

Rundbrief 66 - Sicherheit gemäß § 648a BGB a.F. bzw. § 650 f BGB n.F.

I.

Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs auf Bauhandwerkersicherung

a.

Ab dem Zeitpunkt des Abschlusses eines wirksamen Bauvertrags kann Sicherheit für die vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung Sicherheit gefordert werden. Das Verlangen kann aber auch später, also zu jeder Zeit, solange noch offene Vergütungsansprüche bestehen, geltend gemacht werden, auch in Teilbeträgen.

b.

Sicherbar ist daher auch der Anspruch aus § 631 Abs. 1, § 632 BGB, ebenfalls der Anspruch aus § 650 b Abs. 2 Satz 1 BGB, aus § 1 Abs. 3 und Abs. 4 Satz 1 BGB und der Anspruch aus § 650 c BGB und aus § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B.

Wenn der Besteller berechtigter Weise den Bauvertrag gekündigt hat besteht für den Unternehmer ein Anspruch auf Sicherheit des bis zur Kündigung verdienten Werklohns.

Auch der Anspruch aus § 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 1 (anerkannter Anspruch) und aus § 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 2 ist sicherbar, weil die Klausel einen vertraglichen Anspruch unter den genannten Voraussetzungen beinhaltet.

Sicherbar sind neben Vergütungsansprüche aus angeordneten Nachträgen und beauftragte Zusatzleistungen auch Mehrvergütungsansprüche aufgrund bauzeitlicher Anordnung (KG Urte. v. 22.06.2018 – 7 U 111/17- BGH Beschl. v. 09.10.2019 – VII ZR 138/18 -NZZB zurückgewiesen). Mit der Vorlage eines baubetrieblichen Gutachtens wird der zu sichernde Anspruch der Höhe nach schlüssig dargelegt.

Nicht sicherbar ist der Anspruch aus § 6 Abs. 6 VOB/B.

II.

Gestellung der Sicherheit einklagbar

a.

Es besteht ein isoliert einklagbarer Anspruch auf Leistung der Sicherheit.

Bei prozessualer Anspruchshäufung von Werklohnklage und Klage auf Sicherheit kann über das Sicherheitsbegehren durch Teilurteil entschieden werden, wobei es nicht erforderlich ist, dass der Besteller den Werklohnanspruch anerkennt (OLG Frankfurt Urte. v. 19.06.2012 – 14 U 1/12 – a.A. OLG Düsseldorf Urte. v. 25.02.2011 – I -23 U 150/10; OLG Hamm Urte. v. 16.01.2017 – 17 U 111/16 - hohe Gefahr widersprüchlicher Entscheidung - deshalb nur, wenn diese Gefahr ausgeschlossen werden kann)

b.

Dagegen soll nach LG München Urte. v. 04.03.2020 – 8 HK O 8030/19 eine gemeinsame Klage gegen den Auftraggeber und den Bürgen aus einer Sicherheit möglich sein, weil es nicht darauf ankommt, ob die Voraussetzungen zum Beginn einer Zwangsvollstreckung vorliegen, wenn der

Besteller durch deklaratorisches Anerkenntnis die Werklohnforderung verbindlich anerkannt hat, auch wenn er daran Zurückbehaltungsrechte geltend macht.

c.

Eine Klage auf Sicherheit im Urkundenprozess scheidet aus (§ 592 Satz 1 ZPO), weil der Anspruch auf Stellung einer Sicherheit nicht darunterfällt, denn der Besteller hat das Wahlrecht der Art der Stellung der Sicherheit nach § 232 ff BGB. Der Antrag hat daher zu lauten

d.

Musterantrag:

„Der Beklagte wird verurteilt, zur Sicherung der Vergütungsansprüche des Klägers aus dem geschlossenen Bauvertrag zwischen Kläger und Beklagten vom über Sicherheit in Höhe von

Vereinbarter und nichtgezahlter Vergütung €

10% Nebenkosten hierauf €

gesamt €,

wobei die Sicherheit nach Wahl des Besteller gemäß § 232 ff. obliegt“

e.

Der Klagantrag muss daher dem Besteller die Wahl ausdrücklich belassen (BGH Urt. v. 06.03.2014 – VII ZR 349/12).

f.

Die Klage auf Sicherheit ist in jeder Phase nach Vertragsabschluss sinnvoll, insbesondere wenn Zweifel an der Zahlungsfähigkeit des Bestellers besteht und auch noch nach Vertragsbeendigung, egal aus welchem Grund, und auch wenn der Besteller gegen den Werklohnanspruch mit Gegenforderungen aufrechnet.

III.

Gestellung der Sicherheit

a.

Sicherheit ist nur auf Verlangen zu leisten.

b.

Die Höhe der Sicherheit ist anzugeben. Sie muss zutreffend schlüssig dargelegt werden.

Ein Sicherungsverlangen ohne Nennung der Höhe der verlangten Sicherheit ist unwirksam (OLG Jena, Urt. v. 17.03.2010 – 7 U 289/09). Ein überhöhtes Sicherungsverlangen ist nicht automatisch unwirksam, wenn der Besteller in der Lage ist, die Höhe selbst zu ermitteln, wozu er aus dem Kooperationsgesichtspunkt verpflichtet bleibt und der Unternehmer zumindest zu verstehen gibt, dass er auch mit einer geringeren Sicherheit eiverstanden ist, vorausgesetzt der Besteller bietet sie dem Unternehmer an. (BGH Urt. v. 19.11.2000- VII ZR 82/99).

c.

Die Gestellung der Sicherheit kann nicht damit verwehrt werden, dass die Parteien Abschlagszahlungen oder Zahlungen nach einem Zahlungsplan vereinbart haben. Auch ein vertraglicher Verzicht auf Sicherheit rechtfertigt eine Nichtgestellung nicht, weil eine solche Vereinbarung unwirksam ist (§ 650 f Abs. 7 BGB)

d.

Musterschreiben Sicherheitsverlangen:**Betr.: Aufforderung zur Stellung Sicherheit nach § 650 f BGB***Sehr geehrte.....,**wir haben von Ihnen mit Vertrag vom den Auftrag zur Erbringung von Werkleistungen erhalten. Die Nach dem Vertrag vorläufige Gesamtwerklohnforderung beläuft sich auf €.**Gemäß § 650 f BGB sind wir berechtigt, jederzeit Sicherheit zu verlangen für den uns aus dem geschlossenen Vertrag zustehenden Werklohn.**Die uns zustehende Sicherheit errechnet sich wie folgt:*

| | |
|--|---------|
| <i>Vereinbarter vorläufiger Werklohn netto</i> | € |
| <i>Vergütung für Nachtrags - und Zusatzleistungen –netto</i> | € |
| <i>Zwischensumme netto</i> | € |
| <i>abzüglich bereits gezahlter Beträge netto</i> | € |
| <i>Zwischensumme netto</i> | € |
| <i>Pauschalbetrag für Nebenkosten 10 % hierauf</i> | € |
| <i>Zuzüglich Umsatzsteuer 19 %</i> | € |
| <i>Gesamtbetrag Sicherheit</i> | € |

*Wir fordern Sie auf, unter Fristsetzung bis zum¹ uns Sicherheit zu stellen nach Ihrer Wahl gemäß § 650 f BGB.**Mit freundlichem Gruß
Unterschrift***IV.****Leistungsverweigerungsrecht**

a.

des Bestellers

Mängel der Bauleistung rechtfertigen die Verweigerung der Gestellung der Sicherheit nicht, ebenso der Umstand, dass die Werkleistungen noch nicht vollständig erbracht sind. (vgl. oben I.).

Auch die Aufrechnung mit Gegenansprüchen gegenüber dem Werklohn hindert nicht die Pflicht zur Gestellung der Sicherheit, es sei denn, der Gegenanspruch, mit dem aufgerechnet wird, ist anerkannt oder rechtskräftig festgestellt. Dies gilt auch für eine erklärte Minderung des Bestellers.

Soweit der Unternehmer aber bereits gesichert ist (Sicherungshypothek oder vertragliche vereinbarte Sicherheit - z. B. Zahlungsbürgschaft einer Bank für den Werklohn oder für Teile des Werklohns) kann nur noch Sicherheit in Höhe des nicht gesicherten Teils der Vergütung

¹ siehe unten unter V. a.: Die Frist sollte in der Regel 10 - 12 Tage betragen.

verlangt werden (BGH Urt. v. 09.11.2000 – VII ZR 82/99). Hat der Unternehmer eine Sicherungshypothek eintragen lassen, bei der unklar ist wegen Voreintragungen, ob der Unternehmer hieraus überhaupt zum Zuge kommt, besteht gleichwohl ein Anspruch auf eine Bauhandwerkersicherung (OLG Naumburg Urt. v. 30.10.2003 – 4 U 135/03).

Fehlende Bereitschaft des Unternehmers zur eigenen Vertragstreue hindert nicht an der Pflicht zur Gestellung der Sicherheit (BGH Urt. v. 23.11.2017 – VII ZR 34/15).

Allerdings:

Die Einrede des nichterfüllten Vertrags wegen vorhandener Mängel steht dem Besteller grundsätzlich auch dann zu, wenn er die verlangte Sicherheit nicht leistet. Dieses Recht erlischt aber, wenn der Unternehmer den Vertrag wegen Nichtleistung der Bauhandwerkersicherung kündigt. Allerdings **reduziert** sich in diesem Fall der Werklohnanspruch des Unternehmers um den einfachen Betrag der Mängelbeseitigungskosten (OLG Karlsruhe Urt. v. 21.12.2018 – 8 U 55/17).

b.

des Unternehmers

Wenn der Unternehmer mit der Aufforderung zur Gestellung der Sicherheit dem Besteller hierfür eine angemessene Frist gesetzt hat, kann er nach Ablauf der Frist

- weitere Leistungen verweigern, oder
- den Vertrag kündigen

Die Leistungsverweigerung hat zur Folge, dass der Besteller keine Leistung mehr verlangen kann, auch keine Mängelbeseitigung der an den bisher erbrachten Werkleistung. Da der Unternehmer nicht in Verzug geraten kann steht dem Besteller auch dann Recht der Selbstvornahme nicht zu (BGH Urt. v. 16.04.2009 – VII ZR 9/08).

Stellt der Besteller nicht die gesamte begründete und geforderte Sicherheit muss kann der Unternehmer gleichwohl die gesamte weiter Leistung verweigern und ist nicht verpflichtet, Leistungen zu erbringen bis zur Höhe geleisteter Sicherheit (OLG Jena Urt. v. 19.12.2012 – 2 U 34/12).

Waren jedoch vor dem Verlangen nach Sicherheit dem Unternehmer gegenüber Mängel unter Fristsetzung bereits gerügt worden, hat der Besteller die Wahl, ob er noch Nacherfüllung oder Schadensersatz oder Minderung geltend macht, selbst wenn der Unternehmer wegen Nichtgestellung der Sicherheit den Vertrag gekündigt hat.

Aber:

Wegen der noch nicht bezahlten Vergütung kann der Unternehmer auch nach Kündigung des Vertrags eine Bauhandwerkersicherung verlangen (OLG München Urt. v. 02.04.2019 – 9 U 1683/18Bau; BGH Beschl. V. 18.12.2019 – VII ZR 96/19 -NZB zurückgewiesen).

V. Kündigung

a.

Um den Vertrag bei Nichtstellung der Sicherheit kündigen zu können, muss der Unternehmer mit der Forderung nach einer Bauhandwerkersicherung, eine

- **angemessene Frist gesetzt haben** (*Hinweis: Nach der Rechtsprechung muss die Frist angemessen sein. Sie sollte zwischen 10 – 12 Tagen betragen*)
- **diese muss abgelaufen sein.**

Eine Androhung der Kündigung ist nicht Voraussetzung für das Kündigungsrecht. Der Fristablauf ist nur dann unbeachtlich, wenn der Besteller die Stellung der Sicherheit ernsthaft und endgültig verweigert hat (KG Ur. v.13.08.2013 – 7 U 160/12).

b.

Musterschreiben Kündigung

Betr.: Kündigung des Werkvertrag vom

Sehr geehrte

mit Schreiben vom hatten wir von Ihnen Sicherheit nach § 650 f BGB gefordert.

Die Ihnen gesetzte Frist zur Stellung und Überlassung der Sicherheit an uns haben Sie verstreichen lassen. (Oder, wenn eine ungenügende Sicherheit gestellt wurde: Sie haben zwar Sicherheit gestellt, allerdings nicht in der geforderten und begründeten Höhe.)

Damit sind wir berechtigt, Ihnen gegenüber den mit Ihnen geschlossenen Vertrag zu kündigen.

Hiermit kündigen wir Ihnen daher den Werkvertrag und werden keinerlei Werkleistungen mehr erbringen. Gleichzeitig fordern wir sie auf, die von uns erbrachten Werkleistungen abzunehmen, auch soweit sie unfertig sind. Die Abnahme hat binnen 12 Werktagen zu erfolgen. Nennen Sie uns einen entsprechenden Abnahmetermin innerhalb der genannten Frist.

(Wenn der Besteller ein Verbraucher ist bedarf es einer Belehrung nach § 640 BGB über die Rechtsfolgen der fiktiven Abnahme: Wir weisen darauf hin, wenn Sie der Aufforderung zur gemeinsamen Abnahme innerhalb der gesetzten Frist nicht nachkommen, die bisher erbrachte Werkleistung als abgenommen gilt, wenn Sie den Abnahmetermin nicht wahrnehmen oder die Abnahme ohne Nennung wenigstens eines Mangels verweigern).

Mit freundlichem Gruß

Unterschrift

VI.

Verjährung

Nach OLG Hamm Ur. v. 08.10.2015 – 21 U 71/15 verjährt der Anspruch auf Gestellung einer Bauhandwerkersicherung gemäß §§ 604 Abs.5, 695 Satz 2, & 96 Satz 3 BGB erst mit der Geltendmachung des Anspruchs der Unternehmer, da es sich bei der Forderung einer Bauhandwerkersicherung um einen sog. Verhaltnen Anspruch handelt. Die Verjährungsfrist beträgt 3 Jahre. Sie beginnt am Ende des Jahres, in dem der Anspruch geltend gemacht wurde

Erstellt am 16.04.2020 durch Erk Winkelmann

Rechtanwalt, Fachanwalt für Bau- Architektenrecht, Notar a.D.