

Pleitenprophylaxe durch Sicherheitsverlangen (II):

Zahlungsausfälle vermeiden

Um sich vor Zahlungsausfällen besser zu schützen soll im zweiten Teil des **glaswelt**-Beitrags näher auf die verschiedenen Formen und Kosten von Sicherungssystemen sowie unwirksame Vereinbarungen eingegangen werden. Außerdem stehen mögliche Konsequenzen von nichterbrachten Sicherheiten im Blickpunkt. Darüber hinaus wird erläutert, wie Fenster- und Fassadenbetriebe unter Umständen mit Sicherheitsverlangen sogar Geld verdienen können.

Folgen der Nichterbringung einer Sicherheit nach § 648a BGB

Abgesehen davon, dass jedem Auftragnehmer das berühmte „Licht“ aufgehen müsste, wenn dem Sicherheitsverlangen nicht entsprochen wird, stellt sich die Frage nach den rechtlichen Konsequenzen sehr schnell und sehr deutlich. Oft drücken Termine und mit der Beantwortung der Frage, ob und wann der Auftragnehmer seine Leistungen rechtmäßig einstellen kann, sind Handwerker schon vielfach „ins offene Messer“ gelaufen. Allein das

Ausbleiben einer Abschlagszahlung rechtfertigt eine Leistungseinstellung nämlich nicht ohne weiteres. War nun eine Sicherheit verlangt, muss der Auftragnehmer dem Auftraggeber für die Beibringung eine angemessene Frist setzen. Diese wird zwischen 7–10 Tagen bemessen. Erst wenn die Frist ergebnislos verstrichen ist, kann der Unternehmer die Arbeiten sofort einstellen (§ 648a Abs. 1 S. 1 BGB). Sofern dann auch eine weitere Nachfrist (mindestens 3–4 Werktage) vom Auftraggeber für die Sicherheitserbringung nicht eingehalten wird, kann der Auftragnehmer unter Ablehnungsandrohung die Beendigung des Vertrags herbeiführen (§ 648a Abs. 5 S. 1 BGB). Der Vertrag gilt als aufgehoben (§ 643 BGB). Einer besonderen Kündigung bedarf es dann nicht mehr.

Die sich für den Auftragnehmer hier anschließenden Rechte sind folgende:

- die Abrechnung der erbrachten Teilleistungen (§ 645 Abs. 1 BGB),
- Geltendmachung der Auslagen, die nicht in der Vergütung enthalten sind (§ 645 Abs. 1 BGB),
- Behinderungsanzeige bei einem VOB/B Vertrag nach § 6 VOB/B,
- Geltendmachung von Schadenersatzforderungen. Hierzu zählen Vertragsabschlusskosten und der infolge Ablehnung eines anderweitigen Auftrags entgangene Gewinn sowie Personalkosten für eigens für diesen Auftrag eingestellte Mitarbeiter, die nicht anderweitig beschäftigt werden können und durch die Kündigung bedingte Ansprüche von Subunternehmern. § 648a Abs. 5 BGB enthält die – vom Auftraggeber widerlegbare – gesetzliche Vermutung, dass die Schadenshöhe 5 % der vereinbarten Vergütung beträgt. Macht der Unternehmer einen höheren Schaden geltend, so muss er diesen darlegen und beweisen.

Sicherheitsverlangen kann nicht abgelehnt werden

Findige Auftraggeber wollten das Sicherheitsverlangen des Auftragnehmers mit der Begründung ablehnen bzw. einschränken, es wären schließlich Abschlagszahlungen vereinbart. Der BGH hat klargestellt, dass weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes eine Beschränkung des Sicherheitsanspruchs für den Fall

hergeleitet werden kann, dass Raten- oder Abschlagszahlungen vereinbart sind. Dies sei nicht sachgerecht, da durch die Vereinbarung von Raten- oder Abschlagszahlungen nicht gewährleistet ist, dass das Vorleistungsrisiko des Unternehmers verlässlich begrenzt wird (BGH-Urteil vom 09.11.2000/Az.: VII ZR 82/99). Das Sicherheitsbedürfnis des Auftragnehmers entfällt erst dann teilweise, wenn er Abschlagszahlungen erhalten hat. In diesem Fall kann die Sicherheit nur noch in Höhe des nach Abzug der erhaltenen Zahlungen zu sichernden Anspruchs verlangt werden.

Sicherheitsverlangen auch nach Abnahme möglich

Strittig war lange die Frage, ob auch noch nach der Abnahme Sicherheiten verlangt werden können, weil der Unternehmer zu diesem Zeitpunkt ja seine Leistungen erbracht habe und von „zu erbringenden Vorleistungen“ nicht mehr gesprochen werden könne. Der BGH hat dazu festgestellt: Vorleistungen im Sinne des § 648a BGB liegen erst dann nicht mehr vor, wenn die erbrachten Leistungen bezahlt sind.

Mängelreden und Sicherheitsverlangen

Der BGH hat sich auch noch zu einer weiteren, für Auftragnehmer interessanten Frage ausgelassen. Bekanntlich ist es eine oft geübte Unsitte, dass auf die Werklohnforderungen der Auftragnehmer Mängel vorgebracht werden. Die o. g. BGH-Entscheidung stellt fest, dass es ohne Einfluss auf die Höhe des Sicherheitsanspruches ist, wenn der Besteller Mängel rügt. Der Unternehmer ist zwar verpflichtet, das Werk mangelfrei herzustellen. Solange er in der Lage und bereit ist, die Mängel zu beseitigen, hat er jedoch ein grundsätzlich schützenswertes Interesse an der Absicherung seines nach Mängelbeseitigung in voller Höhe durchsetzbaren Vergütungsanspruches. Insoweit ist auch unerheblich, dass der Auftraggeber wegen der Mängel ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber einer Raten- oder Abschlagszahlungsforderung haben kann. Das Leistungsverweigerungsrecht betrifft nämlich lediglich den Zahlungsanspruch, nicht aber den Anspruch auf Sicherheitsleistung, den



Unwirksame und damit nichtige Vertrags-Formulierungen:

Häufig versuchen Auftraggeber die Rechte des Auftragnehmers zu unterlaufen. Hier einige Beispiele aus Verträgen; diese Einschränkungen sind aber nicht rechtens und somit nichtig:

- „Die Vertragspartner einigen sich darauf, dass ein Sicherheitsverlangen gem. § 648a BGB ausgeschlossen ist.“
- „Der Auftragnehmer erklärt seinen Verzicht auf Sicherheit nach § 648a BGB.“
- „Der Auftraggeber verzichtet auf Vertragserfüllungssicherheiten und der Auftragnehmer auf Sicherheit nach § 648a BGB.“

§ 648a BGB einräumt. Hat der Auftraggeber allerdings zu recht wegen der Mängel gemindert oder wirksam die Aufrechnung mit Gegenansprüchen erklärt, reduziert sich nach der Auffassung des BGH der Vergütungsanspruch in Höhe der Minderung oder der aufgerechneten Gegenforderung.

Formen der Sicherheit

Ein häufiger Fehler der Auftragnehmerseite im Zuge des Sicherheitsverlangens ist die Fixierung auf eine bestimmte Sicherungsart z. B. das ausdrückliche Verlangen einer Bankbürgschaft. Das Sicherheitsverlangen darf nicht auf eine konkrete Form beschränkt sein. Anderenfalls riskiert der Auftragnehmer die Unwirksamkeit seines Verlangens. Gemäß § 648a Abs. 2 BGB und §§ 232–239 b BGB sind folgende Formen von Sicherungen zulässig:

- Auszahlungsgarantie eines Kreditinstituts oder Kreditversicherers (§ 648a Abs. 1 BGB).
- Bankbürgschaft (Vertragserfüllungsbürgschaft; § 232 Abs. 2 BGB).
- Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren (§ 232 Abs. 1 BGB).
- Verpfändung von Forderungen aus Staatspapieren (§ 232 Abs. 1 BGB).
- Verpfändung von beweglichen Sachen (§ 232 Abs. 1 BGB).
- eine Hypothek am Baugrundstück (§ 232 Abs. 1 BGB), wenn sie gemäß § 238 BGB i.V.m. § 1807 Abs. 1 Nr. 1 BGB mündelsicher ist.

Dem Auftraggeber steht entsprechend §§ 235, 262 BGB das Recht zu, unter den verschiedenen Sicherheiten zu wählen.

Sicherheit muss insolvenzfest sein

Nach der o. g. BGH-Entscheidung liegt eine taugliche Sicherheit in Form einer Bürgschaft gemäß § 648a BGB nur dann vor, wenn sich aus einer Bürgschaft, einer Garantie oder einem sonstigen Zahlungsverprechen ein unmittelbarer Zahlungsanspruch des Unternehmers gegen das Kreditinstitut oder den Kreditversicherer ergibt.

Diese Sicherheitsleistung nach § 648a BGB muss zudem insolvenzfest ausgestaltet sein. Gegenteiliges ergibt sich gerade nicht aus § 648a Abs. 1 S. 3 BGB, wonach sich der Sicherungsgeber das Recht vorbehalten kann, sein Versprechen im Falle einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Auftraggebers mit Wirkung für Vergütungsansprüche aus Bauleistungen zu widerrufen, die der Unternehmer bei Zugang der Widerrufserklärung noch nicht erbracht hat.

Ein Widerruf des Sicherungsverprechens ist gerade nicht möglich, soweit es sich auf bis zum Zugang des Widerrufs erbrachte Leistungen bezieht. Daher muss das Sicherungsverprechen auch insolvenzfest sein.

Kosten der Sicherung

Die Kosten der Sicherheit, z. B. Avalzinsen einer Bürgschaft, hat grundsätzlich der Auftragnehmer zu tragen, weil die Sicherheit zu seinen Gunsten zu leisten ist. Gemäß § 648a Abs. 3 BGB ist die Höchstgrenze für die Kostenerstattungspflicht des Auftragnehmers auf 2 % pro Jahr festgelegt. In den Fällen, bei denen es dem Auftragnehmer gelingt, nachzuweisen, dass die geltend gemachten Kosten unüblich sind, d. h. über die Kosten hinausgehen, die einem Durchschnittskunden normalerweise von Banken auferlegt werden, kann der Ersatzanspruch des Auftraggebers abgelehnt werden, selbst wenn die 2-%-Grenze nicht erreicht wurde. Der Auftragnehmer hat die Kosten in Ausnahmefällen nicht zu tragen. Diese sind:

- wenn wegen unbegründeter Einwendungen des Auftraggebers die Sicherheitsleistung länger aufrecht erhalten werden muss,
- wenn sich der Auftraggeber im Vermögensverfall (§ 321 BGB) befindet.

Selbst wenn dem Auftragnehmer durch ein Sicherheitsverlangen Kosten entstehen, dürfte die mit einer Sicherheitsleistung verbundene Absicherung der Werklohnforderungen betriebswirtschaftlich und rechtlich Grund genug sein, diese Kosten vor Anbeginn in die Kalkulation einzustellen.

Unwirksame Vereinbarungen

Von den gesetzlichen Vorschriften des § 648a Abs. 1–5 BGB kann weder in individuellen Vertragsabreden, noch durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) abgewichen werden (§ 648a Abs. 7 BGB). Gerade in AGB der Auftraggeberseite sind hinsichtlich des Sicherheitsanspruches des Auftragnehmers nach § 648a BGB die abenteuerlichsten Formulierungen anzutreffen, die auf die Einschränkung der Auftragnehmerrechte abzielen.

Die Klauseln sind hinsichtlich der Einschränkungen des § 648a BGB unwirksam und damit nichtig.

Der Auftragnehmer kann eine vertragliche Vereinbarung, die entweder ganz oder teilweise auf den Verzicht seine Sicherungsrechte gemäß § 648a BGB gerichtet ist, jederzeit erfolgreich angreifen. Die Vertragsparteien können allerdings Vereinbarungen über andere Sicherungselemente treffen, die nicht von § 648a BGB erfasst sind.

Fehlinterpretationen entgegentreten

Die Erfahrung lehrt, dass im Zuge von Vertragsverhandlungen selten über die Rechte des Auftragnehmers gesprochen wird. Damit korrespondiert ein weit verbreiteter Irrtum der Auftraggeberseite, dass angeblich Sicherheit nach § 648a BGB nur dann verlangt werden dürfe, wenn dies vertraglich vereinbart sei. Weder muss der Auftragnehmer die Sicherheit bei Vertragsschluss fordern, noch kann sich die Auftraggeberseite nach Vertragsschluss auf irgendwelche Ausschluss- oder Eingrenzungsklauseln berufen. Der Anspruch auf Sicherheitsleistung kann jederzeit auch erst während der Vertragsdurchführung geltend gemacht werden, und zwar völlig nach Belieben des Auftragnehmers. Auch auf eine konkrete Gefährdungssituation kommt es nicht an, wenngleich Zahlungsverzögerungen der Auftraggeberseite häufig ein erstes Alarmsignal und Auslöser für Sicherheitsverlangen sind. Für die Sicherheit nach § 648a BGB ist allein entscheidend, dass der Unternehmer eine Vorleistung für ein Bauwerk, eine Außenanlage oder einen Teil hiervon zu erbringen hat.

Aussicht

Das Sicherheitsverlangen nach § 648a BGB ist eines der wenigen, dafür aber umso effektiveren Mittel zur Sicherung von Werklohnforderungen, die dem Handwerker zur Verfügung stehen. Die sachgerechte Handhabung vermindert das Risiko von Zahlungsausfällen auf ein Minimum. Selbst in dem Fall, dass Sicherheitsleistungen nach § 648a BGB auf Anforderung nicht erbracht werden, ergibt sich aus dem nicht entsprochenen Antrag ein positives Resultat. Der Handwerksbetrieb gewinnt Klarheit über seine Risikosituation, er hat das Recht zur Leistungsverweigerung – was dann, wenn ungünstige Verträge abgeschlossen wurden, besonderen Wert erlangt – und schließlich kann er neben der Abrechnung erbrachter Leistungen einen pauschalierten Schadenersatz geltend machen. So lässt sich durch ein Sicherheitsverlangen unter Umständen richtig Geld verdienen. ■

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

