

Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Möglichkeiten der Ausgestaltung einer verpflichtenden Absicherung der Ansprüche des Bestellers einer Bauleistung auf Fertigstellung und Mangelgewährleistung  
Az.: 314-06.01-2815EHV003

 Meyerthole  
Siems  
Kohlruss



# Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Möglichkeiten der Ausgestaltung einer verpflichtenden Absicherung der Ansprüche des Bestellers einer Bauleistung auf Fertigstellung und Mangelgewährleistung

Im Auftrag der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung (BLE) für das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV)

## **Anlage zum Abschlussbericht**

## **Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse**

Laufzeit: 14. Juli 2016 – 31. Oktober 2018

Aktenzeichen: 314-06.01-2815EHV003

Förderkennzeichen: 2815EHV003

### **Autoren**

Dr. Otto Strecker

Dr. Margit Paustian

Dr. Volker Ebert

Prof. Dr. Wolfgang Voit

Dr. Andreas Meyerthole

Adrian Engels

Rechtstatsächliche Untersuchung zu den  
Möglichkeiten der Ausgestaltung einer  
verpflichtenden Absicherung der Ansprüche  
des Bestellers einer Bauleistung auf  
Fertigstellung und Mangelgewährleistung  
Az.: 314-06.01-2815EHV003

 Meyerthole  
Siems  
Kohlruss



erstellt von

Meyerthole Siems Kohlruss  
Gesellschaft für actuarielle Beratung mbH  
Hohenstaufenring 57  
D-50674 Köln

Ansprechpartner:  
Dr. Andreas Meyerthole  
Andreas.Meyerthole@aktuare.de  
Telefon: +49 221 42053 – 0

und

AFC Public Services GmbH  
Dottendorfer Str. 82  
D-53129 Bonn

Ansprechpartner:  
Dr. Otto Strecker  
Otto.Strecker@afc.net  
Telefon: +49 228 98579 – 0

unter Mitwirkung von  
Prof. Dr. Wolfgang Voit  
Philipps-Universität Marburg

Bonn, den 31. Oktober 2018

AFC-PN: 4296

*Alle die in diesem Text in männlicher Form verwendeten Personen-, Berufs- oder Funktionsbezeichnungen sind ausdrücklich geschlechtsneutral zu verstehen.*

## 1 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Um die Frage nach den Möglichkeiten einer verpflichtenden Absicherung der Ansprüche des Bestellers auf Fertigstellung und Mängelgewährleistung beantworten zu können, wurden verschiedene Konstellationen analysiert und die Handlungsoptionen für die Absicherung des Bauherrn aufgezeigt. Dabei wurde zwischen Verbrauchern und Unternehmern als Bauherrn unterschieden. Weiterhin wurde zwischen Verträgen über den Bau aus einer Hand und der Einzelvergabe von Bauleistungen unterschieden.

### 1.1 Absicherung bei Verbraucherverträgen über Bauvorhaben aus einer Hand

Die Untersuchung hat gezeigt, dass gesetzgeberischer Bedarf vor allem bei Verbraucherverträgen über das Bauen aus einer Hand besteht.<sup>1</sup> Diese Vertragsform ist mit 90 % der Regelfall bei Verbraucherverträgen. Zugleich wird bei diesen Verträgen in aller Regel kein Architekt beauftragt, der den Verbraucher beraten könnte. Verbraucherschutzverbände bieten zwar eine qualifizierte Beratung auch in diesen Fällen an, diese Angebote werden aber nur von einer begrenzten Zahl der Verbraucher genutzt.

#### 1.1.1 Bedarf für eine gesetzliche Absicherung

Die Untersuchungen haben gezeigt, dass die derzeit gesetzlich vorgesehenen Sicherheiten nicht ausreichend sind.<sup>2</sup> Der Fertigstellungssicherheit nach § 650m Abs. 2 BGB in Höhe von 5 % stehen Mehrkosten der Fertigstellung (einschließlich der Feststellungskosten und der Risiken für Mängel der bereits erbrachten Leistungen) gegenüber, die von der Mehrheit der Befragten mit ca. 25 % angegeben werden; Zander geht in seiner Untersuchung sogar von 30 % aus,<sup>3</sup> wobei sich diese Zahl in erster Linie auf eine Schätzung des OLG München<sup>4</sup> stützt, weil die von uns erhobenen Primärdaten bei der Arbeit noch nicht vorlagen. In Einzelfällen sind die Mehrkosten der Fertigstellung noch einmal deutlich höher, wie sich aus den Interviews und den Befragungen ergeben hat. Für die Mängelphase sieht das Gesetz derzeit keinerlei

<sup>1</sup> Auf diese Fälle beschränkt sich die Untersuchung von Herrn Zander, Die Versicherung des Erfüllungsinteresses des privaten Bauherrn, 2018, S. 19 f.

<sup>2</sup> So auch Zander S. 143; Barth FS Thode, S. 507, 508.

<sup>3</sup> Zander S. 224.

<sup>4</sup> OLG München BauR 2010, 1230, 1232.

Absicherung vor, obwohl die Untersuchung auch in diesem Bereich erhebliche Risiken für den Besteller im Fall der Insolvenz des Unternehmers gezeigt hat.

Die Untersuchung hat auch gezeigt, dass Verbraucher in der Regel nicht in der Lage sind, über das Gesetz hinausgehende Sicherheiten bei den Vertragsverhandlungen durchzusetzen.

### **1.1.2 Höhe der Absicherung während der Erfüllungsphase**

Um dieses Risiko abzudecken, kommt sowohl eine Bürgschaft wie auch eine Versicherung in Betracht.

Nach den Ergebnissen der hier vorgelegten Untersuchung reicht eine Absicherung in Höhe von 25 % der Bausumme aus. Damit wird in über 90 % der Fälle das Risiko der Insolvenz des Bauunternehmers abgedeckt. Bei bis zu 10 % der Fälle würde diese Sicherheit jedoch nicht ausreichen. Die Beschränkung der verpflichtenden Sicherheit auf 25 % erleichtert die Möglichkeit, das Risiko durch eine Bürgschaft abzudecken. Bei einer Versicherungslösung würde die Erhöhung der Absicherung auf die volle Bausumme nur geringe Mehrkosten verursachen. Es ist deshalb zu erwarten, dass auch Versicherungen angeboten werden, die die vollen Bausummen absichern.

Dabei hängt die absolute Zahl der Fälle von der Insolvenzwahrscheinlichkeit des Unternehmers ab, welche wiederum wesentlich von der konjunkturellen Lage beeinflusst wird. Dies wird an der in den letzten Jahren stark sinkenden Zahl an Insolvenzen deutlich. Andererseits führt eine gute konjunkturelle Entwicklung und eine gute Auslastung der Baubetriebe auch dazu, dass es immer schwieriger wird, für eine infolge der Insolvenz eines Unternehmers stillstehende Baustelle einen Nachfolgeunternehmer zu finden. Diese sind häufig nur gegen sehr hohe Zuschläge bereit, einen solchen Auftrag zu übernehmen. So war in den Interviews mit Blick auf die derzeit gute Lage von Zuschlägen bis zu 40 % die Rede. Eine bessere Konjunktur hat deshalb gegenläufige Effekte zur Folge, indem die Wahrscheinlichkeit der Insolvenz sinkt, dafür aber die zu erwartenden Mehrkosten steigen. Umgekehrt führt eine schlechtere Konjunktur zu geringeren Mehrkosten, weil die Unternehmen angesichts schlechter Auftragslage eher bereit sind, angefangene Baumaßnahmen fertigzustellen. Zugleich steigt aber das Risiko der Insolvenz. Dies spricht dafür, dass ein Sicherheitsbedürfnis in Höhe von 25 % als

realistisch angesehen werden kann, wobei der Bedarf – wie erwähnt – in einer nennenswerten Zahl der Fälle höher als diese Quote sein wird.

Der Mehrkostenzuschlag bezieht sich nicht auf die Gesamtleistung, sondern nur auf die noch zu erbringenden Restleistungen, so dass er bezogen auf die Gesamtleistung entsprechend zu reduzieren ist. Dabei darf aber nicht vergessen werden, dass der Bauherr hinsichtlich der erbrachten Bauleistungen zwar keine Mehrkostenzuschläge zu entrichten hat, der nachfolgende Unternehmer aber jede Mängelhaftung für diesen Bereich der Bauleistung im Vertrag ausschließen wird. Der Besteller trägt deshalb hinsichtlich der noch nicht erbrachten Leistungen das Mehrkostenrisiko und zusätzlich hinsichtlich der erbrachten Leistungen das Mangelrisiko. Dabei wird der nachfolgende Unternehmer häufig nur dann zur Übernahme des Auftrags bereit sein, wenn der Besteller im Fall von Mängeln nachweist, dass der Mangel vom nachfolgenden und nicht vom Erstunternehmer zu verantworten ist. Wird dies vereinbart, so trifft den Besteller nicht nur das Mangelrisiko für die Arbeiten des Erstunternehmers, sondern auch das Beweisrisiko. Hinzu kommen Kosten für die Abgrenzung der erbrachten Leistungen von den noch nicht erbrachten Leistungen. Allein diese Kosten können je nach Baufortschritt bei einem Einfamilienhaus durchaus in der Größenordnung von 4.000 bis 5.000 € liegen.

In Anbetracht dieser Ausgangslage erscheint die angegebene Zahl von 25 % Mehrkosten in der Erfüllungsphase als Bedarf durchaus realistisch. Da Verbraucher in der Regel bei einem Hausbau finanziell bereits bis zur Grenze ihrer Leistungsfähigkeit belastet sind, sollte die Sicherheit nicht geringer angesetzt werden.

### **1.1.3 Höhe der Absicherung in der Gewährleistungsphase**

Auch bei der Insolvenz des Bauunternehmers in der Mängelphase bestehen erhebliche Risiken für den Besteller. Anders als während der Erfüllungsphase führt eine Insolvenz nicht zwangsläufig zu einer Belastung des Bestellers, denn das Bauwerk ist in diesen Fällen bereits fertiggestellt. Zu einer Belastung des Bestellers kommt es nur dann, wenn an dem Bauwerk Mängel auftreten. Tritt dieser Fall ein, wird der Besteller aber durch die gesamten Kosten der Mängelbeseitigung belastet, denn auf seinen Anspruch gegen den Unternehmer wird in der Insolvenz nur die Insolvenzquote bezahlt. Häufig werden diese Ansprüche nicht einmal zur Tabelle angemeldet, weil sie vom Insolvenzverwalter des Bauunternehmers bestritten werden und der Nachweis der Forderung oft nur mit Hilfe eines Sachverständigen geführt werden kann, der

die Mangelhaftigkeit und die zur Mangelbeseitigung erforderlichen Maßnahmen begutachtet. Angesichts der Kosten für ein solches Gutachten und des Risikos einer nur geringen Insolvenzquote wird eine derartige Forderung nicht zur Tabelle angemeldet. Wie hoch diese Kosten sind, zeigt eine Studie des BSB.<sup>5</sup> Danach liegen im Fall einer außergerichtlichen Einigung die Gutachterkosten bei 4.000 €; muss der Verbraucher Klage auf Feststellung zur Tabelle erheben, so ist bei einem Streitwert von 42.000 € mit Gerichts- und Anwaltskosten in Höhe von 8.000 € zu rechnen. Aus der geringen Zahl an Forderungsanmeldungen von Verbrauchern in Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Bauunternehmers kann deshalb nicht geschlossen werden, dass Verbraucher von diesem Risiko nicht betroffen sind.

Sofern Mängel auftreten, ist der Verbraucher im Fall der Insolvenz gesetzlich nicht abgesichert. Es gelingt ihm auch in der Praxis nicht, eine vertragliche Sicherung zu vereinbaren.

Soweit eine Baugewährleistungs-Versicherung abgeschlossen wird, ist Beitragsbemessungsgrundlage die Nettobausumme der Einzelgewerke (ohne Planung). Die vom Versicherungsnehmer (bauausführendes Unternehmen/GÜ/Bauträger) regelmäßig gewünschte Versicherungssumme beläuft sich auf 50 % der Nettobaukosten; diese Versicherungssumme ist in der Mehrzahl der Schadenfälle als ausreichend anzusehen. Es sind aber im Bereich der Versicherung von EFH auch Versicherungssummen bis maximal zur Höhe der Nettobaukosten denkbar.

Um bei der Art der Absicherung neben der Versicherung auch Bürgschaften möglich zu machen, könnte man eine minimale Absicherungssumme in Höhe von 25 % der Bausumme vorgeben. Eine Absicherung unterhalb dieser Höhe ist nicht zu empfehlen. Zwar werden die mittleren Kosten mit lediglich 13,5 % angesetzt, allerdings ist unter Berücksichtigung der erwarteten Mangelanzahl in Höhe von 1,65 Mängeln während der Gewährleistungsphase von einem Absicherungsbedarf in Höhe von 22,3 % der Bausumme auszugehen, der bis zum Ende der Gewährleistungsphase besteht. Mit einer Absicherung in Höhe von 25 % der Bausumme wird es voraussichtlich möglich sein, in mehr als 90 % der Fälle, in denen der Unternehmer während der Gewährleistungszeit insolvent wird, den dadurch eintretenden Schaden abzudecken.

---

<sup>5</sup> Vgl. Pressemitteilung des Bauherren-Schutzbundes e.V. vom 02.09.2010, Berlin. URL: [https://www.bsb-ev.de/uploads/media/2010-09-Pressemitteilung\\_BSB\\_Baurechtsstreitigkeiten.pdf](https://www.bsb-ev.de/uploads/media/2010-09-Pressemitteilung_BSB_Baurechtsstreitigkeiten.pdf), abgerufen am 06.06.2018.

#### **1.1.4 Aufrechterhaltung der Sicherheit für die gesamte Dauer der Mängelhaftung**

Die Untersuchungen haben gezeigt, dass Mängel zwar sehr häufig vor der Abnahme oder innerhalb eines Jahres nach der Abnahme auftreten, dass aber auch gegen Ende der Mängelverjährung noch Mängel in erheblicher Zahl geltend gemacht werden. Dabei treten auch Mängel mit hohen Kosten noch gegen Ende der Mängelhaftungszeit auf. Beispiele sind Feuchtigkeitsschäden oder Schäden, die nur bei bestimmten Wetterkonstellationen sichtbar werden.

Da auch große Schäden nicht selten erst gegen Ende der Verjährungsfrist auftreten, kann eine Absenkung der Sicherungshöhe während der Verjährungszeit nicht empfohlen werden.

#### **1.1.5 Art der Absicherung**

Versicherung und Bürgschaft verfolgen unterschiedliche Ansätze. Die Bürgschaft sieht in erster Linie auf das Insolvenzrisiko des Hauptschuldners. Die Frage, wie wahrscheinlich es ist, dass im Fall der Insolvenz eine Forderung gegen den Hauptschuldner besteht und ob diese die Bürgschaftssumme erreicht oder hinter dieser Summe zurückbleibt, tritt bei der Bürgschaft ganz in den Hintergrund. Dieser Befund zeigt sich zunächst daran, dass für einen Schuldner Bankbürgschaften und Bankdarlehen auf einen einheitlichen Kreditrahmen verrechnet werden. Auch der Umstand, dass Erfüllungsbürgschaften und Gewährleistungsbürgschaften mit einem einheitlichen, von der Bonität des Hauptschuldners abhängigen Avalzins belegt werden, bestätigt diesen Befund, denn die Risikostruktur einer Erfüllungsbürgschaft unterscheidet sich von der einer Gewährleistungsbürgschaft, weil die Gewährleistungsbürgschaft auch im Fall der Insolvenz des Hauptschuldners nur dann zum Tragen kommt, wenn Ansprüche wegen Mängeln am Werk bestehen.

Dagegen gehört es zum Prinzip der Versicherung, die Eintrittswahrscheinlichkeit eines Ereignisses vorrangig zu betrachten. Das Insolvenzrisiko wird hier in gleicher Weise wie das Mangelrisiko beurteilt.

Wegen dieses Unterschieds eignet sich für die Absicherung großer Summen, die aber nur in seltenen Fällen zu zahlen sind, nach derzeitigem Stand die Versicherung besser als eine Bürgschaft. Eine Begrenzung der Sicherheit auf 25 % der Bausumme erscheint im Interesse einer Bürgschaftslösung sinnvoll, aus Sicht der Versicherung wäre jedoch eine Absicherung der gesamten Bausumme vorzugswürdig.



Möglicherweise wird sich künftig dieser strukturelle Unterschied zwischen Bürgschaft und Versicherung reduzieren. So wurden in der Projektarbeitsgruppe seitens der Banken Überlegungen angekündigt, bei der Bürgschaft neben der Insolvenzwahrscheinlichkeit auch die Wahrscheinlichkeit einer Forderung bei den Avalzinsen und bei der Belastung des Kreditrahmens zu berücksichtigen, falls es zu einer gesetzlichen Absicherungspflicht in einer Größenordnung von 20-25 % der Auftragssumme kommen sollte. Diese Überlegungen stehen aber noch am Anfang, so dass sich nach derzeitigem Stand als Sicherheit eine Versicherungslösung empfiehlt. Diese kann ohne weiteres und ohne Belastung des Kreditrahmens eine Absicherung in Höhe von 20-25 % der Auftragssumme abbilden. Da die Insolvenzfälle zwar selten sind, diese dann aber sehr hohe Schäden auslösen können, ist es aus Sicht der Versicherung sinnvoll, eine noch deutlich höhere Absicherung anzubieten. Selbst die Absicherung in Höhe der vollen Auftragssumme ist bei etwa 80 % der Bauunternehmen mit einer Prämie von unter 2,3 % der Auftragssumme inklusive Qualitätskontrolle zu realisieren, wenn man zugleich einen nicht versicherten Teilbetrag von 10.000 € vorsieht. Reduziert man den nicht versicherten Teilbetrag auf 5.000 €, so würde die Prämie unter 2,5 % liegen. Damit werden die nicht existenzgefährdenden Fälle – etwa wegen kleiner Mängel, die wegen der Insolvenz des Unternehmers nicht behoben werden – im Interesse einer umfassenden Absicherung der gravierenden Fälle ausgeklammert. Zugleich werden Verwaltungskosten in einem erheblichen Umfang eingespart. Die Kosten einer Versicherung wären auch kaum höher als die Kosten einer Bürgschaft, wenn diese in Höhe von 25 % der Auftragssumme für die Erfüllungsphase und die Mängelphase aufrechterhalten werden müsste.

Zugleich bietet die Versicherung den Vorteil, dass die Kreditlinie des Bauunternehmers nicht belastet wird. Während die Banken bei der Gewährung einer Bürgschaft diese hinsichtlich der Kreditwürdigkeit wie einen Kredit behandeln und deshalb entsprechende Sicherheiten verlangen, verteilt die Versicherung die Risiken auf die Versichertengemeinschaft. Obwohl in beiden Fällen die Risikoeinschätzung von entscheidender Bedeutung ist, mindert deshalb die Versicherung nicht die Kreditlinie des Unternehmers. Die Möglichkeiten, Kredite aufzunehmen, werden also nicht eingeschränkt. Darin liegt auch ein Vorteil gegenüber einer Kautionsversicherung, die Bürgschaften für ihren Versicherungsnehmer stellt. Eine solche Kautionsversicherung belastet den Kreditrahmen zwar nicht, dennoch beschränken die geforderten Sicherheiten des Kautionsversicherers den Rahmen, den der Versicherungsnehmer durch



Bürgschaften des Versicherers absichern lassen kann. Dieser Vorteil der hier vorgeschlagenen Versicherung wird besonders dann relevant, wenn die Bürgschaftssumme recht hoch ist und diese nicht nur für die Bauphase, sondern auch für die Mängelphase aufrechterhalten werden soll. Es ist anzunehmen, dass viele kleinere Unternehmen Schwierigkeiten hätten, Bürgschaften in diesem Umfang zu erhalten und aufrechtzuerhalten. Eine gewisse Erleichterung bieten dabei die Kreditversicherer, die für Bauunternehmen Bürgschaften ausgeben, ohne die Kreditlinie der Unternehmen zu belasten. Aber auch die Kreditversicherer verlangen von ihren Versicherungsnehmern Sicherheiten für die Einräumung eines Bürgschaftsrahmens, so dass diese die Unternehmen in der Mängelphase stärker belastet als die in der Untersuchung vorgeschlagene Versicherung des Mängelrisikos für den Fall der Insolvenz des Unternehmers.

Die Prämie für eine solche Versicherung würde inklusive baubegleitender Qualitätskontrolle bei etwa 80 % der Bauunternehmen nach dem hier entwickelten Kalkulationsmodell unterhalb von 2,7 % der Bausumme liegen. Die Prämie bewegt sich damit unterhalb der Maximalbeträge, die im Zuge der empirischen Untersuchung von den meisten Experten als tragbar genannt wurden. Im Vergleich zu den Kosten einer Bürgschaft erscheint die Prämie zunächst hoch, weil bei der Bürgschaft Avalkosten je nach Bonität zwischen 1 % und 3 % bezogen auf die Bürgschaftssumme verlangt werden. Hält man eine Absicherung in Höhe von 25 % für ausreichend, würden auch nur auf diesen Betrag bezogen Avalkosten anfallen. Berücksichtigt man jedoch, dass die Avalkosten jährlich anfallen, während die Prämie einmalig anfällt, so schwindet dieser Vorteil. Würde man die Bürgschaft für die gesamte Zeit von Baubeginn bis zum Ende der Mängelgewährleistung aufrechterhalten, wäre sie kaum günstiger als die Versicherungsprämie. So wurde nach einer Untersuchung des BSB<sup>6</sup> für eine Gewährleistungsbürgschaft in Höhe von 5 % der Bausumme den Verbrauchern eine Prämie von 3,5 % der Bürgschaftssumme in Rechnung gestellt. Würde man diese Sicherheit auf 25 % erhöhen und addiert man die Kosten einer Sicherheit für die Erfüllungsphase hinzu, so würden deutlich höhere Kosten als die bei einer Versicherung anfallen.

Die Absicherung durch Einbehalte ist nicht ausreichend, um den Verbraucher abzusichern. Einbehalte bauen sich erst im Verlauf der Bauleistung auf, so dass sie bei Insolvenzen am

<sup>6</sup> Bauherren-Schutzbund e.V. und Institut für Bauforschung e.V. (2010): Analyse von Bauverträgen mit Verbrauchern. IFB-Bericht 10553 / 2010, S.30.

Anfang der Bauphase nur eingeschränkt Sicherheit geben; zugleich entziehen sie dem Unternehmer Liquidität. Eine Absicherung von 25 % oder mehr ist deshalb durch Einbehalte nicht realisierbar.

### **1.1.6 Ausgestaltung einer Versicherungslösung**

Beschränkt man die Verpflichtung zur Absicherung auf Fälle des Bauens aus einer Hand, in denen der Bauherr Verbraucher ist, so ist eine Absicherung nach Modell 1 die wirtschaftlichste Lösung. Die Objektversicherung bietet im Vergleich zu dieser Lösung beim Bau aus einer Hand und einer auf das Insolvenzrisiko beschränkten Absicherung nur geringe Vorteile.

Während bei der Einzelvergabe Risiken unterschiedlicher Unternehmer einbezogen werden müssen, die möglicherweise bei Baubeginn noch gar nicht feststehen oder die während der Bauphase gewechselt werden, stellen sich diese Probleme beim Bauen aus einer Hand nicht, weil es für den Verbraucher nur einen Vertragspartner für die ganze Bauleistung gibt. Als Versicherungsnehmer bietet sich der Bauunternehmer an,<sup>7</sup> weil damit die Risikoeinstufung für den Versicherer erleichtert wird. Zugleich könnten damit Unternehmer, bei denen das Risiko als gering eingestuft wird, mit geringeren Prämien rechnen und so ihre Leistungen günstiger anbieten.

Beim Bauen aus einer Hand ist Modell 1 wirtschaftlich günstiger. Für die Lösung nach Modell 2 spricht, dass dem Besteller die Wahl gelassen wird. Ein Abschluss der Versicherung durch den Besteller wird aber nur selten wirtschaftlich vorteilhaft sein.

Sichergestellt werden muss, dass die Versicherungsleistung in der Insolvenz nicht in die Insolvenzmasse fällt, sondern dem Bauherrn zugutekommt. Dabei sollte die Versicherung so ausgestaltet werden, dass sie an die tatsächliche Fertigstellung bzw. Mängelbeseitigung anknüpft und die dazu erforderlichen Kosten übernimmt. Sowohl in der Erfüllungsphase als auch in der Mängelphase sollte als Versicherungsfall die Insolvenzeröffnung oder die Ablehnung der Eröffnung mangels Masse festgelegt werden. Auch wenn bei einer Kündigung aus wichtigem Grund für den Verbraucher ähnliche finanzielle Risiken drohen, ist eine Gleichstellung mit der Insolvenz des Bauunternehmers wegen drohender Abgrenzungsprobleme nicht zu empfehlen. Der Bedarf für eine solche Einbeziehung einer Kündigung im Vorfeld der

---

<sup>7</sup> So auch Zander, S: 214, der aber eine über den Insolvenzfall hinausgehende Absicherung vorschlägt.

Insolvenz ist auch gering, wenn der Verbraucher im Fall der Insolvenz abgesichert ist. Bei einer Kündigung aus wichtigem Grund, bei der der Unternehmer nicht insolvent wird, steht nicht das Insolvenzrisiko, sondern die Rechtsdurchsetzung im Vordergrund. Hier sollte eine Zusatzdeckung in der Rechtsschutzversicherung für Streitigkeiten in Zusammenhang mit einem Bauvorhaben erwogen werden.

### **1.1.7 Ausgestaltung als verpflichtende Absicherung**

Da der Versicherungsmarkt derzeit nur in geringem Umfang Produkte zur Absicherung des Bestellerrisikos im Fall der Insolvenz des Unternehmers anbietet, kann eine verpflichtende Absicherung durch eine Versicherung derzeit noch nicht empfohlen werden.<sup>8</sup> Hier liegt es näher, dem Verbraucher einen Anspruch auf Absicherung einzuräumen, aber dem Unternehmer die Wahl zu überlassen, ob er dies in der Form einer Bürgschaft oder im Wege einer Versicherung sicherstellt.

Die Absicherung dieses Risikos ist für den Verbraucher mit einer finanziellen Belastung verbunden. Diese wird bei der Versicherungslösung bei einer einjährigen Bauzeit und einer Verjährungsfrist von fünf Jahren bei 80 % der Bauunternehmer mit unter 1,7 % der Bausumme (unter 2,7 % bei Einbeziehung der baubegleitenden Qualitätskontrolle) zu veranschlagen sein.<sup>9</sup>

Allerdings darf auch nicht übersehen werden, dass die Einführung eines Anspruchs auf eine solche Absicherung mit einiger Wahrscheinlichkeit zu einer Marktberreinigung in der Baubranche führen wird. Für die etwa 10 % bis 20 % Bauunternehmen mit der schwächsten Bonität würde eine Versicherungsprämie erheblich teurer werden, so dass sie kaum mehr am Markt bestehen könnten. Diese Unternehmer würden auch Schwierigkeiten haben, eine Bürgschaft in Höhe von 25 % der Bausumme zu stellen. Dies sind aber zugleich die Unternehmen, bei denen das Risiko für den Verbraucher besonders hoch und deshalb der Bedarf für eine Absicherung besonders dringend ist. Die Gefahr, dass der Anspruch auf eine Absicherung dazu führen könnte, dass es für ausländische Bauunternehmen ähnlich wie in Frankreich schwieriger wird, Aufträge in Deutschland zu erhalten, ist dann als eher gering einzuschätzen,

<sup>8</sup> So im Ergebnis auch Zander, S. 263.

<sup>9</sup> Zander, S. 248, geht von einer Nettorisikoprämie (ohne Sicherheitszuschläge, ohne Gewinn, ohne Steuern) für das Insolvenzrisiko von 0,435 % der Bausumme aus, wobei er die Sicherheit auf 30 % beschränkt hat.

wenn dem Unternehmen die Wahl zwischen einer Versicherung und der Absicherung durch eine Bürgschaft überlassen bleibt, weil auch ausländische Unternehmer an die Absicherung durch Bürgschaften gewohnt sind.

### **1.1.8 Verzichtbarkeit für den Verbraucher**

Das Interesse an einer möglichst großen Selbstbestimmung des Verbrauchers spricht dafür, dem Verbraucher die Möglichkeit zu geben, auf eine solche Absicherung zu verzichten. Die Unternehmer sollten dann aber verpflichtet werden, dem Verbraucher eine solche Absicherung anzubieten und den Verbraucher vor einem Verzicht über die Risiken zu informieren. Entschließt man sich für eine solche Verzichtbarkeit besteht allerdings die Gefahr, dass sich Verbraucher aus finanziellen Gründen gegen den Versicherungsschutz entscheiden. Gerade die Verbraucher, die im Fall einer Insolvenz in besonderem Maße finanziell gefährdet sind, wären dann schutzlos. Zugleich werden gerade finanziell schwache Unternehmen, die Schwierigkeiten haben, eine Sicherheit zu stellen, einen hohen Anreiz haben, dem Verbraucher einen Verzicht auf die Sicherheit nahezu legen. Die Frage der Verzichtbarkeit kann deshalb nur politisch entschieden werden.

### **1.1.9 Sicherstellung der Erfüllung**

Wenn der Unternehmer verpflichtet wird, dem Verbraucher eine Sicherheit zu stellen, auf die dieser nur nach entsprechender Information verzichten kann, so kann die Erfüllung dieser Pflicht deutlich leichter kontrolliert werden als dies bei den Verpflichtungen aus § 632a aF BGB bzw. aus § 650m Abs. 2 BGB der Fall ist. Denn diese Normen knüpfen nicht an eine Vereinbarung im Vertrag an, sondern an den Realakt der Entgegennahme einer Abschlagszahlung. Dagegen ist die Verpflichtung zum Angebot einer Absicherung Teil des Vertrages, auch wenn der Verbraucher im Einzelfall auf die Absicherung verzichten kann. Da der Verbraucherbauvertrag der Textform bedarf, § 650i Abs. 2 BGB, wäre auch das Stellen der Sicherheit bzw. der Verzicht des Verbrauchers formbedürftig, so dass Verbraucherverbände oder auch Wettbewerber Verstöße gegen diese Verpflichtung rügen könnten.

## **1.2 Absicherung bei Verbraucherverträgen mit Einzelvergabe**

### **1.2.1 Auswirkungen des neuen Bauvertragsrechts auf die Vertragspraxis**

Bauverträge mit Verbrauchern werden derzeit in der Regel als Verträge aus einer Hand abgeschlossen. Nur in etwa 10 % der Fälle erfolgt eine Einzelvergabe. Vermutet wird, dass infolge des neuen Bauvertragsrechts die Zahl der Einzelvergaben steigen wird, da in der Literatur überwiegend die Auffassung vertreten wird, dass die besonderen Schutzmechanismen des Verbraucherbauvertrags nur bei Verträgen aus einer Hand eingreifen. Ob dies wirklich zur Folge hat, dass Bauverträge aufgeteilt werden, um die Anwendbarkeit des Verbraucherbauvertragsrecht zu vermeiden, oder ob die Rechtsprechung zum Ergebnis kommt, dass die Schutzbestimmungen auch bei einer Einzelvergabe eingreifen, kann derzeit noch nicht vorhergesagt werden. Diese Frage muss aber weiter beobachtet werden. Die Lösung wird dann eher in einer Ausweitung der gesetzlichen Regelung über den Verbraucherbauvertrag zu suchen sein. Deshalb wird die willkürliche Aufteilung eines Vertrags über den Bau aus einer Hand oder die Herausnahme einzelner Leistungen aus einem im Übrigen auf den Bau aus einer Hand gerichteten Vertrages nicht näher behandelt.

### **1.2.2 Bedarf für eine Absicherung**

Die Errichtung eines Gebäudes im Wege der Einzelvergabe setzt erhebliche Planungs- und Koordinierungsleistungen voraus. Die unterschiedlichen Gewerke müssen abgegrenzt und beschrieben, die unterschiedlichen Arbeiten miteinander koordiniert werden. Im Verbraucherbereich kommt deshalb ein Bauvertrag mit Einzelvergabe nur bei außergewöhnlich sachkundigen Verbrauchern oder bei Beauftragung eines Architekten in Betracht. Die Angaben in den Interviews haben diese Einschätzung bestätigt.

Wird ein Architekt für den Bauherrn tätig, so wird dieser das Risiko der Insolvenz eines Unternehmers in aller Regel kennen. Es gehört auch zu den Aufgaben des Architekten, den Bauherrn auf dieses Risiko aufmerksam zu machen. Vielfach wird der Architekt zur Absicherung dieses Risikos raten. Dies ist aber keineswegs immer der Fall. So haben die Interviews gezeigt, dass Architekten gerade in ländlich geprägten Regionen mit einem festen Stamm von Unternehmern zusammenarbeiten, bei denen sie auf die Qualität der Arbeit und auf die finan-

zielle Leistungsfähigkeit vertrauen. Sie verzichten ganz bewusst auf eine Absicherung, weil sie die Kosten für eine Bürgschaft einsparen möchten.

Auf der anderen Seite berichten Architekten, dass es ihnen in der Einzelvergabe durchaus nicht immer gelingt, mit Unternehmern Sicherheiten vertraglich zu vereinbaren. In diesen Fällen würde ein gesetzlicher Anspruch auf Stellen einer Sicherheit die Situation für die Verbraucher deutlich verbessern. Festzuhalten ist aber, dass der Bedarf für eine gesetzliche Regelung geringer ist als bei Verträgen über Bauleistungen aus einer Hand.

### **1.2.3 Höhe der Absicherung**

Bei einer Einzelvergabe hängen die Insolvenzwahrscheinlichkeiten und die Risiken infolge einer Insolvenz von dem jeweiligen Gewerk und dem Stadium ab, in welchem die Insolvenz eintritt. So gibt es Gewerke, bei denen ein insolventer Unternehmer recht problemlos ersetzt werden kann. So können etwa die Arbeiten eines Fliesenlegers von einem anderen Fliesenleger fortgesetzt werden. Auch hinsichtlich etwaiger Mängel bereitet die Abgrenzung der Verantwortung nur geringe Schwierigkeiten. In diesem Gewerk sind die Risiken in der Erfüllungsphase eher gering. Dagegen sind bei diesem Gewerk die Risiken in der Mängelphase durchaus hoch, weil bei mangelhafter Verlegung der Fliesen häufig eine Neuverlegung erforderlich ist und deren Kosten den Werklohn für die Erstverlegung durchaus übersteigen kann. Umgekehrt kann es Unternehmer geben, die in der Erfüllungsphase schwer zu ersetzen sind, deren Arbeiten aber nur geringe Risiken in der Mängelphase begründen. Als Beispiel kann ein Abbruchunternehmer dienen. Weiterhin gibt es aber auch Gewerke, die sowohl in der Erfüllungsphase als auch in der Mängelphase im Fall der Insolvenz hohe Risiken bergen. Im unternehmerischen Bereich wird der Fassadenbauer bei einer Spezialfassade genannt. Seine Leistung kann häufig vollständig wertlos sein, wenn er während der Erfüllungsphase insolvent wird, weil die Fassade dann von einem anderen Unternehmer vollständig neu errichtet werden muss. Zugleich gibt es erhebliche Mängelrisiken, etwa bei Glasfassaden mit Berstrisiko.

Im unternehmerischen Bereich, insbesondere bei Verträgen zwischen Generalunternehmern und Subunternehmern finden sich deshalb durchaus differenzierte Lösungen, indem nur bei einigen besonders risikoträchtigen Gewerken Sicherheiten vereinbart werden, während man bei anderen Gewerken auf eine Sicherheit ganz verzichtet.



Aus Verbrauchersicht ist weiter zu bedenken, dass auch erhebliche Mehrkosten in einem einzelnen Gewerk eher selten zu einer Existenzgefährdung führen werden. Dies gilt auch deshalb, weil Bauprojekte in Einzelvergabe in aller Regel individuellere, aber auch deutlich teurere Bauwerke zum Gegenstand haben. Während als durchschnittliche Bausumme bei Einfamilienhäusern die Größenordnung von 300.000 € angegeben wird, liegt die Summe bei Architektenhäusern eher bei 450.000-500.000 €, nicht selten ist sie noch deutlich höher. Bedenkt man aber, dass sich diese auch bei einem privaten Einfamilienhaus auf häufig mehr als 30 Einzelgewerke verteilt, wird deutlich, dass die Insolvenz eines einzelnen Unternehmers mit einem Auftragsvolumen von durchschnittlich 15.000 € selten zu einer Existenzgefährdung des Bestellers führen wird.

Angesichts dieser Situation lässt sich eine verpflichtende Sicherheit für alle Gewerke bei einer Einzelvergabe kaum rechtfertigen. Da auf der anderen Seite bei einzelnen Gewerken durchaus Risiken bestehen und den Verbrauchern auch bei Beteiligung eines Architekten häufig die Verhandlungsmacht fehlt, um eine Absicherung des Risikos vertraglich zu vereinbaren, könnte eine sachgerechte Lösung darin bestehen, dem Verbraucher während der Erfüllungsphase das Recht einzuräumen, vom Unternehmer eine Sicherheit verlangen zu können und, wenn diese nicht gestellt wird, den Vertrag zu kündigen und Schadensersatz zu beanspruchen. Als Vorbild für eine solche Regelung könnte § 650f BGB dienen. Diese Lösung wird die Risiken während der Mängelphase nur dann absichern können, wenn die Sicherheit während der Erfüllungsphase verlangt wird, weil das Druckmittel der Kündigung in der Mängelphase versagt und die Durchsetzung eines Anspruchs auf Stellen einer Sicherheit schwierig sein dürfte.

Da die Höhe der erforderlichen Absicherung von der Art des Gewerkes abhängt, zugleich aber eine gesetzliche Regelung, die diese Differenzierung nachvollzieht, kaum praktikabel ist, bleibt als Lösung, im Gesetz eine Obergrenze der Absicherung (z.B. 25 %; wenn nicht Versicherungsschutz nachgewiesen wird) vorzusehen, es dem Besteller aber zu überlassen, ob er diese ausschöpft oder ob er eine geringere Sicherheit für ausreichend hält. Wie bei § 650f BGB sollten die Kosten der Sicherheit vom Sicherungsnehmer, hier also vom Besteller, getragen werden. Dies ist schon deshalb sachgerecht, weil die Sicherheit unabhängig von der vertraglichen Vereinbarung verlangt werden kann und deshalb die Kosten der Sicherheit vom Unternehmer bei der Kalkulation der Vergütung nicht berücksichtigt werden können.



#### **1.2.4 Absicherung im Fall der Einzelvergabe in der Objektversicherung**

Bei der Einzelvergabe kann die Insolvenz eines Unternehmers Mehrkosten auslösen, die seine Auftragssumme erheblich übersteigen. Dies beruht in der Erfüllungsphase insbesondere auf den Mehrkosten durch eine zeitliche Verschiebung der Folgegewerke. Aber auch in der Mängelphase kann es Fälle geben, bei denen die Schadenshöhe die Auftragssumme des einzelnen Unternehmers übersteigt. Um diese Risiken abzusichern, kann trotz der schwierigeren Risikobewertung, die zu erheblichen Prämienzuschlägen führen kann, eine umfassende, durch den Besteller abzuschließende, Objekt- oder Multi-Risk-Versicherung sinnvoll sein, die die Gesamtmehrkosten deckt, die durch die Insolvenz eines Einzelgewerkunternehmers entstehen. Zudem ist dann nur eine Versicherung an der Absicherung des Bauherrn beteiligt, wodurch Schnittstellen, die zu einer Verzögerung der Versicherungsleistung führen könnten, vermieden werden. Die Prämien für eine solche Versicherung liegen bei einer durchschnittlichen Insolvenzwahrscheinlichkeit aller Einzelgewerkunternehmer (Insolvenzwahrscheinlichkeit der Bonitätsklasse IV: 0,7332 %) bei ca. 2,1 % der gesamten Bausumme, inklusive baubegleitender Qualitätskontrolle bei 3,1 % der gesamten Bausumme.

Obwohl auf diese Weise eine umfassendere Absicherung des Verbrauchers auch bei der Einzelvergabe möglich wäre, ist eine zum Abschluss einer solchen Versicherung verpflichtende Regelung nicht zu empfehlen. Da der Verbraucher bei der Einzelvergabe in aller Regel durch einen Architekten beraten wird, ist er selbst in der Lage zu entscheiden, für welche Gewerke er eine Sicherheit verlangen möchte. Eine Verpflichtung zur umfassenden Absicherung würde zu einer unnötigen Verteuerung des Bauens führen.

Hat der Besteller eine solche Objektversicherung abgeschlossen, so besteht kein Bedarf mehr für einen Anspruch des Bestellers gegen den Unternehmer auf Stellen einer Sicherheit. Der Anspruch des Bestellers sollte deshalb auf Fälle beschränkt sein, in denen eine solche Objektversicherung nicht besteht.

#### **1.3 Verträge zwischen Unternehmern**

Die Untersuchung hat gezeigt, dass auch bei Bauverträgen zwischen Unternehmern dem Besteller erhebliche Risiken drohen, wenn der Auftragnehmer in der Erfüllungsphase oder der Mängelphase insolvent wird. Bei der Gesamtvergabe werden die Risiken für Mehrkosten der

Fertigstellung (einschließlich der Abgrenzungskosten und der Mängelkosten für bereits erbrachte Leistungen) und für die Mängelbeseitigung in der Mängelphase ebenso hoch eingeschätzt wie beim Verbrauchervertrag. Vielfach kommen noch deutliche höhere Schäden infolge der Verzögerung der Fertigstellung hinzu, weil das Bauwerk für gewerbliche Zwecke gewinnbringend genutzt werden sollte. Die derzeitige Absicherungspraxis mit 10 % und 5 % bzw. bei öffentlichen Auftraggebern 5 % und 3 % kann dieses Risiko nicht abdecken.

Auf der anderen Seite haben die Untersuchungen gezeigt, dass Unternehmen als Besteller im Regelfall über eine ausreichende Verhandlungsmacht verfügen, um eine Sicherheit, die sie für erforderlich halten, auch im Vertrag vereinbaren zu können. Dies kann in Einzelfällen anders sein, diese Ausnahmefälle dürften aber eine gesetzliche Regelung über eine verpflichtende Absicherung kaum rechtfertigen.

Unternehmern gelingt es allerdings in der Praxis derzeit nicht, höhere Sicherheiten als 10 % und 5 % vertraglich zu vereinbaren. Der Grund dafür liegt jedoch nicht in der zu geringen Verhandlungsmacht der Auftraggeber, sondern in der sehr restriktiven Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Dieser sieht vertragliche Vereinbarungen als unwirksam an, wenn sie die genannten Sätze übersteigen. Ob die Rechtsprechung nach dem hier festgestellten Absicherungsbedarf in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch bei höheren Absicherungssätzen als wirksam ansehen wird, bleibt abzuwarten. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass Unternehmer als Besteller häufig Abschlagsrechnungen nicht sofort und in voller Höhe bezahlen, so dass sich im Zeitpunkt der Insolvenz vielfach eine zusätzliche Sicherheit für den Besteller ergibt. Sieht man von diesem (außerhalb der vertraglichen Vereinbarungen entstandenen) Sicherheitspolster ab, besteht auch im unternehmerischen Verkehr ein Sicherheitsbedürfnis, das deutlich höhere Sicherheiten rechtfertigt. Sollte sich der Gesetzgeber entscheiden, im Verbraucherbereich eine Bürgschaft von mindestens 25 % vorzusehen, sofern der Besteller nicht gegen Schäden wegen der Insolvenz des Unternehmers versichert ist, so dürfte dies – auch unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Polsters durch nachlaufende Abschlagszahlungen – das Leitbild für die Inhaltskontrolle der Vertragsbedingungen auch im unternehmerischen Verkehr mitprägen. Es ist deshalb anzunehmen, dass in diesem Fall auch ohne gesetzliche Regelung die Höhe der vereinbarten Sicherheiten ansteigen wird, wenn die Auftraggeber eine solche höhere Sicherheit für geboten halten. Da sie regelmäßig über die Verhandlungsmacht

verfügen, diese auch im Vertrag durchzusetzen, sollte von einer gesetzlichen Regelung abgesehen werden.

Auch außerhalb einer gesetzlichen Absicherungsverpflichtung kann eine Objektversicherung auf freiwilliger Basis erhebliche Vorteile bieten. Dies gilt vor allem dann, wenn sie nicht nur das Risiko der Insolvenz abdeckt, sondern auch die Risiken unklarer Mangelverantwortung oder anteiliger Mangelverantwortung einbezieht. Die Versicherung könnte dann beim Mangelverursacher in Höhe des Verursachungsanteils Rückgriff nehmen. Damit würden die Risiken für den Besteller reduziert und zugleich die Rechtsverfolgungskosten gesenkt.

Auch wenn eine verpflichtende Regelung nicht empfohlen werden kann, wird die Absicherung des Risikos durch eine Versicherung statt einer Bürgschaft den Blick auf die strukturellen Unterschiede beider Instrumente öffnen: Dabei zeigt sich eine strukturelle Überlegenheit der Versicherung, weil diese hohe, aber seltene Fälle leichter abdecken kann. Damit ist zu hoffen, dass die vorgeschlagene Versicherungslösung im Verbraucherbereich den Weg zu umfassenderen Versicherungslösungen bereitet, die aber nur vom Markt selbst entwickelt werden können.