

# Wer schreibt der bleibt!

## Sicherung der Vergütung – Die Bauhandwerkersicherheitsleistung

Rechtsanwalt Felix Hapig und Dipl.-Ing. Ralf Papendick, Leer



Nach der Bauhandwerkersicherungshypothek gemäß § 648 BGB wird in diesem Beitrag die Bauhandwerkersicherheitsleistung nach § 648a BGB vorgestellt. Diese gibt dem Bauwerkunternehmer ein weiteres Sicherungsmittel an die Hand, welches ihm wahlweise zur Verfügung steht. Es sollte vom Gesetzgeber hierdurch ein möglichst einfaches Mittel zur Sicherung des vorleistungspflichtigen Unternehmers geschaffen werden. Gelungen ist dies nur teilweise. Aber richtig und konsequent angewandt kann der Handwerker die Regelung des § 648a durchaus zu seinem Vorteil einsetzen.

*„Wer den Boden im Wasser nicht sieht,  
der lasse den Fuß heraus.“*

Deutsches Sprichwort

Vereinfacht gesagt kann der Unternehmer gem. § 648a BGB eine Sicherheit für den vereinbarten und noch nicht gezahlten Werklohn fordern. Verlangt er dies unter Fristsetzung und erhält die Sicherheit nicht, kann er die Arbeit einstellen oder gar den Vertrag kündigen. Die Sicherheit nach § 648a BGB kann der Unternehmer nur verlangen, solange er noch nicht anderweitig gesichert ist. Hat er also bereits erfolgreich eine Hypothek eintragen lassen oder liegt ihm bereits eine vertragliche Bürgschaft vor, so kann er daneben nicht auch noch eine solche nach § 648a verlangen. Da die Sicherheit nach § 648a allerdings recht einfache Voraussetzungen hat, bietet sie sich als Sicherungsmittel vorrangig an.

### Die Voraussetzungen

Berechtigt die Sicherung zu verlangen ist jeder Unternehmer eines Bauwerks. Damit sind alle diejenigen erfasst, die auf Grund eines Werkvertrages werterhöhend für das Bauwerk tätig werden. Kauf-, Dienst- oder Werklieferungsverträge reichen nicht aus. Der Fensterbauer, der zwar herstellt und liefert aber nicht einbaut, scheidet also wiederum aus. Ebenso ist nach einem Beschluss des BGH davon auszugehen, dass der Gerüstbauer ebenfalls nicht in den Anwendungsbereich des § 648a BGB fällt, ebenso wenig wie der Abbruchunternehmer. Wissenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Sicherung nach § 648a BGB auch dem Subunternehmer zusteht, ebenso wie dem Garten- und Landschaftsbauer oder dem Architekten. Anspruchsgegner ist der Besteller, also derjenige, der den Auftrag erteilt. Im Verhältnis zum Subunternehmer ist der Hauptunternehmer als der Besteller anzusehen. Anders als bei der Sicherungshypothek kommt es auf das Eigentum am Grundstück oder Bauwerk nicht an. Keinen Anspruch auf Sicherung nach § 648a BGB hat der Unternehmer gegen die öffentliche Hand. Grund dafür ist, dass der Gesetzgeber hier bislang kein Insol-

venzrisiko gesehen hat. Wie lange diese Meinung noch aufrechterhalten werden kann, ist fraglich. Praktisch relevanter ist allerdings der Vorbehalt, dass auch dann eine Sicherheit nach § 648a BGB ausscheidet, wenn der Auftraggeber eine natürliche Person ist, also ein „Privatmann“, der die Arbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung ausführen lässt. Ebenso wenig findet die Vorschrift bei Errichtung einer Eigentumswohnung Anwendung. Hier sah der Gesetzgeber das Vorleistungsrisiko des Unternehmers als überschaubar an, da private Bauherren schließlich auch persönlich mit ihrem gesamten Vermögen haften.

Sicherung erhalten kann der Unternehmer „für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen“. Dies gilt sowohl vor, als auch nach der Abnahme. Sind Ratenzahlungen vereinbart, verringert sich der Anspruch nur insoweit, als bereits Zahlungen geleistet wurden. Zu Beginn eines Auftrags deckt sich damit der Anspruch aus § 648a BGB mit der vollen geschuldeten Vergütung für den Auftrag. Während der Bauausführung und nach bereits erhaltenen Abschlagszahlungen verringert sich somit der Anspruch. Die genaue Höhe des Anspruchs lässt sich dann nicht immer so einfach ermitteln, insbesondere dann wenn der Auftraggeber Mängel- oder Minderungsrechte geltend macht.

Was also hat es für Folgen, wenn der Unternehmer eine im Einzelfall zu hoch bemessene Sicherheit fordert? Diese Forderung darf der Auftraggeber in jedem Fall nicht einfach ignorieren. Vielmehr ist es dann Sache des Auftraggebers, innerhalb der ihm gesetzten Fristen zu reagieren und eine nach seiner Auffassung angemessene Sicherheit anzubieten. Versäumt er dies oder lehnt die geforderte Sicherheit lediglich als zu hoch ab, so hat der Unternehmer nach Ablauf der Frist wiederum die Möglichkeit, die Arbeiten einzustellen oder gar zu kündigen.

Mängel an der Werkleistung alleine ändern an dem Anspruch auf Sicherung nichts. Dies gilt jedenfalls so lange, wie der Unternehmer in der Lage und bereit ist, die Mängel zu beseitigen. Etwas Anderes gilt nur, wenn der Auftraggeber bereits einen unstreitigen Anspruch auf Schadensersatz oder Minderung gegen den Unternehmer hat. Ein solcher ist bei dem Sicherungsverlangen zu berücksichtigen.

Das Verlangen nach Sicherheit sollte stets schriftlich gestellt werden. Am besten sogar per Einschreiben mit Rückschein, da der Unternehmer den Zugang sowie den Zeitpunkt des Zugangs beweisen können muss, wenn dies von der Gegenseite bestritten wird. Sofern die Sicherheit nicht gestellt wird, kann der Unternehmer seine Leistung zunächst einmal verweigern. Dieses Recht kann auch nicht etwa vertraglich ausgeschlossen werden. Ebenso wenig kann der Besteller in dieser Situation Mängel im Wege der Ersatzvornahme beseitigen. Der Besteller kann allerdings nun auch seinerseits den Vertrag kündigen. Dann aber stehen dem Unternehmer alle Rechte aus § 649 BGB zu. Das bedeutet, der Besteller schuldet auch weiterhin, trotz seiner Kündigung, die volle Vergütung für die erbrachten Leistungen als auch den entgangenen Gewinn.

Immer wieder kommt es bei Anwendung des § 648a BGB zu einer Pattsituation. Der Unternehmer weigert sich, weiter zu arbeiten, da er seine Sicherheit nicht erhalten hat. Der Besteller weigert sich eine Abschlagszahlung zu leisten, weil angeblich Mängel vorhanden sind. Was nun? Der Unternehmer kann diese Situation aus eigener Kraft beenden. Nach der Rechtsprechung des BGH kann der Unternehmer eine Nachfrist setzen und hierdurch zu einer endgültigen Abrechnung gelangen. Er muss diese Fristsetzung mit der Ankündigung verbinden, danach seine Vertragserfüllung zu verweigern. Erhält er auch während der Nachfrist seine Sicherheit nicht, kann er anschließend kündigen und auch bei mangelfhafter Leistung Abrechnung verlangen.

Tatsächlich bestehende Mängel werden dann natürlich vom Werklohn abgezogen. Eine Abnahme ist ausnahmsweise nicht erforderlich. Nach erfolgter Kündigung hat der Unternehmer außerdem noch den Anspruch auf Ersatz seines sog. Vertrauensschadens. Dieser lässt sich in aller Regel sehr schwer beziffern und v.A. schwer beweisen. Er wird allerdings in Höhe von 5 % der vereinbarten Vergütung gesetzlich vermutet. Wenigstens diesen Teil wird man also noch geltend machen können.

Insgesamt stellt sich die Regelung des § 648a BGB somit als wirksames Mittel dar, wenn der Unternehmer feststellt, die ersten Abschlagszahlungen bleiben aus oder der Auftraggeber kommt mit immer neuen Mängelausreden. Der Unternehmer kann dann durch die Sicherheitsanforderung Klarheit schaffen und sich eventuell auch elegant ganz von dem Vertrag lösen ohne Schadensersatzforderungen fürchten zu müssen. Dies kann häufig vor größerem Schaden bewahren.

## Angewandte Psychologie – die praktische Seite

Selbst diplomatisch Hochbegabte dürften ihre Schwierigkeiten in der praktischen Umsetzung dieses Instrumentes „Bauhandwerkersicherheitsleistung“ haben. Wie bereits im ersten Teil „Die Bauhandwerkersicherungshypothek“ erwähnt wurde, ist die konsequente Anwendung „irgendwie unangenehm“. Man stellt die Kreditwürdigkeit des Auftraggebers in Frage und „beleidigt“ damit die Hand, die einen füttert. Da in den meisten Fällen in unmittelbarer Nähe des Bauherrn auch ein zuständiger Architekt vertreten ist, tritt man diesem Partner ebenfalls



Abb. 1: Handwerker David gegen Auftraggeber/Investor Goliath (Quelle: Internet) – gut gerüstet gegen unfaire Gegner sein und im richtigen Moment handeln, bleibt nicht jedem vergönnt.

mächtig auf die Füße. Kurzum, die Bauhandwerkersicherheitsleistung ist etwas Ungewöhnliches und sollte, wenn überhaupt, nur dann zum Einsatz kommen wenn:

- der Auftraggeber dubios ist und/oder dem AN (Auftragnehmer) vollkommen unbekannt ist,
- der Auftraggeber als „Wackelkandidat“ bekannt ist,
- der Auftraggeber auffällig anhänglich ist und unbedingt den Auftrag, koste es was es wolle, mit mir (dem Auftragnehmer) abwickeln will.

Wenn also irgendwelche Zweifel bestehen, Gerüchte umhergehen, Warnungen ausgesprochen werden, Ungereimtheiten beste-

hen, das Bauchgefühl plagt, Auskünfte verweigert werden oder Auskünfte einfach nicht eingeholt werden können, Informationen fehlen und Ähnliches mehr, dann kann und sollte sich der Unternehmer in jedem Fall absichern. Für den Fall, dass man sich mit dem Schritt „Handwerkersicherheitsleistung“ ins Fettnäpfchen begeben hat, sei angemerkt: dann ist das ebenso. Man verliert im allerschlimmsten Fall gar nichts (nur den einen Kunden, der uns unseren Schlaf geraubt hat).

Warum grundsätzlich Vorsicht geboten ist, soll am Ungleichgewicht der am Bau beteiligten Parteien (AG und AN) nachfolgend dargestellt werden. Welche Erwartungen werden dabei i.A. an den Auftragnehmer (AG) gestellt, und wie sehr begibt er sich ins Risiko? Hierbei soll lediglich deutlich gemacht werden (Stichwort „Sensibilisierung“) wie sehr man sich als Unternehmer/Handwerker in eine Sache rechtlich und fachlich „hineinhängt“.

Der Handwerker (gemeint ist hiermit jener Typ Handwerker, der ehrlich und korrekt ist und dem Stand der Technik entsprechend eine gute Leistung abliefern möchte) muss

- zuallererst und vor allen Dingen das Leistungsverzeichnis und/oder die Baubeschreibung richtig gelesen und verstanden haben (einschl. aller Vorbemerkungen und Hinweise),
- einen korrekten und marktüblichen und betriebswirtschaftlich gesunden Preis kalkulieren,
- im Falle einer Auftragspauschalierung die Massen des gesamten Objektes korrekt ermittelt und geprüft haben (an Hand der vorliegenden Bauzeichnungen und Details, die ebenfalls richtig interpretiert und verstanden werden müssen),

Abb. 2: Musterbrief 1 – So könnte das Anfordern einer Sicherheitsleistung für den eigenen Vergütungsanspruch aussehen.

<b>Absender</b>	<b>Bauvorhaben:</b>
	<b>in:</b>
	<b>Gewerk:</b>
	<b>Datum:</b>
<b>Adressat</b>	<b>Sachbearbeiter:</b>
<b>Vorleistungssicherheit gemäß § 648a BGB</b>	
Sehr geehrte _____,	
Sie haben uns am _____ mit der Ausführung von Bauleistungen an o.a. Bauvorhaben beauftragt. Hierfür müssen wir erhebliche Vorleistungen erbringen.	
Zur Absicherung unseres damit verbundenen finanziellen Risikos dürfen wir Sie unter Hinweis auf § 648a BGB bitten, uns als geeignete Sicherheit eine selbstschuldnerische, unbefristete und unwiderrufliche Bürgschaft eines anerkannten Kreditinstitutes über _____ Euro zu übermitteln. Dieser Betrag entspricht unserem Vorleistungsrisiko bis zum voraussichtlich nächsten Zahlungseingang.	
Wir setzen Ihnen hiermit eine Frist, die geforderte Sicherheit bis zum _____ zu übermitteln.	
Mit freundlichen Grüßen	

Abb. 3: Musterbrief 2 – So könnte die Ablehnung des Auftraggebers aussehen.

<b>Absender</b>	<b>Bauvorhaben:</b>
	<b>in:</b>
	<b>Gewerk:</b>
	<b>Datum:</b>
<b>Adressat</b>	<b>Sachbearbeiter:</b>
<b>Ihr Wunsch nach Sicherheitsleistung gemäß § 648a BGB</b>	
Sehr geehrte _____,	
mit Ihrem Schreiben vom _____ haben Sie uns gebeten, Ihnen eine sog. Vorleistungssicherheit für Ihre Werklohnforderungen aus o.a. Bauvorhaben zu übermitteln.	
Wir gestatten uns hierzu den Hinweis, dass wir nach § 648a BGB nicht verpflichtet sind, eine derartige Sicherheit beizubringen.	
<input type="checkbox"/> Als juristische Person des öffentlichen Rechts (bzw. öffentlich-rechtliches Sondervermögen) <sup>1)</sup>	
<input type="checkbox"/> Als natürliche Person, die die Bauarbeiten zur Herstellung/Instandsetzung eines Einfamilienhauses ausführen lässt, <sup>1)</sup>	
brauchen wir nach der gesetzlichen Regelung für Ihre Vorleistungen keine Sicherheit zu leisten. Dies soll natürlich nicht bedeuten, dass wir unseren Zahlungsverpflichtungen nicht ordnungsgemäß nachkommen.	
Mit freundlichen Grüßen	

- die Auftragsverhandlung bestehen (mit allen Zugeständnissen wie z.B. Nachlässen, Skontoabzügen, Terminzusagen, Qualitätsstandards u.A.),
- sich zeitlich an die Preise seiner Offerte binden bis zu einem vom AG gewünschten/vordiktierten Termin,
- Vorbehalte und Widersprüche erkannt haben und sie benennen,
- mit Material und Manpower in Vorleistung treten,
- eine Bauversicherung abschließen,
- eine Vertragsstrafe nach VOB/B § 11 erdulden/akzeptieren,
- mittels einer zu erbringenden Gewährleistungsbürgschaft die einbehaltene Sicherheitssumme (z.B. 5 % der Brutto-Schlussrechnungssumme) ablösen (Bürgschaft kostet Geld),
- die Schlussrechnung fehlerfrei und vor allen Dingen vollständig und lückenlos aufstellen,
- womöglich eine Vertragserfüllungsbürgschaft vorlegen,
- Termine einhalten,
- bei der Abnahme die Nerven behalten, weil Mängellisten (die auch für die Leistungen der netten, bereits entlohnten und nicht mehr anwesenden Nachunternehmer gelten) oftmals

umfang- und damit folgenreich sind. Die Beseitigung der Mängel ist ebenfalls mit Kosten und Stress verbunden,

- auf die Zahlung der Schlussrechnung warten, bis alle Mängel abgearbeitet worden sind (auch die der netten Nachunternehmer, die bereits bezahlt worden sind),
- die Zeit der Gewährleistung (VOB 4 Jahre, BGB 5 Jahre) überstehen.

So weit so gut, oder besser gesagt, soweit ist das gar nicht unbedingt gut. Dieses vorgenannte Ungleichgewicht ist sicherlich sehr negativ formuliert zusammengestellt worden, zeigt aber, dass es genügend Gefahren-, Fehler- und Risikoquellen gibt, und dass es erforderlich ist, jeden Handwerker für die wenigen Instrumente zur eigenen Absicherung zu sensibilisieren, aufzuklären und zu schulen.

### Fazit

Die Bauhandwerkersicherung ist und bleibt ein Mittel, das in der Praxis eher selten Anwendung finden wird. Für diejenigen, die gern mit der ganzen Tür ins Haus fallen oder im Fettnäpfchen-Stepptanz regelmäßig punkten, soll an dieser Stelle ein anderes, sehr gewichtiges Werkzeug genannt wer-

den: die Abschlagsrechnung! Wer rechtzeitig und in Verbindung mit einem zuvor erstellten Zahlungsplan Abschlagszahlungen verschickt, kann beim Ausbleiben von Zahlungen schadensbegrenzend die Reißleine ziehen und aussteigen.

Dieses Barometer ist im Ernstfall eine Absicherung nach unten hin. In der Praxis werden Abschlagszahlungen viel zu spät oder aber zu Beginn recht früh gestellt und dann verbummelt. Gibt es Probleme, ist der Schaden bereits zu groß.

Womöglich besser als die Bauhandwerkersicherung ist also die frühe Abschlagsrechnung, die in der Summe auf jeden Fall die bis dato aufgelaufenen Kosten abdecken sollte. Über einen zuvor vereinbarten Zahlungsplan kann und sollte jede Form von Überraschung im Sinne von „Was, jetzt schon eine Rechnung? Sie haben doch gerade erst mit ihren Arbeiten angefangen!“ abgemindert werden. Und das ist wirklich nicht schwer!

Autoren:

Rechtsanwalt Felix Hapig,  
Dr. Hapig + Kollegen,  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Dipl.-Ing. Ralf Papendick  
Papendick & Lameyer GmbH,  
öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger,  
Bauherrnberater, Projektleitung im Hochbau  
(Schwerpunkt u.A. Industriebau und Altbausanierung)



## Wartungsverträge – rechtssicher gestalten professionell erfüllen

### Wartungsverträge

**Inspektion, Wartung und Instandsetzung  
technischer Einrichtungen**

Von **Andreas Fischer**, Rechtsanwalt

3. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2011,  
241 Seiten, € (D) 42,-, ISBN 978-3-503-12998-0

Kostenfrei aus dem deutschen Festnetz  
bestellen: 0800 25 00 850

Weitere Informationen:

 [www.ESV.info/978-3-503-12998-0](http://www.ESV.info/978-3-503-12998-0)

**ESV**

**ERICH SCHMIDT VERLAG**  
*Auf Wissen vertrauen*

Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG · Genthiner Str. 30 G · 10785 Berlin · Tel. (030) 25 00 85-265 · Fax (030) 25 00 85-275 · [ESV@ESVmedien.de](mailto:ESV@ESVmedien.de) · [www.ESV.info](http://www.ESV.info)



Damit Ideen Gestalt annehmen.  
Erfahren Sie mehr unter [www.volvotrucks.de](http://www.volvotrucks.de)

# DER VOLVO FMX

VolvoTrucks. Driving Progress

