

## Sicherungshypothek als Druckmittel

# Werklohnforderungen absichern

In der SBZ-Ausgabe 18/2003 stellten wir das Sicherheitsverlangen nach § 648 a BGB als Schutz gegen Zahlungsausfälle vor. Als mögliche Alternative können Handwerker ihre Forderungen aus Bauwerkverträgen auch durch eine Sicherungshypothek am Grundstück des Bestellers eintragen lassen.

Die Sicherheitsmöglichkeiten für ausstehenden Werklohn sind bekanntlich begrenzt. Das bereitet vielen Handwerkern Kopfzerbrechen. Der § 648 BGB bietet dem Unternehmer von Bauleistungen die Möglichkeit, seine Forderungen aus Bauwerkverträgen durch eine Sicherungshypothek am Grundstück des Bestellers eintragen zu lassen. Dieses Sicherungselement ist zwar nur unter bestimmten Bedingungen erfolgreich einsetzbar, dafür aber von Schuldnern gefürchtet.

### Voraussetzungen und Bedingungen für die Eintragung

Die Eintragung setzt allerdings voraus, daß Auftraggeber und Grundstückseigentümer grundsätzlich die selben Personen sind. Bedingung für die Eintragung einer Sicherungshypothek ist weiterhin, daß die abzusichernden Leistungen erbracht sein müssen. Eine Fälligkeit der Vergütungsansprüche für die erbrachten Leistungen muß hingegen noch nicht eingetreten sein. Auch vor Abnahme und Ablauf der zweimonatigen Prüffrist zur Schlußrechnung kann eine Forderung gesichert werden. Abgesichert werden können alle aus dem Vertrag begründbaren Forderungen des Auftragnehmers gegen den Auftraggeber, wie beispielsweise Werklohnansprüche für bereits erbrachte Leistungen, Schadenersatzansprüche, Restvergütungsansprüche bei Kündigung des Vertrags für die Leistungen, die nun aufgrund der Kündigung nicht mehr fertig gestellt werden konnten, Gewährleistungseinbehalte und auch die Ko-

sten zur Eintragung der Sicherungshypothek bzw. deren Vormerkung. Wohl gemerkt: es muß sich um Bauwerksarbeiten handeln. Das Gesetz definiert den Begriff „Bauwerk“ als eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache. Kleinreparaturen sind über Hypotheken nicht absicherbar. Das trifft auch für Ansprüche aus Kauf-, Dienst-, Geschäftsbesorgungs- oder Werklieferverträgen zu, bei denen es sich eben auch nicht um Bauwerksleistungen handelt. Liegen begründet Mängel an der Bauwerksleistung vor, wird in der Rechtsprechung davon ausgegangen, daß sich die Höhe der dem Auftragnehmer zustehenden Sicherungshypothek um die Kosten der Nachbesserung mindert.

### Überraschendes Sicherungs- und Druckmittel

Die Euphorie der Baupraxis zu diesem Sicherungsmittel hält sich in Grenzen. Gewöhnlich denken Auftragnehmer erst aus Anlaß von Zahlungsschwierigkeiten über die Frage nach: Wie sichere ich meinen Werklohn? Zu diesem Zeitpunkt sind dann die Grundbücher meist voll. Banken, Versicherungen und die cleversten unter den Bauunternehmer sind sehr schnell bei der grundpfandrechtlichen Absicherung ihrer Forderungen. Bauträger lassen im Regelfall bereits vorrangig Auflassungsvormerkungen zugunsten der Erwerber eintragen, so daß die Bauhandwerkersicherungshypothek nur nachrangig wirkt. Demnach sind nicht nur die Hürden für die Eintragung einer solchen Hypothek sehr hoch gesetzt, sondern selbst dann, wenn eine Eintragung erfolgt ist, sind die Erfolgsaussichten für eine Befriedigung von Werklohnansprüchen des Auftragnehmers häufig zweifelhaft. Dennoch: Der Sinn und Zweck einer Sicherungshypothek besteht darin, ein überraschendes und einfach durchsetzbares Sicherungs- und Druckmittel zu sein. Die Eintragung ins Grundbuch

bringt so manchen säumigen Auftraggeber auf Trapp, ist doch neben der Einschränkung der Bewegungsfreiheit in Grundstücksangelegenheiten auch für die Finanzierungsinstitute erkennbar, daß hier offensichtlich noch Schulden bestehen. Das wirkt sich dann mitunter negativ auf Nachfinanzierungen des Auftraggebers aus. Vor diesem Hintergrund ist schon mancher zahlungsunwillige, aber eigentlich zahlungsfähige Auftraggeber in die Knie gezwungen worden und hat schließlich doch die offenen Handwerkerrechnungen beglichen. Selbst wenn im Falle einer Insolvenz – also des „Super-Gau“ für den Auftragnehmer – die vorrangig gesicherten Grundpfandgläubiger längst die zur Verfügung stehende Masse aufgebraucht haben bis der grundpfandrechtlich abgesicherte Auftragnehmer zum Zug kommt, gibt es die Chance für ihn, daß offene Forderungen zumindest teilweise befriedigt werden. Eine Zwangsversteigerung macht für eine Bank nämlich nur dann Sinn, wenn das Grundbuch „clean“ ist. Aus diesem Grund bieten Banken dann den nachrangig gesicherten Auftragnehmern häufig Teilzahlungen an.



### Kann § 648 BGB vertraglich ausgeschlossen werden?

Die Rechte nach § 648 BGB können durch individuelle vertragliche Vereinbarungen ausgeschlossen werden. Das geht bei dem § 648 a BGB, der bekanntlich die Sicherheitsleistung zugunsten des Auftragnehmers festlegt, nicht. Eine individuelle vertragliche Verabredung der Parteien setzt allerdings voraus, daß tatsächlich auch beide Parteien zu der Frage „Sicherungshypothek“ verhandeln und zu einem einvernehmlichen Ergebnis gelangen. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers sind Ausschlussklauseln zum § 648 BGB hingegen unwirksam. Das folgt aus § 307 BGB. Gerichte haben dies damit begründet, daß Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht gegen den Gerechtigkeitsgehalt des § 648

BGB verstoßen dürfen. Eine Bauhandwerkersicherungshypothek nach § 648 BGB kann dann nicht mehr eingetragen werden, wenn der Auftragnehmer bereits eine Sicherheitsleistung nach § 648 a BGB erhalten hat (§ 648 a, Abs. 4 BGB)

## Wie läßt sich der Anspruch durchsetzen?

Der Auftraggeber ist gehalten, auf Verlangen eine Bauhandwerkersicherungshypothek einzutragen. Kommt der Auftraggeber dem Ansinnen des Auftragnehmers freiwillig nach, eine Sicherungshypothek an seinem Grundstück ins Grundbuch eintragen zu lassen, ist die Sache in Ordnung. Es stellt sich aber häufig die Frage, was der Auftragnehmer unternimmt, wenn dieser Verpflichtung nicht nachgekommen wird. Denn gewöhnlich steigen die Zweifel an der Zahlungswilligkeit oder -fähigkeit des Auftraggebers umgekehrt proportional zur verbleibenden Zeit für die Sicherung der Auftragnehmeransprüche. Wenn es zeitlich knapp wird, bleibt die Vormerkung einer Sicherungshypothek per einstweiliger Verfügung und in deren Folge der Klageweg. Der Antrag auf einstweilige Verfügung zur Vormerkung einer Sicherungshypothek birgt ein Überraschungsmoment in sich. Würde man gleich klagen, hätte der Auftraggeber Möglichkeiten eine schnelle Sicherung von Ansprüchen zu vereiteln bzw. zu verzögern.

## Einstweilige Verfügungen brauchen Dringlichkeitsgrund

Das OLG Rostock hat einen in dieser Beziehung merkwürdigen Beschluß gefaßt: bevor der Auftragnehmer im Wege einer einstweiligen Verfügung die Vormerkung der Eintragung einer Sicherungshypothek betreibt, muß er den Auftraggeber abmahnen, wenn er annehmen kann und muß, daß er sein Ziel auch ohne gerichtliche Inanspruchnahme erreicht. Wie das OLG Rostock entschied, ist ein Bauunternehmer verpflichtet, vor Antragstellung die grundsätzliche Zahlungs- bzw. Vergleichsbereitschaft des Auftraggebers zu ermitteln und die Frage einer Bauhandwerkersicherungshypothek mit ihm zu erörtern. Vor dem Hintergrund, daß sich die Parteien im Verfahren verglichen, war das Gericht Andernfalls der Auffassung, daß der Auftraggeber keine Veranlassung zum Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegeben und somit auch nicht die Kosten für das Verfügungsverfahren zu tragen hatte. Mit einer einstweiligen Verfügung können sich Auftragnehmer bzw. deren Anwälte

aber nicht unbegrenzt Zeit lassen. Einstweilige Verfügungen brauchen immer einen Dringlichkeitsgrund bzw. eine Eilbedürftigkeit. Liegen zwischen der Fertigstellung der Bauarbeiten und der Erstellung der Schlußrechnung 21 Monate und zwischen der Erstellung der Schlußrechnung und der Beantragung der einstweiligen Verfügung noch einmal neun Monate ist kein Verfügungsgrund mehr gegeben, so das OLG Celle (Urteil vom 27.02.2003 – 14 U 116/02). Das Gericht war der Auffassung: Ein Bauhandwerker, der nach Beendigung seiner Arbeiten und nach Erstellen der Schlußrechnung geraume Zeit ins Land gehen läßt um seine Ansprüche absichern zu wollen, hat keine Eile. Dabei kommt es auf die Gründe für das lange Zuwarten nicht an. Die Gefahr einer Insolvenz des Schuldners stellt keinen hinreichenden Verfügungsgrund dar, weil es nicht Sinn und Zweck eines einstweiligen Verfügungsverfahrens ist, bestimmten Gläubigern einen Vorsprung vor anderen zu verschaffen. Daraus kann nur der Schluß gezogen werden, daß der Handwerker seine Forderungen so früh wie möglich sichern sollte.

## Was ist die Hypothek im Falle einer Insolvenz wert?

Steht der Auftragnehmer mindestens drei Monate vor dem Antrag des Auftraggebers auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mit seiner Sicherungshypothek im Grundbuch ist der Anspruch werthaltig. Dann hat er hinsichtlich seiner Forderungen ein Absonderungsrecht und ist möglicherweise besser gestellt, als andere Gläubiger, die ihre Forderungen nur zur Tabelle anmelden können. Problematisch ist es dann, wenn das Insolvenzverfahren unmittelbar im zeitlichen Zusammenhang mit den Aktivitäten zur Eintragung einer Hypothek steht. Der § 88 der Insolvenzordnung (InsO) bestimmt, daß eine Sicherung mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens unwirksam wird, wenn sie ein Insolvenzgläubiger (wie der Auftragnehmer) im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag durch Zwangsvollstreckung an dem zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögen des Schuldners (hier: Auftraggebers) erlangt hat. Für diesen Fall muß der Insolvenzverwalter die Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit des Auftraggebers beweisen. Daraus kann der kluge Handwerker nur lernen daß er bei drohender Insolvenz seines Auf-

traggebers seine Anträge auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung zur Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek nicht mit der Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Auftraggebers begründet.

## Grundstückseigentümer und Besteller sollten identisch sein

Das Gesetz geht bei § 648 BGB vom „Baugrundstück des Bestellers“ aus. Wie so oft hat der BGH hierzu Ausnahmen behandelt und entschieden. Von dem Grundsatz der Identität zwischen Auftraggeber und Grundstückseigentümer kann abgewichen werden wenn besondere Umstände vorliegen, die darauf hinweisen, daß der Grundstückseigentümer den Auftraggeber beherrscht und die Möglichkeit hat, die Bauleistung des Auftragnehmers auszunutzen. Inzwischen liegen zu diesem Sachverhalt Urteile vor, die dieser Sichtweise entsprechen aber auch Urteile, die eine gegenteilige Position reflektieren. Ist der Geschäftsführer einer GmbH Grundstückseigentümer und werden die Arbeiten an seinem Grundstück von seiner GmbH, deren alleiniger Gesellschafter er ist, beauftragt kann eine Bauhandwerkersicherungshypothek eingetragen werden, obwohl rechtlich gesehen Besteller und Grundstückseigentümer nicht identisch sind (OLG Dresden; BauR 1998 S 136 auch OLG Köln, Urteil vom 15.05.1986; Az: 12 U 234/85). Andere Oberlandesgerichte sind der Meinung die vom BGH zugelassene Ausnahme eng auszulegen, da nach der Einführung des § 648 a BGB die Sicherungsmöglichkeiten für den Auftragnehmer deutlich verbessert worden sind.

Aus der Kontroverse läßt sich nur der Schluß ableiten, daß möglichst frühzeitig über den Schutz des § 648 a BGB nachgedacht werden sollte und der Handwerker als Alternative und nur für den Fall, daß Grundstückseigentümer und Auftraggeber eine Person darstellen, den Eintrag einer Bauhandwerkersicherungshypothek nach § 648 BGB ins Auge faßt.



Dr. jur. Hans-Michael Dimanski

gehört seit vielen Jahren dem SBZ-Redaktionsbeirat an. Er ist Geschäftsführer im FVSHK Sachsen-Anhalt und Gesellschafter der überörtlichen Rechtsanwaltssozietät Dr. Dimanski & Kollegen, Telefon (03 91) 6 26 96 57, Telefax (03 91) 6 26 96 53, E-Mail: RA.Dimanski@t-online.de