

## **Sicherheitsverlangen des Handwerkers nach § 650f BGB reformbedürftig, Wiedereinführung des Verbraucherprivilegs notwendig**

Das neue Bauvertragsrecht hat seit dem 01. Januar 2018 einige Verbesserungen und mehr Schutz für den privaten Bauherrn gebracht. Doch in einem Punkt gibt es eine erhebliche Verschlechterung:

Auch schon nach altem Recht konnte das Bauunternehmen bzw. der Handwerker eine finanzielle Sicherheit, meist in Form einer Bürgschaft, von seinem Auftraggeber verlangen. Damit soll der Handwerker vor dem Zahlungsausfall seines Auftraggebers geschützt werden. Aber für den Verbraucher bestand eine Einschränkung, wenn dieser die Instandsetzung eines Einfamilienhauses beauftragte. In diesen Fällen musste der Verbraucherbauherr keine Sicherheit stellen, da zum einen das Volumen der Aufträge i.d.R. überschaubar ist und zum zweiten der Zahlungsausfall beim Verbraucher gegenüber seinem Handwerker sehr selten vorkommt. Schließlich sind die meisten Bauaufträge bei Verbrauchern vollständig durchfinanziert, entweder durch ein Bankkredit oder durch vorhandene Eigenmittel. Somit musste ein Verbraucher eines Einfamilienhauses keine solche Sicherheit stellen, unabhängig davon, ob er mit nur einer Firma baute oder mit mehreren.

### **Wegfall des Verbraucherprivilegs**

Dieses sogenannte Verbraucherprivileg ist mit Inkrafttreten des neuen Bauvertragsrechts 2018 entfallen. Der Auftragnehmer, also der Unternehmer oder Handwerker, kann grundsätzlich eine Sicherheit verlangen. Es besteht auch eine Ausnahme für den privaten Bauherrn. Ausgenommen von dem Sicherungsanspruch des Auftragnehmers ist jetzt aber nur der Verbraucherbauvertrag. Als Verbraucherbauvertrag gilt nur der Vertrag über den Bau eines vollständigen neuen Hauses oder über erhebliche Umbaumaßnahmen. Aber ein Verbraucher, der mit einem Architekten baut und die einzelnen Bauleistungen an verschiedene Unternehmen vergibt oder der Handwerkerleistungen zur Instandsetzung seines Haus beauftragt, muss nun befürchten, den Handwerkern und dem Architekten eine Sicherheit stellen zu müssen. Da sich der Anspruch aus dem Gesetz ergibt, muss der Handwerker den Verbraucher in seinen Verträgen noch nicht einmal darüber vorab informieren.

### **Modernisierungsverhinderer**

Verlangt der Unternehmer zu Beginn oder auch im Laufe des Bauprozesses eine Sicherheit von dem Verbraucher, hat dieser nur 7 bis 10 Werktage Zeit, eine Bürgschaft bei seiner Bank zu organisieren. Zudem kann die Höhe der Bürgschaft die vollen Kosten der Baumaßnahme umfassen. Sind für die Maßnahme etwa 40.000 Euro veranschlagt, kann der Unternehmer auch die vollen 40.000 Euro als Sicherheit verlangen, sogar 5 Prozent mehr. Die Banken sind nach Erfahrungen des Bauherren-Schutzbundes derzeit gar nicht auf die Bearbeitung einer Bürgschaftsanfrage von Verbrauchern zu diesem Zweck und in dieser kurzen Bearbeitungszeit eingestellt. Für Verbraucher verteuert sich die Baumaßnahme erheblich, z.T. wird sie nicht mehr finanzierbar. In dem Beispiel müsste der Verbraucher zu Baubeginn 80.000 Euro zur Verfügung haben, das Doppelte des Preises für die beauftragte Bauleistung. Das ist nicht nur aus Sicht des Verbraucherschutzes, sondern auch vor dem Hintergrund einer gewünschten hohen energetischen Modernisierungsquote bei selbstgenutzten Eigenheimen nicht akzeptabel. Das gesetzliche Sicherheitsverlangen wird zum Modernisierungsverhinderer.

### **Druckmittel für Handwerker**

Kann der Verbraucher die Bürgschaft innerhalb der kurzen Frist nicht stellen, droht ihm die Kündigung des Bauvertrags durch den Unternehmer, der dann sogar für den aufgrund der Kündigung entgangenen Gewinn Geld verlangen kann. Einige Unternehmer nutzen diese Regelung aus und stellen gar nicht auf die eigentliche finanzielle Sicherheit ab, sondern drohen mit dem Sicherheitsverlangen, um Mängelansprüche des Verbrauchers abzuwenden oder höhere Preise für die Bauleistung durchzusetzen.

### **Rückschritt des Verbraucherschutzes**

Der Wegfall des Verbraucherprivilegs mit Inkrafttreten des neuen Bauvertragsrechts 2018 ist ein klarer Rückschritt des Verbraucherschutzes. Seine Folgen lassen sich mittlerweile am Markt vermehrt beobachten.

### **Das Verbraucherprivileg muss wieder eingeführt werden**

Deshalb fordert der BSB die Wiedereinführung des Verbraucherprivilegs in § 650f BGB, wonach Verbraucher bei einzelnen Handwerker- und Bauaufträgen zur Instandsetzung ihres Hauses keine Sicherheit stellen müssen.

## Die Änderungsnotwendigkeit im Detail

### Rechtliches Problem und Lösungsvorschlag

#### 1. Das Problem der gesetzlichen Regelung

Durch das „Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung“ wurde erstmals der Vertragstyp des Bauvertrages und der des Verbraucher-bauvertrages kodifiziert. Hierdurch wurde auch die Gesetzeslage im Hinblick auf Sicherheiten am Bau insbesondere für Verbraucher als Bauherren deutlich verändert.

§ 648a BGB in der bis Ende 2017 gültigen Fassung bestimmte seit der letzten Modifikation durch das Forderungssicherungsgesetz im Jahre 2009 einen Anspruch des (Bau-)Unternehmers, vom Besteller eine Sicherheit zu verlangen. Im Wesentlichen unverändert regelt § 650f BGB, dass der Unternehmer vom Besteller Sicherheit für die vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung verlangen darf (die näheren Voraussetzungen finden sich in § 650 Abs. 1 BGB).

Für private Bauherren war in § 648a Abs. 6 Ziff. 2 BGB (a. F.) seit 1993 geregelt, dass für Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses, ggf. mit Einliegerwohnung, im Auftrag einer natürlichen Person ein solcher Anspruch eben nicht gegeben sei. Dieses System wurde modifiziert, allerdings zum Nachteil des privaten Bauherrn.

§ 650f Abs. 6 Nr. 2 BGB enthält zunächst eine Privilegierung des Verbrauchers. Demnach finden die Absätze 1 bis 5 keine Anwendung, wenn der Besteller Verbraucher ist und es sich um einen Verbraucherbauvertrag nach § 650i BGB oder um einen Bauträgervertrag nach § 650u BGB handelt.

Das hier normierte Verbraucherprivileg folgt aber einer „schwer verständlichen Dreiteilung“ (Schmitz, in: Kniffka, Bauvertragsrecht, Kommentar zu §§ 631 – 650v BGB unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH, 3. Auflage, München, 2018, § 650f Rn. 20):

- Handelt es sich um einen einfachen Werkvertrag, der sich nicht auf ein Bauwerk, eine Außenanlage oder einen Teil davon in der in § 650a Abs. 1 Satz 1 BGB beschriebenen Weise bezieht, hat der Unternehmer keinen Anspruch auf eine Sicherheit. Dies gilt nicht nur für die sogenannte „B-to-C“-Konstellation, sondern auch im „B-to-B“-Bereich (d.h. es ist gleichgültig, ob der Besteller Unternehmer oder Verbraucher ist).
- Liegt ein Bauvertrag im Sinne von § 650a Abs. 1 Satz 1 BGB vor, der nicht die Schwelle des § 650i Satz 1 BGB (Verbraucherbauvertrag) erreicht, also nicht den Bau eines neuen Gebäudes oder erhebliche Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude – und dies aus einer Hand – betrifft, kann der Unternehmer vom „Verbraucherbesteller“ Sicherheit verlangen.
- Liegt schließlich ein Verbraucherbauvertrag im Sinne des § 650i Abs. 1 BGB (oder ein notariell beurkundeter Bauträgervertrag) vor, ist ein Anspruch des Unternehmers gegen den Verbraucherbesteller auf Sicherheit ausgeschlossen.

## **2. Folgen für Verbraucher**

Nach Erhebungen des Bauherren-Schutzbundes bauen über 10 Prozent der Mitglieder in klassischer Manier unter Einschaltung eines Architekten mit Einzelvergabe der Bauleistungen an Handwerker. In diesem wirtschaftlich ganz bedeutenden Segment von Bauaktivitäten privater Bauherren ist der Verbraucherbesteller aufgrund der Gesetzesänderung nun in der schwierigen Situation, auf entsprechende Anforderung eine Sicherheit stellen zu müssen – im Extremfall das Gesamt-Investitionsvolumen für Ingenieur- und Bauleistungen zzgl. einer Nebenkostenpauschale von 10 Prozent. Dieses muss der Verbraucher über Bankbürgschaften absichern und dementsprechend eine kostenträchtige Kreditlinie in deutlich erhöhtem Umfang für die gesamte Dauer der Bauzeit in Anspruch nehmen, sofern ihm dieser Avalrahmen überhaupt gewährt wird.

## **3. Beispiele aus der anwaltlichen Praxis**

Zunehmend verlangen Handwerker, die beim klassischen Einfamilienhausbau mit gewerke-weiser Beauftragung der einzelnen Leistungen tätig sind, eine entsprechende Sicherheit. Hierauf haben sie nach der gegenwärtigen Rechtslage auch tatsächlich einen Anspruch.

Immer häufiger versuchen auch Architekten, diesen Anspruch geltend zu machen. Ob auch Architekten Anspruch auf diese Sicherheit haben, wenn sie für einen Verbraucherbesteller ein bezugsfertiges Haus planen und die Erstellung überwachen, ist umstritten. Maßgebliche Fachliteratur verneint dies zwar (vgl. Kniffka, BauR 2017, 1747 (1869); Leupert/Preussner/Sienz/Fuchs § 650q Rn. 53; Kniffka/Schmitz IBR-online-Kommentar, Stand 25.06.2019, § 650f Rn. 215f.; Lenkeit, PiG 106, 107; Bernhard, Bauhandwerkersicherheit für Architekten und Ingenieure, Festschrift für Dieter Kainz 2019, 35 (39)), teilweise wird ein solcher Anspruch aber auch bejaht (vgl. Palandt/Sprau, 77. Aufl. 2018, § 650f Rn. 2; Leupert/Preussner/Sienz/Scharfenberg, § 650f Rn 19 ff.). Im Hinblick auf die Geltendmachung durch den Architekten herrscht somit rechtliche Unklarheit, die den Verbraucher zusätzlich belastet.

Neben Unternehmern, die bereits in einem frühen Stadium nach Vertragsschluss sich in dieser Weise absichern, bildet sich ein Schwerpunkt derartiger Sicherheitsverlangen bei aufkommenden Konflikten, signifikant dann, wenn Besteller/Bauherren wegen bereits festgestellter Leistungsdefizite von ihrem Zurückbehaltungsrecht bei Abschlagsrechnungen Gebrauch machen.

Da sich die Baubeteiligten bei solchen Baumaßnahmen häufig informell austauschen, entsteht hier, spätestens wenn im Wege des Schneeballeffekts mehrere Verlangen auf Sicherheit vorgebracht werden, für den Verbraucher-Bauherrn eine ganz schwierige Situation. Einerseits sind die baufinanzierenden Geldinstitute sich weder dieses Themas bewusst noch sind sie andererseits organisatorisch darauf eingerichtet, entsprechende Sicherheiten, die in aller Regel nur herausgegeben werden, wenn eine entsprechende (ergänzende) Kreditlinie zur Verfügung gestellt werden kann, in kurzer Zeit und ggf. sogar mehrfach zu stellen.

Die bisherige Rechtsprechung betrifft, soweit sie veröffentlicht ist, naturgemäß noch die Situation vor dem 01.01.2018, also ausschließlich das B-to-B-Geschäft. Verschiedene Oberlandesgerichte haben sehr knappe Fristen für angemessen gehalten, binnen derer der Bauherr/Besteller entsprechende Sicherheit zu leisten hat, will er eine Kündigung des Vertrages durch den Unternehmer verhindern. Die Rechtsprechung lässt häufig eine Frist von sieben Tagen/einer Woche als ausreichend genügen (OLG Dresden, BauR 2006, 1318; OLG Hamm, IBR 2010, 83; KG, BauR 2005, 1035). Binnen derart kurzer Zeit ist es rein organisatorisch für einen Verbraucherbesteller

gar nicht möglich, eine derartige Sicherheit zu erlangen. In der Praxis stellen solche Fristen schon für mittelständische Unternehmer ein erstzunehmendes Problem dar.

Es besteht also eine erhebliche Gefahr für private Bauherren. Derzeit haben Unternehmer, die sich eines vermeintlich missliebigen Auftraggebers entledigen wollen, eine probate Möglichkeit, eine außerordentliche Kündigung des Bauvertrages zu erreichen.

Folge allein nicht zeitgerechter Reaktion des Bestellers ist nach Kündigung gemäß der gesetzlichen Vermutung (§ 615f Abs. 5 Satz 3 BGB) eine Zahlungsverpflichtung von 5 Prozent des Wertes der nicht erbrachten Leistungen ohne Gegenleistung. In der Praxis werden insoweit auch Ansprüche in der Größenordnung von 50 Prozent der Vergütung für nicht erbrachte Leistungen aufgemacht, die dann zusätzlich zu erfüllen sind.

Der Verbraucherbesteller ist sich in aller Regel dieses Problems gar nicht bewusst. Er hält es gar nicht für möglich, dass er eine solche Sicherheit stellen muss, ohne dass er im Bauvertrag auf dieses mögliche Szenario hingewiesen wurde. Der klassische private Bauherr kennt diese Problematik ebenso wenig wie häufig auch der für ihn tätige Architekt.

#### **4. Der Lösungsvorschlag des BSB**

Durch die oben beschriebene Dreiteilung ist der Verbraucherschutz für eine Vielzahl von privat veranlassten Bauvorhaben deutlich reduziert worden. Nachvollziehbare Gründe hierfür sind nicht ersichtlich. Der Gesetzgeber wollte mit der Neuregelung des privaten Baurechts eine Verbesserung des Verbraucherschutzes bewirken, hat aber im Bereich des Einfamilienhausbaus eine Verschlechterung herbeigeführt und im Bereich des Geschosswohnungsbaus durch private Investoren (Verbraucher) außerhalb der Bauträger- und Schlüsselfertig-Maßnahmen, ebenso wie aber auch bei durch Wohnungseigentümergeinschaften veranlassten erheblichen Umbaumaßnahmen eine Schutzlücke geschaffen.

Dem Bauunternehmer, der bei solchen Bauvorhaben beauftragt wird, wird ein Sicherungsanspruch an die Hand gegeben, der aus dem historischen Konzept des BGB-Werkvertrages für Bauleistungen bis 1993 nicht abzuleiten ist und auch der Geset-

zeslage der letzten 25 Jahre nicht entspricht. Der Anspruch ist aber auch wirtschaftlich nicht geboten, sondern kann im Gleichgewicht der Vertragsparteien für eine signifikante Schieflage sorgen. Dass eine wirtschaftliche Notwendigkeit für eine Sicherheit nicht gegeben ist, zeigen die zahlreichen Fälle, in denen Unternehmer dem Verbraucher anbieten, gegen einen Aufpreis auf die Sicherheit zu verzichten.

Unverändert Gültigkeit haben aber die gesetzgeberischen Motive, die bei Schaffung des früheren § 648a BGB dazu bewogen haben, die ein Einfamilienhaus errichtende natürliche Person zu privilegieren, nämlich die Überlegung, dass eine solche Baumaßnahme in aller Regel durch grundbuchlich gesicherte Darlehen solide finanziert ist, weshalb das Risiko eines Forderungsausfalles für den Unternehmer in der Praxis kaum zum Tragen kommt.

Es ist logisch nicht zu begründen, weshalb der Verbraucher, der die Bauleistungen gewerkeweise vergibt, deutlich schlechter gestellt werden soll, als jener, der einen Generalunternehmer mit der schlüsselfertigen Herstellung eines Eigenheims beauftragt.

Die jetzige Regelung schafft im Übrigen zusätzliches Haftungspotenzial für Architekten, die nach der Fachliteratur gehalten sein sollen, den Bauherren auch über die Rechte seiner Vertragspartner und hieraus resultierende „Gefahren“ zu unterrichten.

Für den Verbraucher, der ohne Einschaltung eines Architekten oder Bauingenieurs und ggf. auch ohne Inanspruchnahme von Bankkredit Handwerkerleistungen beauftragt, beispielsweise im Rahmen einer energetischen Ertüchtigung seines Hauses Dachdeckerarbeiten veranlasst oder seine Heizungsanlage modernisieren lässt, ist durch die aktuelle Gesetzeslage die Situation ebenso problematisch, wenn solche Leistungen § 650a Abs. 2 BGB unterfallen.

Der Gesetzgeber ist dringend aufgerufen, ein einheitlich hohes Schutzniveau wieder herzustellen. § 650f BGB ist in Absatz 6 in Ziff. 2 (sinngemäß) wie folgt zu ergänzen:

*„(6) Die Absätze 1 bis 5 finden keine Anwendung, wenn der Besteller*

*...*

*2. Verbraucher ist und es sich um einen Verbraucherbauvertrag nach § 650i, um einen Bauträgervertrag nach § 650u oder um einen Bauvertrag nach § 650a über Bauleistungen für ein Einfamilienhaus handelt.*

Damit wäre das Verbraucherschutzniveau für den privaten Bauherrn entsprechend der Gesetzeslage bis Ende 2017 wieder hergestellt.

Aus Sicht des Verbraucherschutzes erscheint es sinnvoll, darüber hinaus die oben geschilderte Dreiteilung auch dergestalt zu verändern, dass in § 650f Abs. 6 Nr. 2 BGB zudem ergänzt wird, dass die Nichtanwendung der vorstehenden Absätze auch Verträge erfasst, die

Instandhaltungsleistungen nach § 650a Abs. 2 bei Bestellern, die Verbraucher sind,

betreffen. Damit wären dann auch Wohnungseigentümergeinschaften oder Eigentümer von Bestandsobjekten bei größeren Instandhaltungsmaßnahmen oder energetischen Ertüchtigungen geschützt.