

# **Sicherung von Ansprüchen bei Bauvorhaben**

von Rechtsanwalt Andreas Karsten / Dr. iur. Stefanie Jehle  
Karsten+Schubert Rechtsanwälte

Stand: Februar 2011

# Sicherung von Ansprüchen bei Bauvorhaben

<b>1. Einleitung</b> .....	<b>2</b>
<b>2. Sicherungsbedürfnis des Bauherren</b> .....	<b>2</b>
2.1 Abzusichernde Risiken .....	2
2.2 Absicherung über Bürgschaften .....	2
2.3 Sicherheitsleistung des Bauunternehmers nach § 17 VOB/B.....	4
<b>3. Sicherungsbedürfnis des Bauunternehmers</b> .....	<b>5</b>
3.1 Abzusichernde Risiken .....	5
3.2 Sicherungsmittel aus der Sicht des Auftragnehmers .....	5
3.2.1 Einstellung der Arbeiten in VOB-Verträgen .....	6
3.2.2 Sicherungshypothek nach § 648 BGB.....	7
3.2.3 Sicherheit nach § 648a BGB .....	9

## **1. Einleitung**

Ein Bauvorhaben stellt für viele private Bauherren eines der bedeutsamsten Projekte des gesamten Lebens dar. Dementsprechend hoch ist das Bedürfnis nach Sicherheit in der gesamten Abwicklung. Aber auch unternehmerische Bauherren wünschen eine geeignete Absicherung ihrer Risiken. Auf Seiten des beauftragten Bauunternehmers besteht ein Bedürfnis nach Sicherheit insbesondere im Hinblick auf die Zahlung der Vergütung für die erbrachten Leistungen. Im Rahmen dieser Broschüre wollen wir Ihnen einen kurzen Einblick in rechtliche Möglichkeiten zur Absicherung geben.

## **2. Sicherungsbedürfnis des Bauherren**

### **2.1 Abzusichernde Risiken**

Das Sicherungsbedürfnis des Bauherren betrifft mehrere Gesichtspunkte. Zunächst besteht ein Sicherungsbedürfnis vor Überzahlungen sowie zur Absicherung geleisteter Abschlagszahlungen. Daneben möchte der Bauherr gesichert sein, dass der Vertrag durch den beauftragten Unternehmer erfüllt wird und schließlich, dass ggf. die Beseitigung von Mängeln gewährleistet ist.

### **2.2 Absicherung über Bürgschaften**

Grundsätzlich muss der Bauherr die Risiken vertraglich absichern, da es hierfür keine speziellen, gesetzlichen Sicherungen gibt. Für geleistete Vorauszahlungen und das Risiko, dass der Vertrag nicht erfüllt wird, dient eine Vertragserfüllungsbürgschaft (auch Ausführungsbürgschaft genannt) einer Bank als Sicherheit. Das Kreditinstitut verbürgt sich dafür, dass der Bauunternehmer seine vertraglichen Pflichten erfüllt. Sie dient folglich dazu, Ansprüche auf Erfüllung des Vertrages abzudecken und bietet Schutz vor der Insolvenz des Bauunternehmers sowie in dem Fall, dass der Bauunternehmer seine Leistungen nicht erbringt oder verweigert. Der konkrete Umfang der Sicherung ergibt sich aus dem Inhalt der Bürgschaftsurkunde, weswegen darauf zu achten ist, dass der Vertragstext keine Interpretationsschwierigkeiten aufwirft. So

kann Streit etwa um die Frage entstehen, ob die Vertragserfüllungsbürgschaft mit der Abnahme erlischt oder ob – entgegen dem Regelfall – auch Gewährleistungsansprüche mit abgedeckt sein sollen.

Vertragserfüllungsbürgschaften haben im Bauwesen eine besondere Bedeutung. In der Praxis werden die Bürgschaften selten in voller Höhe der Bruttoauftragssumme gestellt, sondern in Höhe eines prozentualen Anteils.

Nach der Abnahme wird die Vertragserfüllungsbürgschaft im Regelfall zurückgegeben. Das dann dem Bauherren entstehende Gewährleistungsrisiko bis zur Verjährung der Mängelansprüche wird entweder durch die Vereinbarung eines Sicherheitseinbehalts oder einer Gewährleistungsbürgschaft abgedeckt.



Verwendet der Bauherr Allgemeine Geschäftsbedingungen, ist zu beachten, dass hier bestimmte Einschränkungen zu beachten sind, wenn die AGB eine Verpflichtung des Bauunternehmers zur Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft enthalten. Sollten Sie als Bauherr eine entsprechende Klausel in Ihren AGB verwenden wollen, sollten Sie sich auf jeden Fall anwaltlich beraten lassen, um die AGB-rechtliche Wirksamkeit sicherzustellen.

Bei Bauherrenmodellen gewährt die Makler- und Bauträgerverordnung einen Schutz des Erwerbers. Sollten Sie zu diesem speziellen Fall Fragen haben, beraten wir Sie gern.

Stellt der Bauunternehmer wegen des Gewährleistungsrisikos eine Gewährleistungsbürgschaft, wird grundsätzlich der Anspruch auf Auszahlung des Sicherheitseinbehalts fällig und ist mit der Entgegennahme der Bürgschaft auszuzahlen. Ist allerdings der Sicherungsfall schon vor der Stellung der Bürgschaft eingetreten, hat der Bauherr den Sicherheitseinbehalt aber noch nicht verwertet, so hat er grundsätzlich die Wahl, ob er auf den Sicherheitseinbehalt zurückgreifen oder die Bürgschaft annehmen will.

Nimmt er die Bürgschaft in Anspruch und zahlt trotzdem den Sicherheitseinbehalt nicht aus, drohen Schadensersatzansprüche des Bauunternehmers.

Hat sich der Sicherungszweck erledigt, ist der Bauherr aufgrund des Sicherungszwecks regelmäßig dazu verpflichtet, die Bürgschaft zurückzugeben. Die mit der Gewährleistungsbürgschaft gesicherten Mängelansprüche bei Bauwerken verjähren in Verträgen, die sich nach dem BGB richten, nach fünf Jahren (634a Abs. 1 Nr. 2 BGB), in Verträgen, die der VOB/B unterliegen, nach vier Jahren (§ 13 Absatz 4 Nr. 1 VOB/B).

### 2.3 Sicherheitsleistung des Bauunternehmers nach § 17 VOB/B

Bei Verträgen, die sich nach der VOB richten, ist die Regelung des § 17 VOB/B bedeutsam. Darin ist die Sicherheitsleistung des Auftragnehmers zugunsten des Auftraggebers geregelt, nicht hingegen der umgekehrte Fall.



Voraussetzung für die Anwendung von § 17 VOB/B ist allerdings, dass eine Sicherheitsleistung überhaupt vertraglich vereinbart ist. Es gibt also keinen Automatismus, auf den Sie sich verlassen können.

Der Zweck der Sicherstellung, wie z. B. Vertragserfüllung oder Gewährleistung, sollte vertraglich geregelt werden. Ist lediglich vereinbart, dass eine Sicherheit gemäß § 17 VOB/B zu stellen ist, dann deckt sie sowohl die Vertragserfüllung als auch die Gewährleistung ab, nicht jedoch eine eventuelle Überzahlung durch den Bauherren.

Es empfiehlt sich, auch die Art der Sicherstellung zu vereinbaren. Ist nichts vereinbart, kann der Bauunternehmer zwischen Sicherheitseinbehalt, Hinterlegung von Geld oder Bürgschaft wählen (§ 17 Abs. 2 und Abs. 3 VOB/B). Die Hinterlegung von Geld ist in der Praxis selten. Die häufigste Form ist der Sicherheitseinbehalt von Vergütungsanteilen. Die Höhe des zulässigen Einbehalts ist im Regelfall auf 10 % des jeweils auszahlenden Betrags begrenzt. Der vom Bauherren einbehaltene Betrag ist innerhalb einer bestimmten Frist auf ein zu vereinbarendes Sperrkonto bei einem

zu vereinbarenden Kreditinstitut einzuzahlen und die Einzahlung dem Bauunternehmer mitzuteilen.

Ein wichtiger, zu regelnder Punkt ist die konkrete Höhe der Sicherheitsleistung. Fehlt eine Regelung hierzu, ist die Sicherungsabrede zwar nicht unwirksam, bietet aber Raum für Streitereien zwischen Bauherr und Bauunternehmer. Sollte Sie sich in einer solchen vertraglichen Situation befinden, empfehlen wir Ihnen, anwaltliche Beratung in Anspruch zu nehmen.

### **3. Sicherungsbedürfnis des Bauunternehmers**

#### **3.1 Abzusichernde Risiken**

Aus der Sicht des Bauunternehmers geht es vorrangig um die Sicherung seines Vergütungsanspruchs. Dieses Risiko resultiert daraus, dass der Unternehmer bei Bauverträgen von Gesetzes wegen vorleistungspflichtig ist. Nach § 641 Abs. 1 BGB wird die Vergütung grundsätzlich erst mit der Abnahme des Bauwerks zur Zahlung fällig.

Es können zwar Abschlagszahlungen beim BGB-Bauvertrag vereinbart werden, und in Verträgen, die sich nach der VOB richten, können gemäß § 16 Abs. 1 VOB/B Abschlagszahlungen für nachgewiesene Leistungen geltend gemacht werden. Dennoch trägt der Bauunternehmer das Risiko der Insolvenz des Bauherren.

#### **3.2 Sicherungsmittel aus der Sicht des Auftragnehmers**

Die wichtigsten Sicherungsmöglichkeiten aus der Sicht des Bauunternehmers bestehen in der Bauhandwerkersicherungshypothek nach § 648 BGB sowie in der Bauhandwerkersicherheitsleistung nach § 648a BGB. Bevor wir auf diese beiden Varianten eingehen, möchten wir zunächst auf die Möglichkeit in VOB-Verträgen, die Arbeiten einzustellen, eingehen.

### 3.2.1 Einstellung der Arbeiten in VOB-Verträgen

Wenn der Bauherr in VOB-Verträgen Abschlagszahlungen nicht fristgerecht leistet und eine „Nachfrist“ für die Zahlung abgelaufen ist, kann der Auftragnehmer seine Arbeiten einstellen (§ 16 Abs. 5 Nr. 5 VOB/B). Der Gedanke, der dem zugrunde liegt, ist, dass jede Vertragspartei die ihr obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern kann. Hat der Bauunternehmer seiner Vorleistungspflicht mit entsprechenden Teilen der geschuldeten Bauleistung entsprochen, so kann er über die Ausübung dieses speziellen Leistungsverweigerungsrechts erreichen, dass der Bauherr seinerseits seiner vertraglichen Pflicht in Form der fälligen Zahlung entspricht, bevor der Bauunternehmer wiederum mit den nächsten baulichen Teilleistungen in Vorleistung gehen muss.

Um das Recht ausüben zu können, muss der Bauunternehmer seine geschuldete Leistung erbracht haben, die von ihm erstellte Rechnung fällig und die gesetzte Nachfrist fruchtlos verstrichen sein. Nach Ablauf der gesetzten Nachfrist steht es dem Bauunternehmer frei, ob er die Arbeiten einstellt oder nicht. Empfehlenswert ist, nach Fristablauf dem Bauherren die Ausübung des Leistungsverweigerungsrecht ausdrücklich und schriftlich mitzuteilen; dies ist nicht zuletzt aus Beweisgründen sinnvoll.

Außerdem steht dem Bauunternehmer das Recht zu, seine Arbeiten einzustellen, wenn sich die Vermögensverhältnisse des Bauherren wesentlich verschlechtern oder andere drohende Hindernisse den Vergütungsanspruch gefährden. In diesem Fall dürfen die Arbeiten auch dann eingestellt werden, wenn Zahlungen noch nicht fällig sind (§ 321 BGB). Dieses Recht entfällt, wenn Sicherheit geleistet wird (§ 321 Abs. 1 S. 2 BGB).



Der Bauherr kann durch seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Bauunternehmer nicht das Recht nehmen, im Falle der Zahlungssäumigkeit die Arbeiten einzustellen. Bestimmungen in AGB, mit denen das dem Bauunternehmer zustehende Leistungsverweigerungsrecht ausgeschlossen oder beschränkt wird, sind unwirksam.

Eine Ausnahme hiervon lässt der BGH in Bauverträgen zwischen Bauunternehmern zu.

### 3.2.2 Sicherungshypothek nach § 648 BGB

Dem Bauunternehmer steht ein Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach § 648 BGB zu. Weder die Fälligkeit des geltend gemachten Anspruchs noch die Abnahme ist für den Anspruch auf Eintragung einer Vormerkung erforderlich, da die Eintragung einer Vormerkung auch zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs zulässig ist (vgl. § 883 Abs. 1 S. 2 BGB).

Wenn im Wege einer einstweiligen Verfügung eine dementsprechende Vormerkung im Grundbuch eingetragen wird (§ 885 BGB), dann kann dies unter Umständen die Kreditwürdigkeit des Bauherren beeinträchtigen und dadurch Druck auf ihn ausüben, zu verhandeln oder zu zahlen. Das Sicherungsmittel setzt grundsätzlich voraus, dass der Eigentümer des Grundstücks und der Besteller beim Bauvertrag (rechtlich) identisch sind. Eine wirtschaftliche Betrachtung genügt daher nicht.

Allerdings kann es rechtliche Probleme geben, nämlich dann, wenn das Objekt verkauft werden soll und im Grundbuch bereits eine Auflassungsvormerkung für den Käufer eingetragen ist. Das ist z. B. dann der Fall, wenn der Bauherr ein Wohnungsunternehmen ist, das im Rahmen von Bauträgerverträgen das Eigentum an die Käufer überträgt. Der Käufer kann dann sogar die Löschung der (nachrangigen) Vormerkung auf Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek verlangen. Daher ist im Interesse des Bauunternehmers vor der Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch zu prüfen, ob eine Auflassungsvormerkung bereits eingetragen ist.

Auch wirtschaftlich kann der Nutzen einer Vormerkung begrenzt sein, wenn das Grundbuch bereits stark mit Grundpfandrechten – ggf. gar über den Wert des Grundstücks hinaus – belastet ist.

Ist die Vormerkung eingetragen, was im Wege einer einstweiligen Verfügung in zeitlicher Hinsicht relativ schnell erreicht werden kann, ist jedoch erst ein Zwischenschritt



erreicht. Denn die eingetragene Vormerkung sichert erst einmal nur die Rangstelle der ggf. später einzutragenden Sicherungshypothek, sie ist jedoch nicht mit ihr zu verwechseln. Der Bauunternehmer muss nun ggf. auf Eintragung einer Sicherungshypothek klagen. Diese Klage ist nicht mit der Klage auf Zahlung der Vergütung identisch, kann aber mit ihr verbunden werden.

Bei der Klage auf Eintragung einer Sicherungshypothek sind unter anderem folgende Aspekte zu beachten:

- Der Anspruch auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek besteht nur bei Werkverträgen, nicht hingegen bei Kauf- oder Dienstverträgen.
- Der Anspruch umfasst die vertraglichen Vergütungsansprüche, allerdings sind Gegenansprüche wegen Mängeln zu berücksichtigen. Mängel führen also zu einer Kürzung des sicherungsfähigen Anspruchs.
- Am Bauvorhaben müssen konkrete Leistungen erbracht worden sein, die zu einer Werterhöhung des Bauwerks geführt haben.
- Der Anspruch auf eine Sicherungshypothek kann ausgeschlossen sein, wenn
  - der Bauherr eine Bürgschaft nach § 648a BGB anbietet,
  - der Bauunternehmer eine ihm zuvor übergebene Bürgschaft gemäß § 648a BGB bereits zurückgegeben hat oder
  - Bauherr und Bauunternehmer einzelvertraglich den Anspruch auf eine Sicherungshypothek ausgeschlossen haben.

Wegen der häufig in der Praxis anzutreffenden Probleme vor allem wegen der Identität zwischen Bauherr und Grundstückseigentümer sowie vorrangiger Grundstücksbelastungen ist für den Bauunternehmer oftmals die Bürgschaft nach § 648a BGB von größerer Bedeutung.

### 3.2.3 Sicherheit nach § 648a BGB

Da sich die Sicherungshypothek in der Praxis als mitunter untauglich erwiesen hat, wurde § 648a BGB eingeführt.

Der Bauunternehmer kann nach § 648a BGB vom Bauherren, unabhängig davon, ob er auch Grundstückseigentümer ist, eine Sicherheit verlangen. Sicherbar sind sowohl die geschuldete (und noch offene) Vergütung für bereits erbrachte als auch die Vergütung für noch zu erbringende Leistungen. Dabei wird nicht nur die reine Vergütung, sondern werden auch dazugehörige Nebenforderungen gesichert. Das Gesetz pauschaliert letztere mit 10 % (§ 648a Abs. 1 S. 1 und S. 2 BGB). Problematisch kann hingegen die Sicherbarkeit einer zusätzlichen Vergütung sein, wenn der zugrunde liegende Nachtrag noch nicht beauftragt ist.



Das Gesetz sieht bestimmte Auftraggebergruppen vor, von denen eine Sicherheit nach § 648a BGB nicht verlangt werden kann. Dazu gehören die öffentliche Hand sowie private Bauherren, die Bauarbeiten an einem Einfamilienhauses vornehmen lassen, soweit kein Baubetreuer eingeschaltet ist (§ 648a Abs. 6 BGB).

Anders als bei der Sicherungshypothek besteht ein Anspruch auf Sicherung nach § 648a BGB grundsätzlich in voller Höhe des voraussichtlichen Vergütungsanspruchs, auch bei vorliegenden Mängeln, solange der Bauunternehmer noch bereit und in der Lage ist, die Mängel zu beseitigen. Auch bei vereinbarten Raten- oder Abschlagszahlungen ist der gesamte Werklohn sicherungsfähig.

Ist eine Sicherheit nach § 648a BGB gestellt worden, hat der Bauunternehmer keinen Anspruch mehr auf Einräumung einer Sicherungshypothek (§ 648a Abs. 4 BGB).

Auf ein berechtigtes Sicherstellungsverlangen des Bauunternehmers hin muss der Bauherr eine Sicherheit stellen. Eine bestimmte Form muss bei diesem Verlangen nicht eingehalten werden. Der Bauherr kann unter den geeigneten Sicherungsmitteln

frei wählen. Im Regelfall stellt er eine Höchstbetragsbürgschaft einer Bank (vgl. § 648a Abs. 2 BGB). Die mit der Sicherheitenstellung üblichen verbundenen Kosten bis zu einem maximalen Betrag in Höhe von 2 % der Sicherheit trägt grundsätzlich der Bauunternehmer (§ 648a Abs. 3 BGB).

Falls sich der Bauherr weigert, eine geeignete Sicherheit zu stellen, kann der Bauunternehmer nach fruchtlosem Ablauf einer angemessenen Frist die Arbeiten einstellen oder den Vertrag kündigen. Auch Mängel muss der Bauunternehmer in diesem Fall nicht beseitigen. Kommt infolge einer Kündigung ein Leistungsteil nicht mehr zur Ausführung, so kann der Bauunternehmer seine volle Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen fordern (vgl. § 648a Abs. 5 BGB).

Die Sicherheit muss erst nach vollständiger Bezahlung des Auftragnehmers herausgegeben werden.



2011 Karsten+Schubert Rechtsanwälte



info@karstenundschubert.de  
www.karstenundschubert.de



fon: +49 (0)30 69517378  
fax: +49 (0)30 69517379



Schlesische Str. 26  
D-10997 Berlin