

Vor Überraschungen sicher?

Einige Aspekte des Sicherungsmanagements nach BGB und VOB aus Sicht des Auftragnehmers

Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) verrät uns in § 631 Abs. 1, dass durch den Werkvertrag der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes und der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet ist. Auch durch Arbeit oder Dienstleistung (§ 631 Abs. 2 BGB) kann eine Sache hergestellt, der Erfolg herbeigeführt werden. So gehört der Austausch der Sommergegen die Winterräder, das Abdichten eines tropfenden Wasserhahns oder das Haarschneiden zu den typischen Werkverträgen des täglichen Lebens. Ist die Arbeit fertiggestellt oder die Dienstleistung erbracht, ist, bei der Abnahme des Werkes die Vergütung zu entrichten“ (§ 641 Abs. 1 Satz 1 BGB). Mit der Zahlung des Werklohns erklärt der Kunde gleichzeitig seine Zufriedenheit mit der erbrachten Leistung. Der „Besteller“, so heißt der Kunde im BGB, hat das Werk im juristischen Sinne auch „abgenommen“. Diese „schlüssige Abnahme“ durch Zahlung ist für Werkverträge des täglichen Lebens charakteristisch, nicht aber für Bauverträge. Hier ist die „schlüssige Abnahme“ durch Zahlung des Werklohns regelmäßig die Ausnahme. Grund dafür ist die Zeitspanne zwischen dem Beginn und dem Ende der Arbeiten. Monate oder Jahre können vergehen bis komplizierte Anlagen der technischen Gebäudeausrüstung, z.B. in einer Schule, in einem Verwaltungs-



RA Gerd H. J. Graul, Geschäftsführer Gesamtverband Gebäudetechnik e.V., Berlin.

gebäude oder in einem Krankenhaus betriebsfertig, d.h. abnahmereif installiert sind. Auf dem Weg dahin begegnen dem Baupraktiker mancherlei Hindernisse mit juristischen Auswirkungen. Wegen seiner Vorleistungspflicht gehören unsere Sympathien dem Auftragnehmer (AN), insbesondere den Betrieben der technischen Gebäudeausrüstung (TGA), denen nachfolgende Ausführungen gewidmet sind. Auf Verträge, die die TGA-Betriebe mit Auftraggebern (AG) schließen, findet immer das Gesetz, das ist das Werkvertragsrecht des BGB (§§ 631 – 651), Anwendung. Durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) werden die Regeln des BGB ergänzt und modifiziert. Solche AGB sind auch die auf die Baupraxis zugeschnittenen Bestimmungen der „Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/B)“, die für

den Praktiker Handwerkszeug sind und dessen Handhabung er können muss. Ohne Kenntnis der VOB und ohne Kenntnis der wichtigsten gesetzlichen Bestimmungen des BGB kann das Bauvorhaben nicht erfolgreich sein. Für Bauverträge gilt nämlich nicht der fromme Grundsatz: „Auftrag geben ist seliger denn Auftrag nehmen“. Der Bauschaffende ist also gut beraten, sich die einschlägigen Texte zu beschaffen.

Die VOB 2006, Teile A und B gibt es in einer handlichen DIN-A5-Broschüre beim BHKS*.

Im Gegensatz zu anderen Publikationen sind darin auch alle wichtigen gesetzlichen Bestimmungen zu finden, wie z.B. der § 632 a BGB, die Bestimmung über **Abschlagszahlungen**.

Dieser für die Praxis nicht sachgerechten Regelung hält die VOB/B den „besser gelungenen“ § 16 entgegen. Je nach Baufortschritt hat der AN Anspruch auf Abschlagszahlungen, die binnen 18 Werktagen nach Zugang der „Aufstellung“ (= Rechnung) fällig werden (§ 16 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B). Sowohl die Nichtzahlung, als auch die Zahlung des Abschlags können für den AN mit Risiken verbunden sein. Ist der AG z.B. berechtigt, **Ab-**



schlagszahlungen in Höhe der vereinbarten Sicherheit (§ 17 Nr. 2 VOB/B) zu kürzen, darf er den Einbehalt mit eigenem Geld nicht vermischen. Bei Insolvenz fällt der Einbehalt in die Insolvenzmasse, auf die ein allgemeiner Run der Gläubiger losgeht, den der AN nur gewinnt, wenn er besonders „lange Beine“ hat. Da das regelmäßig nicht der Fall ist, muss der AN darauf achten, dass der AG seiner Verpflichtung nachkommt, das einbehaltene Geld innerhalb von 18 Werktagen auf ein vereinbartes **Sperrkonto** einzuzahlen. Dieses Konto ist durch ergänzende Klarstellung in § 17 Nr. 5 der VOB/B 2006 (vgl. hierzu auch den vorherigen Beitrag von Frerick) ein sogenanntes „Und-Konto“. Über dieses Konto können der AG und der AN nur gemeinsam verfügen. Außerdem muss der AG dem AN die Einzahlung mitteilen und veranlassen, dass die Bank den Auftragnehmer über die Einzahlung der Sicherheit informiert.

* Zu beziehen zum Preis von 11 € über:
TGC GmbH, Bonner Talweg 42,
53113 Bonn, Tel.: 0228 265081,
Fax: 0228 265082

Hält der Auftraggeber die Regeln nicht ein, muss der Auftragnehmer ihn durch Nachfristsetzung daran erinnern. Reagiert der AG nicht, hat der AN Anspruch auf sofortige Auszahlung der einbehaltenen Sicherheit und braucht auch keine mehr zu leisten.

Zahlt der AG bei Fälligkeit der Abschlagsrechnung nicht und lässt er auch eine gesetzte Nachfrist verstreichen, ist der Auftragnehmer grundsätzlich berechtigt, die Arbeiten einzustellen. „Grundsätzlich“ bedeutet, dass es Ausnahmen gibt, die sich für den AN als Risiko verwirklichen können. Die erbrachten Leistungen müssen „vertragsgemäß“ sein (§ 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOB). Das sind sie nicht, wenn sie schon im gegenwärtigen Stadium Mängel haben und wenn die „Aufstellung“ der erbrachten Leistungen für den AG nicht prüfbar ist. Der redliche AG wird das rügen, der „frivole“ AG nicht. Der lässt den AN in die Falle eines Bauablauf-Störers tappen. Statt seine Abschlagsrechnungen bezahlt zu bekommen, sieht sich der AN plötzlich mit Schadensersatzansprüchen des AG wegen unberechtigter Leistungsverweigerung konfrontiert. Diesem Risiko kann der Auftragnehmer mit der **Bauhandwerkersicherung gem. § 648 a BGB** begegnen.

In jeder Phase des Bauvorhabens hat der AN das Recht, vom AG eine Sicherheit in Höhe der vollen Auftragssumme einschließlich Nachträgen und Nebenforderungen (10% der zu sichernden Vergütung) zu verlangen. Dank der Rechtsprechung des BGH findet der § 648 a BGB seit dem Jahr 2000 auch Anwendung für erbrachte, aber noch nicht bezahlte Leistungen. Statt Nachfristsetzung (§ 16 Nr. 5 Abs. 3) kann gem. § 648 a BGB dem AG zeitgleich mit der Abschlagsrechnung gem. § 16 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B eine angemessene Frist

zur Leistung einer Sicherheit gesetzt werden. Kommt der AG dieser Forderung nicht nach, kann der AN gem. § 648 a BGB (fast) risikolos seine Arbeiten einstellen. Die durch die berechnete Leistungsverweigerung des AN entstehenden Bauzeitenverzögerungen sind dann allein ein Problem des AG. Anders ist das bei der Leistungsverweigerung nach § 16 Nr. 5 Abs. 5 VOB/B. Im dargestellten Risikofall hat der AN die Bauzeitenverzögerung zu vertreten. Abgesehen davon führt der Weg zur Arbeitseinstellung nur über die Nachfristsetzung gemäß § 16 Nr. 5 Abs. 5 VOB/B; sie ist Wirksamkeitsvoraussetzung für das Leistungsverweigerungsrecht. Dagegen kann der AN gem. § 648 a BGB bei erfolglos verstrichener Nachfristsetzung aus dem Vertrag „aussteigen“. Um zur Arbeitseinstellung zu kommen, genügt gem. § 648 a die schriftliche Aufforderung mit angemessener Fristsetzung und dem Hinweis, die Arbeiten einzustellen, wenn die Sicherheit nicht fristgerecht erbracht wird.

Angemessen ist eine Frist von zehn Arbeitstagen nach Zugang der Aufforderung. Diese kurze Frist ist für das Sicherheitsbedürfnis des AN ein nicht zu unterschätzender Vorteil. Denn beim § 16 VOB/B verstreichen ohne Setzen einer „angemessenen“ Nachfrist schon bis zur Fälligkeit der Abschlagsrechnung 18 Werktagen (§ 16 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B). Vor diesem Hintergrund sollte der AN auch an die schon erwähnte Möglichkeit denken, zeitgleich mit der Abschlagsrechnung in einem gesonderten Schreiben, den AG aufzufordern, ihm, dem AN, eine Sicherheit gem. § 648 a BGB zu stellen. Diese Vorgehensweise empfiehlt sich vor allem dann, wenn der AG schon die 1. Abschlagszahlung nicht geleistet hat.

Der § 648 a BGB schreibt nicht die Stellung einer Bürgschaft als Sicherheit vor. Diese kann deshalb auch durch Forderungsabtretung geleistet werden. Ist z.B. der Generalunternehmer (GU) Auftragnehmer des Bauherrn (BH) und die Fa. TGA Auftragnehmer des GU, kann dieser seinen Werklohnanspruch gegen BH ganz oder teilweise an TGA abtreten. Sie trägt dann allerdings **das Risiko der „Werthaltigkeit“ der abgetretenen Forderung.** Dieses Risiko lässt sich mit einer Bürgschaft als Sicherheit ausschließen. Die Avalprovision in Höhe von max. 2 % p.a. trägt der AN (§ 648 a Abs. 3 BGB). Ein entsprechender Hinweis im Anforderungsschreiben ist empfehlenswert. Die Nichtbelastung seiner Kreditlinie könnte den AG dazu bewegen, dem AN eine Bürgschaft zu stellen. Die **Verwertung einer Bürgschaft nach § 648 a BGB** ist nicht vergleichbar mit der „Verwertung“ einer Vertragserfüllungs- und einer Gewährleistungsbürgschaft. Einen Verzicht auf die Einrede der Vorausklage gibt es bei einer Bürgschaft nach § 648 a BGB nicht. Hier muss der AG den Anspruch anerkennen oder es muss ein vollstreckbares Urteil gegen den AG vorliegen, und mit der Zwangsvollstreckung darf begonnen werden. Ob das ein Nachteil ist, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist die drohende Arbeitseinstellung im typischen Dreiecksverhältnis der am Bau Beteiligten, nämlich Bauherr, GU und NU, ein probates Druckmittel, den GU zur Zahlung bzw. zur Stellung einer Sicherheit zu bewegen. Kostspielige Bauzeitenverzögerungen kann sich keiner leisten!

In diesem Zusammenhang sei auch auf die verbesserte **Vorschrift des § 16 Nr. 6 VOB/B** hingewiesen, die der TGA als Nachunternehmer (NU) die Möglichkeit eröff-

net, sich wegen der Zahlung direkt an den Bauherrn (BH) zu wenden.

In dieser Bestimmung (lesen!) ist der AG der BH und der AN der GU. Dessen Gläubiger, die TGA, kann sich direkt an den BH wenden, wenn GU nicht zahlt. BH setzt GU eine Frist, in der er sich darüber erklären muss, ob und inwieweit er die Forderungen seines Gläubigers, der TGA, anerkennt. Bei nicht rechtzeitiger Abgabe dieser Erklärung, ist die Voraussetzung für die Direktzahlung an TGA erfüllt.

Die Möglichkeit auch nach der Abnahme eine Sicherheit gem. § 648 a zu bekommen besteht nach neueren Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BauR 2004, 826, 2005, 548). Mit der Abnahme durch GU wird einerseits der Werklohn vom NU fällig und andererseits treten anstelle der Erfüllungs- die Nacherfüllungsansprüche des GU. Der macht ein Zurückbehaltungsrecht am Restwerklohn wegen mangelhafter Leistung von NU geltend. NU erklärt sich zur Mängelbeseitigung unter der Voraussetzung bereit, ihm eine Sicherheit nach § 648 a BGB wegen des Restwerklohns zu stellen. Kommt GU dem Wunsch nicht fristgerecht nach, braucht TGA keine Mängel zu beseitigen!

Will AN den Vertrag beenden, ist das Setzen einer **Nachfrist mit Kündigungsandrohung** erforderlich (§ 648 a Abs. 5 BGB).

Wird die Sicherheit auch diesmal nicht fristgerecht geleistet, gilt der Vertrag als aufgehoben. Eine gesonderte Kündigungserklärung ist nicht mehr erforderlich. Die erbrachten Leistungen hat der AN abzurechnen. Außerdem hat er Anspruch auf Ersatz der Auslagen und des Vertrauensschadens, der mindestens 5% des Werklohns beträgt (§ 648 a Abs. 5 Satz 4 BGB).

Abschließend und ergänzend zu § 648 a BGB noch folgende Hinweise. Ein vertraglicher **Ausschluss der Bauhandwerkersicherung** ist gemäß § 648 a Abs. 7 BGB nicht möglich

- durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), auch nicht
- durch privilegierte AGB, wie die Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) und auch nicht
- durch Individualvereinbarung. Die **Bauhandwerkersicherung** findet gem. § 648 a BGB **keine** Anwendung

– auf Verträge mit juristischen Personen des öffentlichen Rechts und

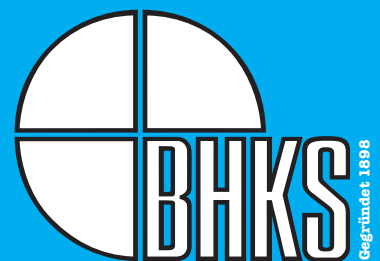
– auf Verträge mit natürlichen Personen, wie z. B., private Hauslebauer.

Bauprofis wissen, wie „gefährlich“ Bauen ist. Die während der Bauphase auftretenden tatsächlichen Probleme regeln redliche Parteien interessengerecht im gegenseitigen Einvernehmen. Trotzdem können beim technischen oder kaufmännischen Baustellenmanagement Fehler mit rechtlichen Auswir-

kungen auftreten. Außerdem kann es zu unvorhergesehenen Störungen im Bauablauf kommen, wenn z. B. der Bagger beim Bodenaushub auf einen riesigen Findling stößt oder durch Hochwasser die Leistung des Unternehmers zerstört wird. Kurzum kann man mit Wilhelm Busch auch bezogen auf den Bau sagen: „Stets finden Überraschungen statt, wo man's nicht erwartet hat.“ ◀

Neuaufgabe:

Offizielles Lieferanten-Verzeichnis des BHKS 2007



Das Nachschlagewerk für die tägliche Praxis enthält:

- ♦ **Rund 7.000 Hersteller und Lieferanten**
aus sämtlichen Bereichen der Heizungs-, Klima-, Sanitär- und Umwelttechnik
(alphabetisch und postalisch sortiert sowie gegliedert in 885 Warengruppen)
- ♦ **Großhändler**
Mitglieder des DGH – Deutscher Großhandelsverband Haustechnik e.V.
- ♦ **Mitglieder der BHKS-Organisation**
industriell strukturierte anlagenerstellende Unternehmen

Wer nutzt das Offizielle Lieferanten-Verzeichnis?

- ♦ Planer, Behörden, Produzenten, Lieferanten, installierende Unternehmen.



Preis: 19,50 € (inkl. MwSt. zzgl. Versandkosten)

Bestellungen: TGC GmbH, Bonner Talweg 42, 53113 Bonn
Tel. 02 28 / 26 50 81; Fax. 02 28 / 26 50 82