

Zum  
10. Jahrestag  
der Einführung des  
§ 648 a BGB

Pleitenprophylaxe durch Sicherheitsverlangen (I):

# Zahlungsausfälle vermeiden

Der Jammer über die schlechte Zahlungsmoral hat seinen Ursprung leider oft in eigenen Fehlern, da vorhandene Sicherungssysteme gegen Zahlungsausfälle einfach nicht eingesetzt werden. Vor Zahlungsausfällen können Betriebe sich schon schützen. Man muß nur die vorhandenen Sicherungsmöglichkeiten kennen und diese dann eben auch nutzen. Das Sicherheitsverlangen nach § 648a BGB bietet den so oft ersehnten Schutz.

**E**s gibt für Unternehmer der Glas-, Fenster- und Fassadenbranche effektive Möglichkeiten, Werklohnansprüche abzusichern. Und das wird für Handwerksbetriebe künftig überlebenswichtig sein. Glaubt man den betriebswirtschaftlichen Einschätzungen der Experten, wird das Zahlungsausfallrisiko in Zukunft nicht ab-, sondern zunehmen. Abnahmeverzögerungen, Mängelreden oder die schmerzreichen Verluste aus den Folgen von Insolvenzen lehnen, daß es auf eine Sicherung der Werklohnansprüche mehr denn je ankommt. Der § 648a BGB müßte deshalb als probates Sicherungsmittel bestens bekannt sein. Verzichtet der Auftragnehmer bewußt auf die Sicherheit nach § 648a BGB, (weil er sich beispielsweise den Auftraggeber „erhalten“ will), mag dies betriebswirtschaftlich ja noch nachvollziehbar sein. Wenn der Auftragnehmer allerdings in der heutigen Zeit der zunehmenden Ausfallrisiken, 10 Jahre nach Einführung dieser gesetzlichen Handwerkersicherheit, aus Unwissenheit auf ein Sicherheitsverlangen verzichtet, ist das mehr als Leichtsinns. Aus der Praxis läßt sich belegen, daß dieser Verzicht nicht selten mit der eigenen Pleite geendet hat – und das bei durchaus soliden und alteingesessenen Branchenbetrieben.

## Vorleistungspflicht des Unternehmers

Es liegt in den Wurzeln deutscher Rechtstradition begründet, daß ein Werk-Unterneh-

mer vorleistungspflichtig ist. „Erst die Ware, dann das Geld“ heißt es in einem alten Kaufmannsgrundsatz. Nach § 641 Abs. 1 BGB ist der Besteller einer Werkleistung verpflichtet, die Vergütung erst bei Abnahme des Werks zu entrichten. Bis dahin dauert das große Zittern beim Auftragnehmer, ob der Auftraggeber zahlungsfähig und auch zahlungswillig ist. Beides ist – das zeigt die aktuelle Praxis – leider gar nicht mehr so selbstverständlich, wie zu Zeiten als sich ehrbare Kaufmannsgrundsätze herausbildeten. Der Auftragnehmer trägt also grundsätzlich bis zur Fertigstellung und Abnahme das Insolvenzrisiko und darüber hinaus das Risiko, seine berechtigten Ansprüche auch noch mit weiteren finanziellen Vorleistungen, Nerven- und Zeitaufwand vor Gericht durchsetzen zu müssen. Ein Bauprozeß dauert, wenn man das Pech hat, ausgefuchste Anwälte auf der Gegenseite und ein strapaziertes Gericht vor sich zu haben, auch schon mal über 3 Jahre. Da kommt dem Auftragnehmer schnell der Spruch in den Sinn, daß es nicht ausreicht Recht zu haben, sondern daß man auch noch mit der Justiz rechnen muß.

Der Grundsatz der Vorleistungspflicht kann bekanntlich durch die Einbeziehung der VOB/B modifiziert werden. Danach sind auf Antrag des Auftragnehmers vom Auftraggeber Abschlagszahlungen in Höhe des Werts der jeweils nachgewiesenen Leistungen einschließlich der darauf entfallenden Umsatzsteuer in möglichst kurzen Zeitabschnitten zu gewähren (§ 16 VOB/B). Die Leistungen sind durch eine prüfbare Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muß. Als Leistungen gelten hierbei auch die für die geforderte Leistung eigens angefertigten und bereitgestellten Bauteile sowie die auf der Baustelle angelieferten Stoffe und Bauteile, wenn dem Auftraggeber nach seiner Wahl das Eigentum an ihnen übertragen ist oder entsprechende Sicherheit gegeben wird.

Das galt bis vor kurzem aber eben nur für Werkverträge nach VOB/B. Die Frage, ob denn überhaupt ein VOB-Werkvertrag vorliege, hat so manchem Unternehmer den Angstschweiß ins Gesicht getrieben. Bekanntlich liegen VOB/B-Werkverträge

nur dann vor, wenn die Einbeziehung der VOB/B rechtswirksam erfolgt ist. Ein VOB/B-Werkvertrag liegt nur dann vor, wenn sich die Parteien bei Abschluß des Vertrages auf die Einbeziehung des VOB/B-Klauselwerkes als Ganzes einigen. Einem Verbraucher muß Kenntnis von der VOB/B verschafft werden – und zwar notfalls durch Überreichung des vollständigen Klauseltextes der VOB/B – das Einverständnis muß ausdrücklich (nachweislich) vorliegen.

Seit der Novellierung des BGB (siehe § 632a BGB) gilt nun, daß für BGB-Werkverträge mit Datum nach dem 30. 4. 2000 auch Abschlagszahlungen verlangt werden können. Dieser Anspruch besteht aber nur für in sich abgeschlossene Teile des Werks oder für erforderliche Stoffe und Bauteile, die eigens angefertigt oder angeliefert sind. Diese Festlegung provoziert geradezu den Streit zur Frage, was in sich abgeschlossene Leistungen sind. Der Anspruch auf Abschlagszahlung nach dem

BGB setzt zudem voraus, daß der Auftragnehmer Sicherheit in Höhe der Abschlagszahlungen leisten muß, wenn der Besteller nicht das Eigentum an den Teilleistungen erhält. Aus diesen und weiteren Gründen ist es nur Recht und billig, wenn der Auftragnehmer einer Werkleistung für die von ihm zu erbringenden Vorleistungen ebenfalls durch ausreichende Sicherheit abgesichert wird und zwar unabhängig davon, ob er einen Werkvertrag nach VOB/B oder nach BGB abgeschlossen hat.

## Anspruchssicherung nach § 648 a BGB

Bei zwei Auftraggebergruppen kann das Sicherheitsverlangen nicht gestellt werden. Gegenüber öffentlichen Auftraggebern und natürlichen Personen, die Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses ausführen lassen. Gegenüber „Häuslebauern“ bietet sich das Sicherungsverfahren über eine Bauhandwerkersicherungshypothek an. Wird der Einfamilienhausbau allerdings über eine Firma, einen Architekten oder die Einschaltung eines finanzierungsbefugten Baubetreibers





erledigt, kann Sicherheit verlangt werden. In allen anderen Fällen kann der Auftragnehmer eines Bauwerks nach § 648a BGB bis zu der Höhe des voraussichtlichen Vergütungsanspruches, vom Auftraggeber Sicherheit für die von ihm zu erbringenden Vorleistungen verlangen. Die Höhe des Vergütungs- und damit Sicherungsanspruchs ergibt sich aus dem Vertrag und ggf. den nachträglichen Zusatzaufträgen.

Auch für Nebenforderungen können Sicherheiten verlangt werden. Diese umfassen im wesentlichen Verzugszinsen, Mahnkosten, Bearbeitungsgebühren, Rechtsverfolgungskosten. Sie sind mit 10 % des zu sichernden Vergütungsanspruches anzusetzen (§ 648a Abs. 1 S. 2 BGB). Wenn zu dem Zeitpunkt, in dem die Sicherheit verlangt wird, bereits höhere Nebenkosten angefallen sind, kommt ein Sicherungsbetrag von über 10 % des zu sichernden Vergütungsanspruches in Betracht. Das dürfte dann der Fall sein, wenn sich der Auftraggeber zum Zeitpunkt des Sicherungsverlangens mit seinen Mitwirkungspflichten

(z. B. Zahlung von Abschlagsrechnungen) bereits im Verzug befindet. Allerdings muß sich der Auftragnehmer dann darauf einstellen, die entsprechenden Nachweise durch Vorlage von Zinsbescheinigungen der Banken, die Vorlage von Anwaltsrechnungen, die Darlegung der Mahnkosten etc. zu erbringen.

In der Praxis kann es schwierig sein, den konkreten Sicherheitsanspruch der Höhe nach zu bestimmen. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn nicht gleich zu Beginn des Vertragsverhältnisses, sondern erst nach Erbringung bestimmter Vorleistungen im Verlaufe der Baudurchführung das Sicherheitsverlangen gestellt wird. Wenn nun der Unternehmer eine nach objektiven Kriterien überzogene Sicherheit fordert, verliert er damit nicht seinen Anspruch auf Sicherheitsleistung insgesamt. Vielmehr ist der Auftraggeber verpflichtet, fristgerecht Sicherheit in angemessener Höhe anzubieten. So entschied das OLG Karlsruhe (BauR 1999, 47, 48; OLG Karlsruhe, NJW 1997, 264).

Hat der Auftragnehmer eine Sicherheit nach § 648a BGB erhalten, kann er insoweit keinen Anspruch mehr auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek geltend machen (§ 648 a Abs. 4 BGB). Hat der Un-

## § 648a BGB

(1) Der Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon kann vom Besteller Sicherheit für die von ihm zu erbringenden Vorleistungen einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen in der Weise verlangen, daß er dem Besteller zur Leistung der Sicherheit eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt, daß er nach dem Ablauf der Frist seine Leistung verweigere. Sicherheit kann bis zur Höhe des voraussichtlichen Vergütungsanspruches, wie er sich aus dem Vertrag oder einem nachträglichen Zusatzauftrag ergibt sowie wegen Nebenforderungen verlangt werden; die Nebenforderungen sind mit zehn vom Hundert des zu sichernden Vergütungsanspruches anzusetzen. Sie ist auch dann als ausreichend anzusehen, wenn sich der Sicherungsgeber das Recht vorbehält, sein Versprechen im Falle einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Bestellers mit Wirkung für Vergütungsansprüche aus Bauleistungen zu widerrufen, die der Unternehmer bei Zugang der Widerrufserklärung noch nicht erbracht hat.

(2) Die Sicherheit kann auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden. Das Kreditinstitut oder der Kreditversicherer darf Zahlungen an den Unternehmer nur leisten, soweit der Besteller den Vergütungsanspruch des Unternehmers anerkannt oder durch vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung der Vergütung verurteilt worden ist und die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Zwangsvollstreckung begonnen werden darf.

(3) Der Unternehmer hat dem Besteller die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung bis zu einem Höchstsatz von 2

vom Hundert für das Jahr zu erstatten. Dies gilt nicht, soweit eine Sicherheit wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Vergütungsanspruch des Unternehmers aufrecht erhalten werden muß und sich die Einwendungen als unbegründet erweisen.

(4) Soweit der Unternehmer für seinen Vergütungsanspruch eine Sicherheit nach den Absätzen 1 oder 2 erlangt hat, ist der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach § 648 Abs. 1 ausgeschlossen.

(5) Leistet der Besteller die Sicherheit nicht fristgemäß, so bestimmen sich die Rechte des Unternehmers nach den §§ 643 und 645 Abs. 1. Gilt der Vertrag danach als aufgehoben, kann der Unternehmer auch Ersatz des Schadens verlangen, den er dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut hat. Dasselbe gilt, wenn der Besteller in zeitlichem Zusammenhang mit dem Sicherheitsverlangen gemäß Abs. 1 kündigt, es sei denn, die Kündigung ist nicht erfolgt, um der Stellung der Sicherheit zu entgehen. Es wird vermutet, daß der Schaden fünf Prozent der Vergütung beträgt.

(6) Die Vorschriften der Absätze 1 bis 5 finden keine Anwendung, wenn der Besteller

1. eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist oder
2. eine natürliche Person ist und die Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung ausführen läßt; dies gilt nicht bei Betreuung des Bauvorhabens durch einen zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigten Baubetreuer.

(7) Eine von den Vorschriften der Absätze 1 bis 5 abweichende Vereinbarung ist unwirksam.

### Der Autor:

Dr. jur. Michael Dimanski ist Gesellschafter der überörtlichen Rechtsanwaltssozietät Dr. Dimanski & Partner, Telefon (03 91) 6 26 96 57, Telefax (03 91) 6 26 96 53, E-Mail: RA.Dimanski@t-online.de

