

## Zur Reichweite von Vertragserfüllungsbürgschaft und Bauhandwerkersicherung bei zusätzlichen und geänderten Leistungen

von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Prof. Dr. Marc Oliver Hilgers, Berlin

Vertragserfüllungsbürgschaft und Bauhandwerkersicherung stellen in der Praxis die zentralen Sicherungsmittel der Bauvertragsparteien dar. Während die Vertragserfüllungsbürgschaft die vertragsgemäße Herstellung der geschuldeten Leistungen zugunsten des Auftraggebers sichern soll, eröffnet § 648a BGB dem Auftragnehmer zur Abmilderung seiner Vorleistungspflicht das Recht, vom Auftraggeber Sicherheit für seinen Vergütungsanspruch zu fordern.

Ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen zusätzliche und geänderte Leistungen bzw. diesbezügliche Vergütungsansprüche von diesen Sicherungsmitteln umfasst sind, steht seit jeher in Streit, augenscheinlich auch innerhalb des BGH: Während nämlich der in Bausachen zuständige VII. Zivilsenat<sup>1</sup> mit der bisher wohl herrschenden Auffassung in der Literatur<sup>2</sup> in der Anordnung bzw. dem Verlangen von geänderten und/oder zusätzlichen Leistungen keine Erweiterung der die Vertragserfüllung sichernden Bürgschaftsschuld sieht, will der für Bank- und Kapitalmarktrecht zuständige XI. Zivilsenat<sup>3</sup> derartige Einwirkungen auf das Leistungsoll als nachträgliche rechtsgeschäftliche Erweiterungen der Verpflichtung des Bürgen qualifizieren, die gem. § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB keine Wirkung zu seinen Lasten entfalten sollen. Im Rahmen eines Sicherungsverlangens gem. § 648a BGB geht der VII. Zivilsenat sogar noch einen Schritt weiter und gewährt dem Auftragnehmer hinsichtlich der Sicherungshöhe eine Erleichterung der Darlegungs- und Beweislast.<sup>4</sup> Bei konsequenter Weiterentwicklung dieses Standpunkts stellt sich gar die Frage, ob dies nicht auch

für den Anspruchsgrund gelten muss. Je nachdem welchem Zivilsenat man also folgt, wird man die Reichweite einer einmal hingegebenen Bürgschaft unterschiedlich bewerten. Was nun ist von alledem zu halten?

### A. Vertragserfüllungsbürgschaft

Dreh- und Angelpunkt der Diskussion bei der Vertragserfüllungsbürgschaft ist die gesetzliche Regelung des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB. Bekanntermaßen ist das Bestehen der Bürgschaftsschuld aufgrund des Akzessorietätsgrundsatzes abhängig von Bestand, Umfang und Durchsetzbarkeit der gesicherten Hauptforderung.<sup>5</sup> Welche Hauptforderung besichert werden soll, richtet sich nach der Bürgschaftserklärung. Aus ihr ergeben sich Inhalt und Umfang des vom Bürgen übernommenen Risikos.<sup>6</sup> Trifft hiernach der Hauptschuldner mit dem Bürgen keine abweichende Regelung, erstreckt sich der Umfang der Bürgschaft auf die gesamte Hauptforderung in ihrem jeweiligem Bestand, § 767 Abs. 1 Satz 1 BGB. Auch für Einschränkungen und Erweiterungen, die sich kraft Gesetzes aus nicht rechtsgeschäftlichen Verhalten des Hauptschuldners nach Abschluss des Bürg-

1 BGH, Urt. v. 27.06.2007 – VII ZR 199/06, IJR 2007, 481.  
2 Vgl. u.a. Ingenstau/Korbion-Joussen, VOB, 19. Aufl., § 17 Abs. 30 VOB/B, Rdnr. 1; Hildebrandt, BauR 2007, 1121; Kappellmann/Messerschmidt-Thierau, VOB, 5. Aufl., § 17 VOB/B, Rdnr. 64-66.  
3 BGH, Urt. v. 15.12.2009 – XI ZR 107/08, IJR 2010, 81.  
4 BGH, Urt. v. 06.03.2014 – VII ZR 349/12, NZBau 2014, 343.  
5 Palandt/Sprau, BGB, 74. Aufl., § 765, Rdnr. 28 f.  
6 Palandt/Sprau, BGB, 74. Aufl., § 765, Rdnr. 19.

schaftsvertrages ergeben, hat der Bürge einzustehen, § 767 Abs. 1 Satz 2 BGB. Unstreitig sind dadurch Ansprüche aus Verschulden oder Verzug erfasst, insbesondere verwirkte Vertragsstrafen.<sup>7</sup> Um dem Haftungsrisiko des Bürgen einen angemessenen Rahmen zu geben, begrenzt § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB die übernommene Verpflichtung des Bürgen. Hiernach können entsprechend dem Grundsatz der Fremddisposition Rechtsgeschäfte, die nach Übernahme der Bürgschaft vorgenommen werden, die Verpflichtung des Bürgen zwar einschränken, nicht aber erweitern.<sup>8</sup> Schließlich sind Verträge zu Lasten Dritter mit dem Grundsatz der Privatautonomie jedenfalls insoweit unvereinbar und unzulässig, als die belastende Wirkung für den Dritten nicht lediglich einen Reflex darstellt.<sup>9</sup> Im vorliegenden Kontext kommt es also darauf an, ob es sich bei der Anordnung bzw. dem Verlangen respektive der Ausführung geänderter und/oder zusätzlicher Leistungen überhaupt um ein Rechtsgeschäft des Hauptschuldners handelt und wenn ja, wann dieses vorgenommen wird. Diese Fragen wiederum beantworten sich unterschiedlich je nachdem, ob sich die übernommene Bürgschaftsverpflichtung auf einen BGB- oder einen VOB/B-Vertrag bezieht. Denn anders als beim BGB-Werkvertrag ist beim VOB/B-Werkvertrag in den §§ 1 Abs. 3 und 4 VOB/B ein einseitiges, nach Vertragsschluss ausübbares Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer geregelt.

### I. VOB/B-Werkvertrag

Hauptschuldner der mit einer Vertragserfüllungsbürgschaft gesicherten Ansprüche ist der Auftragnehmer, Inhaber des vorbeschriebenen nachträglichen Leistungsbestimmungsrechts hingegen der Auftraggeber. Kommt es also zu einer Leistungsmodifikation gem. §§ 1 Abs. 3 oder 4 VOB/B, ist § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB schon dem Wortlaut auf derartige Bürgschaften nicht anwendbar, weil sie Leistungen absichern, die der Auftragnehmer ausführen muss, es also an einem rechtsgeschäftlichen Handeln des Hauptschuldners, also des Auftragnehmers, mangelt.<sup>10</sup> Die Anordnung bzw. das Verlangen der zusätzlichen und/oder geänderten Leistung erfolgt in diesen Konstellationen vielmehr durch den Hauptgläubiger der Leistung, den Auftraggeber. Das schlichte Ausführen einer solchermaßen durch den Auftraggeber verlangten

oder angeordneten Leistung durch den Auftragnehmer lässt sich hingegen nicht als Erweiterung der Bürgschaftsschuld durch Rechtsgeschäft qualifizieren. Vielmehr ist es lediglich Reflex eines vertraglich vereinbarten einseitigen Leistungsbestimmungsrecht, das der Auftraggeber durch eine den Leistungsinhalt konkretisierende, unwiderrufliche einseitige Willenserklärung ausübt.<sup>11</sup>

An diesem Befund ändert die bereits zitierte Entscheidung des XI. Zivilsenats<sup>12</sup> aus dem Jahr 2009 nichts. Soweit ersichtlich hatte die Bürgin in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall drei Bürgschaften gem. § 648a BGB gegeben. Hauptschuldnerin derartiger Bürgschaften aber ist der Auftraggeber und nicht der Auftragnehmer, was zwar den Anwendungsbereich des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB jedenfalls im Hinblick auf die Handelndqualität („Hauptschuldner“) zunächst eröffnet, im Ergebnis aber schlicht eine gänzlich andere Konstellation als die im Falle einer Vertragserfüllungsbürgschaft betrifft. Es bleibt vielmehr dabei: § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB ist auf Vertragserfüllungsbürgschaften im Falle von Leistungsmodifikationen gem. §§ 1 Abs. 3 und 4 VOB/B bereits nicht anwendbar. Nachtragsleistungen unterliegen hier bis zum Höchstbetrag der Bürgschaftsurkunde der Bürgenhaftung.<sup>13</sup>

### II. BGB-Werkvertrag

Nicht so beim BGB-Werkvertrag. Eine Ausführungspflicht des Auftragnehmers hinsichtlich Leistungsmodifikationen, die durch einseitige, empfangsbedürftige Erklärung des Auftraggebers ausgelöst werden könnte, gibt es hier nicht. Änderungen oder Erweiterungen des Leistungsumfangs bedürfen beim BGB-Werkvertrag vielmehr stets einer nachträglichen Einigung der Bauvertragsparteien und damit eines Rechtsgeschäftes, dass der Hauptschuldner (Auftragnehmer) nach Über-

7 Vgl. zum Ganzen statt aller Kapellmann/Messerschmidt-Thierau, VOB, 5. Aufl., § 17 VOB/B, Rdnr. 58 ff. und Maser, Festschrift für Walter Jagenburg, S. 557 ff.

8 Palandt/Sprau, BGB, 74. Aufl., § 767, Rdnr. 3.

9 BGH, Urt. v. 12.11.1980 – VIII ZR 293/79, BGHZ 78, 374; BGH, Urt. v. 29.06.2004 – VI ZR 211/03, NJW 2004, 3326.

10 So zutreffend schon Hildebrandt, BauR 2007, 1121 ff.

11 Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl., § 315, Rdnr. 11.

12 BGH, Urt. v. 15.12.2009 – XI ZR 107/08, IBR 2010, 81.

13 Hildebrandt, BauR 2007, 1121 ff.

nahme der Bürgschaft vornimmt. Das ist auch der Grund dafür, warum das BGB stets nur von Zusatzaufträgen, nicht aber von Nachträgen spricht.<sup>14</sup> Der Anwendungsbereich des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB ist damit beim BGB-Werkvertrag im Falle von Leistungsmodifikationen eröffnet. In diesem Sinne nachträglich vereinbarte Leistungen sind vom Sicherungsumfang einer einmal vereinbarten Vertragserfüllungsbürgschaft nicht, auch nicht bis zu deren Höchstbetrag erfasst, weil die Zustimmung des Auftragnehmers zu der vom Auftraggeber erbetenen Anpassung des Leistungssolls eine inhaltliche – wenn auch nicht notwendig betragsmäßige – Erweiterung der Verpflichtung des Bürgen durch den Hauptschuldner darstellt.

## B. Bauhandwerkersicherung

Der Regelfall der Bauhandwerkersicherung gem. § 648a BGB ist in der Baupraxis die Sicherheitsleistung durch Bürgschaft. Gem. § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Auftragnehmer vom Auftraggeber Sicherheit auch für die „in Zusatzaufträgen vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich Nebenforderungen“ verlangen. Unstreitig in diesem Zusammenhang dürfte zunächst sein, dass ein einmal formuliertes Sicherungsverlangen nachträglich angepasst werden kann.<sup>15</sup> Was aber ist mit einer einmal verlangten und gestellten Bürgschaft in Fällen, in denen – wie in der Baupraxis häufig – die Hauptvertragsleistung zwar bezahlt wird, im Baufortschritt jedoch sukzessive Forderungen aus zusätzlichen und geänderten Leistungen entstehen? Sind diese Leistungen von einer bereits ausgereichten Bauhandwerkersicherung gedeckt und wenn ja, gilt dies ausnahmslos? Damit ist zugleich die Frage nach einer etwaig notwendigen Differenzierung zwischen strittigen und unstrittigen Forderungen aus zusätzlichen und geänderten Leistungen gestellt, die der grundsätzlichen Klärung bedarf und zwar unabhängig davon, ob sie vom Sicherungsverlangen des Auftragnehmers von Anfang an umfasst waren oder erst nachträglich zu dessen Gegenstand geworden sind. All diese Fragen beantworten sich erneut unterschiedlich je nachdem, ob ein BGB- oder ein VOB/B-Vertrag besteht.

### I. BGB-Werkvertrag

#### 1. Zusatzauftrag nicht vereinbart

Beginnen wir mit dem einfachsten Fall: Aufgrund der Tatsache, dass das BGB ein einseitiges Anord-

nungsrecht des Auftraggebers nach Vertragsschluss nicht kennt und dementsprechend stets eine Einigung über Änderungen des Leistungsumfanges des ursprünglichen Werkvertrages voraussetzt, ist ein Streit über die Sicherungsfähigkeit nicht vereinbarter Zusatzaufträge bei BGB-Werkverträgen selten. Fehlt es an einer Einigung, kommt ein Zusatzauftrag schlicht nicht zustande. Eine Ausführungspflicht des Auftragnehmers besteht nicht. Führt hingegen der Auftragnehmer trotz fehlender Vereinbarung aus und verweigert der Auftraggeber sodann nicht nur eine Vergütung, sondern auch eine Besicherung, steht der eindeutige Wortlaut des § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB einer erfolgreichen Durchsetzung des Sicherungsverlangens entgegen. Das Gesagte gilt beim BGB-Werkvertrag für das „Nachrücken“ eines nicht vereinbarten Zusatzauftrages in eine bereits bestehende Bauhandwerkersicherung entsprechend.<sup>16</sup>

#### 2. Zusatzauftrag vereinbart

Besteht eine Einigung (jedenfalls) dem Grunde nach, ist gem. § 632 Abs. 2 BGB die „übliche Vergütung“ als vereinbart anzusehen. Nach einer jüngst ergangenen Entscheidung des VII. Zivilsenat<sup>17</sup> soll insoweit genügen, dass der Auftragnehmer seinen Vergütungsanspruch der Höhe nach schlüssig darlegt. Gelingt ihm das, ist sein Sicherungsverlangen berechtigt.<sup>18</sup>

Problematisch sind hiernach allein diejenigen Fälle, in denen eine Einigung erst nach Übergabe einer Bürgschaft erfolgt, die i.S.d. § 648a BGB „in Zusatzaufträgen vereinbarte Vergütung“ also (noch) nicht Gegenstand des ursprünglichen Sicherungsverlangens war bzw. sein konnte. Anders als zuvor bei der Vertragserfüllungsbürgschaft ist dies nun nämlich ein Anwendungsfall des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB: Hauptschuldner der Bauhandwerkersicherung ist der Auftraggeber, der über die Vereinbarung eines Zusatzauftrages die Verpflichtung des Bürgen im Sinne der Vorschrift nachträglich rechtsgeschäft-

14 Das wird sogleich unter Gliederungspunkt B.II. bei der Bauhandwerkersicherung relevant.

15 Vgl. statt aller Ingenstau/Korbion-Joussen, VOB, 19. Aufl., Anlage 1, Rdnr. 165.

16 Zum Nachrücken vereinbarter Zusatzaufträge sogleich unter 2.

17 BGH, Ur. v. 06.03.2014 – VII ZR 349/12, NZBau 2014, 343.

18 So zutreffend schon Rodemann/Bschorr, BauR 2013, 845 (847).

lich erweitert. Die Sperrwirkung des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB greift. Ohne eine Zustimmung des Bürgen ist ein „Nachrücken“ der neu begründeten Forderung in die Bürgschaftsschuld ausgeschlossen.

## II. VOB/B-Werkvertrag

Beim VOB/B-Werkvertrag korrespondiert mit dem bei Vertragsschluss durch Einbeziehung der VOB/B vereinbarten einseitigen Leistungsbestimmungsrecht gem. §§ 1 Abs. 3 und 4 die sich in diesen Fällen gem. §§ 2 Abs. 5 und 6 ergebende Vergütung. Rechtsgrundlage dieser Vergütung ist nach der ständigen Rechtsprechung des BGH<sup>19</sup> der durch das Leistungsbestimmungsrecht geänderte oder erweiterte Vertrag, wobei die §§ 1 Abs. 3 und 4 VOB/B die Anspruchsvoraussetzungen und die §§ 2 Abs. 5 und 6 VOB/B die Rechtsfolgenregelungen enthalten.<sup>20</sup>

### 1. Unstreitige Nachträge

Übt nun der Auftraggeber sein Leistungsbestimmungsrecht gem. den §§ 1 Abs. 3 bzw. 4 VOB/B aus und handelt es sich bei den hiernach zu erbringenden Leistungen zwischen den Parteien unstreitig um solche, die im Rahmen eines Nachtrags zu vergüten sind, erscheint es zunächst leicht, diesen Sachverhalt unter § 648a BGB zu subsumieren. Man betrachtet den „unstreitigen Nachtrag“ schlicht als „vereinbarten Zusatzauftrag“ und kommt so zum Ziel. Das gelingt problemlos aber nur, wenn die betreffende Nachtragsforderung bereits Gegenstand des Sicherungsverlangens war.<sup>21</sup> Entsteht sie jedoch erst nach Gestellung der betreffenden Bürgschaft und nimmt diese Bürgschaft nur den Hauptvertrag in Bezug, nicht aber künftige Ansprüche aus zusätzlichen und geänderten Leistungen i.S.d. VOB/B, soll nach der eingangs zitierten Entscheidung des XI. Zivilsenats des BGH aus dem Jahr 2009<sup>22</sup> die Regelung des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB entgegenstehen. Anders nämlich als der VII. Zivilsenat des BGH<sup>23</sup>, der kaum zwei Jahre zuvor noch ausgesprochen hatte, dass die vertraglich angelegte Möglichkeit, zusätzliche und geänderte Leistungen nachträglich zu vereinbaren, nicht als Erweiterung der Bürgschaftsverpflichtung anzusehen ist, will der XI. Zivilsenat hierin einen Verstoß gegen das vertragswesentliche Verbot der Fremddisposition sehen, die nicht zulasten des Bürgen wirken könne. Dazu ist das Folgende zu sagen:

Die von § 648a BGB BGB-systemkonform für den jeweiligen „Zusatzauftrag“ vorausgesetzte Ei-

nigung wird beim VOB/B-Vertrag durch die bei Vertragsschluss erfolgte Vereinbarung der Nachtragsmechanismen der VOB/B ersetzt, so dass nach Vertragsschluss eine Ausübung des bei Vertragsschluss vereinbarten einseitigen Leistungsbestimmungsrechts genügt, um zusätzliche und geänderte Leistungen auszulösen. Macht also der Auftraggeber von seinem antizipiert vereinbarten Recht zur einseitigen Leistungsanpassung Gebrauch, bedarf es einer Zustimmung des Auftragnehmers und damit einer konkret leistungsbezogenen Einigung gerade nicht.<sup>24</sup> Auch nach Vertragsschluss veranlasste Nachträge müssen daher von einer bereits gestellten Bürgschaft gem. § 648a BGB gesichert sein, weil die dort geforderte „Vereinbarung“ von Leistungsmodifikationen längst – wenn auch nicht konkret leistungsbezogen, sondern abstrakt – erfolgt ist. Das ist zugleich auch der Grund dafür, warum die Regelung des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB – anders als vom XI. Zivilsenat in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2009<sup>25</sup> angenommen – beim VOB/B-Vertrag die Einbeziehung von nachträglichen Leistungsmodifikationen in den Sicherungsumfang einer bereits gelegten Bürgschaft nicht konterkariert. Die Stellung des Bürgen wird beim VOB/B-Vertrag im Nachtragsfall gerade nicht durch ein Rechtsgeschäft verschlechtert, dass der Hauptschuldner nach Übernahme der Bürgschaft vornimmt.<sup>26</sup> Stattdessen könnte man sagen, dass seine Stellung im Hinblick auf eine für einen VOB/B-Vertrag übernommene Bürgschaft von Anfang an „schlecht“ ist, weil sein Bürgenrisiko die in der VOB/B angelegten Nachtragsmechanismen umfasst. Wird von den dort angelegten Rechten Gebrauch gemacht, erfolgt keine Änderung der Identität der Hauptschuld im Wege unzulässiger Fremddisposition.

19 BGH, Urt. v. 14.07.1994 – VII ZR 186/93, BauR 1994, 760; BGH, Urt. v. 25.01.1996 – VII ZR 233/94, BauR 1996, 378; BGH, 24.07.2003 – VII ZR 79/02, BauR 2003, 1892.

20 Zutreffend Hildebrandt, BauR 2007, 1121 (1125) unter Verweis auf Thode, ZfBR 2004, 214 (216).

21 OLG Karlsruhe, Urt. v. 12.03.1996, 8 U 207/95, BauR 1996, 556 (557); Leinemann-Hilgers, VOB/B, 5. Aufl., § 648a Rdnr. 38.

22 BGH, Urt. v. 15.12.2009 – XI ZR 107/08, IBR 2010, 81.

23 BGH, Urt. v. 27.06.2007 – VII ZR 199/06, IBR 2007, 481.

24 So ständige Rechtsprechung BGH, Urt. v. 21.03.1968 – VII ZR 84/67, NJW 1968, 1234; OLG Düsseldorf, Urt. v. 15.12.1988 – 5 U 103/88, BauR 1989, 335.

25 BGH, Urt. v. 15.12.2009 – XI ZR 107/08, IBR 2010, 81.

26 Joussen, BauR 2012, 344, 351; Hildebrandt, BauR 2007, 1121 ff.

## 2. Streitige Nachträge

Dieser Befund führt zwangsläufig zu der Frage, ob die in diesem Zusammenhang übliche Differenzierung zwischen unstreitigen und streitigen Nachträgen<sup>27</sup> überhaupt zutreffend ist.

Zwar ist beim VOB/B-Vertrag eine „konkret leistungsbezogene Einigung“ zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer hinsichtlich der vom Auftraggeber gewünschten zusätzlichen oder geänderten Leistungen ebenfalls möglich, aber – anders als beim BGB-Werkvertrag – keineswegs nötig, um eine Ausführungspflicht des Auftragnehmers zu begründen. Das erklärt auch, warum es regelmäßig „streitige“ Nachträge gibt, „streitige“ Zusatzaufträge hingegen nicht.

Wie bereits ausgeführt, stellen die Nachtragsmechanismen der VOB/B ausschließlich darauf ab, ob der Auftraggeber von seinem bei Vertragsschluss durch Einbeziehung der VOB/B antizipierten Recht zur Modifikation der vertraglich vereinbarten Leistung Gebrauch macht oder nicht. Sind die Voraussetzungen der §§ 1 Abs. 3 und 4 VOB/B erfüllt, trifft den Auftragnehmer eine Ausführungspflicht, die ihrerseits mit den in den §§ 2 Abs. 5 und 6 VOB/B festgelegten Vergütungsfolgen korrespondiert.<sup>28</sup> Nach der Logik der VOB/B kommt es also gerade nicht auf die (einseitig leicht zu manipulierende) Frage an, ob ein Nachtrag streitig oder unstreitig ist, sondern allein darauf, ob er berechtigt oder unberechtigt ist. Das ist konsequent. Denn die einen etwaigen Anspruch bestimmenden Faktoren wurden bereits bei Vertragsschluss vereinbart und zwar, wie soeben ausgeführt, sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach. Die von § 648a BGB BGB-systemkonform für den jeweiligen „Zusatzauftrag“ vorausgesetzte Einigung wird beim VOB/B-Vertrag durch die bei Vertragsschluss erfolgte Vereinbarung der Nachtragsmechanismen der VOB/B vorgezogen. Was nach Vertragsschluss (nur) noch folgt, ist die Ausübung der dort angelegten Rechte mit den dort ebenfalls bereits angelegten (Vergütungs-) Folgen.<sup>29</sup> Die Anspruchsvoraussetzungen des § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB liegen vor.

In exakt diese Richtung scheint auch die bereits eingangs zitierte Entscheidung des VII. Zivilsenats aus dem Jahr 2014<sup>30</sup> zu weisen. Jedenfalls

dann, wenn (nur) noch die tatsächlichen Voraussetzungen der Berechnung eines Vergütungsanspruchs streitig sind, will das Gericht dem Auftragnehmer eine Sicherheit gem. § 648a BGB „für seine schlüssig dargelegte Vergütung ohne Klärung der Streitfragen“ gewähren, weil der Gesetzgeber dem Werkunternehmer im Hinblick auf das Insolvenzrisiko des Bestellers eine schnelle Sicherheit habe geben wollen, um dann anschließend im Werklohnprozess die Berechtigung des geltend gemachten Anspruchs unter Berücksichtigung etwaiger Gegenansprüche zu klären.<sup>31</sup> Das aber kann nach dem soeben Gesagten beim VOB/B-Vertrag nicht nur für die Höhe, sondern muss auch für den Anspruchsgrund einer nach § 648a BGB zu sichernden Nachtragsforderung gelten: Trägt der Auftragnehmer die Voraussetzungen des behaupteten Nachtragsanspruchs schlüssig vor und ist der Nachtragsanspruch hiernach dem Grunde nach berechtigt, kann nicht entscheidend sein, dass der Auftraggeber dessen Berechtigung bestreitet. Andernfalls könnte ein Auftraggeber allein durch das Streitigstellen eines berechtigten Nachtrages den Sicherungszweck des § 648a BGB vereiteln. Ob ein Nachtrag hingegen berechtigt ist oder nicht, unterliegt nach der Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des BGH<sup>32</sup> dem Einschätzungsrisiko des Auftraggebers. Ihm ist es bei sorgfältiger Einschätzung der Berechtigung einer Nachtragsforderung möglich, die negativen Folgen einer Nichtleistung der Bauhandwerkersicherung zu vermeiden.<sup>33</sup> Kann er die Berechtigung des geltend gemachten Anspruchs nicht sicher verneinen, ist die hiermit verbundene Einschränkung seines Avalrahmens eine notwendige, vom Gesetz akzeptierte und angesichts der Auswirkungen hinnehmbare Folge.

27 So noch Ingenstau/Korbion-Joussen, VOB, 19. Aufl., Anhang, Rdnr. 166.

28 BGH, Urt. v. 21.03.1968 – VII ZR 84/67, NJW 1968, 1234; OLG Düsseldorf, Urt. v. 15.12.1988 – 5 U 103/88, BauR 1989, 335.

29 Joussen, BauR 2012, 344 (354); Hildebrandt, BauR 2007, 1121 (1125).

30 BGH, Urt. v. 06.03.2014 – VII ZR 349/12, NZBau 2014, 343.

31 BGH, Urt. v. 06.03.2014 – VII ZR 349/12, a.a.O.

32 BGH, Urt. v. 09.11.2000 – VII ZR 82/99, BauR 2001, 386.

33 BGH, a.a.O.