

# Frankfurter Allgemeine

ZEITUNG FÜR DEUTSCHLAND

## Kann der Bauherr nicht zahlen?

Das Bauprojekt in Kiel begann euphorisch und endete fatal. Der Investor hatte ein Wohnungsbauvorhaben in der schleswig-holsteinischen Landeshauptstadt dynamisch initiiert. Die Aussichten auf Rentabilität ließen jedoch dunkle Wolken am Horizont über der Kieler Förde auftauchen. Diese sensibilisierten die Architektenseite: Für die Leistungen der Planung, der Ausschreibung und der Objektüberwachung war die Vergütung vereinbart, aber noch nicht erhalten. Die Planer machten daher den gesetzlichen Sicherungsanspruch geltend: die Bauhandwerkersicherung, die auch für Planerhonorare und deren Sicherung gültig ist. Dieser Anspruch steht für die gesamte vereinbarte Vergütung zu wie auch für schon erbrachte Planungsleistungen, die noch nicht bezahlt sind. Vertraglich kann er auch nicht ausgeschlossen werden.

Die Bauherrenseite nahm die Aufforderung zur Legung der Sicherheit mit gespielter Überraschung zur Kenntnis und reagierte pikiert: Der Auftraggeber kündigte den Vertrag. Begründung: Das Vertrauensverhältnis sei tiefgreifend gestört, weil die Planerseite unerwartet den Sicherungsanspruch geltend gemacht habe. Eine ordentliche Kündigung sei mit dieser außerordentlichen Kündigung jedoch nicht verbunden, wie es die Bauherrenseite formulierte.

Ein solcher Fall ist immer wieder anzutreffen. Das zeigt, wie wenig auf der Seite des Bauherren die Rechtskenntnis vorhanden ist. Der Auftraggeber meint, mit einer Kündigung des Vertragsverhältnisses die Flucht nach vorne ergreifen zu können, wenn der Auftragnehmer den Sicherungsanspruch begehrt. Aber die Annahme trifft eben nicht zu, dass damit auch gleichermaßen der Sicherungsanspruch des Honorarberechtigten entfallen würde.

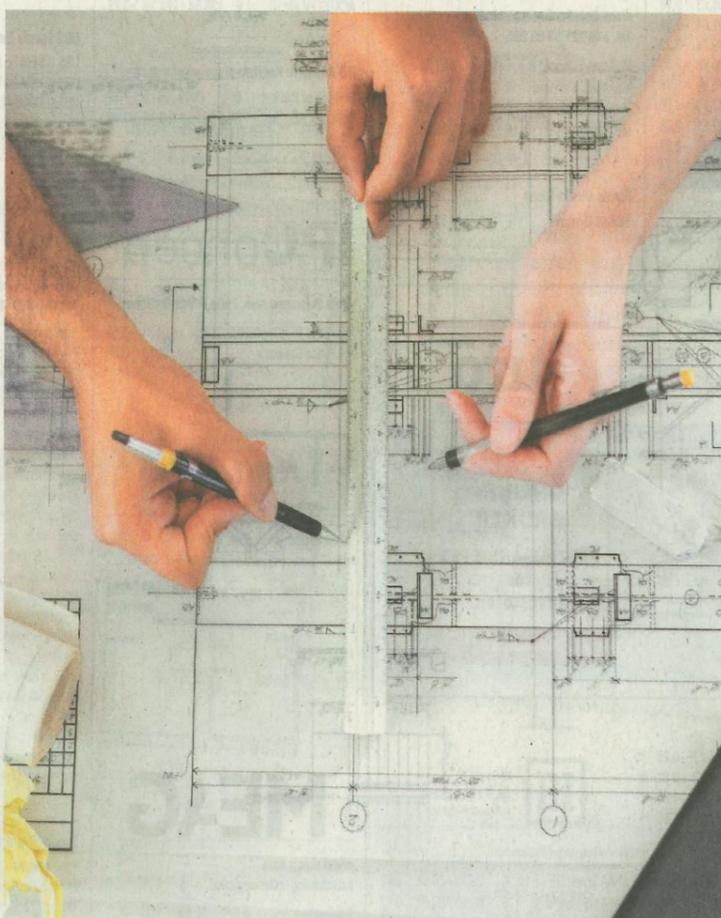
Diesen Trugschluss hat jüngst der Bundesgerichtshof mit seinem Urteil vom 17. August 2023 gezeigt (Aktenzeichen: VII ZR 228/22). Auch nach Kündigung des Architekten- oder Bauvertrages steht dem beauftragten Unternehmer nach wie vor ein Sicherungsanspruch zu – für die ihm zustehende Vergütung, die der Bauherr noch nicht gezahlt hat. Wie sich die Höhe des Sicherungsanspruchs darstellt, ist allerdings differenziert zu betrachten.

Der Auftragnehmer macht die Sicherung für die Vergütung häufig im Zuge des Leistungserfüllungsprozesses geltend. In diesem Fall bestimmt sich die Höhe zunächst nach der Vergütung für Forderungen, die beauftragt, bisher abgearbeitet und in Rechnung gestellt, aber bislang nicht bezahlt sind. Hinzu tritt die Vergütung beauftragter Leistungen, die noch nicht abgearbeitet sind. Der so zu bewertende Betrag ist mit einem Zuschlag von 10 Prozent zu bewerten, die das Gesetz als „dazugehörige Nebenforderungen“ bezeichnet.

Greift die außerordentliche Kündigung durch den Auftraggeber aufgrund von tatsächlich berechtigten Einwendungen, steht dem sicherungsbegehrenden Unternehmer lediglich eine Vergütung bis zum

Die Baukrise lässt Ansprüche an Honorare wanken. Der Bundesgerichtshof stärkt nun die Sicherungsmöglichkeiten für Planer und Architekten. Selten läuft das harmonisch ab.

Von Friedrich-Karl Scholtissek, Hamburg



Will ein Planer sich absichern, kündigt mancher Auftraggeber rasch. Foto Getty

Zeitpunkt der ausgebrachten Kündigung zu, soweit auf die bis dahin erbrachten Leistungen nicht oder nicht vollständig Honorar oder Werklohn gezahlt wurden. Auch diese ist wiederum mit 10 Prozent zu beaufschlagen.

Nun mag den Bauherrn ein Schadenersatzanspruch wegen des berechtigten Fehlverhaltens des Unternehmers zustehen. Dieser hat jedoch mit Blick auf das unternehmerseitig geltend zu machende Sicherungsbegehren keine Auswirkung. Das Gesetz regelt eindeutig, dass Ansprüche unberücksichtigt bleiben, mit denen der Auftraggeber gegen die Ansprüche auf Vergütung aufrechnen kann, was die Höhe des zu sichernden Anspruches betrifft. Anderes ergibt sich lediglich, wenn die Forderung des Bauherren unstreitig oder rechtskräftig festgestellt worden ist. Regelhaft ist dies jedoch nicht der Fall.

Die außerordentliche Kündigung ist an hohe Anforderungen geknüpft. Mancher Bauherr versucht die Flucht nach vorne anzutreten und übt das freie Kündigungsrecht des Auftraggebers aus. Dies ist jederzeit und ohne Begründung der Bauherrenseite möglich. Dem ausführenden Planer

oder Bauunternehmer steht ein ähnliches Kündigungsrecht zu, wenn der Bauherr der Aufforderung zur Legung einer Sicherheitsleistung innerhalb einer angemessenen Frist nicht Folge leistet. Ist die regelhafte Zehn-Werktage-Frist für die Sicherheit meist durch eine Bankbürgschaft oder einen Kreditversicherer abgelaufen, ist der Unternehmer ohne eine weitere Aufforderung oder Fristsetzung gegenüber dem Bauherrn berechtigt, das Vertragsverhältnis zu kündigen. Eine Verpflichtung diesbezüglich besteht nicht. Alternativ ist er berechtigt, die weitere Leistungserbringung einzustellen. All dies kann des Weiteren kombiniert werden.

Wenn es zu einer freien Kündigung durch den Auftraggeber oder zu einer unternehmerseitigen Kündigung des Vertragsverhältnisses nach fruchtlosem Ablauf des Einforderns der Sicherung kommt, sind die Rechtsfolgen nahezu identisch. Denn dann bemisst sich die Vergütung auf die vereinbarte. Jedoch muss sich der Auftragnehmer ersparte Aufwendungen anrechnen lassen wie auch durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft Erworbenes oder

wenn er den Erwerb böswillig unterlassen hat. Folge: Nun ändert sich die Berechnungsgrundlage für den Sicherungsanspruch, da das Unternehmen sich nicht mehr die noch vollständige Vergütung sichern lassen kann. Hat der Auftragnehmer auf Sicherung der vollen Vergütung zuzüglich des Aufschlags von 10 Prozent Klage erhoben und erfolgt nun die Kündigung, ist er gehalten, aber auch berechtigt, diese demnach zu modifizieren, was die Karlsruher Richter in ihrer jüngsten Entscheidung hervorgehoben haben.

Jedoch obliegt es nicht einem Gericht eine Schätzung des Sicherungsanspruches etwa nach unten vorzunehmen, wie es für Streitigkeiten über die Schadensermittlung durchaus möglich ist. Dem haben die Richter in Karlsruhe einen Riegel vorgeschoben. Denn es handelt sich beim Geldmachen des Sicherungsanspruches gerade nicht um eine streitige Schadenersatzforderung. Ausreichend ist, wenn der sicherungsfordernde Unternehmer schlüssig seine modifizierte Abrechnung nach erfolgter ordentlicher Kündigung darlegt. Das Sicherungsbegehren bleibt auch nach der Kündigung bestehen. Lediglich die Höhe der zu sichernden Forderung ist anzupassen mit Bezug auf eine hierauf aufbauende konkretisierende Darlegung des Sicherungsanspruches.

Mit diesem Sicherungsmittel hat der Auftragnehmer ein zügiges Instrument erhalten, um vereinbarte Forderungen zu sichern. Auch den Gerichten ist ein zügiges Werkzeug gegeben, um bei schlüssigen Darlegungen und Abrechnungen den Sicherungsanspruch zu beschleunigen. Hiermit lässt sich wirksam dem Ausfall der Auftraggeberseite vorbeugen – ob durch eine drohende Insolvenz oder andere Schwierigkeiten. Es streitet sich gelassener mit einem Vergütungssicherungsnetz eines liquiden Bürgen gerade über die häufig jahrelangen Gerichtsverfahren. Das Prinzip Hoffnung, dass der Auftraggeber auch nach Jahren eines Urteils immer noch in der Lage sein wird, zu bezahlen, ist in einer dynamischen Zeit mit zunehmenden Insolvenzen in der Baubranche ein schlechter Ratgeber.

Der Autor ist Rechtsanwalt und Gründungspartner der Sozietät SK-Rechtsanwälte in Hamburg sowie Professor für privates Baurecht an der Hafencity-Universität Hamburg (HCU).