

Pleitenprophylaxe durch Sicherheitsverlangen

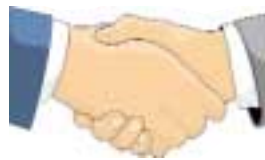
Zahlungsausfälle vermeiden

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 kann man sich schon schützen. Man muß nur die vorhandenen Sicherungsmöglichkeiten kennen und diese dann eben auch nutzen. Das Sicherheitsverlangen nach § 648 a BGB bietet den so oft ersehnten Schutz.

Es gibt für SHK-Unternehmer 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 lehren, daß es auf eine Sicherung der Werklohnansprüche mehr denn je ankommt. Der § 648 a BGB müßte deshalb als probates Sicherungsmittel bestens bekannt sein. Oder ist es etwa eine psychologische Barriere, weshalb die Betriebe ihn nicht anwenden? Verzichtet der Auftragnehmer bewußt auf die Sicherheit nach § 648 a 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 Handwerksicherheiten, 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 SHK-Handwerksbetrieben.

Vorleistungspflicht des Unternehmers

Es liegt in den Wurzeln deutscher Rechts-tradition begründet, daß ein Werk-Unternehmer 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 Auftragge-

ber 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 § 632 a BGB) gilt nun, daß für BGB-Werkverträge mit Datum nach dem 30.04.2000 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 § 648 a 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 (§ 648 a Abs. 1 S. 2 BGB). Wenn zu dem Zeitpunkt, in dem die Sicherheit verlangt wird, bereits höhere Nebenkosten angefallen sind, kommt ein Sicherheitsbetrag 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 anzubie-

ten. So entschied das OLG Karlsruhe (BauR 1999, 47, 48; OLG Karlsruhe, NJW 1997, 264).

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

BGB). Hat der Unternehmer im umgekehrten Fall eine Sicherungshypothek nach § 648 BGB eintragen lassen, so kann diesen Anspruch nach § 648 a BGB entfallen lassen, wenn sie den Anforderungen einer Sicherheitsleistung nach § 648 a Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 232 Abs. 1, § 238 Abs. 1 und § 1807 Abs. 1 Nr. 1 BGB genügt. Es sei dar-

§ 648 a 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 entgegen. 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 Bauverhabens 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.

MUSTERSCHREIBEN

Anforderung einer Sicherheit nach § 648 a BGB

Sehr geehrte Damen und Herren,

Sicherheiten bieten für beide Vertragspartner die Gewähr, dass ein Bauvorhaben im besten Einvernehmen errichtet und abgeschlossen wird. Wir leisten vor und dürfen dafür das gesetzlich verbrieftete Recht auf Sicherheit gemäß § 648 a BGB zur Absicherung unserer betrieblichen Existenz in Anspruch nehmen. Die gesetzliche Regelung erlaubt uns, von Ihnen Sicherheit bis zur Höhe des voraussichtlichen Vergütungsanspruchs der von uns zu erbringenden Leistungen zu verlangen. Die Höhe des voraussichtlichen Vergütungsanspruchs beträgt auf Grund

- des geschlossenen Vertrages
- der weiteren Vorleistungen

_____ Euro. Dieser Betrag erhöht sich nach § 648 a Abs. 1 Satz 2 BGB um 10%.

Für die Bestellung der Sicherheit in Höhe von insgesamt _____ EUR, die zweckmäßigerweise eine Auszahlungsgarantie Ihrer baufinanzierenden Bank sein sollte, müssen wir Ihnen eine Frist bis zum

_____ (ca. 10 Tage) setzen.

Sofern Sie die Sicherheit bis zum Ablauf dieser Frist nicht geleistet haben, erklären wir hiermit, dass wir von unserem gesetzlichen Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch machen.

Mit freundlichen Grüßen

(Firmenstempel/Unterschrift)

einstellung 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 (§ 648 a Abs. 1 S. 1 BGB). Sofern dann auch eine weitere Nachfrist (mindestens 3–4 Werkzeuge) vom Auftraggeber für die Sicherheitserbringung nicht eingehalten wird, kann der Auftragnehmer unter Ablehnungsandrohung die Beendigung des Vertrags herbeiführen (§ 648 a 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

MUSTERSCHREIBEN

Nachfristsetzung: Anforderung einer Sicherheit nach § 648 a BGB

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit unserem Schreiben vom _____ haben wir Sie gem. § 648 a BGB zur Sicherheitsleistung über einen Betrag von _____ Euro gebeten und Ihnen dafür eine angemessene Frist bis _____ gesetzt. Dieser Aufforderung sind Sie leider nicht nachgekommen.

Wir setzen Ihnen daher hiermit eine Nachfrist gem. § 648 a Abs. 5 Satz 1 BGB i. V. m. § 643 Satz 1 BGB bis

_____ zur Nachholung der Sicherheitsleistung.

Liegt uns die Sicherheit bis zum Ablauf der genannten Frist nicht vor, bleibt uns bedauerlicherweise keine andere Wahl, als den Vertrag zu kündigen und die weiteren Rechte nach § 645 BGB geltend zu machen

Mit freundlichen Grüßen

(Firmenstempel/Unterschrift)

an erinnert, daß eine Bauhandwerkersicherungshypothek nur in wenigen Fällen ein geeignetes Sicherungsmittel ist, nämlich dann, wenn Auftraggeber und Grundstückseigentümer in der Person identisch sind.

Folgen der Nichterbringung einer Sicherheit nach § 648 a BGB

Abgesehen davon, daß jedem Auftragnehmer das berühmte „Licht“ aufgehen mußte, 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 Leistungs-

sowie Personalkosten für eigens für diesen Auftrag eingestellte Mitarbeiter, die nicht anderweitig beschäftigt werden können und durch die Kündigung bedingte Ansprüche von Subunternehmern. § 648 a 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 Sicherungsanspruches 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 Sicherungsbedürfnis 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 § 648 a BGB liegen erst dann nicht mehr vor, wenn die erbrachten Leistungen bezahlt sind.

Mängleinreden 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-Ent-

scheidung stellt fest, daß es ohne Einfluß auf die Höhe des Sicherheitsanspruches ist, wenn der Besteller Mängel rügt. Der Unternehmer ist zwar verpflichtet, daß 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 § 648 a 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.



gen 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 § 648 a Abs. 2 BGB, und §§ 232–239 b BGB sind folgende Formen von Sicherungen zulässig:

- Auszahlungsgarantie eines Kreditinstituts oder Kreditversicherers (§ 648 a Abs. 1 S. 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 mündel-sicher 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 § 648 a 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 § 648 a BGB muß zudem insolvenzfest ausgestaltet sein. Gegenteiliges ergibt sich gerade nicht aus § 648 a Abs. 1 S. 3 BGB, wonach sich der Sicherungsgeber das Recht vorbehalten kann, sein Versprechen im Falle einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Auftraggeber 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, zum Beispiel Avalzinsen einer Bürgschaft, hat grundsätzlich der Auftragnehmer zu tragen, weil die Sicherheit zu seinen Gunsten zu leisten ist. Gemäß § 648 a 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 zu Sicherheitsleistungen

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

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

Die Klauseln sind hinsichtlich der Einschränkungen des § 648 a BGB unwirksam und damit nichtig. Der Auftragnehmer kann eine vertragliche Vereinbarung, die entweder ganz oder teilweise auf den Ver-

zicht seine Sicherungsrechte gemäß § 648 a BGB gerichtet ist jederzeit erfolgreich angreifen. Die Vertragsparteien können allerdings Vereinbarungen über andere Sicherungselemente treffen, die nicht von § 648 a 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 § 648 a 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 Alarm-signal und Auslöser für Sicherheitsverlangen sind. Für die Sicherung nach § 648 a BGB ist allein entscheidend, daß der Unternehmer eine Vorleistung für ein Bauwerk, eine Außenanlage oder einen Teil hiervon zu erbringen hat.



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

Das Sicherheitsverlangen nach § 648 a 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 § 648 a 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.

Stets Sicherheitsverlangen nachschieben

SBZ: Nach Ihren Ausführungen gibt es mit dem § 648 a BGB ein probates Mittel, sich gegen Zahlungsausfälle abzusichern. Den Paragraphen gibt es seit zehn Jahren. Warum wird er in der Praxis zu wenig eingesetzt?

Dimanski: Der übergroße Teil der Handwerker hat sich mit dem Thema einfach noch nicht intensiv beschäftigt. Offensichtlich ist der Glaube daran, daß in unseren Gesetzen auch etwas Positives für den Handwerker zu finden ist, so sehr erschüttert, daß sich eine regelrechte Aversion zu Rechtsthemen entwickelt hat. Nach der Vogel-Strauß-Methode den Kopf in den Sand zu stecken wird allerdings früher oder später zu Rechtsnachteilen führen. „Unwissenheit schützt vor Strafe nicht“ sagt ein altes Rechtssprichwort.

SBZ: Und bei den Betrieben, die den § 648 a BGB kennen und nicht verlangen. Warum gehen diese das Risiko ein?

Dimanski: Sie sind wohl der Meinung, der § 648 a belaste das Verhältnis zum Auftraggeber und sei aus diesem Grund schlecht anwendbar. Ein faires Vertragsverhältnis muß jedoch ein Sicherheitsverlangen des Auftragnehmers aushalten. Es geht schließlich um nichts anderes, als um die Zusicherung, daß eine ordnungs-

gemäße Leistung auch ordnungsgemäß bezahlt wird. Und immer, wenn es eben nicht fair zugeht, muß der Handwerker wissen: ohne Sicherheit größeres Risiko. Hier ist dann also zunächst eine betriebswirtschaftliche Entscheidung zu treffen, bevor es rechtlich wird. Es sollte sich aber zu einem unumstößlichen Grundsatz entwickeln, daß der Handwerker bei gewerblichen Auftraggebern die er nicht kennt, in jedem Fall, nach dem Trocknen der Tinte des Vertrages, ein Sicherheitsverlangen nachschiebt.

SBZ: Insolvenzen wegen Zahlungsausfällen sind in der SHK-Branche leider an der Tagesordnung. Hätten diese vermieden werden können, wenn Sicherheitsverlangen vorgebracht worden wären?

Dimanski: Das läßt sich nicht sicher behaupten. Allzu viele Umstände führen heute zu Insolvenzen. Zahlungsausfällen kann jedenfalls durch Sicherheitsverlangen nach § 648 a BGB effektiv vorgebeugt werden. In Bankkreisen hat sich das auch herumgesprochen. Interessanterweise knüpfen inzwischen einige Finanzinstitute ihre Kreditierungszusage an die Zusicherung des Handwerkers, in jedem möglichen Vertragsfall eine Absicherung nach § 648 a BGB vom Auftraggeber zu verlangen. Viel-

leicht verhilft ja dieser Druck dem Anliegen des § 648 a BGB auf die Sprünge.

SBZ: Würden Sie sagen, die Betriebsinhaber haben unverantwortlich gegenüber sich selbst und ihren Mitarbeitern gehandelt, wenn sie den § 648 a BGB nicht anwenden?

Dimanski: Wenn es schlagkräftige Gründe für den Unternehmer gibt, auf ein Sicherheitsverlangen zu verzichten, ist das von außen nicht bewertbar. Wer sich allerdings wegen Unwissenheit oder wider besseren

Wissens – und damit gewissermaßen „auf Knochen“ seiner Mitarbeiter – nicht mit dem § 648 a BGB beschäftigt, handelt nicht nur leichtsinnig, sondern wegen der möglicherweise dramatischen Folgen für sein Unternehmen unverantwortlich.



SBZ: Was empfehlen Sie Betrieben, die noch Sicherungsroulette betreiben?

Dimanski: 1. Nachdenken. 2. Informationen zum § 648 a BGB einholen. 3. Betriebliche Entscheidungsstrukturen schaffen. 4. Risikobewertung von Aufträgen vornehmen. 5. Musterschreiben benutzen. Wem dies alles zu viel ist, der kann ja an das Sprichwort denken: „Bestatter und Juristen leben von den Fehlern, die andere gemacht haben.“ *