

Zum Umfang des Sicherungsverlangens nach § 650 f BGB für „Nachtragsforderungen“ gem. § 650c BGB.

Bereits nach § 648a Abs. 1 S. 1 BGB a. F. konnte der Unternehmer vom Besteller Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich 10 % für dazugehörige Nebenforderungen verlangen. Unter den Begriff „Zusatzaufträge“ wurden insbesondere Ansprüche nach §§ 1 Abs. 3 und 4, 2 Abs. 5 und 6 VOB/B subsumiert¹. Mit einem darauf gerichteten Sicherungsverlangen musste der Besteller also auch bisher schon rechnen und sicherstellen, binnen kurzer Frist die Sicherheit, regelmäßig in Form einer Bankbürgschaft, beibringen zu können. Daran hat sich durch die Einführung des wortgleichen § 650f Abs.1 S. 1 BGB nichts geändert. Daneben dürften der neuen Vorschrift grundsätzlich auch Ansprüche des Unternehmers auf Vergütung nach § 650c BGB in Folge von Änderungsbegehren des Bestellers gem. § 650b BGB unterfallen². Wann, unter welchen Voraussetzungen, in welcher Höhe (nachfolgend unter I.) und mit welchen Folgen für den Besteller (nachfolgend unter II.) soll Gegenstand der nachfolgenden Betrachtung sein:

I.

1. Nicht weiter problematisch ist der Fall, dass sich die Parteien nach dem Änderungsbegehren des Bestellers gem. § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 oder 2 BGB und dem Angebot des Unternehmers nach § 650b Abs. 1 S. 2 BGB auf eine Vergütung für die Ausführung der Änderung geeinigt haben. Dann kann der Unternehmer ohne weiteres ab dem Zeitpunkt der Einigung und noch vor Ausführung gemäß § 650f Abs. 1 S. 1 BGB eine Sicherheit in Höhe des vereinbarten Betrages einschließlich 10 % für Nebenforderungen beanspruchen.

2. Können sich die Parteien nach dem Änderungsbegehren des Bestellers und dem Angebot des Unternehmers nicht einigen, kann der Besteller die Ausführung der Änderung gemäß § 650b Abs. 2 S. 1 BGB anordnen. Nach § 650b Abs. 2 S. 2 BGB ist der Unternehmer verpflichtet, der Anordnung nachzukommen (im Fall des Abs. 1 S. 1 Nr. 1 allerdings nur, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist). Als Ausgleich gewährt das neue Recht dem Unternehmer nach Ausführung der Anordnung die Möglichkeit der vereinfachten Berechnung einer vertraglich vereinbarten oder gem. § 632a BGB geschuldeten Abschlagszahlung: Gem. § 650c Abs. 3 S.1 BGB kann der Unternehmer dann 80% seines Angebots als Abschlag verlangen. Mit dieser „*vorläufigen Pauschalierung*“ soll nach dem Willen des Gesetzgebers das Risiko des Unternehmers ausgeglichen werden, „*dass er die infolge der Änderung geschuldete Mehrleistung zunächst ohne Vergütung erbringt und eine Klärung der Mehrvergütung erst im Zusammenhang mit der Schlussrechnung erfolgt*“³. Im Gegenzug sieht § 650c Abs. 3 S. 3 BGB einen Rückzahlungs- und Zinsanspruch des Bestellers vor, wenn sich nach Abnahme des (Gesamt-) Werks herausstellt, dass der Abschlag höher war als die dem Unternehmer tatsächlich zustehende Vergütung.

3. Fraglich ist, wie es sich bei Uneinigkeit über Grund und Höhe der Nachtragsvergütung mit dem Sicherheitsanspruch des Unternehmers verhält:

¹ BGH, Urteil vom 15.12.2009 – XI ZR 107/08 -, BauR 2010, 609

² Scharfenberg in Leupertz/Preussner/Sienz, Bauvertragsrecht, § 650f, Rn. 23a

³ BT-Drucks. 18/8486, S. 57

- Kann der Unternehmer nach der Anordnung des Bestellers und noch vor deren Ausführung eine Sicherheit beanspruchen, und wenn ja, in welcher Höhe?
- Hängt die Antwort auf diese Fragen (auch) davon ab, ob der Anspruch auf „Nachtragsvergütung“ nur der Höhe oder bereits dem Grunde nach streitig ist?

Nach Auffassung der Verfasser ergibt sich die Antwort darauf aus der Entscheidung des BGH über die Voraussetzungen eines erfolgreichen Sicherungsverlangens nach der Kündigung des Bauvertrags durch den Besteller⁴. Um dies nachzuvollziehen, werden Sachverhalt und Begründung der Entscheidung kurz dargestellt:

3.1 Der Beklagte (AG) beauftragte den Kläger (AN) mit der Ausführung von Bauleistungen. Während der Ausführung forderte der AG den AN mehrfach zur Einhaltung von Sicherheitsvorschriften auf der Baustelle auf, bis der AG den Vertrag schließlich außerordentlich aus wichtigem Grund kündigte. Der AN hielt die Kündigung für unberechtigt und sah sie als freie Kündigung an. Er rechnete deshalb die Vergütung für die erbrachten Leistungen sowie den „entgangenen Gewinn“ für die kündigungsbedingt nicht mehr erbrachten Leistungen ab und klagte auf Stellung einer Sicherheit für sämtliche Vergütungsansprüche. Das LG wies die Klage ab. Das OLG sprach die Klage in vollem Umfang zu, allerdings ohne Einwendungen des AG zur Schlüssigkeit des Vergütungsanspruchs zu berücksichtigen.

3.2 Der BGH bestätigte das Berufungsurteil zum Teil und sprach dem AN eine Sicherheit für die Vergütung der erbrachten Leistungen zu. Die Sicherheit für die Vergütung der nicht erbrachten Leistungen versagte der BGH dem AN (allein) deshalb, weil der AN den Anspruch nicht schlüssig dargelegt hatte. Zur Begründung führte der BGH folgendes aus:

Der Anspruch des Unternehmers auf Sicherheit bestehe auch nach Kündigung des Vertrages. Denn anders als die Vorgängervorschrift bezwecke § 648a BGB (in der seit dem 1.1.2009 geltenden Fassung) nicht mehr (nur) die Absicherung des Vorleistungsrisikos des Unternehmers, sondern seiner Vergütung als solcher. Für den Anspruch auf Sicherheit reiche es daher aus, dass dem Unternehmer noch ein Vergütungsanspruch zusteht bzw. zustehen kann.

Den Anspruch auf Vergütung, für den er Sicherheit begehrt, müsse der Unternehmer schlüssig darlegen. Denn der Besteller habe ein berechtigtes Interesse daran, nur mit einem Sicherungsverlangen konfrontiert zu werden, das der – im Streitfall - durch die Kündigung bedingten Veränderung des Vergütungsanspruchs Rechnung trage⁵. Dem berechtigten Interesse des Unternehmers auf effektive Absicherung werde dadurch Rechnung getragen, dass ein Streit über die tatsächlichen Voraussetzungen der Berechnung des Vergütungsanspruchs im Prozess auf Stellung einer Sicherheit nicht zugelassen wird⁶. Nach der Gesetzesbegründung habe der Gesetzgeber dem Unternehmer die Möglichkeit eröffnen wollen, möglichst schnell und effektiv vom Besteller eine Sicherheit für den Fall zu erlangen, dass der Besteller nicht bezahlt⁷.

⁴ BGH, Urteil vom 06.03.2014 – VII ZR 349/12 -, BauR 2014, 992

⁵ **Anmerkung der Verfasser:** spricht der Notwendigkeit, zwischen erbrachten und nicht erbrachten Leistungen zu differenzieren und bei letzteren die ersparten Aufwendungen abzuziehen

⁶ BGH, a. a. O., Rn. 26

⁷ BGH, a. a. O., Rn. 27

Dieser Zweck würde gefährdet, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen für die Berechnung des Vergütungsanspruchs erst langwierig aufgeklärt werden müssten - mit dem Risiko, dass der Besteller in der Zwischenzeit in Insolvenz fällt⁸.

Anders als es die mehrfach verwendete Formulierung über die „tatsächlichen Voraussetzungen der Berechnung des Vergütungsanspruchs“ auf den ersten Blick vermuten lässt, verhalten sich die vom BGH aufgestellten Grundsätze nicht nur über die Fälle, in denen die Parteien über die Anspruchshöhe streiten, sondern auch über diejenigen, in denen schon der Grund des Vergütungsanspruchs streitig ist. Denn *„sind die tatsächlichen Voraussetzungen der schlüssig dargelegten Vergütung streitig und führt dies zu einer Verzögerung bei der Durchsetzung des Sicherungsanspruchs, so ist dem Sicherungsverlangen des Unternehmers stattzugeben, wenn nicht der Streit bereits anderweitig geklärt ist. Damit kann, sofern dies den Rechtsstreit verzögert, der Besteller nicht mit der Behauptung gehört werden, es lägen die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund vor, wenn die dieser Behauptung zugrunde liegenden Tatsachen bestritten sind und der Unternehmer deshalb die Auffassung vertritt, es läge eine freie Kündigung vor und eine Sicherung seines Anspruchs nach § 649 Satz 2 BGB verfolgt“*⁹. Der Hinweis darauf, dass die Frage der Wirksamkeit der Kündigung im Sicherheitenprozess offen bleiben kann, stellt nach Meinung der Verfasser klar, dass nicht nur die Höhe des Anspruchs auf Sicherheit, sondern auch der Grund des Anspruchs¹⁰ gemeint ist. Denn bei wirksamer außerordentlicher Kündigung aus wichtigem Grund besteht für den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung schon dem Grunde nach kein Vergütungsanspruch.

Das Risiko einer Übersicherung des Unternehmers nebst den damit einhergehenden – möglicherweise nicht unerheblichen – Nachteilen für den Besteller habe der Gesetzgeber gesehen. Gerade im Fall der Kündigung könne die Einräumung einer Bauhandwerkersicherheit die Kreditlinie des Bestellers in weit höherem Maße belasten als es bei Durchführung des Vertrages der Fall gewesen wäre. Schließlich benötige der Besteller diese für die Fertigstellung des nach der Kündigung unvollendeten Bauwerks, ggf. auch für die Absicherung des Drittunternehmers, der die Arbeiten ausführt. Insbesondere im Fall einer berechtigten Kündigung aus wichtigem Grund habe der Besteller ein hohes Interesse daran, keine Sicherheit stellen zu müssen, zumal die Rückerlangung der Sicherheit mit Schwierigkeiten verbunden sein könne¹¹. *„Diesem Interesse kann jedoch nach der in § 648a BGB zum Ausdruck gekommenen Intention des Gesetzgebers nicht der Vorrang vor dem Interesse des Unternehmers eingeräumt werden, bis zu einer Klärung des ihm zustehenden möglichen Vergütungsanspruchs vor einem Ausfall des Bestellers geschützt zu sein“*¹².

4. Wendet man die vom BGH aufgestellten Grundsätze auf die oben aufgeworfenen Fragen an, wie es sich bei einer Anordnung des Bestellers nach § 650 b Abs. 2 BGB und gleichzeitiger Uneinigkeit der Parteien über Grund und Höhe der

⁸ BGH, a. a. O., Rn. 27

⁹ BGH, a. a. O., Rn. 29

¹⁰ so auch Kimmich/Friedrich, BauR 2015, 565

¹¹ BGH, a. a. O., Rn. 30

¹² BGH, a. a. O., Rn. 30

Nachtragsvergütung mit dem Anspruch des Unternehmers auf Sicherheit verhält, ergibt sich folgendes:

4.1 Kann der Unternehmer einen Anspruch auf (Nachtrags-)Vergütung gem. § 650c BGB schlüssig darlegen, also

- ein Änderungsbegehren des Bestellers nach § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB (Änderung des Werkerfolgs) oder Nr. 2 (zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendige Änderung),
- sein Angebot gemäß § 650b Abs. 1 S. 2 BGB und
- die Anordnung des Bestellers zur Ausführung der Änderung gemäß § 650b Abs. 2 S. 1 BGB

kann der Unternehmer grundsätzlich Sicherheit verlangen. Dies gilt unabhängig davon, ob der Anspruch auf Vergütung (schon) dem Grunde oder (nur) der Höhe nach streitig ist. Denn für den Anspruch auf Sicherheit kommt es, wie der BGH ausdrücklich festgestellt hat, nicht auf die materielle Berechtigung an, sondern allein auf dessen schlüssige Darlegung. Ansonsten hätte der BGH dem Unternehmer bei schlüssiger Darlegung des Vergütungsanspruchs keinen Anspruch auf Sicherheit für die Vergütung der kündigungsbedingt nicht mehr erbrachten Leistungen nach § 649 S. 2 BGB a. F. bzw. § 648 S. 2 BGB zugestanden, trotz der Gefahr, dass sich die außerordentliche Kündigung des Bestellers aus wichtigem Grund später als berechtigt erweist mit der Folge, dass dem Unternehmer der abgesicherte Vergütungsanspruch schon dem Grunde nach nicht zusteht.

Entgegen der Auffassung von Jousen¹³, der auf den Wortlaut des § 650f Abs. 1 S. 1 BGB abstellt, muss die Vergütung auch nicht bereits „vereinbart“¹⁴ sein. Denn „vereinbart“ im Sinne des Gesetzes erfordert laut BGH keine auf Anspruchsgrund und Anspruchshöhe gerichtete rechtsgeschäftliche Vereinbarung der Parteien, sondern lediglich die schlüssige Darlegung von Anspruchsgrund und Anspruchshöhe durch den Unternehmer. Nur mit diesem Verständnis lässt es sich rechtfertigen, dem Unternehmer einen Anspruch auf Sicherheit (und nach Ausführung einen Anspruch auf Abschlagszahlung) zuzugestehen, obwohl materiellrechtlich möglicherweise gar kein Anspruch besteht. Denn nach der zitierten Entscheidung kommt es sowohl für den Anspruch auf Sicherheit als auch für den (vorläufigen) Anspruch auf Abschlagszahlung gerade nicht auf die materiellrechtliche Berechtigung an, sondern allein auf dessen schlüssige Darlegung. Das Gesetz fingiert also letztlich den Anspruch auf Sicherheit und Abschlagszahlung, bis entweder eine (vorläufige) Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz ergangen oder eine endgültige Klärung über die Berechtigung des Anspruchs erfolgt ist.

Darauf, dass es in dem zitierten BGH-Fall um den Anspruch auf Vergütung nach § 649 BGB a. F. BGB ging bzw. dieser (und damit auch der Anspruch auf Sicherheit) von vornherein beschränkt bzw. niedriger war als die ursprüngliche Vergütung¹⁵, kam es nicht an. Ebenso wenig darauf, dass die Vergütung beim gekündigten Vertrag – anders als im Fall von „Nachträgen“ – niedriger ist als diejenige, die ursprünglich

¹³ Jousen in Ingenstau/Korbion, VOB, 20. Auflage, Anhang 1, Rn. 173; ebenso Schwarz, BauR 2017, 1

¹⁴ So Rodemann/Bschorr, BauR 2013, 845, für nur der Höhe nach streitige Ansprüche nach §§ 2 Abs. 5 und 6 VOB/B

¹⁵ Schmitz in ibr-Online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 12.03.2018, § 650f, Rn. 70

bzw. von vornherein vertraglich „vereinbart“ war. Denn wenn die Kündigung des Bestellers aus wichtigem Grund berechtigt war, bestand für den gekündigten Teil des Vertrages schon zum Zeitpunkt des Sicherungsverlangens kein Anspruch auf Vergütung (mehr).

4.2 Die schlüssige Darlegung des Anspruchs auf Sicherheit erfordert zunächst eine schlüssige Darlegung des Anspruchsgrundes. Der Unternehmer muss also schlüssig darlegen, dass es sich bei der vom Besteller nach § 650b Abs. 2 BGB angeordneten Leistung um eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs gem. § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB oder eine für die Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendige Änderung handelt.

Hinsichtlich der Höhe der Sicherheit hat der Unternehmer die Wahl: er kann – (1.) – seinen Vergütungsanspruch gem. § 650c Abs. 1 S. 1 BGB darlegen, also anhand der tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn (und, falls er auch die Planung schuldet, auch den diesbezüglich vermehrten Aufwand, S. 1). Hat der Unternehmer vereinbarungsgemäß seine Urkalkulation hinterlegt, kann er – (2.) - gem. § 650c Abs. 2 BGB die Vergütung anhand seiner Kalkulation berechnen. Schließlich kann er – (3.) – in Anlehnung an § 650c Abs. 3 BGB auch eine Sicherheit in Höhe von 88 % seines Angebots (80 % + 10% für dazugehörige Nebenforderungen) verlangen. Denn wenn schon der Anspruch auf Abschlagszahlung nach § 650c Abs. 3 BGB keine Schlüssigkeit erfordert mit der Folge des „vorläufigen“ Liquiditätszuflusses, können im 3. Fall zur Erreichung des Sicherungsinteresses keine höheren Anforderungen gelten.

4.3 Der Anspruch auf Sicherheit erfordert auch nicht, dass der Unternehmer die Änderung bereits ausgeführt hat. Denn der Unternehmer kann gemäß § 650f Abs. 1 S. 3 BGB „jederzeit“ eine Sicherheit für seinen Werklohnanspruch verlangen. Demnach kann der Unternehmer bereits nach Zugang der Anordnung des Bestellers nach § 650b Abs. 2 S. 1 BGB und noch vor Ausführung der Änderung eine Sicherheit vom Besteller beanspruchen.

4.4 Zusammengefasst ist die oben aufgeworfene Frage demnach wie folgt zu beantworten:

- der Unternehmer kann nach der Anordnung des Bestellers gem. § 650b Abs. 2 S. 1 BGB und noch vor deren Ausführung eine Sicherheit gem. § 650f Abs. 1 S. 1 BGB für seine (Nachtrags-) Vergütung nach § 650c BGB beanspruchen;
- dies gilt unabhängig davon, ob der „Nachtrag“ dem Grunde oder der Höhe nach streitig ist, solange der Anspruch schlüssig dargelegt wird.

II.

Für den Besteller hat dies gravierende Auswirkungen:

1. Einem schlüssigen Sicherungsverlangen des Unternehmers muss der Besteller zwingend und schnell¹⁶ nachkommen, will er vermeiden, dass der Unternehmer gem.

¹⁶ die angemessene Frist beträgt nach der Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 12/1836, S. 9, schließlich nur 7-10 Tage!

§ 650f Abs. 5 S. 1 BGB die Leistung einstellt oder gar den Vertrag kündigt. Die Leistungseinstellung oder Kündigung wäre selbst dann wirksam, wenn sich im Nachhinein herausstellte, dass der dem Sicherungsverlangen zugrunde liegende Vergütungsanspruch gar nicht bestanden hat.

2. Dem schlüssigen Sicherungsverlangen des Unternehmers kann der Besteller auch nicht dadurch entgehen, dass er dem Unternehmer eine niedrigere, von ihm (dem Besteller) als angemessen angesehene (und vielleicht sogar später von einem Gericht als der Höhe nach zutreffend beurteilte) Sicherheit anbietet. Denn laut BGH genügt ein schlüssiges Sicherungsverlangen, vgl. oben I. 3.2.

3. Will der Besteller keine Sicherheit stellen und die Rechtsfolgen des § 650f Abs. 5 BGB vermeiden, muss er, wie vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen¹⁷, den Erlass einer einstweiligen Verfügung nach § 650d BGB (die in § 650c Abs. 3 S. 1 a. E. BGB erwähnte „*anderweitige gerichtliche Entscheidung*“) beantragen. Sind sich die Parteien schon über den Anspruchsgrund uneins, muss diese auf Feststellung gerichtet sein, dass die betreffende Leistung keine vergütungspflichtige Änderungsanordnung darstellt und schon vom ursprünglichen Leistungssoll umfasst ist. Streiten sich die Parteien nur über die Höhe, muss der Besteller darauf antragen, dass dem Unternehmer nur eine Sicherheit in bestimmter Höhe zusteht.

4. Solange der Besteller die Einstweilige Verfügung nicht erreicht, trägt er das Risiko einer wirksamen Arbeitseinstellung oder Kündigung durch den Unternehmer, selbst wenn nach der Arbeitseinstellung oder Kündigung die einstweilige Verfügung doch noch - ganz oder teilweise - erlassen wird.

**Rechtsanwälte und Fachanwälte für Bau- und Architektenrecht Jörg Mayr und
Henning von Berg, Köln**

¹⁷ BT-Drucks. 18/8486, S. 58