

## Absicherung von Zahlungsansprüchen am Bau *Von RA K. Orthmann, LL.M.*

Im Werkvertragsrecht ist der Werkunternehmer vorleistungspflichtig, d. h., er muss erst die nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen erbringen und kann anschließend die Vergütung verlangen. Nicht selten kommt es vor, dass die Bauleistungen erbracht sind, aber der Auftraggeber die Zahlung verweigert und sich auf – vermeintliche – Gegenansprüche beruft. Die gerichtliche Durchsetzung der Ansprüche dauert meistens lang, weil regelmäßig die Einschaltung von Sachverständigen erforderlich ist und die Gerichte überlastet sind. Bei nicht liquiden Auftraggebern spielt daher die Absicherung von Zahlungsansprüchen eine immer größer werdende Rolle, was nicht zuletzt auch den Gesetzgeber veranlasste, im neuen Bauvertragsrecht, das für alle Verträge, die seit dem 01.01.2018 geschlossen werden, gilt, die Rechte des Auftragnehmers zu stärken. In der Gesetzesbegründung wird darauf abgestellt, dass kostenintensive Konflikte und Störungen des Liquiditätsflusses des Unternehmers vermieden werden sollen. Der nachfolgende Beitrag stellt die verschiedenen Möglichkeiten des Unternehmers, seine Zahlungsansprüche abzusichern dar, wobei auch die Änderungen des neuen Bauvertragsrechts berücksichtigt werden. ■

### 1. Abschlagszahlungen

#### a) Abschlagszahlungen für Vertragsleistungen

Gemäß § 632a BGB kann der Unternehmer eine Abschlagszahlung in Höhe des Werts der von ihm erbrachten und nach dem Vertrag geschuldeten Leistung verlangen. Bei Einheitspreisverträgen kann auf die geleisteten Massen und die vereinbarten Einheitspreise abgestellt werden. Bei Pauschalverträgen empfiehlt es sich, einen Zahlungsplan zu vereinbaren, um Streitigkeiten über die Höhe von Abschlagszahlungen zu vermeiden. Zahlt der Auftraggeber eine rechtmäßig gestellte Abschlagsrechnung nicht, kann der Unternehmer unter bestimmten Voraussetzungen seine Leistung einstellen (vgl. § 16 Abs. 5 VOB/B bzw. § 321 BGB). Hierdurch kann erheblicher Druck auf den Auftraggeber ausgeübt werden. Allerdings sollte vor Einstellung der Leistung sorgfältig geprüft werden, ob der Vertrag, insbesondere die einbezogenen AGB hierzu Sonderregelungen vorsieht, die Abschlagsrechnung berechtigt und eine Leistungseinstellung vor dem Hintergrund der ausstehenden Abschlagszahlung angemessen ist. Erfolgt die Leistungseinstellung zu Unrecht, drohen Kündigung und Schadensersatzforderungen durch den Auftraggeber. Vor einem solch einschneidenden Schritt wie eine Leistungseinstellung empfiehlt es sich daher,

einen Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht aufzusuchen und mit diesem die weiteren Schritte zu besprechen.

#### b) Abschlagszahlungen für streitige Nachträge

Haben sich die Parteien über einen Nachtrag geeinigt, gelten die Ausführungen unter 1a) entsprechend, d. h., der Unternehmer hat nach Erbringung der Leistung einen Anspruch auf Abschlagszahlung. Wenn sich die Parteien nicht über die Höhe der Vergütung einigen, sprechen Auftraggeber regelmäßig eine Beauftragung dem „Grunde nach“ aus mit der Folge, dass der Unternehmer die Leistung erbringen muss, ohne dass die Höhe des Werklohns für diese Leistung geklärt ist. Nicht selten zieht sich dann der Streit über die Höhe des Nachtrags bis zur Schlussrechnung mit der Folge, dass der Unternehmer bis zu diesem Zeitpunkt das Insolvenzrisiko des Auftraggebers trägt und seinem Geld hinterherlaufen muss. Seit dem 01.01.2018 gilt das neue Bauvertragsrecht. Danach kann der Auftraggeber eine geänderte Leistung erst 30 Tage nach einem Änderungsbegehren anordnen (d. h. dem Grunde nach beauftragen), wenn zuvor keine Einigung über einen Nachtrag erzielt wurde. Gemäß § 650c Abs. 3 BGB kann in diesem Fall der Unternehmer nach Ausführung der Änderungsleistung 80 % des im Nachtragsangebot genannten Werklohns ansetzen. Es handelt sich um eine vorläufige Zahlung, d. h., die tatsächlich berechnete Höhe der Abschlagszahlung wird nach der Abnahme im Rahmen der Schlussrechnung überprüft. Eine Überzahlung hat der Unternehmer zzgl. Zinsen (gemäß § 288 BGB) zurückzuzahlen. Die VOB/B hat keine Regelung über eine vorläufige Nachtragsvergütung bei streitigen Nachträgen. Daher dürfte § 650 c Abs. 3 BGB auch für Nachträge, die aufgrund der VOB/B-Vorschriften ausgeführt wurde, gelten. Die Position des Unternehmers hat sich somit bei streitigen Nachträgen erheblich verbessert, weil er bereits vor Stellung seiner Schlussrechnung eine Vergütung seiner Änderungsleistung, hier 80 % seines Nachtragsangebots, verlangen kann.

#### c) Einstweiliges Verfügungsverfahren – § 650d BGB

Gemäß § 650d BGB, der ebenfalls für alle Verträge, die seit dem 01.01.2018 geschlossen werden, gilt, können die Parteien eines Bauvertrags bei Streitigkeiten über Nachträge ein einstweiliges Verfügungsverfahren bei Gericht einleiten. Dabei handelt es sich um einen sogenannten Eilrechtsschutz. Dem Richter steht bei seiner Entscheidung ein Ermessensspielraum zu, d. h., er ist nicht an die Anträge der Parteien gebunden. Die Entscheidung ergeht nach einer

vorläufigen summarischen Prüfung, und es sind nur präsen- te Beweismittel zugelassen. Der Unternehmer hat daher bei streitigen Nachträgen die Möglichkeit, durch eine schnelle gerichtliche Entscheidung die Frage, in welcher Höhe der Auftraggeber zur Zahlung verpflichtet ist, zu klären. Wenn der Auftraggeber trotz einer gerichtlichen Entscheidung nicht zahlen sollte, dürfte eine Leistungseinstellung des Unternehmers gerechtfertigt sein.

### Hinweise / Tipps

- Stellen Sie regelmäßig Abschlagsrechnungen, um Ihr Vorleistungsrisiko zu minimieren.
- Prüfen Sie sorgfältig, ob bei Nichtzahlung einer Abschlagszahlung eine Einstellung der Leistung in Betracht kommt.
- Gemäß § 650c BGB können Sie bei Verträgen, die seit dem 01.01.2018 geschlossen sind, bei streitigen Nachträgen 80 % Ihres Nachtragsangebots ansetzen.
- Die vorläufig zu zahlende Vergütung von Nachtragsleistungen kann bei Verträgen, die seit dem 01.01.2018 geschlossen sind, im Wege des Eilrechtsschutzes durch das Gericht festgelegt werden.

## 2. Vorauszahlungen

Grundsätzlich ist der Unternehmer vorleistungspflichtig, d. h., er hat erst die Leistung auszuführen und kann erst anschließend für die erbrachten Leistungen Abschlagszahlungen verlangen. Dieser Grundsatz wird bei der Vereinbarung von Vorauszahlungen umgekehrt. Haben die Parteien eine Vorauszahlung vereinbart, muss der Unternehmer erst leisten, wenn die Vorauszahlung erbracht wurde. Gerade wenn der Unternehmer vor Beginn seiner Tätigkeit auf der Baustelle bereits erhebliche Kosten hat, z. B. bei Anfertigung von für das Bauvorhaben konzipierter Fertigteile, ist die Vereinbarung einer Vorauszahlung sinnvoll, um den Vergütungsanspruch abzusichern. Gemäß § 632a Abs. 1 Satz 6 BGB ist für diesen Fall dem Auftraggeber das Eigentum an den Stoffen oder Bauteilen einzuräumen oder eine Sicherheit zu übergeben. Damit soll das Insolvenzrisiko des Auftraggebers reduziert werden. Eine entsprechende Regelung gibt es in § 16 Abs. 1 VOB/B.

## 3. Sicherungshypothek gemäß § 650e BGB (früher § 648 BGB)

Dem Unternehmer steht gemäß § 650e BGB das Recht zu, für seine Zahlungsansprüche eine Sicherungshypothek an dem Baugrundstück einräumen zu lassen. § 650e BGB entspricht § 648 BGB a. F. Voraussetzung ist, dass der Unternehmer eine für den Bestand wesentliche Leistung erbracht hat. Reine Vorbereitungsmaßnahmen oder Hilfsmaßnahmen reichen ebenso wenig aus wie Planungsleistungen, die nicht zu einer Werterhöhung des Grundstücks geführt haben, weil beispielsweise keine Bauausfüh-

rung erfolgte. Der Auftraggeber muss weiterhin Eigentümer des Grundstücks sein. Gesichert werden können alle „Forderungen aus dem Vertrag“, d. h. sowohl die Werklohnforderungen als auch Forderungen wegen Behinderungen gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B oder nach einer freien Kündigung, § 648 BGB (früher § 649 BGB a. F.). Die Forderung muss noch nicht fällig sein, d. h., die Eintragung einer Sicherungshypothek ist bereits vor Abnahme oder vor Ablauf der Prüffrist für eine Rechnung möglich. Sollten Mängel an der Leistung des Unternehmers bestehen, mindern diese den Anspruch, d. h., die Höhe der dem Unternehmer zustehenden Hypothek mindert sich um die Kosten der Nachbesserung. Die Eintragung in das Grundbuch kann bei Darlegung der Eilbedürftigkeit, z. B. wegen einer Gefährdung des Vergütungsanspruchs, im Wege der einstweiligen Verfügung durch eine Vormerkung gesichert werden. Bei einem zahlungsunwilligen Auftraggeber liegt allerdings i. d. R. kein belastungsfreies Grundbuch vor, d. h., im Grundbuch sind regelmäßig bereits andere Rechte eingetragen, die höherrangig als die Sicherungshypothek sind. Auflassungsvormerkungen für Erwerber gehen einer Sicherungshypothek vor. Wird der Vertrag zwischen dem Auftraggeber und dem bzw. den Erwerber(n) erfüllt, können die Erwerber regelmäßig die Löschung der Hypothek verlangen.

### Hinweise / Tipps

- Bevor eine Eintragung einer Sicherungshypothek und ggf. eine Vormerkung hierfür beantragt werden, sollten Sie das Grundbuch einsehen und prüfen, ob höherrangige Rechte, insbesondere Auflassungsvormerkungen für Erwerber eingetragen sind.
- Auch wenn eine Verwertung der Sicherungshypothek oft wegen anderer höherrangiger Rechte scheitert, kann eine eingetragene Vormerkung bzw. eingetragene Sicherungshypothek ein gutes Druckmittel bei Verhandlungen mit dem Auftraggeber sein, z. B. wenn der Auftraggeber beabsichtigt, das Grundstück zu verkaufen.

## 4. Sicherheitsleistung gemäß § 650f BGB (früher § 648a BGB)

Gemäß § 650f BGB (früher § 648a BGB) kann der Unternehmer zur Absicherung seiner Werklohnforderung eine Sicherheit in Höhe der noch nicht gezahlten Vergütung zzgl. 10 % für dazugehörige Nebenforderungen verlangen. Dieses Recht steht dem Unternehmer auch noch nach Abnahme bzw. nach Kündigung zu. Der Anspruch besteht grundsätzlich gegenüber allen Auftraggebern mit Ausnahme der öffentlichen Hand (§ 650f Abs. 6 Nr. 1 BGB) und Verbrauchern bei Verbraucherbauverträgen oder Bauträgerverträgen. Der Auftraggeber hat gemäß § 650f Abs. 2 BGB das Wahlrecht, was für eine Sicherheit

er gewähren möchte. Zulässig sind alle Sicherheiten nach § 232 Abs. 1 BGB. In der Praxis wird meistens eine Bürgschaft gestellt. Verlangt der Unternehmer eine Sicherheit nach § 650f BGB mit Fristsetzung, stehen ihm nach fruchtlosem Fristablauf verschiedene Rechte zu. Er kann

- die Leistungen einstellen,
- den Vertrag kündigen mit der Folge, dass die volle Vergütung abzüglich der ersparten Aufwendungen entfällt,
- den Anspruch auf Sicherheit im Klagewege durchsetzen.

Die Frist zur Stellung der Sicherheit muss angemessen sein, das dürfte i. d. R. bei sieben bis zehn Werktagen der Fall sein. Das Recht, den Anspruch auf Sicherheit im Klagewege geltend zu machen, besteht neben den Rechten, die Leistung einzustellen oder den Vertrag zu kündigen. Für die Klage auf Sicherheit genügt die schlüssige Darlegung der Höhe. Der Auftraggeber kann im Rahmen eines Prozesses keine Ansprüche wegen streitiger Mängel einwenden. Gegenansprüche spielen bei der Frage, in welcher Höhe die Sicherheit verlangt werden kann, nur eine Rolle, wenn sie anerkannt oder rechtskräftig festgestellt sind. Die Kosten der Sicherheit trägt bis zu einer Höhe von 2 % im Jahr der Unternehmer. Wenn der Unternehmer eine Sicherheit erhalten hat, ist der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach § 650e BGB ausgeschlossen. Der umgekehrte Weg, d. h., erst die Eintragung einer Sicherungshypothek bzw. einer entsprechenden Vormerkung und anschließend das Verlangen nach einer Sicherheit gemäß § 650f BGB ist hingegen nicht ausgeschlossen, solange nicht feststeht, dass der Unternehmer durch die Sicherungshypothek in vollem Umfang abgesichert ist. Dies fehlt beispielsweise bei anderen höherrangigen Rechten. Der Anspruch des Unternehmers auf Einräumung einer Sicherheit gemäß § 650f BGB kann vertraglich nicht ausgeschlossen werden.

### Hinweise / Tipps

- Der gesetzlich bestehende Anspruch auf eine Sicherheit gemäß § 650f BGB ist mit verhältnismäßig geringem Aufwand geltend zu machen.
- Ein Prozess auf Stellung einer Sicherheit ist regelmäßig deutlich kürzer als ein Werklohnprozess, weil streitige Gegenansprüche nicht eingewandt werden können und nur eine summarische Prüfung zur Höhe der Vergütung erfolgt.

## 5. BauFordSiG

Eine weitere Möglichkeit, Werklohnansprüche durchzusetzen, verschafft das Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG), dass 2009 das früher geltende Gesetz

zur Sicherung von Bauforderungen (GSB) abgelöst hat. Durch das BauFordSiG wurde der Baugeldbegriff erweitert. Baugeld sind nicht nur Gelder, die ein Bauherr durch Absicherung von Grundpfandrechten erhält, sondern gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauFordSiG sind auch Eigenmittel Baugeld, wenn ein Unternehmer im Zusammenhang mit der Herstellung des Baus oder Umbaus vom Bauherrn bzw. Auftraggeber Geld erhalten hat und bei dieser Leistung Nachunternehmer aufgrund von Werk-, Dienst- oder Kaufverträgen beteiligt sind. In jeder Zahlung des jeweiligen (in der Vertragskette vorgelagerten) Auftraggebers an seinen jeweiligen Nachunternehmer ist somit Baugeld zu sehen, sofern der jeweilige Zahlungsempfänger selbst noch weitere an der Leistung beteiligte Nachmänner hat. Ein Empfänger von Baugeld ist verpflichtet, das Baugeld für die Befriedigung solcher Personen, die am Bau beteiligt sind, zu verwenden. Ein Verstoß gegen diese Verwendungspflicht, kann zu Schadensersatzansprüchen gemäß § 823 BGB in Verbindung mit § 1 BauFordSiG führen.

Dieser Anspruch richtet sich gegen die Gesellschaft, die das Baugeld empfangen hat. Wenn diese insolvent wird, kann allerdings auch eine Durchgriffshaftung gegen die Organe der Gesellschaft oder sonstigen natürlichen Personen, die zwar nicht die Stellung eines Organs, aber im Einzelfall eine tatsächliche Verantwortung für die ordnungsgemäße Baugeldverwendung haben (z. B. Prokuristen, Niederlassungsleiter) entstehen.

### Hinweise / Tipps

Der Anspruch auf Schadensersatz wegen zweckwidriger Verwendung von Baugeld richtet sich nicht nur gegen den eigenen Vertragspartner, sondern es kann beispielsweise auch der Auftraggeber des eigenen Vertragspartners bzw. dessen Organe in Anspruch genommen werden.

## 6. Ablösung bzw. Sicherung von Einbehalten

In den gängigen Bauverträgen werden Vertragserfüllungs- und Mangelsicherheiten für den Auftraggeber vereinbart. Rechtlich handelt es sich bei solchen Vereinbarungen um Stundungen des Werklohnanspruchs. Bei Vereinbarung der VOB/B, kann der Unternehmer gemäß § 17 Abs. 6 VOB/B die Einzahlung auf ein Sperrkonto verlangen. Kommt der Auftraggeber einer Aufforderung zur Einzahlung auch nach Nachfristsetzung nicht nach, kann der Unternehmer die Auszahlung des Einbehalts verlangen. Des Weiteren können solche Einbehalte regelmäßig durch Stellung von Bürgschaften abgelöst werden mit der Folge, dass der Auftraggeber den Einbehalt auszahlen muss. ■