

Kanzlei am Steinmarkt

RAe Kuchenreuter, Dr. Stangl & Alt

Rundschreiben / Ausgabe 05/2008

Thema: Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB / Baurecht

1. Einleitung

Die Auftragnehmer am Bau scheuen immer noch die Geltendmachung einer Sicherheit nach § 648a BGB. Dies ist unverständlich, da es tägliche Praxis ist, dass der Auftragnehmer Zahlungsausfälle erleidet. Die Bauhandwerkersicherung gibt dem Auftragnehmer eine gesetzliche Sicherheit, um das Vorleistungsrisiko des Auftragnehmers zu reduzieren. Der Auftragnehmer ist am Bau unzureichend geschützt, da gem. § 946 BGB eingebaute Materialien in das Eigentum des Grundstückseigentümers (noch nicht einmal des eigenen Auftraggebers) übergehen. Gerade diese Schwäche des Gesetzes, erst Leistung, dann Geld, bei gleichzeitigem Verlust des Eigentums, hat dazu geführt, dass als Schutz durch den Gesetzgeber die Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB eingeführt wurde.

Diese hat einige Vorteile:

- Der Auftraggeber hat keinerlei Kosten für die Stellung einer Sicherheit nach § 648a BGB zu tragen.
- Der Auftraggeber kann – wenn er zahlungsfähig ist – bei den Banken eine entsprechende Bürgschaft kurzfristig erhalten.
- Der Auftragnehmer kann bei Vorliegen entsprechender Sicherheiten nach § 648a BGB Banken beruhigen, zumal der Avalrahmen häufig ausgeschöpft ist.
- Die Forderung einer Bürgschaft nach § 648a BGB ist kein Ausdruck von „Misstrauen“ sondern nur die Geltendmachung eines gesetzlichen Rechtes, das bewusst geschaffen worden ist.
- Die Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB kann vertraglich nicht ausgeschlossen werden.

Die vorstehenden Beispiele belegen, dass die Bauhandwerkersicherung eine echte Alternative ist, um sich abzusichern. Sie ist auch ein geeignetes Mittel, um auf diesem Wege eine Arbeitseinstellung zu erreichen.

Sinn und Zweck der Sicherheit ist es, dass der Auftragnehmer vom Auftraggeber für die zu erbringenden Vorleistungen bis zur Höhe des voraussichtlichen Vergütungsanspruchs abgesichert ist.

- Stellt der Auftraggeber die Sicherheit nicht innerhalb einer angemessenen Frist, kann der Auftragnehmer die Arbeiten einstellen. Nach Verstreichen einer weiteren ergebnislosen Nachfrist kann er den Bauvertrag sogar kündigen.
- Vereinbarungen, gleichgültig ob in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder als Individualvereinbarungen zur Aufhebung oder Umgehung dieser Regelung sind unwirksam.

2. Gesetzestext

Die am Bau Beteiligten sollten den Gesetzestext im Wortlaut lesen, um den Inhalt der Regelung zu begreifen. Häufig wird von der Bauhandwerkersicherung gesprochen, ohne dass aber eine vertiefte Kenntnis des Textes besteht:

§ 648a BGB – Bauhandwerkersicherung

(1) ¹Der 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. ²Sicherheit 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. ³Sie 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) ¹Die Sicherheit kann auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden. ²Das 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) ¹Der Unternehmer hat dem Besteller die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung bis zu einem Höchstsatz von 2 vom Hundert für das Jahr zu erstatten. ²Dies 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) ¹Leistet der Besteller die Sicherheit nicht fristgemäß, so bestimmen sich die Rechte des Unternehmers nach den §§ 643 und 645 Abs. 1. ²Gilt 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. ³Dasselbe 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. ⁴Es 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.

3. Anwendungsbereich

Aus dem Gesetzeswortlaut erschließt sich der Anwendungsbereich dieses gesetzlichen Sicherungsmittels:

BGB-Vertrag	Anwendbar Auch nach Vertragsabschlussverlangen möglich
VOB/B-Vertrag	Anwendbar Auch nach Vertragsabschlussverlangen möglich
Bauvorhaben/Bauherr	- nicht bei öffentlichen Auftraggebern - nicht bei Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung

Der Personenkreis, der eine Sicherheit nach § 648a BGB erfordern kann, ist weit. Es wird vom Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon gesprochen; vgl. § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB.

Dies bedeutet sämtliche Auftragnehmer, egal ob Hauptunternehmer, Generalunternehmer, Nachunternehmer, soweit sie das Verlangen gegenüber ihrem eigenen Auftraggeber richten, gehören zum Personenkreis. Auch Nachunternehmer können gegenüber ihren Auftraggebern, beispielsweise dem Generalunternehmer, die Sicherheit geltend machen. Die Sicherheit bezieht sich auch nicht nur auf Auftragnehmer des Bauwerks selbst, sondern auch auf Unternehmer für eine Außenanlage.

Bei öffentlichen Aufträgen können Generalunternehmer hierdurch in eine „Zwickmühle“ geraten. Sie selbst können gegenüber ihrem Auftraggeber eine Bauhandwerkersicherung nicht verlangen, da es sich um eine juristische Person des öffentlichen Rechts im Sinne des § 648a Abs. 6 BGB handelt. Der Generalunternehmer selbst ist aber seinerseits einer Forderung auf Sicherheit gemäß § 648a BGB dem eigenen Nachunternehmer ausgesetzt.

Entscheidend ist nämlich immer der direkte Auftraggeber in der Bauhandwerkerkette. Nicht entscheidend für die Anwendung des Ausnahmetatbestandes ist es, dass der letzte in der Kette, der Bauherr, öffentlicher Auftraggeber ist.

Hinweis:

Der Auftragnehmer kann die Sicherheit nicht einklagen! Interessant sind aber die „Nebenwirkungen“ des § 648a BGB.

Entweder erhält man eine Sicherheit oder hat die Möglichkeit, die Arbeit einzustellen bzw. den Vertrag zu kündigen.

4. Problemkreise der Bauhandwerkersicherung

Die Anwendung der Bauhandwerkersicherung soll tabellarisch dargestellt werden:

Problemkreis	Anmerkung	Tipps
Anwendungsbereich	Die Bauhandwerkersicherung gilt bei allen Werkverträgen, sowohl BGB und bei VOB/B. Das Recht des Auftragnehmers kann auch durch individuelle Vertragsvereinbarungen nicht ausgeschlossen werden.	Der Auftragnehmer kann auch bei gegenteiligen Formulierungen im Bauvertrag die Sicherheit verlangen. Die Bestimmung ist unwirksam, § 648a Abs. 7 BGB.
Vorleistungsrisiko	Das Vorleistungsrisiko des Auftragnehmers bestimmt sich aus: - der zu erbringenden Werkleistung bis zur jeweiligen Rechnungsstellung. - zusätzlich der in der Zahlungsfrist voraussichtlich zu erbringenden Leistung - zusätzlich der im Falle des Zahlungsverzugs mahnenden Nachfrist zu erbringenden Leistung - zusätzlich 10 % der ermittelten Summe für eventuelle Nebenforderungen	
Zeitpunkt der Geltendmachung	Dem Auftragnehmer kann das Sicherheitsverlangen jederzeit gestellt werden, also auch noch während des Bauablaufs.	Gerade bei länger dauernden Bauaufträgen sollte eine Sicherheit nach § 648a BGB eingefordert werden. Spätestens aber, wenn die ersten Zahlungsstockungen oder Verzögerungen eintreten, sollte die Sicherheit verlangt werden. Die Forderung sichert aber nur noch das bestehende Vorleistungsrisiko, d. h. die noch nicht bezahlten Leistungen einschließlich evtl. zu erledigender Mängelbeseitigungsarbeiten.
Arbeitseinstellung nach angemessener Fristsetzung	Als angemessen dürfte ein Zeitraum ab 10 Tagen sein. Dies ist ausreichend, um eine Sicherheit zu stellen.	Das Sicherheitsverlangen sollte schriftlich erfolgen und beweisbar zugehen. Bereits in diesem Schreiben sollte auf die drohende Arbeitseinstellung hingewiesen werden, wenn die Sicherheit nicht gestellt wird. Vorsorglich sollte die Einstellung der Arbeiten dem Auftraggeber dann auch angezeigt werden.
Kündigung nach erfolglosem Verstreichen einer angemessenen Nachfrist	Als angemessene Nachfrist wird ein Zeitraum von 4 bis 6 Werktagen angesehen. Vorsorglich sollte die Frist eher etwas länger bemessen werden, um keine Rechtsnachteile zu erleiden.	

	<p>Im Kündigungsfall kann ein pauschalierter Schadensersatz in Höhe von 5 % der Auftragssumme oder ein Schadensersatz in konkret nachgewiesener Höhe geltend gemacht werden.</p> <p>Der Ausspruch einer schriftlichen Kündigung ist nicht notwendig, da sich die Rechtsfolge bereits aus dem Wortlaut des § 648a Abs. 5 BGB ergibt.</p>	
Kostentragungspflicht	Die üblichen Kosten, die der Auftragnehmer zu tragen hat. Diese betragen 2 % pro Jahr.	
Widerrufsmöglichkeit der gestellten Sicherheit	Bei Widerruf der Sicherheit ist die vom Auftragnehmer zu erbringende Vorleistung nicht mehr gesichert. Deshalb ist der Auftragnehmer berechtigt, die Arbeit einzustellen und nach erneuter Stellung einer Sicherheit die Arbeit fortzuführen.	

Hinweis:

Der Auftragnehmer sollte bei Vertragsbeendigung unbedingt eine Abnahme fordern und ein Aufmaß verlangen. Dies dient zur Feststellung des Bautenstandes für den bereits erbrachten Teil.

5. Zusammenfassung

Die Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB wird am Bau stiefmütterlich behandelt. Tatsächlich ist es eine der wirksamsten Sicherungsinstrumente, sofern kein Einfamilienhausbau bzw. ein öffentlicher Auftraggeber vorliegt. Es bedarf keiner umfangreichen vertraglichen Vereinbarung zur Sicherheit, da es sich um ein gesetzliches Recht handelt. Dieses ist auch geschützt, da es nicht abgeändert werden kann. Dadurch wird das Vorleistungsrisiko reduziert.

Zudem bietet die Bauhandwerkersicherung die Möglichkeit, mit dem Druckmittel der Arbeitseinstellung zu arbeiten, ohne Gefahr zu laufen, jeglicher Einwendung ausgesetzt zu sein. Gerade bei Versuchen vieler Auftragnehmer, über eine nicht ausgeglichene Abschlagsrechnung zum Erfolg zu gelangen, zeigt sich die Schwerfälligkeit des Instruments. Es wird dann auftraggeberseitig häufig die Prüfbarkeit der Abschlagsrechnung bestritten, darauf hingewiesen, dass 18 Werkzeuge Fälligkeit vorgesehen sind und erst danach (nach einer Nachfristsetzung) ein Verzugseintritt möglich ist. Schließlich werden Mängel entgegengehalten.

Sicherheiten sind auch für den Auftragnehmer wichtig!

TIPP:

Auftragnehmer sollten, wenn schon nicht § 648a BGB gezogen wird, zumindest eine kleine Sicherheit (Bürgschaft) vereinbaren. Dabei genügt eine kleinere Summe.

Sinn und Zweck ist ein „Lackmustest“. Wer von einer Bank keine Bürgschaft erhält, hat Liquidationsprobleme.