

Rundschreiben 02/2012

Thema: Die Bauhandwerkersicherung am Bau, § 648a BGB / Baurecht

1. Einleitung

Der Gesetzgeber hat durch das Forderungssicherungsgesetz (FoSiG) die Bauhandwerkersicherung zu Gunsten des Auftragnehmers erheblich umgestaltet. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich allein auf die Neufassung des § 648a BGB, die gem. Art. 229 § 19 Abs. 1 EGBGB für alle Bauverträge gilt, die nach dem 01.01.2009 abgeschlossen worden sind.

Der mangelhafte Schutz des Auftragnehmers und die Grundsätze des § 946 BGB (eingebaute Materialien gehen in das Eigentum des Grundstückseigentümers über) führen bereits am 01.05.1993 dazu, dass der Gesetzgeber neben der seit langem bekannten Bauhandwerkersicherungshypothek 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 folgende Tatsachen 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.

Die nachfolgende Übersicht zeigt auf, dass der Anwendungsbereich der Vorschrift des § 648a BGB unabhängig vom Vertragstyp, d. h. BGB- oder VOB-Werkvertrag ist.

BGB-Vertrag	Mit Vertragsabschluss sowie nach Abnahme Verlangen nach Sicherheit gemäß § 648a BGB möglich
VOB/B-Vertrag	Mit Vertragsabschluss sowie nach Abnahme Verlangen nach Sicherheit gemäß § 648a BGB möglich
Bauvorhaben	Nicht anwendbar bei Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne eigene Einliegerwohnung („Häuslebauer“-Privileg) Nicht anwendbar bei Betreuung des Bauvorhabens durch einen zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigten Baubetreuer.
Auftraggeber	„Besteller“ ist jeder Auftraggeber eines Bauwerks, einer Außenanlage 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 Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung auszuführen sind (siehe vorstehend Bauvorhaben)

2. Bedeutung für die Praxis

In der Baupraxis ist die Bauhandwerkersicherung gem. § 648a BGB eine der effektivsten Sicherungsmitteln des Auftragnehmers. Sie gleicht die Schwächen der Bauhandwerkersicherungshypothek nach § 648 BGB aus.

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.

Gegenüber öffentlichen Auftraggebern hat die Sicherheit nach § 648a BGB keinerlei Bedeutung aufgrund einer entsprechenden Ausnahmenvorschrift, die nicht insolvenzfähige juristische Personen des öffentlichen Rechts und öffentlich rechtliches Sondervermögen ausdrücklich vom Anwendungsbereich ausnimmt.

3. Vereinbarung der Sicherheit

Die Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB muss als gesetzliches Sicherungsmittel nicht vereinbart werden.

Gem. § 648a Abs. 7 BGB ist eine Abweichung von den Vorschriften der Absätze 1 bis 5 nicht möglich. Abweichende Vereinbarungen sind unwirksam, gleichgültig, ob sie als Individualabrede oder als Allgemeine Geschäftsbedingung erfolgen. Dies gilt auch für Umgehungsversuche, in denen die Rechtsstellung des Auftragnehmers beschnitten wird, wenn er seine Rechte aus § 648a BGB geltend macht.

Beispiel:

Im Bauvertrag heißt es: „*Falls der Auftragnehmer Rechte aus § 648a BGB geltend macht, muss er in gleicher Höhe dem Auftraggeber eine Vertragserfüllungssicherheit gem. § 17 VOB/B stellen.*“

Eine derartige Vertragsgestaltung verstößt gegen § 648a Abs. 7 BGB und ist unwirksam, da ansonsten der Auftragnehmer an der Ausübung seiner Rechte gehindert ist¹. Nach einer zweifelhaften Entscheidung zu § 632a BGB a. F. soll eine Abrede dahingehend wirksam sein, wenn die Ausübung des Sicherheitsverlangens gem. § 648a BGB den Auftragnehmer auf die gesetzlichen Abschlagszahlungen nach § 632a BGB gegenüber § 16 VOB/B zurück wirft.

Beispiel:

Im Bauvertrag heißt es: „*Der Auftragnehmer erhält Abschlagszahlungen gem. § 16 Abs. 1 VOB/B, sofern er keine Sicherheit gem. § 648a BGB verlangt. In diesem Fall stehen ihm Abschlagszahlungen nur noch zu, wenn die Voraussetzungen des Gesetzes nach § 632a BGB erfüllt sind.*“

Diese Klausel belastet den Auftragnehmer erheblich, da bei einem Sicherheitsverlangen der Auftragnehmer so gut wie keine Abschlagsrechnung stellen kann, da die Altfassung des § 632a BGB a. F. kaum erfüllt war.

Die Bewertung derartiger Klauseln in Bauverträgen bereiten erhebliche Schwierigkeiten, die Entscheidungen der Gerichte sind nicht immer prognostizierbar.

4. Stellung der Sicherheit

Gem. § 648a Abs. 1 Satz 3 BGB hat seit der Neufassung dieser Vorschrift der sicherungsberechtigte Auftragnehmer nunmehr gegen den Auftraggeber einen *Anspruch auf Sicherheit*. Bei den Regelungen der §§ 648a Abs. 1 – 5 BGB handelt es sich gem. § 648a Abs. 7 BGB um zwingendes Recht. Weder individuell noch formularmäßig kann zu Lasten des Auftragnehmers abgewichen werden.

Die Anspruchsvoraussetzungen der Bauhandwerkersicherheitsleistung ergeben sich aus nachfolgender Übersicht:

Bauhandwerkersicherheitsleistung nach § 648a BGB

Voraussetzungen:

- Anspruchsinhaber: Unternehmer eines Bauwerks oder einer Freianlage
- Anspruchsgegner: Auftraggeber
- Anforderung einer Sicherheitsleistung in konkreter Höhe
- Fristsetzung zur Stellung der Sicherheitsleistung
-

¹ Schmitz, Sicherheiten für die Bauvertragsparteien, IBR-Reihe, Stand 09.06.2009, Rn. 453

Rechtsfolgen:

Wahlrecht:

- Arbeitseinstellung hinsichtlich der weiteren Leistungserbringung inkl. Mängelbeseitigung und/oder
- Einklagen der Sicherheit oder
- Kündigung des Bauvertrages

Im Einzelnen zu den Tatbestandsvoraussetzungen der Bauhandwerkersicherheitsleistung:

Sicherungsberechtigter Auftragnehmer:

Sicherungsberechtigt ist jeder Unternehmer eines Bauwerks oder von Außenanlagen oder von Teilen hiervon, § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB. Der Anspruchsberechtigte muss „Unternehmer eines Bauwerks“ sein. Anspruchsberechtigt ist in jedem Fall, wer durch Verwendung von Arbeit und Materialien in Verbindung mit dem Erdboden eine unbewegliche Sache herstellt.

Baustofflieferanten unterfallen daher nicht dieser Vorschrift und besitzen insoweit keinen Anspruch.

Da § 648a BGB im Gegensatz zu § 648 BGB keine Werterhöhung des Baugrundstücks mittelbar voraussetzt, fallen auch der planende Architekt und sonstige Fachleute in den Kreis der sicherungsberechtigten Personen, selbst wenn mit dem Bau noch nicht begonnen wurde.

Sicherungsberechtigt sind auch landschaftsgestalterische Arbeiten, Gartenarbeiten oder der Sportplatzbau².

Da die Vorschrift des § 648a BGB anders als § 648 BGB nicht nur das Eigentum des Auftraggebers am Grundstück voraussetzt, sind auch Nachunternehmer sicherungsberechtigte Auftragnehmer³.

Nicht der Vorschrift unterfällt der Baustofflieferant, da es sich hierbei um eine rein kaufvertragsrechtliche Beziehung handelt. Ebenfalls nicht unter die Vorschrift fällt ein Bauträger, mangels entsprechenden Schutzbedürfnisses, da sie auf ihrem eigenen Grundstück bauen, das sie erst nach vollständiger Zahlung übereignen⁴.

Auftragnehmer, die dagegen bloße Abbruch-, Rodungs- oder vergleichbare Vorbereitungsarbeiten, beispielsweise Gerüst, erbringen, können keine Sicherheit nach § 648a BGB fordern.

MERKE:

Anspruchsinhaber:

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

Anspruchsinhaber sind nicht:

- Abbruch-, Rodungs-, Gerüstunternehmer (isolierte Beauftragung)
- Baustoffhändler weil Kaufvertrag
- Bauträger

² Kimmich, Bach, VOB für Bauleiter, Rn. 1850, 3. Auflage 2009; Schmitz, Sicherheiten für die Bauvertragsparteien, IBR-Reihe, Stand 09.06.2009, Rn. 356

³ Schmitz, Sicherheiten für die Bauvertragsparteien, IBR-Reihe, Stand 09.06.2009, Rn. 357

⁴ Schmitz, Sicherheiten für die Bauvertragsparteien, IBR-Reihe, Stand 09.06.2009, Rn. 359

MERKE:

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.

Sicherungsverpflichtete Auftraggeber:

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.
Die **Ausnahmevorschrift** in § 648a Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 BGB sieht vor, dass **nicht insolvenzfähige** juristische Personen des öffentlichen Rechts und öffentlich-rechtliche Sondervermögen **nicht sicherungsverpflichtet** sind. Hierunter fallen gem. § 12 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 InsO der **Bund** und die **Länder** sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts, die der Aufsicht eines Landes unterliegen, wenn das Landesrecht bestimmt, dass ein Insolvenzverfahren über das Vermögen dieser juristischen Person unzulässig ist. Zu den nicht insolvenzfähigen öffentlichen Auftraggebern gehören insbesondere:
 - Gemeinden
 - Gemeindeverbände
 - Landkreise
 - Kommunale Zweckverbände
 - Kirchen und Religionsgemeinschaften
 - Sonstige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, soweit diese aufgrund gesetzlicher Regelungen insolvenzunfähig sind.**Nicht** unter die Ausnahmevorschrift des § 648a Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 BGB fallen **privatrechtlich organisierte öffentliche Auftraggeber**. Denn sie sind grundsätzlich insolvenzfähig (vgl. § 12 Abs. 1 InsO).
- 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.

MERKE:**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.

Sicherungsfähige Ansprüche:

Gem. § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB sind abgesichert die vereinbarte und nicht bezahlte Vergütung oder „Surrogate“, vgl. § 648a Abs. 1 Satz 2 BGB. Es handelt sich hierbei um Ersatzansprüche, die an die Stelle der Vergütung treten können.

Dies sind etwa Ansprüche aus §§ 281 Abs. 1 Satz 2 und 3, 643, 645 Abs. 1, 648a Abs. 5 Satz 2, 649 Satz 2 BGB oder aus § 9 Abs. 3 VOB/B.

Nach der Gesetzesbegründung soll entgegen dem Wortlaut auch ein Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB ausnahmslos sicherbar sein.

Absicherungsfähig sind auch alle Ansprüche aus Zusatzvereinbarungen. Hierunter fallen Vereinbarungen über geänderte und zusätzliche Leistungen, aber auch entsprechende einseitige Anordnungen der Auftraggeber. Die Vergütungsansprüche stützen sich auf §§ 2 Abs. 5, 2 Abs. 6 VOB/B und können zumindest geschätzt werden.

Höhe der Sicherheit, Gegenforderungen:

Sicherheit kann in Höhe der offenen voraussichtlichen Vergütung zuzüglich einer Pauschale von 10 % für Nebenforderungen verlangt werden.

Der voraussichtliche Vergütungsanspruch ergibt sich beim Pauschalpreisvertrag aus dem vereinbarten Preis, bei Einheitspreis- und Stundenlohnverträgen aus einer Schätzung anhand der Grundlagen bei Vertragsschluss, z. B. aus den vorläufig angenommenen Massen und den vereinbarten Einheitspreisen bzw. dem abschätzenden Volumen von Stundenlohnarbeiten. Hinzu kommt grundsätzlich die Umsatzsteuer⁵. In den Nachunternehmerfällen kommt es zu einer Umkehr der Umsatzsteuerschuld auf den Leistungsempfänger, also dem Auftraggeber. In derartigen Fällen besteht der „voraussichtliche Vergütungsanspruch“ des Auftragnehmers nur in der Nettohöhe ohne Umsatzsteuer, so dass er auch nur in diesem Umfang Sicherheit verlangen kann⁶.

Lediglich tatsächlich geleistete Voraus-, Abschlags- und Schlusszahlungen reduzieren die Sicherungshöhe. Denn nur in dieser Höhe besteht das „Vorleistungsrisiko“ des Auftragnehmers nicht mehr.

Auch Mängel beeinflussen die Höhe des Sicherungsverlangens nicht, wenn und soweit sich der Auftragnehmer noch die hierauf anfallende Vergütung durch Nacherfüllung „verdienen“ kann, § 648a Abs. 1 Satz 3 BGB. Selbst wenn Erfüllungs- und Mängelansprüche in Geld übergegangen sein sollten, bleiben sie gem. § 648a Abs. 1 Satz 4 BGB der Höhe nach unberücksichtigt, es sei denn, sie sind unstreitig oder rechtskräftig festgestellt.

Ein überhöhtes Sicherungsverlangen des Auftragnehmers ist regelmäßig nicht unwirksam; der Auftraggeber muss in der Höhe eine Sicherheit stellen, in welcher sie für ihn feststellbar ist.

⁵ Schmitz, Sicherheiten für die Bauvertragsparteien, IBR-Reihe, Stand 09.06.2009, Rn. 381

⁶ Schmitz, Sicherheiten für die Bauvertragsparteien, IBR-Reihe, Stand 09.06.2009, Rn. 382

MERKE:

Die Höhe der Sicherheit orientiert sich am Vergütungsanspruch für erbrachte sowie für noch zu leistende Arbeiten.

./.. erhaltene Zahlungen

./.. einer bestehenden Gegenforderung, sofern diese unstreitig oder rechtskräftig festgestellt ist.

Die Neufassung des § 648a Abs. 1 Satz 4 BGB hat drohende Risiken durch etwaige Gegenansprüche beseitigt. Das frühere Streitpotential bei der Altfassung besteht nicht mehr.

Art der 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 Zahlungsversprechens 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 Leistungen. Kraft Gesetz entsteht dieses Widerrufsrecht nicht, sondern nur aufgrund ausdrücklichen Vorbehalts des Bürgen.

MERKE:

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.

Zeitpunkt des Sicherungsverlangens:

Gem. § 648a Abs. 2 Satz 2 BGB ist nunmehr ausdrücklich klargestellt, dass Sicherheit auch noch nach Abnahme, also letztlich jederzeit verlangt werden kann.

Der Auftragnehmer kann die Sicherheit daher bereits unmittelbar nach Vertragsabschluss, also schon vor Beginn der Leistungsausführung verlangen. Empfehlenswert ist ein frühzeitiges Sicherungsverlangen bei Zweifeln an der Bonität des Auftraggebers. Hier sollte bereits schon vor Arbeitsaufnahme an ein Sicherungsverlangen gedacht werden.

Folglich kann der Auftragnehmer mit Vertragsabschluss während der gesamten Bauphase, bis hin zum Zeitpunkt nach Abnahme, solange er nicht entsprechend vollständig ausgeglichen ist, ein Sicherheitsverlangen nach § 648a BGB stellen.

MERKE:

Dem Auftragnehmer ist zu empfehlen, so frühzeitig wie möglich ein Sicherheitsverlangen zu stellen, um das Ausfallrisiko zu minimieren. Im Krisenfall gilt: „Je früher, desto besser“.

Die Forderung nach einem Sicherheitsverlangen ist eine einfache Möglichkeit, entweder eine Sicherheit zu erhalten, oder zu einer Arbeitseinstellung zu gelangen, ohne mit Gegenrechten, beispielsweise aus Mängeln, konfrontiert zu werden.

Eine frühzeitige Geltendmachung lohnt sich auch im Insolvenzfall, da bestimmte Insolvenzanfechtungstatbestände neben der subjektiven Kenntnis des Gläubigers von der finanziellen Situation des Insolvenzschuldners (Auftraggeber) auch vom Zeitpunkt des Sicherheitserhalts abhängen. Es droht ansonsten, trotz Sicherheit, eine Insolvenzanfechtung seitens des Insolvenzverwalters.

Kostentragung der Sicherheit:

Nach § 648a Abs. 3 Satz 1 BGB trägt der Auftragnehmer die Kosten der gestellten Sicherheit, wobei der jährliche Kostenersatz auf 2 % der Nominalhöhe der Sicherheit begrenzt wird. Typischerweise handelt es sich um die vom Auftraggeber an sein Kreditinstitut für die Stellung einer Bürgschaft zu entrichtenden Avalprämie.

Der Auftraggeber kann, da sich sein Erstattungsanspruch aus dem Gesetz ergibt, die Stellung der Bürgschaft nicht von einer Kostenübernahmeerklärung des Auftragnehmers abhängig machen. Erweisen sich die Einwendungen des Auftraggebers gegen die vom Auftragnehmer geltend gemachten, von der Sicherheit nach § 648a BGB abgesicherten Ansprüche als unberechtigt und unterbleibt deshalb mangels Zahlung eine vorzeitige Rückgabe der Sicherheit, so trägt ausnahmsweise der Auftraggeber die Kosten der Sicherheit, § 648a Abs. 3 Satz 2 BGB.

MERKE:

Die Kosten der Sicherheit bis maximal 2 % pro Jahr trägt der Auftragnehmer.

5. Rechtsfolgen der Nichteinstellung

Leistet der Auftraggeber trotz Aufforderung binnen angemessener Frist keine Sicherheit, so kann der Auftragnehmer gem. § 648a Abs. 5 Satz 1 BGB nach seiner Wahl:

- die Arbeit einstellen und die weitere Leistungserbringung inkl. Mängelbeseitigung verweigern und/oder
- Klage auf Stellung der Sicherheit erheben oder
- Kündigung des Vertrages aussprechen.

Aus dem Gesetzeswortlaut lässt sich nicht entnehmen, dass der Auftragnehmer mit der Aufforderung den Auftraggeber warnen und eine bestimmte Maßnahme ankündigen muss⁷.

⁷ Althaus, Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, Teil 7, Rn. 42; BT-Drs 16/511, S. 17; a. A.: Hildebrandt BauR 2009, 4, 12

Im Einzelnen:

Leistungsverweigerungsrecht:

Der Auftragnehmer braucht weder mit seinen Leistungen zu beginnen, diese fortzusetzen oder Mängel zu beseitigen. Kraft Gesetz werden alle Leistungspflichten des Auftragnehmers suspendiert. Er kann auch nicht in Verzug geraten⁸.

Das Leistungsverweigerungsrecht entfällt wieder, wenn der Auftraggeber nachträglich die geforderte Sicherheit stellt.

⁹

Im Falle einer teilweisen Sicherheitsstellung gilt § 320 Abs. 2 BGB analog, so dass das Leistungsverweigerungsrecht nur dann entfällt, wenn die Sicherheit geringfügig hinter der berechtigten geforderten Anforderungshöhe zurück bleibt¹⁰.

Klage auf Sicherheit:

Der Auftragnehmer kann die Sicherheit einklagen, wobei er beim Klageantrag das dem Auftraggeber nach den §§ 262 ff. BGB eröffnete Wahlrecht, welche Sicherheit er stellen will, beachten muss. Erst in der Zwangsvollstreckung geht das Wahlrecht des Auftraggebers nach § 264 BGB auf den Auftragnehmer über¹¹.

Eine Urkundenklage auf Stellung der Sicherheit wäre unzulässig, da keine Geldforderung verlangt wird¹².

Kündigung:

Statt vom Leistungsverweigerungsrecht oder von der Klage auf Sicherheit Gebrauch zu machen, kann der Auftragnehmer den Vertrag kündigen. Die Kündigung beendet den Bauvertrag nach allgemeinen Grundsätzen nur für die Zukunft. Erfüllungs- und Mängelansprüche hinsichtlich des bis dahin erbrachten Teilwerks bleiben also unberührt¹³.

Im Gegensatz zur früheren Rechtslage verliert der Auftragnehmer auch nicht automatisch sein „Erfüllungs- und Mängelbeseitigungsrecht“, alle Mängelansprüche werden auch nicht automatisch in Geld umgewandelt. Die Schlussrechnung des Auftragnehmers wird erst nach Abnahme zur Zahlung fällig¹⁴.

Der Auftragnehmer kann letztlich das Dilemma, für die Mängelbeseitigung zur Erreichung der Abnahmereife doch wieder in Vorleistung zu gehen, nur dadurch lösen, dass er hinsichtlich der Mängel ein zweites Mal Sicherheit nach § 648a BGB fordert und nach fruchtlosem Fristablauf den Vertrag hinsichtlich der Mängelbeseitigung nochmals kündigt¹⁵.

Für die Berechnung der Vergütung gelten nach § 648a Abs. 5 Satz 2 und 3 BGB nunmehr die Grundsätze für eine „freie Auftraggeberkündigung“ nach § 649 BGB.

Der Auftragnehmer kann für das erbrachte Teilwerk anteilig die vereinbarte Vergütung für das noch nicht erbrachte Teilwerk, anteilig dessen Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen und abzüglich anderweitiger bzw. böswillig unterlassener anderweitiger Verwendung seiner

⁸ Althaus, Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, Teil 7, Rn. 43 m. w. N.

⁹ Althaus, Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, Teil 7, Rn. 43 m. w. N.

¹⁰ Althaus, Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, Teil 7, Rn. 43 m. w. N.

¹¹ Althaus, Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, Teil 7, Rn. 44

¹² Althaus, Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, Teil 7, Rn. 44

¹³ Althaus, Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, Teil 7, Rn. 45

¹⁴ Althaus, Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, Teil 7, Rn. 45

¹⁵ Althaus, Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, Teil 7, Rn. 45

Arbeitskraft verlangen. Die Schlussrechnung des Auftragnehmers ist daher faktisch zweigeteilt, wie beim gekündigten Bauvertrag.

Für die anteilige Vergütung für das nicht mehr erbrachte Teilwerk enthält § 648a Abs. 5 Satz 3 BGB nunmehr eine Vermutung, dass dem Auftragnehmer die 5 % hiervon zustehen¹⁶.

Die Vermutung ist widerlegbar.

Verwertung der Sicherheit:

Die Sicherheit nach § 648a BGB, falls sie gestellt wurde, kann nur nach Eintritt der unter in § 648a Abs. 2 Satz 2 BGB genannten Voraussetzungen (Anerkenntnis oder vorläufig vollstreckbares Urteil hinsichtlich des Vergütungsanspruchs und Eintritt der Vollstreckungsvoraussetzung) verwertet werden. Erst dann wird der Bürgschaftsanspruch fällig¹⁷.

Es besteht daher ein Bedürfnis, den Bürgen bereits vor Fälligkeit an das Ergebnis des Vergütungsrechtsstreits des Auftragnehmers gegen den Auftraggeber zu binden. Eine Streitverkündung wäre unzulässig und damit unwirksam. Die Bindung ist aber dadurch möglich, dass der Auftragnehmer den Bürgen zugleich mit einem Feststellungsantrag mit verklagt¹⁸.

6. Zusammenfassung

Die Sicherungsmöglichkeit über § 648a BGB ist eine der schärfsten Waffen, die das Gesetz zu Gunsten des Auftragnehmers kennt. Leider wird von diesem Mittel, teils aus Unkenntnis, teils aus Angst vor Liebesentzug, entweder kein oder verspätet Gebrauch gemacht. Dies ist unverständlich, wenn andererseits eine Vielzahl von Forderungsausfällen beklagt werden.

¹⁶ Althaus, Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, Teil 7, Rn. 45

¹⁷ Althaus, Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, Teil 7, Rn. 50

¹⁸ Althaus, Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, Teil 7, Rn. 50