



## **Konsequenzen der BGH-Entscheidung vom 06.03.2014 zu § 648 a BGB für die Praxis**

<b>A. Ausgangslage</b>	<b>2</b>
I. § 648 a BGB in der seit dem 01.01.2009 geltenden Fassung	2
II. Kurze Beschreibung des Verfahrens zur Erlangung der Sicherheit	2
III. Rechte des AN bei einer nicht fristgemäßen Stellung der Sicherheit	4
<b>B. Die BGH-Entscheidung vom 06.03.2014</b>	<b>4</b>
I. Sachverhalt	4
II. Entscheidungsgründe	4
<b>C. Konsequenzen des Urteils für die Praxis</b>	<b>6</b>
I. Bei nicht beauftragten oder der Höhe nach ungeklärten Nachtragsangeboten	6
II. Bei ungeklärten Ansprüchen wegen Behinderungen	8
III. Bei Zurückbehaltungsrechten des AG wegen Mängeln	10
IV. Klage auf Stellung einer Sicherheit parallel zur gerichtlichen Geltendmachung des Vergütungsanspruchs	12
<b>D. Fazit</b>	<b>13</b>

**von Bernd Kimmich  
Rechtsanwalt**

**WRD Berlin**  
Leipziger Platz 15  
10117 Berlin  
Tel.: 030 278707  
E-Mail: berlin@wrd.de

**WRD Hamburg**  
Alte Rabenstraße 32  
20148 Hamburg  
Tel.: 040 180401-0  
E-Mail: hamburg@wrd.de

**WRD Schwerin**  
Dr.-Hans-Wolf-Straße 15  
19055 Schwerin  
Tel.: 0385 590030  
E-Mail: schwerin@wrd.de

**WRD Dresden**  
Königstraße 4  
01097 Dresden  
Tel.: 0351 21117-60  
E-Mail: dresden@wrd.de

**WRD Frankfurt a. M.**  
Friedrich-Ebert-Anlage 56  
60325 Frankfurt  
Tel.: 069 75699-260  
E-Mail: frankfurt@wrd.de

## A. Ausgangslage

### I. § 648 a BGB in der seit dem 01.01.2009 geltenden Fassung

Bereits seit dem Jahr 1993 besteht für Auftragnehmer einer Bauleistung die Möglichkeit, eine Sicherheit für ihren Vergütungsanspruch zu erlangen. Durch das am 01.01.2009 in Kraft getretene Forderungssicherungsgesetz wurde § 648 a BGB in Teilen neu geregelt. Die jetzige Fassung des § 648 a BGB hat den Zweck, die Sicherungsmöglichkeiten des Auftragnehmers effektiver auszugestalten und seine Rechte insgesamt zu stärken. Sie räumt ihm einen Anspruch auf die Sicherheit ein, der selbstständig einklagbar ist.

Die Regelungen in § 648 a BGB gehören zu den wichtigsten Vorschriften des Werkvertragsrechts, sie sind als einzige Bestimmung als zwingendes Recht ausgestaltet (§ 648 a Abs. 7 BGB).

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat am 06.03.2014 eine Grundsatzentscheidung zu § 648 a BGB getroffen. Das Urteil geht nach Ansicht des Verfassers weit über den konkret entschiedenen Sachverhalt hinaus und hat insbesondere Bedeutung für Nachtragsforderungen sowie den Umgang mit Mängelrügen des Auftraggebers. Da die Voraussetzungen für die Geltendmachung des Sicherungsverlanges nach dem Urteil eher gering sind, sollte zukünftig wesentlich häufiger über die Sicherung von Vergütungsansprüchen nach § 648 a BGB bzw. die klageweise Geltendmachung dieses Rechts nachgedacht werden.

Bevor die BGH-Entscheidung und ihre Konsequenzen für die Praxis besprochen werden (dazu unter B. und C.), soll zunächst die Bestimmung in § 648 a BGB in Kurzform erläutert werden.

### II. Kurze Beschreibung des Verfahrens zur Erlangung der Sicherheit

#### 1. Anspruchsberechtigte: Unternehmer eines Bauwerks

Anspruchsberechtigt ist jeder „*Unternehmer eines Bauwerks*“ unter Einschluss bauplanender Architekten und Ingenieure. Wegen des Gesetzeswortlauts sind Firmen, die lediglich bauvorbereitende Arbeiten ausführen, nicht berechtigt, die Sicherheit zu verlangen. Damit sind nach der Rechtsprechung des BGH beispielsweise reine Abbruchunternehmer und Gerüstbauer vom Sicherungszweck des § 648 a BGB nicht umfasst. Gleiches gilt für untergeordnete Renovierungsarbeiten, die für die Erneuerung oder den Bestand eines Gebäudes nur von unwesentlicher Bedeutung sind.

#### 2. Anspruchsverpflichtete

Grundsätzlich muss jeder „*Besteller*“ einer Bauleistung Sicherheit leisten. Davon gibt es nur zwei Ausnahmen: Eine Sicherheit kann nicht verlangt werden, wenn es sich um einen *öffentlichen Auftraggeber* handelt oder wenn *Privatpersonen* Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit Einliegerwohnung beauftragen (§ 648 a Abs. 6 Nr. 1 und 2 BGB).

#### 3. Höhe der Sicherheit

Der Anspruch besteht in Höhe der noch nicht gezahlten Vergütung, gleichgültig ob Forderungen aus dem Bauvertrag bereits fällig sind oder der Auftraggeber Mängel bzw. aufrechenbare Gegenansprüche einwendet. Der Anspruch besteht, sobald der Bauvertrag abgeschlossen worden ist (siehe unten). Beim Pauschalvertrag ist die Berechnung simpel; auszugehen ist von der vereinbarten Pauschalsumme, von der lediglich eventuell gezahlte Rechnungen abzuziehen sind. Beim Einheitspreisvertrag darf unter Zugrundelegung der im

Leistungsverzeichnis genannten Vordersätze und den vereinbarten Einheitspreisen von der sich daraus ergebenden Auftragssumme ausgegangen werden.

Bei der Berechnung der Sicherheitshöhe werden nur solche Gegenansprüche des Auftraggebers berücksichtigt, die entweder unstreitig oder rechtskräftig festgesellt sind (§ 648 a Abs. 1 Satz 4 BGB). Ein überhöhtes Sicherheitsverlangen ist nicht grundsätzlich unwirksam. Der Auftraggeber ist vielmehr verpflichtet, fristgerecht Sicherheit in angemessener Höhe anzubieten, falls er in der Lage ist, die Höhe des ausstehenden Vergütungsanspruchs mit zumutbarem Aufwand zu berechnen.

#### **4. Zeitpunkt des Sicherheitsverlangens**

Der Anspruch auf Sicherheitsleistung besteht bereits unmittelbar nach Vertragsabschluss, also im Zweifel schon vor Beginn der Bauarbeiten. Ein Auftragnehmer kann aber auch zunächst abwarten, wie sich sein Vertragspartner im Rahmen der Ausführungsphase verhält und das Sicherheitsverlangen beispielsweise erst stellen, wenn Abschlagsrechnungen nicht oder unpünktlich geleistet werden. Ob und unter welchen Voraussetzungen die Sicherheit auch nach einer Kündigung des Bauvertrages verlangt und gegebenenfalls eingeklagt werden kann, war unter anderem Gegenstand der im Anschluss zu besprechenden BGH-Entscheidung vom 06.03.2014 (Geschäftszeichen: VII ZR 349/12).

#### **5. Angemessene Fristsetzung**

Nach § 648 a Abs. 5 BGB ist der fruchtlose Ablauf *einer* angemessenen Frist erforderlich, um Rechte des Auftragnehmers zu begründen. Im Regelfall ist eine Frist von sieben bis zehn Tagen ausreichend. Bei höheren Forderungen oder in besonders gelagerten Einzelfällen kann ausnahmsweise auch eine längere Frist von bis zu drei Wochen in Betracht kommen. Empfehlenswert ist es, eine Frist von ca. 7 Arbeitstagen zu setzen und den Auftraggeber um eine Mitteilung zu bitten, falls er diese Frist für unangemessen kurz halten sollte. Gleichzeitig sollte er aufgefordert werden, diejenige Frist zu nennen, bis zu der er die Sicherheit leisten wird.

#### **6. Art der Sicherheit**

In der Praxis wird die Sicherheit regelmäßig durch eine Bürgschaft einer Bank oder Versicherung geleistet. Eine Bürgschaft nach § 648 a BGB muss in jedem Fall unbefristet sein, weil sie ansonsten kein taugliches Sicherungsmittel darstellt.

#### **7. Kosten**

Der Auftragnehmer muss die üblichen Kosten der Sicherheit bis zur Höhe von maximal 2 % für das Jahr erstatten (§ 648 a Abs. 3 BGB). Die Kostenerstattungspflicht besteht dagegen nicht, soweit die Sicherheit wegen unbegründeter Einwendungen des Auftraggebers gegen den Vergütungsanspruch aufrechterhalten werden muss (§ 648 a Abs. 3 Satz 2 BGB).

#### **8. Inanspruchnahme der Sicherheit**

Ist Sicherheit durch Bürgschaft geleistet worden, muss der Bürge erst zahlen, wenn die Forderung entweder vom Auftraggeber anerkannt oder ein vollstreckbares Urteil vorliegt und die Voraussetzungen, unter denen die Zwangsvollstreckung begonnen werden darf, gegeben sind (§ 648 a Abs. 2 Satz 2 BGB).

#### **9. Unabdingbarkeit der Regelung**

Das Recht auf Sicherheitsleistung ist unabdingbar. Es kann weder durch eine Individualvereinbarung, geschweige denn durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden. Wegen § 648 a Abs. 7 BGB stellen die Regelungen zwingendes Recht dar.

### III. Rechte des AN bei einer nicht fristgemäßen Stellung der Sicherheit

#### 1. Leistungsverweigerungsrecht

Nach § 648 a Abs. 5 Satz 1 BGB stehen dem Unternehmer nach Ablauf einer angemessen gesetzten Frist mehrere Möglichkeiten zur Seite. Er kann ein Leistungsverweigerungsrecht geltend machen und zunächst abwarten. Kann er seine Kapazitäten nicht anderweitig einsetzen, liegt eine Behinderung aus Rechtsgründen vor, die wahlweise Ansprüche nach § 642 BGB oder § 6 Abs. 6 VOB/B begründet.

#### 2. Kündigung des Vertrages

Will der Unternehmer diesen Schwebezustand nicht, ist er berechtigt, den Bauvertrag zu kündigen. Im Falle einer Kündigung kann der Auftragnehmer neben der Vergütung für die bis zum Kündigungszeitpunkt erbrachten Leistungen wegen der kündigungsbedingt nicht mehr ausgeführten Restleistungen wahlweise eine Pauschale in Höhe von 5 % verlangen oder nach den Grundsätze des § 649 Satz 2 BGB bzw. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B abrechnen (§ 648 a Abs. 5 Sätze 2 und 3 BGB). Danach erhält er die vereinbarte Vergütung unter Abzug der tatsächlich ersparten Kosten sowie desjenigen, was er gegebenenfalls durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt.

#### 3. Klageweise Geltendmachung der Sicherheit

Seit der Neuregelung des § 648 a BGB kann der Auftragnehmer – parallel zur Ausübung des Leistungsverweigerungs- oder Kündigungsrechts – den Anspruch auf Sicherheitsleistung auch aktiv verfolgen, also klageweise geltend machen. Das gilt auch nach einer Kündigung des Bauvertrags (dazu sogleich).

## B. Die BGH-Entscheidung vom 06.03.2014

### I. Sachverhalt

Ein Generalunternehmer (GU) kündigte den Bauvertrag mit seinem Nachunternehmer (NU) über die Ausführung von Dach- und Fassadenarbeiten aus wichtigem Grund. Der GU meinte, sein Vertragspartner habe die einschlägigen Sicherheitsvorschriften nicht eingehalten. Letzteres wird vom NU, der klageweise eine Sicherheit für seinen Vergütungsanspruch nach § 648 a BGB in Höhe von knapp € 98.000,00 geltend macht, allerdings bestritten. Der Anspruch auf Sicherheitsleistung gliedert sich wie folgt auf:

- Erbrachte, noch nicht bezahlte Leistungen:	€ 74.924,55
- Entgangener Gewinn (ohne konkrete Darlegung ersparter Kosten oder anderweitigen Erwerbs):	€ 14.045,14
- Zwischensumme:	€ 88.969,69
zzgl. 10 % pauschal für Nebenforderungen (§ 648 a Abs. 1 Satz 1 BGB)	€ 8.896,97
- Gesamtsumme:	€ 97.866,66

### II. Entscheidungsgründe

Der BGH hat der Klage, mit Ausnahme des geltend gemachten Betrages wegen entgangenen Gewinns in Höhe von € 14.045,14, vollumfänglich stattgegeben.

Der BGH führte zur Begründung aus, die Neufassung des § 648 a BGB bezwecke, dem Unternehmer eine effektive Sicherheit zu gewähren, die ihn vor einem Forderungsausfall durch eine Insolvenz des Auftraggebers schütze. Dieser Anspruch hänge nicht davon ab, ob noch weitere Leistungen erbracht werden müssten oder nicht. Deshalb bestehe er auch nach einer Kündigung des Bauvertrages.

Der BGH hält es für erforderlich, aber auch ausreichend, dass der Unternehmer seinen Vergütungsanspruch „*schlüssig*“ darlegt. In der Entscheidung heißt es dazu wörtlich:

*„Das Gesetz gewährt dem Unternehmer einen Anspruch in Höhe der vereinbarten und noch nicht gezahlten Vergütung. Will der Unternehmer eine Sicherheit für die vereinbarte Vergütung, muss er diese schlüssig darlegen. Das gilt auch für die ihm nach einer Kündigung zustehende Vergütung.“*

Sodann beschäftigt sich der BGH ausführlich mit der Frage, auf welchem Weg vermieden werden kann, dass der Sicherungszweck durch die langwierige Klärung streitiger Fragen gefährdet wird. Er führt hierzu wörtlich Folgendes aus:

*„Es trifft zu, dass nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes dem Unternehmer eine Sicherheit zu gewähren ist, die ihren Zweck nicht verfehlt, ihn vor dem Ausfall des Bestellers zu schützen. (...)*

***Dem berechtigten Interesse des Unternehmers, eine effektive Sicherheit zu erlangen, wird ausreichend dadurch Rechnung getragen, dass ein Streit über die tatsächlichen Voraussetzungen der Berechnung des Vergütungsanspruchs im Prozess auf Stellung einer Sicherheit nicht zugelassen wird. (...)***

*Es ist richtig, dass der Gesetzgeber dem Unternehmer die Möglichkeit eröffnet wollte, möglichst schnell und effektiv vom Besteller einer Sicherheit für den Fall erlangen zu können, dass der Besteller ihn nicht bezahlt. **Richtig ist auch, dass dieser Zweck des Gesetzes gefährdet würde, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen für die Berechnung des Vergütungsanspruchs erst langwierig geklärt werden müssten.** Denn in diesem Zeitraum der Aufklärung kann der Besteller zahlungsunfähig werden; auch davor muss der Unternehmer geschützt werden (...)*

***Den Regelungen ist der Wille des Gesetzgebers zu entnehmen, das Verlangen nach Sicherheit nicht mit einem Streit über die tatsächlichen Voraussetzungen der Einwendungen gegen den Vergütungsanspruch zu belasten, wenn dieser die Durchsetzung des Sicherungsverlangens verzögern würde. In entsprechender Weise darf ein Streit über die tatsächlichen Voraussetzungen der Berechnung des Vergütungsanspruchs nach einer Kündigung die Durchsetzung des Anspruchs auf Stellung einer Sicherheit nicht behindern. 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 rechtskräftig 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.***

***Auch kann der Besteller nicht mit der bestrittenen Behauptung gehört werden, die tatsächlichen Voraussetzungen für die vereinbarte Vergütung, sei***

**es für die erbrachten oder nicht erbrachten Leistungen, lägen nicht vor, etwa weil die berechneten Mengen nicht geleistet seien oder der Unternehmer einen anderweitigen Erwerb gehabt habe.“**(Alle Hervorhebungen durch den Verfasser).

Damit ist geklärt, dass auch der Vergütungsanspruch wegen kündigungsbedingt nicht ausgeführter Leistungen grundsätzlich sicherungsfähig ist. Wird vom Unternehmer nicht die Pauschale in Höhe von 5 % des Werts der kündigungsbedingt nicht mehr erbrachten Leistung, sondern die volle Vergütung unter Abzug der tatsächlich ersparten Aufwendungen geltend gemacht, so muss er allerdings auch diesen Anspruch *schlüssig* darlegen. Der Unternehmer muss deshalb die ersparten Aufwendungen sowie einen eventuell anderweitigen Erwerb konkret vortragen und gegebenenfalls unter Beweis stellen. Er kann sich nicht darauf beschränken, lediglich pauschal einen Gewinnentgang zu behaupten. Diese Voraussetzungen hatte die Klägerin nicht erfüllt, weshalb der BGH den darauf gerichteten Anspruch auf Sicherheitsleistung in Höhe von ca. € 14.000,00 zurückgewiesen hat.

## **C. Konsequenzen des Urteils für die Praxis**

### **I. Bei nicht beauftragten oder der Höhe nach ungeklärten Nachtragsangeboten**

#### **1. Systematik der Nachtragsvorschriften (§ 2 Abs. 5 und 6 VOB/B)**

Auch wenn sich die BGH-Entscheidung mit einem Sachverhalt befasste, in dem der Auftraggeber den Bauvertrag gekündigt hatte, sind die dortigen Aussagen auch für ungekündigte Vertragsverhältnisse von erheblicher Bedeutung, insbesondere im Zusammenhang mit ungeklärten Nachtragsforderungen.

Nach der gegenwärtig herrschenden Auffassung muss der Auftraggeber ein Nachtragsangebot weder beauftragen, noch sich überhaupt zu dessen Höhe äußern. Denn der Auftragnehmer ist im VOB-Vertrag verpflichtet, eine geänderte oder zusätzliche Leistung auszuführen, nachdem sie wirksam *angeordnet* worden ist. Zu einer solchen *Anordnung* ist der Auftraggeber aufgrund des Kooperationsgebots im Bauvertrag allerdings verpflichtet (Urteile des OLG Düsseldorf vom 25.10.2013 – 22 U 21/13 und vom 20.01.2009 – 23 U 47/08). Unterlässt der Auftraggeber eine gebotene Anordnung, steht dem Auftragnehmer die Möglichkeit offen, ein Leistungsverweigerungsrecht hinsichtlich nicht vom Vertrag umfasster Leistungen geltend zu machen und auf eine Anordnung zu bestehen.

Mit der wirksamen Anordnung entsteht – quasi automatisch – ein Anspruch des Auftragnehmers auf eine geänderte oder zusätzliche Vergütung nach § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B. Daraus folgt nach wiederum herrschender Meinung, dass der Auftragnehmer die Leistung nicht allein deshalb verweigern darf, weil eine Vereinbarung über die zusätzliche Vergütung noch nicht getroffen worden ist. Stellt der Auftragnehmer die Arbeiten dennoch ein und macht er die Fortführung von einer Einigung über die Nachtragsvergütung abhängig, kommt dieses Verhalten einer Erfüllungsverweigerung gleich, sodass der Auftraggeber zur Kündigung des Bauvertrages aus wichtigem Grund berechtigt ist (zuletzt: OLG Hamm, Urteil vom 22.12.2011 – 21 U 111/10, ebenso: OLG Düsseldorf, Urteil vom 10.11.2005 – I 21 U 178/03).

In der Praxis hat dies für den Auftragnehmer häufig zur Folge, dass seine Nachtragsansprüche jedenfalls der Höhe nach völlig ungeklärt sind und er diese oftmals erst in einem aufwändigen Bauprozess verfolgen muss. Während dessen Dauer trägt der Unternehmer das Insolvenzrisiko des Bestellers.

## 2. Sicherheit nach § 648 a BGB für Nachtragsansprüche

An dieser Stelle kommt der Entscheidung des BGH vom 06.03.2014 Bedeutung zu. Wenn der Anspruch auf Sicherheit nach einer Kündigung des Bauvertrags lediglich *schlüssig* dargelegt werden muss, kann bei einem ungekündigten Vertragsverhältnis, auch für Nachtragsforderungen nichts anderes gelten. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist eindeutig, dass eine Sicherheit nach § 648 a BGB auch für Nachtragsforderungen verlangt werden kann (vgl. Abs. 1: „Der Unternehmer ... kann vom Besteller Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte und noch nicht bezahlte Vergütung ... verlangen.“). Umstritten ist dagegen, ob dieses Recht eine konkrete Preisvereinbarung voraussetzt. Diese Ansicht vertritt das OLG Düsseldorf in zwei älteren Entscheidungen aus den Jahren 2004 und 2005. In der baurechtlichen Literatur gibt es hingegen nur eine namhafte Stimme, welche die Auffassung vertritt, Nachtragsforderungen seien vom Sicherungsanspruch nur umfasst, wenn sie zwischen den Vertragspartnern verbindlich vereinbart worden sind (Ingenstau/Korbion-Joussen, Kommentar zur VOB Teile A und B, 17. Auflage, Anhang 1 Rdnr 166). Begründet wird dies mit dem Gesetzeswortlaut. Dort ist von „*auch in Zusatzaufträgen vereinbarten*“ Vergütungsansprüchen die Rede (s. o.).

Diese Auffassung verkennt jedoch die Systematik der Nachtragsbestimmungen in § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B. Denn diese Ansprüche entstehen kraft Vereinbarung der VOB/B mit der Ausübung der einseitigen Leistungsbestimmungsrechte durch den Auftraggeber nach § 1 Abs. 3 oder 4 VOB/B, sodass es nicht darauf ankommt, ob die Vertragspartner vor Beginn der Ausführung eine Vergütung vereinbart haben (BGH, Urteil vom 27.11.2003 – VII ZR 346/01; Beschluss vom 24.05.2012 – VII ZR 23/11 und OLG Hamm, Urteil vom 22.12.2011 – 21 U 111/10). Dieses Ergebnis ist schon deshalb richtig, weil der Unternehmer vor Ausführung der Leistung keinen durchsetzbaren Anspruch auf Abschluss einer Nachtragsvereinbarung hat (siehe oben). Es ist darüber hinaus richtig, weil der Nachtragsanspruch die unmittelbare, nicht von einer Willenserklärung abhängige Folge einer bausolländernden Anordnung ist (ebenso: Kniffka-Schmitz, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 23.06.2014, § 648 a BGB Rdnr 49; Bschorr/Rodemann, *Baurecht* 2013, 845; Fuchs, *Baurecht* 2012, 326; Palandt/Sprau, 71. Auflage zu § 648 a BGB Rdnr 14). Der Gesetzeszweck des § 648 a BGB würde verfehlt, wenn der Unternehmer das Insolvenzausfallrisiko für Nachtragsforderungen, die Vergütungsansprüche darstellen, tragen müsste.

## 3. Schlüssige Darlegung der Nachtragsansprüche

Der Unternehmer hat demzufolge einen Anspruch auf Sicherheit auch für seine Nachtragsforderungen, wenn er deren Voraussetzungen *schlüssig* darlegt. Dazu gehört dem Grunde nach, dass bausolländernde Anordnungen des Auftraggebers behauptet werden. Hierfür muss dargelegt werden, welche Leistungen Gegenstand des abgeschlossenen Bauvertrags geworden sind. Sodann muss der Auftragnehmer vortragen, dass ein Vertretungsberechtigter des Auftraggebers Änderungs- oder Zusatzleistungen angeordnet hat. Schlüssig ist der Nachtrag dem Grunde nach dann, wenn der Auftragnehmer *Tatsachen* vorträgt, aus denen sich wirksame bausolländernde Anordnungen ergeben. Tatsächliche Einwendungen des Auftraggebers dagegen dürfen das Sicherungsrecht ebenso wenig verzögern, wie rechtlich oder technisch schwierige Auslegungsfragen, weil ansonsten der effektive Schutz, den § 648 a BGB gewährleisten soll, entwertet wäre. Solche Streitfragen müssen dem Hauptsacheverfahren auf Zahlung der Vergütung vorbehalten bleiben.

Die Höhe des Anspruchs ist schlüssig nachgewiesen, wenn die Mehrkosten anhand einer analogen Fortschreibung der Auftragskalkulation plausibel beziffert werden. Existiert eine aussagekräftige Auftragskalkulation nicht, muss bei einer Änderungsleistung baube-

trieblich nachvollziehbar dargelegt werden, wie sich der Preis für die Ausführung der beauftragten Leistung aufschlüsselt und inwieweit durch die Änderungsanordnung Mehr- bzw. Minderkosten entstanden sind. Bei einer Zusatzleistung sollte eine Bezugsposition angeführt werden, die mit der geforderten Leistung vergleichbar ist. Um zur Schlüssigkeit der Vergütung für die Zusatzleistung zu gelangen, müssen deren Kosten analog zu den Kosten der Bezugsposition ermittelt werden. Auch hier muss, ebenso wie beim gekündigten Bauvertrag gelten, dass die Klärung aller tatsächlichen Streitfragen dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleibt.

#### **4. Vorgehen des AN in Bezug auf § 648 a BGB**

Das bedeutet für die Praxis: Ist ein Auftraggeber nicht bereit, eine Vereinbarung über den Nachtragsanspruch zu treffen – wozu er vor der Ausführung nicht verpflichtet ist (siehe oben) – sollte zukünftig darüber nachgedacht werden, eine Sicherheit für diesen Anspruch nach § 648 a BGB zu verlangen.

Es versteht sich dabei von selbst, dass die Stellung eines solchen Sicherheitsverlangens stets auch von geschäftspolitischen Gesichtspunkten abhängt. Dabei wird man Auftraggeber, mit denen seit längerem kooperative Geschäftsbeziehungen bestehen und bei denen die Gefahr einer Insolvenz gering ist, anders beurteilen, als solche, die als zukünftige Vertragspartner nicht mehr in Frage kommen oder die sich in schlechten wirtschaftlichen Verhältnissen befinden.

Hat sich der Unternehmer zu einem Sicherheitsverlangen wegen schlüssig dargelegter Nachtragsforderungen entschieden und ist *eine* angemessene Frist zur Sicherheitsleistung fruchtlos abgelaufen, besteht neben dem Leistungsverweigerungsrecht die Möglichkeit, den Bauvertrag zu kündigen oder die Sicherheit klageweise geltend zu machen.

Erlangt die Rechtsprechung des BGH allgemeine Bekanntheit, steht zu erwarten, dass sich Auftraggeber im Zusammenhang mit Nachtragsansprüchen zukünftig kompromissbereiter zeigen werden, als dies gegenwärtig oftmals der Fall ist. Selbstverständlich ändert die rechtssichere Vereinbarung einer Nachtragsvergütung nichts daran, dass der Auftragnehmer für die daraus resultierenden Forderungen einen Anspruch auf Sicherheitsleistung hat. Der Auftragnehmer kann aber im Gegenzug zu einer Beauftragung des Nachtrags dem Grunde und der Höhe nach auf die Geltendmachung des Sicherheitsverlangens verzichten. Ein solcher Verzicht sollte unter der auflösenden Bedingung vereinbart werden, dass die ordnungsgemäß durchgeführte und abgerechnete Nachtragsleistung auch fristgemäß vergütet wird.

Ist ein Auftraggeber zu einer solchen Vereinbarung nicht bereit, schwebt das Damoklesschwert des § 648 a BGB mit allen sich daraus ergebenden Konsequenzen über ihm. Stellt er die verlangte Sicherheit nicht, riskiert er die Kündigung des Bauvertrags und die Abrechnung der kündigungsbedingt nicht mehr ausgeführten Leistungen nach den unter A. III. dargestellten Regelungen des § 648 a Abs. 5 BGB. Darüber hinaus bleibt er auf den Mehrkosten, die durch die Beauftragung eines Ersatzunternehmers regelmäßig entstehen, ebenso sitzen, wie auf einem durch die Verzögerung der Fertigstellung entstehenden Schaden.

#### **II. Bei ungeklärten Ansprüchen wegen Behinderungen**

Praktiker wissen, dass es im privaten Baurecht nichts Schwierigeres gibt, als die gerichtliche Durchsetzung von Mehrkostenansprüchen wegen Baubehinderung. Dazu ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH eine *konkrete bauablaufbezogene Darstellung* der jeweiligen Behinderung und ihrer kausalen Auswirkungen auf den vorgesehenen oder



vereinbarten Bauablauf unumgänglich. Die damit verbundenen Dokumentationsanforderungen werden in der Praxis regelmäßig missachtet, was im Falle einer prozessualen Auseinandersetzung zum Totalverlust dieser Ansprüche führt.

## 1. Sicherbarkeit von „Mehrkostenansprüchen“ wegen Behinderung nach § 648 a BGB

Fraglich ist, ob auch Ansprüche wegen Behinderung dem Sicherheitsverlangen nach § 648 a BGB unterfallen, soweit sie schlüssig dargelegt worden sind. Das ist hoch umstritten. In § 648 Abs. 1 Satz 2 BGB heißt es, dass das Recht eine Sicherheit zu verlangen in dem selben Umfang auch für Ansprüche gilt, die *an die Stelle* der Vergütung treten. Was diese Formulierung für Ansprüche aus Baubehinderung bedeutet, ist unklar. Denn bei Behinderungen kommen immerhin drei Anspruchsgrundlagen in Betracht. Mittlerweile dominiert der Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB die Praxis, weil er weder eine Anordnung wie § 2 Abs. 5 VOB/B, noch – wie § 6 Abs. 6 VOB/B – ein Verschulden des Auftraggebers für die Behinderung verlangt.

Zahlreiche Autoren vertreten die Auffassung, der Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB unterfalle den Bestimmungen in § 648 a BGB, weil er noch in einem engen Zusammenhang mit der Vertragsleistung stehe und vergütungsähnlich sei. Denn der Unternehmer erhalte eine Entschädigung dafür, dass er seine Kapazitäten wie Personal, Geräte und Maschinen vorhalte bzw. zur Verfügung stelle, ohne dass er die Möglichkeit habe, eine abrechenbare Bauleistung zu erbringen (Kniffka/Schmitz, *ibr-online-Kommentar*, Stand 23.06.2014 zu § 648 a BGB Rdnr. 54; Halfmeier/Leupertz, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 6. Auflage zu § 648 a BGB Rdnr 12; wohl auch: Schulze-Hagen, *Baurecht* 2010, S. 354 ff.). Andere Autoren treten dem entgegen und sind der Auffassung, dass der Entschädigungsanspruch nicht *an die Stelle* des Vergütungsanspruchs, sondern *neben* ihn trete (Fuchs, *Baurecht* 2012, 326; Beck'scher VOB-Kommentar/Jansen, VOB/B vor § 2, Rdnr 338 f.).

Trifft der Auftraggeber eine *Anordnung* mit zeitlichen Folgen, die zu Mehrkosten führt, kommt ein Anspruch wegen Änderung der Bauumstände nach § 2 Abs. 5 VOB/B in Betracht. Für einen solchen „*Behinderungsnachtrag*“ kann nichts anderes gelten, als für einen technischen Nachtrag wegen Änderung des Bauentwurfs. Solche Ansprüche sind deshalb nach § 648 a BGB sicherbar.

Die herrschende Auffassung lehnt dies für Ansprüche nach § 6 Abs. 6 VOB/B ab. Denn hierbei handelt es sich um einen Schadenersatz und nicht um einen Vergütungsanspruch. Er könnte deshalb allenfalls nach § 648 a Abs. 1 Satz 2 BGB sicherbar sein, müsste dafür aber *an die Stelle* der vereinbarten Vergütung treten. Tatsächlich ersetzt der Behinderungsschadenersatzanspruch aber keinen Vergütungsanspruch, sondern tritt vielmehr *neben* ihn, wenn der Auftraggeber eine Pflichtverletzung zu vertreten hat (Kniffka/Schmitz, *ibr-online-Kommentar*, Stand 23.06.2014 zu § 648 a BGB Rdnr 54 mit weiteren Nachweisen).

Nach hier vertretener Rechtsauffassung sprechen die besseren Argumente für die Sicherbarkeit von Ansprüchen, jedenfalls soweit sie auf § 642 BGB oder § 2 Abs. 5 VOB/B basieren. Dann reicht die schlüssige Darlegung solcher Ansprüche aus, um das Sicherheitsverlangen zu begründen.

## 2. Schlüssige Darlegung von Ansprüchen aus gestörte Bauabläufen

Zur schlüssigen Darlegung von Ansprüchen aus § 642 BGB ist es erforderlich, die Störung im Verantwortungsbereich des Auftraggebers bzw. die unterlassene Mitwirkungs-

handlung sowie die erfolgte Behinderungsanzeige vorzutragen, es sei denn, es liegt ein Fall von Offenkundigkeit nach § 6 Abs. 1 Satz 2 VOB/B vor. Wegen § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B ist eine Behinderungsanzeige auch im Rahmen des Entschädigungsanspruchs nach § 642 BGB grundsätzlich notwendig. Der Auftragnehmer muss darlegen, dass eine Leistung, die nach dem vereinbarten oder vorgesehenen Bauablauf zu einem bestimmten Zeitpunkt hätte ausgeführt werden sollen, aufgrund der auftraggeberseitigen Störung erst zu einem späteren Zeitpunkt ausgeführt werden konnte.

Auch die aus einer Behinderung resultierenden Mehrkosten müssen lediglich *schlüssig* beziffert werden, um einen Anspruch auf Sicherheit nach § 648 a BGB zu begründen. Wird ein Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB geltend gemacht, bemisst sich dessen Höhe nicht nach den tatsächlich entstandenen Kosten, sondern anhand der Auftragskalkulation. Auch hier muss gelten, dass die Klärung aller tatsächlicher Streitfragen dem Hauptsacheprozess vorbehalten bleibt, um das Recht auf eine effiziente Sicherung der Ansprüche vor einer Insolvenz des Auftraggebers nicht zu gefährden.

### 3. „Gefechtslage“ bei Sicherungsverlangen im Fall von Behinderungen

Selbst wenn höchstrichterlich noch nicht entschieden ist, ob Entschädigungsansprüche bzw. Behinderungsnachträge der Vorschrift des § 648 a BGB unterfallen, sollte ein Auftragnehmer zumindest ernsthaft darüber nachdenken, die Sicherheit zu verlangen. Möglicherweise erhöht das die Chancen einer Einigung über die Mehrkosten im Wege des kaufmännischen Kompromisses.

Denn auch für den Auftraggeber ist die Rechtslage nicht sicher prognostizierbar. Käme es nach Fristablauf zur Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts oder sogar zur Kündigung des Vertrages und würde das zuständige Gericht die geltend gemachten Ansprüche für grundsätzlich sicherbar und schlüssig dargelegt halten, hätte der Auftraggeber erhebliche Nachteile. Genau umgekehrt wäre es im entgegengesetzten Fall. Deshalb sind im Zweifel beide Vertragspartner gut beraten, einem langwierigen und mit Unsicherheiten behafteten Streit die Einigung vorzuziehen. Kommt es zu einer gütlichen Einigung nicht, müssen sich beide Vertragspartner des Risikos bewusst sein. Letzteres ist für den Auftragnehmer allerdings höher, weil nicht nur eine Rechtsfrage zu seinen Gunsten entschieden werden muss, sondern er darüber hinaus noch verpflichtet ist, seinen Anspruch jedenfalls dem Grunde und der Höhe nach schlüssig darzulegen.

### III. Bei Zurückbehaltungsrechten des AG wegen Mängeln

Es ist in Vergütungsprozessen geradezu an der Tagesordnung, dass Mängelansprüche gegen Vergütungsforderungen eingewendet werden. Nach § 641 Abs. 3 BGB ist der Auftraggeber *in der Regel* berechtigt, das Doppelte der voraussichtlichen Mangelbeseitigungskosten vom Vergütungsanspruch des Auftragnehmers einzubehalten. Nicht selten werden Mängel mehr oder weniger frei erfunden oder Mangelbeseitigungskosten haltlos überhöht angesetzt, sodass diese im Kern technischen Fragen erst durch die Einholung von Sachverständigengutachten geklärt werden müssen.

Auch hier zeigen sich die Möglichkeiten eines Sicherungsverlangens nach § 648 a BGB. Denn Mängel berühren das Sicherheitsverlangen weder vor noch nach erfolgter Abnahme (§ 648 a Abs. 1 Satz 3 BGB). Lässt der Auftraggeber die Mängel durch Dritte beseitigen, obwohl wegen der nicht gestellten Sicherheit ein Leistungsverweigerungsrecht besteht, bleibt der Auftraggeber auf den Kosten der Ersatzvornahme sitzen. Denn der Auftragnehmer kann mit der Verpflichtung zur Mangelbeseitigung nicht in Verzug geraten, solange er berechtigt ist, die weitere Leistungserbringung zu verweigern.

Hierzu sind im Wesentlichen folgende Fallkonstellationen zu unterscheiden:

**1. Fallkonstellation 1: Die Bauleistung ist abgenommen, der AG macht Zurückbehaltungsrechte wegen Mängeln geltend**

Aufgrund der Abnahme kommt eine Kündigung des Bauvertrags nicht mehr in Betracht. Dennoch kann der Auftragnehmer das Sicherheitsverlangen stellen (§ 648 a Abs. 1 Satz 3 BGB). Er kann in der Aufforderung zur Beibringung der Sicherheit darauf hinweisen, dass er die Mangelbeseitigung endgültig verweigert, falls die Frist fruchtlos verstreicht bzw. dass er die Verpflichtung zur Mangelbeseitigung kündigen werde.

Wird die Sicherheit nicht gestellt, gilt § 648 a Abs. 5 Satz 2 BGB. Nach dieser Bestimmung muss sich der Auftragnehmer nur dasjenige anrechnen lassen, was er durch den Wegfall der Mangelbeseitigungsverpflichtung an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterlässt. Im Ausgangspunkt sind in einem solchen Fall also nicht die Ersatzvornahmekosten des Auftraggebers, sondern der ersparte Aufwand des Auftragnehmers maßgeblich. Sind Nachunternehmer beauftragt und bereits bezahlt worden, besteht diesen gegenüber ein Mangelbeseitigungsanspruch im Rahmen der Gewährleistung, also kostenfrei. Der Auftragnehmer hätte in solchen Fällen durch die „weggekündigten Mängel“ nichts erspart. Er müsste allenfalls Mängelansprüche gegen seine Nachunternehmer an den Auftraggeber abtreten.

Verzichtet der Auftragnehmer auf die Kündigung der Mangelbeseitigungsverpflichtung und macht er lediglich sein Leistungsverweigerungsrecht geltend, entsteht zunächst eine „Patt-Situation“, weil der Auftraggeber jedenfalls die einfachen Mangelbeseitigungskosten einbehalten kann. Der Druckzuschlag nach § 641 Abs. 3 BGB entfällt richtiger Auffassung nach (OLG Jena, Urteil vom 06.03.2013 – 2 U 105/12; BGH, Beschluss vom 23.01.2014 – VII ZR 80/13 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)). Während dieser Schwebezeit kann der Auftragnehmer sein Sicherheitsverlangen klageweise geltend machen. Erhält er die Sicherheit, kann er die Mängel nachbessern, auf diesem Wege das Zurückbehaltungsrecht des Auftraggebers beseitigen und notfalls seinen Vergütungsanspruch ohne Insolvenzausfallrisiko einklagen.

**2. Fallkonstellation 2: AG kündigt den Vertrag nicht, verweigert aber die Abnahme wegen wesentlicher Mängel**

Die oben beschriebene „Patt-Situation“ entsteht auch in solchen Fällen, in denen die Abnahme wegen behaupteter wesentlicher Mängel verweigert wird. Stellen sich die Mangelbehauptungen als zutreffend heraus, ist der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers aus der Schlussrechnung nicht fällig, die Klage als derzeit unbegründet abweisungsreif.

Will der Unternehmer diese Patt-Situation auflösen, sollte er wiederum nach § 648 a BGB eine Sicherheit für seinen gesamten Vergütungsanspruch verlangen. Wird diese Sicherheit nicht gestellt, kann der Auftragnehmer zunächst den Vertrag selbst kündigen. Das allein befreit ihn aber noch nicht sicher von der Verpflichtung zur Beseitigung von Mängeln. Dazu ist es nach richtiger Auffassung erforderlich, jedenfalls aber empfehlenswert, zum zweiten Mal eine Sicherheit gemäß § 648 a BGB zu verlangen. Denn diese Bestimmung ist auch nach einer Kündigung des Bauvertrags anwendbar (s. o. unter B. II.).

Bleibt auch dieses zweite Sicherungsverlangen ergebnislos, muss es dem Auftragnehmer gestattet sein, sich aufgrund des zweiten erfolglosen Sicherheitsverlangens mit einer zweiten Kündigung von der Mangelbeseitigungsverpflichtung zu lösen, selbst wenn

die Mängel wesentlich waren. Der Abzug von der Vergütungsforderung besteht – wie in Fallkonstellation 1 – in Höhe des ersparten Aufwands.

Statt der Kündigung der Mangelbeseitigungsverpflichtung kann der Auftragnehmer die Sicherheit auch einklagen und nach deren Erhalt die Mängel beseitigen, um die Fälligkeit seines Vergütungsanspruchs herbeizuführen oder das Zurückbehaltungsrecht des Auftraggebers zu beseitigen. Im Anschluss daran kann er den Vergütungsprozess aufgrund der vorhandenen Sicherheit ohne Insolvenzausfallrisiko führen.

### **3. Fallkonstellation 3: AG hat den Vertrag gekündigt und verweigert die Abnahme der Teilleistung wegen wesentlicher Mängel**

Auch hier muss der AN eine Möglichkeit haben, die bereits mehrfach beschriebene Patt-Situation aufzulösen und ein Abrechnungsverhältnis herbeizuführen. Verstreicht die Frist zur Beibringung der Sicherheit fruchtlos, kann sich der AN durch eine „zweite Kündigung“ von der Verpflichtung zur Mangelbeseitigung befreien und somit seinen Vergütungsanspruch aus der Schlussrechnung fällig stellen. Er muss sich in diesem Fall wiederum nur in Abzug bringen lassen, was er durch den Wegfall der Mangelbeseitigungsverpflichtung an Kosten erspart (§ 648 a Abs. 5 Satz 2 BGB).

### **4. Fallkonstellation 4: Der AN hat den Vertrag wegen Nichtstellung der Sicherheit gekündigt. Der AG macht Zurückbehaltungsrechte wegen Mängel geltend**

Ist der Vertrag vom Auftragnehmer gekündigt worden und sind im Bauprozess Mängel bzw. Mangelbeseitigungskosten streitig, gilt sinngemäß das Gleiche wie bei der Fallkonstellation 3. Will der Unternehmer endgültig keine Mängel ohne entsprechende Sicherheit beseitigen, sollte er ein zweites Sicherheitsverlangen stellen und erklären, dass er auch die Verpflichtung zur Mangelbeseitigung kündigen werde, falls die Sicherheit erneut nicht fristgemäß gestellt wird.

Die Höhe dieses zweiten Sicherheitsverlangens wird für den Fall einer zuvor erfolgten Kündigung des Auftragnehmers niedriger ausfallen. Denn hier erhält der Auftragnehmer für die kündigungsbedingt in Wegfall geratenen Leistungen entweder 5 % pauschal oder eine Vergütung unter Abzug der tatsächlich ersparten Aufwendungen bzw. eines eventuell anderweitigen Erwerbs (§ 648 a Abs. 5 Satz 2 BGB).

## **IV. Klage auf Stellung einer Sicherheit parallel zur gerichtlichen Geltendmachung des Vergütungsanspruchs**

Zukünftig sollte bei Vergütungsprozessen stets erwogen werden, den Zahlungsanspruch mit einem Sicherheitsverlangen zu verbinden bzw. einen separaten Prozess auf Stellung einer Sicherheit nach § 648 a BGB zu führen. Letzteres dürfte die bessere Variante sein, weil nicht prognostizierbar ist, ob ein Gericht im Fall einer Verbindung beider Ansprüche in einem Prozess über das Sicherheitsverlangen im Wege des Teilurteils vorab entscheidet.

Ein klagestattgebendes Urteil wird nach § 887 ZPO vollstreckt. Denn die Verpflichtung zur Stellung einer Sicherheit stellt eine vertretbare Handlung dar. Da der Auftraggeber von seinem Wahlrecht zwischen den verschiedenen Arten der Sicherheitsleistung keinen Gebrauch gemacht hat, geht dieses Recht in entsprechender Anwendung des § 264 BGB auf den Auftragnehmer über. Dieser kann deshalb beantragen, ihn zu ermächtigen, die Sicherheit durch Hinterlegung von Geld zu leisten und den Auftraggeber zur Vorauszahlung des dafür erforderlichen Betrags verurteilen lassen. Liegt eine dementsprechende Entscheidung des Gerichts vor, führt dies zur Möglichkeit einer Sicherungsvollstreckung.

ckung, also einer Kontenpfändung (LG Hagen, Beschluss vom 30.11.2010 – 21 O 83/10; OLG Hamm, Beschluss vom 28.01.2011 – 19 W 2/11).

Die Freude über diese Vollstreckungsmöglichkeit wird allerdings dadurch getrübt, dass der Auftragnehmer zuvor seinerseits zur Sicherheitsleistung verpflichtet ist. Der Auftragnehmer muss folglich Liquidität für eine Prozessbürgschaft aufwenden, um seinerseits eine Sicherheit für seinen Vergütungsanspruch zu erlangen. Ist der Auftragnehmer aber dazu bereit und in der Lage, muss auch ein Auftraggeber, der Sicherheit durch Bürgschaft leistet, regelmäßig Festgeld in Höhe der Bürgschaftssumme hinterlegen. Deshalb wird ein langwieriger Vergütungsprozess auch für den Auftraggeber wirtschaftlich uninteressanter. Die Möglichkeit des kostenlosen Justizkredits entfällt. Oftmals verhandeln Auftraggeber wesentlich „realistischer“, wenn die Forderungen des Auftragnehmers nach § 648 a BGB gesichert sind bzw. eine Kontenpfändung erfolgt ist.

## **D. Fazit**

Die BGH-Entscheidung vom 06.03.2014 eröffnet für den Auftragnehmer Möglichkeiten, die über das Urteil weit hinausgehen. Dass Vergütungsansprüche nach einer Kündigung des Bauvertrags lediglich schlüssig dargelegt werden müssen und die Klärung von Streitfragen dem Hauptsacheprozess vorbehalten bleibt, gilt auch für technische Nachträge nach § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B und überwiegender Auffassung nach auch für Entschädigungsansprüche nach § 642 BGB und Behinderungsnachträge gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B.

Auftragnehmer sollten deshalb unter Verweis auf die Rechte aus § 648 a Abs. 5 BGB versuchen, mit Auftraggebern wasserdichte Nachtragsvereinbarungen zu treffen und gegebenenfalls im Gegenzug auf die Rechte aus § 648 a BGB verzichten, solange der Auftraggeber seine Verpflichtungen erfüllt. Das gilt auch bei Mehrkostenansprüchen wegen Behinderungen, auch wenn eine höchstrichterliche Klärung noch aussteht, ob solche Ansprüche der Bestimmung des § 648 a BGB unterfallen.

Insbesondere bei Mängleinwendungen des Auftraggebers spielt das Sicherheitsverlangen eine wichtige Rolle, unabhängig davon, ob der Vertrag gekündigt worden ist oder fortbesteht bzw. der Auftraggeber wesentliche Mängel einwendet. Der Auftragnehmer kann über § 648 a BGB ein Abrechnungsverhältnis herbeiführen, wenn die Sicherheit nicht fristgemäß gestellt wird. Dazu können nach den oben unter III. dargestellten Fallkonstellationen zwei Sicherheitsverlangen und zwei Kündigungen erforderlich sein, wenn der Vertrag noch nicht erfüllt worden ist oder wesentliche Mängel vorliegen. Ist es zu einer Kündigung des Vertrages oder der Mangelbeseitigungsverpflichtung gekommen, muss sich der Auftragnehmer nur in Abzug bringen lassen, was er durch den Wegfall von Leistungen bzw. der Mangelbeseitigungsverpflichtung an Kosten erspart. Sein Vergütungsanspruch aus der Schlussrechnung ist fällig.

Müssen Vergütungsansprüche klageweise geltend gemacht werden, sollte der Auftragnehmer stets darüber nachdenken, auch seinen Sicherheitsanspruch rechtshängig zu machen. Darüber kann ein Gericht verhältnismäßig schnell entscheiden, weil tatsächliche Streitfragen nicht geklärt werden müssen. Ein Urteil auf Stellung einer Sicherheit eröffnet Verhandlungsspielräume, die sich in einem reinen Vergütungsprozess regelmäßig nicht ergeben.