Abschlagszahlungen in regelmäßigen Abständen verlangen kann.

Ebenfalls geklärt ist, dass auch die bereits erbrachte, aber noch nicht bezahlte Leistung sicherungsfähig ist. Folglich kann erst dann keine Sicherheit gefordert werden, soweit die erbrachte Leistung tatsächlich (durch Abschlagszahlung) ausgeglichen worden ist.

Streitträchtig sind die Fälle, in denen der Auftragnehmer ein Sicherungsverlangen stellt, um den Vergütungsanspruch abzusichern, der sich aus einem „**Nachtrag**“ ergibt. Dies betrifft Anordnungen des Auftraggebers gem. § 1 Nr. 3, Nr. 4 VOB/B, mit den Vergütungsfolgen nach §§ 2 Nr. 5, 6, 7 VOB/B. Inwieweit bei Nachträgen eine neue Preisvereinbarung Grundlage für ein erweitertes Sicherungsverlangen ist, liegt noch keine abschließende Klärung vor. Dies dürfte aber abzulehnen sein, da der Anspruch auf zusätzliche Vergütung bereits mit Anordnung einer geänderten oder zusätzlichen Leistung durch den Auftraggeber entsteht und ab diesem Zeitpunkt sicherbar ist.

**TIPP:**

Der Auftragnehmer muss sich darum bemühen, seine weitergehenden Ansprüche vor Ausführung der Leistung abzusichern, da häufig der Auftraggeber den Nachtrag grundsätzlich bestreitet oder jedenfalls kurzfristig zur Höhe der zusätzlichen Vergütung keine Preisvereinbarung getroffen wird. Ist eine derartige Preisvereinbarung nicht nachweisbar, drohen bei überzogenen Sicherungsverlangen für derartige Nachtragsforderungen Fehlbewertungen mit der Folge, dass gegebenenfalls eine Verweigerung der Sicherheit seitens des Auftraggebers berechtigt ist. Stellt der Auftragnehmer dann seinerseits die Leistung ein, kann er selbst rechtswidrig handeln.

Streitträchtig ist weiterhin, welche Auswirkungen „**Gegenrechte**“ des Auftraggebers auf die Höhe der Sicherheitsleistung haben. Dies betrifft insbesondere den Fall von vorhandenen oder behaupteten Mängeln.

Man wird hier zu **differenzieren** haben, ob es sich lediglich um Nacherfüllungs- oder Erfüllungsansprüche handelt oder ob bezifferbare und aufrechenbare Gegenansprüche vorliegen.

**Beispiel:**

Bei einem Einheitspreisvertrag über € 500.000,00 und einer bereits erbrachten, jedoch noch nicht gezahlten Leistung von € 100.000,00 fordert der Auftragnehmer eine Sicherheit in Höhe von € 500.000,00. Der Auftraggeber beruft sich (Mängel sind tatsächlich vorhanden) auf Mängel der bereits ausgeführten Leistung und macht sein Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 Abs. 1 BGB geltend und stellt deshalb keine Sicherheit.

Der Auftraggeber verhält sich nicht richtig, da es sich hier um ein Sicherungsverlangen des Auftragnehmers handelt, welche keine Zahlungsfrist des Auftraggebers auslöst und diesem sämtliche Einwendungen offen hält. Solange der Auftragnehmer in der Lage und bereit ist, etwaige Mängel zu beseitigen, kann er sich durch Nachbesserung diesen Werklohnanteil verdienen und hat diesbezüglich ein Sicherungsinteresse. Deswegen spielen insoweit Mängel für die Höhe des Sicherungsinteresses in derartigen Fallkonstellationen keine Rolle.

**HINWEIS:**

Anders ist die Sachlage, wenn der Auftragnehmer statt einem Verlangen auf Sicherheit direkt Zahlungen aus seiner Abschlagsforderung geltend macht, da insoweit ein Leistungsverweigerungsrecht des Auftraggebers besteht. Es ist zu unterscheiden zwischen der Geltendmachung des Zahlungsanspruches und der Geltendmachung eines Sicherungsverlangens!

**Beispiel:**

Der Ausgangsfall ist auch hier gegeben. Der Auftraggeber akzeptiert das Sicherungsverlangen, beruft sich aber auf Mängelbeseitigungskosten in Höhe von € 100.000,00 gem. § 4 Nr. 7, § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 VOB/B. Er leistet nur eine um diese Gegenansprüche gekürzte Sicherheit, nämlich eine ansonsten ordnungsgemäße Bürgschaft über € 400.000,00.

In diesem Fall ist der Auftraggeber gemäß den Vorschriften der VOB/B vorgegangen und hat entsprechende bezifferbare, aufrechenbare Gegenansprüche, die ihn berechtigen, vom Sicherungsinteresse des Auftragnehmers Abzüge in Höhe der Gegenforderungen vorzunehmen. Dies ist konsequent, da der Auftragnehmer in dieser Höhe keine Zahlung mehr verlangen kann, somit auch kein Sicherungsinteresse hat.

In der Baupraxis besteht meistens das Streitthema, ob die Gegenansprüche dem Grunde und der Höhe nach berechtigt sind. Die Parteien sollten sich darüber im Klaren sein, dass Fehler zu teuren Eskalationen führen können, wenn die Arbeit eingestellt wird und entsprechenden Schäden vorliegen oder der Auftraggeber unberechtigt den Bauvertrag kündigt und schließlich doppelt zahlen muss.

**HÖHE:**

Die Höhe der Sicherheit orientiert an Vergütungsanspruch für erbrachte sowie noch zu leistende Arbeiten

./ .erhaltener Zahlungen

./ .einer bestehenden Gegenforderung

**ACHTUNG:**

Leistungsverweigerungsrecht betrifft lediglich Zahlungsanspruch und nicht Sicherheitsstellung, solange Auftragnehmer bereit und in der Lage ist, Mängel zu beseitigen. Besteht Absicherung in voller Höhe!

**TIPP:**

1. Die am Bau Beteiligten sollten unnötige Eskalationen mit den damit verbundenen Risiken vermeiden und wegen kleineren Abweichungen nicht Maximalpositionen durchzusetzen versuchen.
2. Zwischenlösungen sind vorzugswürdig im Sinne einer bauvertraglichen Kooperation.
3. Auftragnehmern kann nur angeraten werden, die Sicherheiten möglichst frühzeitig zu verlangen, da naturgemäß in einem frühen Stadium des Bauvorhabens noch keine größeren Probleme entstanden sein können.

**4.5. Wer trägt die Kosten der Sicherheit?**

In § 648a Abs. 3 Satz 1 BGB ist ausdrücklich geregelt, dass die üblichen Kosten der Sicherheit bis maximal 2 % pro Jahr der Auftragnehmer zu tragen hat.

**4.6. Wann kann die Sicherheit verlangt werden?**

Der Auftragnehmer kann Sicherheit in jeder Phase des Bauablaufs verlangen. Strittig war bislang die Frage, ob Sicherheit auch noch nach Abnahme verlangt werden kann. In mehreren Grundsatzurteilen hat der BGH diese Fragestellung bejaht.

§ 648a BGB ist **auch nach Abnahme** des Werks anwendbar. Die Norm stellt allein auf die vertraglich geschuldete Vorleistung im wirtschaftlichen Sinne ab. Eine solche wirtschaftliche Vorleistung muss der Auftragnehmer auch nach der Abnahme erbringen, wenn der Auftraggeber Mängel rügt und hieraus ein gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht in mindestens dreifacher Höhe der Mängelbeseitigungskosten ableitet. Ohne die Mängelbeseitigung kann der Auftragnehmer seinen Zahlungsanspruch nicht durchsetzen.

Dies führt zu einer „**Pattsituation**“. Wenn der Auftraggeber keine Sicherheit stellt, verweigert der Auftragnehmer berechtigt die Mängelbeseitigung. Der BGH hat diese Problematik so gelöst, dass der Auftragnehmer zwei Möglichkeiten hat:

- Er kann sich in sinngemäßer Anwendung von § 648a Abs. 5 BGB i.V.m. § 643 Satz 1 BGB nach fruchtloser Fristsetzung von seiner Mängelbeseitigungspflicht nach der Abnahme dadurch befreien, dass er eine Nachfrist zur Sicherheitsleistung setzt, verbunden mit der Ankündigung, die Mängelbeseitigung anschließend zu verweigern.  
Läuft diese Nachfrist ergebnislos ab, ist der Auftragnehmer von der Pflicht, Mängel zu beseitigen, befreit. Er kann auf diese Weise die endgültige Abrechnung herbeiführen, auch soweit die Leistung mangelhaft ist. Allerdings steht ihm dann nicht die volle vertrag-

lich vereinbarte Vergütung zu. Er hat lediglich Anspruch auf Vergütung, soweit er die Leistung mangelfrei erbracht hat und Anspruch auf den Vertrauensschaden nach Maßgabe des § 648a Abs. 5 Satz 2 BGB (gesetzliche Vermutung: Schaden 5 % der Vergütung). Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers ist um den infolge der Mängel entstandenen Minderwert zu kürzen. Dieser Minderwert bemisst sich in der Regel nach den Kosten, die notwendig sind, um den Mangel beseitigen zu lassen, sonst um den Minderwert des Bauwerks. Wirtschaftlich steht diese Möglichkeit einer Minderung gleich.

- Er kann auf eine Nachfristsetzung verzichten. Dann besteht das gesetzliche Leistungsverweigerungsrecht des Auftraggebers wegen der Mängel in mindestens dreifacher Höhe der Mängelbeseitigungskosten fort. Er ist dann weiterhin zur Mängelbeseitigung verpflichtet, kann sich aber durch Mängelbeseitigung den vollen Werklohn verdienen.

Diese Grundsätze wendet der BGH auch auf den gekündigten Bauvertrag an, wenn der Auftragnehmer noch Mängel zu beseitigen hat. Der Werklohn ist auch in diesem Fall mit der Mängelinrede behaftet.

Der Auftragnehmer hat somit die Wahl, ob er lieber auf Mängelbeseitigung verzichtet und damit eine um den Minderwert gekürzte Vergütung erhält oder ob er die Mängelbeseitigung durchführt, um die volle Vergütung zu erhalten.

### **Sonderfall „Wettlauf der Fristsetzungen“**

In derartigen Fallkonstellationen kann man durchaus von einem Wettlauf der Fristsetzungen sprechen. Es geht um die Frage, wessen Frist zuerst abläuft, die Frist des Auftragnehmers zur Stellung der Sicherheit oder die Frist des Auftraggebers zur Mängelbeseitigung.

Hat der Auftraggeber durch seine Fristsetzung an den Auftragnehmer bereits einen auf Zahlung gerichteten Mängelanspruch herbeigeführt, z.B. Ersatzvornahme, ist ein erstmals danach gem. § 648a BGB gestelltes Sicherheitsverlangen des Auftragnehmers unbeachtlich. Dies gilt auch, wenn der Auftraggeber dem Auftragnehmer eine Frist zur Mängelbeseitigung setzt und diese abläuft, bevor die dem Auftraggeber vom Auftragnehmer gesetzte Frist zur Stellung einer Sicherheit ihrerseits abläuft.

Hat der Auftragnehmer dagegen fruchtlos Sicherheiten gemäß § 648a BGB verlangt und setzt nun erstmals nachträglich der Auftraggeber eine Frist zur Mängelbeseitigung, so ist diese Fristsetzung des Auftraggebers unbeachtlich, solange nicht der Auftragnehmer sein Sicherheitsverlangen ausdrücklich aufgibt. Der Auftragnehmer kann daher die Mängelbeseitigung „zu Recht verweigern“, § 637 Abs. 1 BGB. Eine Selbstvornahme durch den Auftraggeber wäre voreilig und verleiht ihm keinen Anspruch auf Erstattung der Kosten der Selbstvornahme.

Obwohl die Vorschrift des § 648a BGB schon länger im Gesetz existiert, ist noch mit einer weiteren Reihe von Grundsatzentscheidungen des BGH zu rechnen, um auch noch andere Randfragen zu klären.

#### 4.7. Kann ein Sicherheitsverlangen im Wege der Vertragsgestaltung ausgeschlossen werden?

§ 648a Abs. 7 BGB erklärt eine von den Vorschriften der Absätze § 648a Abs. 1 bis 5 BGB abweichende Vereinbarung für unwirksam. Somit scheidet eine Abweichung sowohl durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) als auch durch Individualabrede aus. Ebenfalls unwirksam sind Versuche, diese Verbote zu umgehen, in denen im Falle einer Inanspruchnahme der Sicherheit nach § 648a BGB der Auftragnehmer anderweitig Nachteile zu tragen hat. Allerdings sind diese Einzelfragen durch den BGH noch nicht abschließend geklärt.

#### HINWEIS:

Im Rahmen der Bauvertragsgestaltung wird beispielsweise auftraggeberseitig versucht, im Falle des Verlangens einer Sicherheit nach § 648a BGB das Recht der Abschlagszahlung gem. § 16 Nr. 1 VOB/B auszuschließen und den Auftragnehmer auf die schlechtere Regelung des Gesetzes nach § 632a BGB zu verweisen.

#### 5. Geltendmachung des Sicherungsverlangens

Eine bestimmte Form für die Anforderung der Sicherheit ist dem Auftragnehmer nicht vorgeschrieben.

Verlangt der Auftragnehmer die Sicherheit, dann ist sie vom Auftraggeber innerhalb einer angemessenen Frist zu leisten. Nach der amtlichen Begründung sollen dafür 7 bis 10 Tage ausreichend sein (besser mindestens 14 Tage-Frist vorsehen).

Falls die Sicherheit nicht fristgerecht gestellt wird, kann der Auftragnehmer die sofortige Einstellung der Leistungen vornehmen. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass dies angekündigt war.

#### TIPP:

1. Es empfiehlt sich für den Auftragnehmer, zur Vermeidung von Rechtsnachteilen, exakt den Wortlaut des Gesetzes in § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB für das Verlangen zu wählen.
2. Der Auftragnehmer sollte den Merksatz, „Wer schreibt, der bleibt, wer telefoniert, verliert“ berücksichtigen. Das Sicherungsverlangen sollte daher unbedingt schriftlich formuliert sein und beweisbar dem Auftraggeber zugehen.
3. Der Auftragnehmer sollte dem Auftraggeber auch keine inhaltlichen Vorgaben machen, etwa dass eine Bürgschaft zu stellen sei. Der Auftraggeber hat insoweit das Wahlrecht.
4. Eine nicht angemessen gesetzte Frist ist nicht per se unwirksam, eine solche Frist setzt eine objektiv angemessene Frist in Gang!

Ein derartiges Sicherungsverlangen könnte beispielsweise wie folgt aussehen:

Absender:  
Auftragnehmer:

Adressat:  
Auftraggeber

Betreff: Gewerk für das Bauvorhaben .... gem. Bauvertrag vom ....  
hier: Sicherungsverlangen gem. § 648a BGB

Sehr geehrte Damen und Herren,  
sehr geehrter Herr .....,

wir nehmen Bezug auf den Bauvertrag vom ..... für das im Betreff genannte Bauvorhaben. Wir verlangen hiermit wegen unseres Vorleistungsrisikos gem. § 648a Abs. 1 BGB Sicherheit in Höhe von

**€ 50.000,00 (Netto)**  
**(vorläufige Auftragssumme auf Grundlage EP und der Massenschätzung**  
**zzgl. 10 % Nebenforderungen)**

bis spätestens zum

**15. April 2006.**

Wir weisen darauf hin, dass wir unsere Leistung verweigern werden, wenn die o.g. Frist fruchtlos abläuft..

Mit freundlichen Grüßen

Auftragnehmer

Das vorstehende Muster ist ein Sicherungsverlangen in einfachster Form. Evtl. sind hier weitere Zusätze empfehlenswert und es ist jeweils auf die entsprechende Konstellation abzustellen, insbesondere, ob bereits Fristsetzungen auftraggeberseitig vorliegen oder nicht.

**TIPP:**

Auftragnehmern kann nur dringend angeraten werden, möglichst frühzeitig, am besten direkt nach Vertragsschluss und vor Aufnahme der Arbeiten, eine Sicherheit zu verlangen, um bei Fruchtlosigkeit Schwierigkeiten zu vermeiden wie behauptete oder vorgeschobene Mängel. Solange mit dem Bau nicht begonnen worden ist, sind derartige Einwendungen nicht zu befürchten. Der Auftragnehmer hat eine entsprechende Sicherheit und muss nicht befürchten auszufallen.

Später am „Vorabend“ der Insolvenz des Auftraggebers ist § 648a BGB meist wirkungslos. Ebenso, wenn die Leistungen fast vollständig erbracht sind, erhebliche Werklohnforderungen aber noch bestehen. Die Arbeitseinstellung als Druckmittel ist dann häufig ein „Papiertiger“.

## 6. Zusammenfassung

Die Darstellung zeigt, dass die Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB ein hervorragendes gesetzliches Sicherungsmittel sein kann, wenn der Auftragnehmer dieses rechtzeitig und richtig einsetzt. Meist wird aus Angst vor Schwierigkeiten auf der Baustelle auf dieses Sicherungsmittel verzichtet oder dieses aber zu spät eingesetzt, so dass es wirkungslos bleibt. Eine weitere Fehlerquelle ist es, dass die Sicherungsverlangen des Auftragnehmers nicht richtig formuliert sind/nicht beweisbar zugehen mit den damit verbundenen Rechtsnachteilen, insbesondere, dass der Auftraggeber nun vorgewarnt ist und sich entsprechend einrichten kann.

## TEXT: § 648a BGB

### § 648a. Bauhandwerkersicherung.

(1) <sup>1</sup>Der Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon kann vom Besteller Sicherheit für die von ihm zu erbringenden Vorleistungen einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen in der Weise verlangen, dass er dem Besteller zur Leistung der Sicherheit eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt, dass er nach dem Ablauf der Frist seine Leistung verweigere. <sup>2</sup>Sicherheit kann bis zur Höhe des voraussichtlichen Vergütungsanspruchs, wie er sich aus dem Vertrag oder einem nachträglichen Zusatzauftrag ergibt, sowie wegen Nebenforderungen verlangt werden; die Nebenforderungen sind mit 10 vom Hundert des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen. <sup>3</sup>Sie ist auch dann als ausreichend anzusehen, wenn sich der Sicherungsgeber das Recht vorbehält, sein Versprechen im Falle einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Bestellers mit Wirkung für Vergütungsansprüche aus Bauleistungen zu widerrufen, die der Unternehmer bei Zugang der Widerrufserklärung noch nicht erbracht hat.

(2) <sup>1</sup>Die Sicherheit kann auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden. <sup>2</sup>Das Kreditinstitut oder der Kreditversicherer darf Zahlungen an den Unternehmer nur leisten, soweit der Besteller den Vergütungsanspruch des Unternehmers anerkennt oder durch vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung der Vergütung verurteilt worden ist und die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Zwangsvollstreckung begonnen werden darf.

(3) <sup>1</sup>Der Unternehmer hat dem Besteller die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung bis zu einem Höchstsatz von 2 vom Hundert für das Jahr zu erstatten. <sup>2</sup>Dies gilt nicht, soweit eine Sicherheit wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Vergütungsanspruch des Unternehmers aufrechterhalten werden muss und die Einwendungen sich als unbegründet erweisen.

(4) Soweit der Unternehmer für seinen Vergütungsanspruch eine Sicherheit nach den Absätzen 1 oder 2 erlangt hat, ist der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach § 648 Abs. 1 ausgeschlossen.

(5) <sup>1</sup>Leistet der Besteller die Sicherheit nicht fristgemäß, so bestimmen sich die Rechte des Unternehmers nach den §§ 643 und 645 Abs. 1. <sup>2</sup>Gilt der Vertrag danach als aufgehoben, kann der Unternehmer auch Ersatz des Schadens verlangen, den er dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut hat. <sup>3</sup>Dasselbe gilt, wenn der Besteller in zeitlichem Zusammenhang mit dem Sicherheitsverlangen gemäß Absatz 1 kündigt, es sei denn, die Kündigung ist nicht erfolgt, um der Stellung der Sicherheit zu entgehen. <sup>4</sup>Es wird vermutet, dass der Schaden 5 Prozent der Vergütung beträgt.

(6) Die Vorschriften der Absätze 1 bis 5 finden keine Anwendung, wenn der Besteller

1. eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist oder
2. eine natürliche Person ist und die Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung ausführen lässt; dies gilt nicht bei Betreuung des Bauvorhabens durch einen zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigten Baubetreuer.

(7) Eine von den Vorschriften der Absätze 1 bis 5 abweichende Vereinbarung ist unwirksam.