

Schutz vor Zahlungsausfall

Durch vorbeugende Maßnahmen lassen sich viele Zahlungsausfälle verhindern. Bereits vor Vertragsabschluss kann eine Reihe präventiver Vorsichtsmaßnahmen ergriffen werden, die vielen Unternehmen nicht bekannt sind.

Dr. Olaf Hofmann

Beim Bau ist die Vorleistung des Auftragnehmers kostenintensiv, die Bauwirtschaft chronisch unterkapitalisiert. So führen ausbleibende oder verzögerte Zahlungen häufig zur Insolvenz. Viele Unternehmen wissen nicht, wie man das Zahlungsausfallrisiko verringert. Viele Vorsichtsmaßnahmen lassen sich schon vor Vertragsabschluss ergreifen.

Auskunfteien

Allgemeine Informationsquellen (Bankauskunft, SCHUFA) betrachten nur die augenblickliche Situation des Auftraggebers, was bei länger laufenden Verträgen häufig nur eingeschränkten Wert hat. Außerdem sagt diese Auskunft nichts über das spätere Verhalten des Kunden bei der Vertragsabwicklung aus. Dennoch können derartige Mitteilungen natürlich wertvoll sein.

Gespräche mit Kollegen

Auftragnehmer, die im Ausbaubereich tätig sind, können aus negativen Erfahrungen der schon länger auf der Baustelle tätigen Kollegen zum Zahlungsverhalten des Kunden wichtige Informationen erhalten. Mit Informationen wird der Kollege gerade dann nicht zurückhaltend sein, wenn er sich mit seinem Auftraggeber bereits streitig auseinandersetzen muss.

Die Bauforderungsausfallversicherung

Diese bezahlt, wenn berechtigte Forderungen des Unternehmers nicht geleistet werden, weil etwa ein gerichtliches Insolvenzverfahren eröffnet oder dessen Eröffnung mangels Masse abgewiesen oder eingestellt wird, wenn die Zwangsvollstreckung beim Auftraggeber nicht zur vollen Befriedigung des geschuldeten Betrags ausreicht oder ein außergerichtlicher endgültiger Vergleich mit allen oder der Mehrheit der Gläubiger abgeschlossen wurde. Auch bestrittene Forderungen werden im Einzelfall – allerdings unter strengen Voraussetzungen – bezahlt. Die Kosten für derartige Versicherungen sind naturgemäß nicht unerheblich. Außerdem gilt hier eine hohe Selbstbeteiligung des Unternehmers.

Prüfung der Vertragsunterlagen

Hier gilt im Grundsatz: Je länger die „Vorbemerkungen“ im Vergleich zum Leistungsverzeichnis sind, desto risikoreicher ist in der Regel der Bauvertrag. Oft sind dort enthaltene Vertragsklauseln wegen ihrer Unbilligkeit unwirksam, weil sie gegen das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) verstoßen (§ 307 BGB).

Sollten Sie sich dennoch entschließen, einen in seinem Inhalt „einseitigen“ Vertrag zu schließen, so ist zu beachten, dass Ihr Recht, sich später auf die Unwirksamkeit einzelner Vertragsklauseln zu berufen, voll erhalten bleibt. Die Unterschrift unter einen solchen Vertrag ändert hieran ebenso wenig wie etwa das auf jeder Seite diese Vorbemerkungen vom Unternehmer erklärte Einverständnis mit solchen Klauseln. Nur ein echtes „Aushandeln“, also gleichberechtigtes Verhandeln der Vertragspartner kann im Einzelfall dazu führen, dass unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingungen zur wirksamen „Individualvereinbarungen“ werden^[1].

Rechtzeitige Abschlagsrechnungen

Egal, ob BGB- oder VOB-Vertrag: Dem Unternehmer steht das jederzeitige Recht zu, in Höhe des dem Auftraggeber geleisteten „Wertzuwachses“ eine Abschlagszahlung zu verlangen (§ 632a BGB; § 16 Abs. 1 VOB/B). Eine Klausel in den Vorbemerkungen des Auftraggebers die dieses Recht einschränken oder gar aufheben würde, wäre nach § 307 BGB unwirksam.

Für den Unternehmer ist insbesondere wichtig, dass er auch „für erforderliche Stoffe oder Bauteile, die angeliefert oder eigens angefertigt und bereitgestellt sind“ eine Abschlagszahlung beanspruchen kann. Allerdings muss er dem Auftragnehmer nach dessen Wahl die Baustoffe übereignen oder ihm eine Sicherheit (zum Beispiel Bankbürgschaft) geben. Somit kann der Unternehmer durch frühzeitige Stellung einer Abschlagsrechnung erreichen, dass seine Vergütung bezahlt ist, bevor er etwa durch

[1] Zu den für unzulässig erklärten Klauseln siehe das Buch „Unwirksame Bauvertragsklauseln“, erschienen im Verlag E. Vögel OHG 93491 Stamsried

Einbau der Materialien an der Baustelle sein Eigentum verliert. Auch diese Regelung des BGB und der VOB/B darf durch Allgemeine Geschäftsbedingungen des Auftraggebers nicht abgeändert werden. Eine Klausel, die etwa lauten würde: „Abschlagszahlungen werden nur geleistet, wenn und soweit das zu liefernde Material an der Baustelle eingebaut ist“ wäre unwirksam.

Die Bauhandwerkersicherung (§ 648 a BGB)

Diese Bestimmung im BGB gibt dem Unternehmer eines Bauwerks das unverzichtbare Recht, vom Besteller Sicherheiten für sein Vorleistungsrisiko verlangen zu können. Dieses Recht hat der Unternehmer dann nicht, wenn sein Vertragspartner ein öffentlicher Auftraggeber oder ein privater Einfamilienhausbauer ist, der keinen Baubetreuer einschaltet, welcher über Finanzierungsmittel des Auftraggebers verfügen kann. Der Sicherheitsanspruch des Unternehmers erfasst die „noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen“ i.H.v 10 % des zu sichernden Vergütungsanspruchs. (§ 648 a Abs. 1 BGB). *Beispiel:* Die Auftragssumme beträgt 500.000 €. Kurz nach Vertragschluss und vor Erhalt der ersten Abschlagsrechnung kann der Unternehmer somit vom Auftraggeber eine Sicherheit in Höhe von 550.000 € für sein Vorleistungsrisiko verlangen.

Nur soweit der Auftragnehmer Abschlagszahlungen schon tatsächlich erhalten hat, ist sein Vorleistungsrisiko insoweit gemindert. Auch berechnete Mängelrügen reduzieren den Anspruch nicht. Gegenansprüche des Auftraggebers mindern nur dann die Höhe der Sicherheit, wenn sie vom Auftragnehmer anerkannt oder rechtskräftig festgestellt werden (§ 648a Abs.1 Satz 4 BGB). Eine Reduzierung des Anspruchs auf Sicherheitsleistung tritt auch nicht dadurch ein, dass vertraglich ein niedrigerer Sicherheitsbetrag vereinbart oder ein solcher ausgeschlossen wird (§ 648a Abs.7 BGB). Der Auftragnehmer sollte bedenken, dass er dem Auftraggeber für die Sicherheit bis zu einem Höchstsatz von 2 % die Avalprovision zu erstatten hat. Deshalb kann sich anbieten, vom Auftraggeber lediglich eine Sicherheit zu fordern, die das tatsächliche Vorleistungsrisiko abdeckt.

Beispiel: Der Auftragnehmer verlangt nur Sicherheit in Höhe der ersten beiden Abschlagszahlungen. Sollte er später feststellen, dass die Sicherheit (etwa wegen Zusatzleistungen) das Vorleistungsrisiko nicht abdeckt, kann er bis zur vollständigen Bezahlung eine Erhöhung der Sicherheit fordern, weil – wie ausgeführt – ein etwaiger Verzicht auf eine höhere Sicherheit unwirksam wäre.

Der Auftraggeber hat das Wahlrecht unter den verschiedenen nach § 232 f. BGB erlaubten Sicherungsmitteln (z.B. Bürgschaft einer in Deutschland zugelassenen Bank, Auszahlungsgarantie einer Bank, Verpfändung von Forderungen aus Staatspapieren, usw.). Üblich ist die Bankbürgschaft.

Dem Auftraggeber ist eine Frist von in der Regel 10 Tagen zur Beibringung der Sicherheit zu setzen. Läuft diese Frist ergebnislos ab, darf der Unternehmer die Arbeiten einstellen (bzw. er braucht sie gar nicht zu beginnen); vgl. § 648 a Abs. 5 S. 1 BGB. Es empfiehlt sich dann, auf die Arbeitseinstellung durch Behinderungsanzeige hinzuweisen.

Schließlich kann der Auftragnehmer nach § 648a Absatz 5 S. 1 BGB nach erfolglosem Ablauf der Frist den Vertrag kündigen, ohne die Kündigung nochmals vorher anzudrohen oder eine Nachfrist setzen zu müssen. Um diesbezüglich keine Formfehler zu machen, empfiehlt es sich schon wegen der weitreichenden Folgen der Kündigung, vor Ausspruch derselben Rechtsrat einzuholen.

Ist der Vertrag gekündigt, so kann der Auftragnehmer Schadensersatz für den verlorenen Auftrag verlangen. Dabei „wird vermutet,

Mobile Tankanlagen



Transportbehälter
200 bis 1000 Liter



NEUHEIT

Baustellentank
1000 Liter Nutz-
volumen



Speziallösungen



Jödden GmbH
Richterskamp 74
D-48703 Stadthoorn

Tel.: +49 (0) 25 63 - 9 75 99
Fax: +49 (0) 25 63 - 9 75 98
Mobile: +49 (0) 17 2 - 2 83 21 23

E-Mail: info@joedden.de
Internet: www.joedden.de



Dr. Olaf Hofmann ist Rechtsanwalt und Lehrbeauftragter für Baurecht an der Universität der Bundeswehr in München. Er ist Verfasser zahlreicher Standardwerke zum „praktischen Baurecht“ und Mitherausgeber des „Baurecht-Reports“, außerdem Mitbegründer und Berater der Internet-Plattform bausuchdienst.de. Aufgrund seiner langjährigen Beratertätigkeit für Bauunternehmen, zuletzt als Hauptgeschäftsführer der Bayerischen Baugewerbeverbände kennt er die Probleme der Bau praktiker aus erster Hand.

dass dem Unternehmer 5 % der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen“ (§ 648a Abs. 5 letzter Satz BGB). Dem Auftragnehmer bleibt daneben die Möglichkeit, einen höheren Schaden nachzuweisen.

Die Bürgschaft ist zurückzugeben, sobald das Vorleistungsrisiko erloschen, die Schlusszahlung also korrekt geleistet ist. Was besonders zu beachten ist:

- Der Sicherungsanspruch nach § 648 a BGB ist unverzichtbar. Etwaige gegenteilige vertragliche Abreden sind ungültig (§ 648 a Abs. 7 BGB).
- Bankbürgschaften müssen den Anforderungen des § 648a BGB genügen und dürfen nicht befristet sein.
- Sollte die Bank das Sicherungsversprechen widerrufen, ist die Arbeit sofort einzustellen, weil nun für zukünftige Leistungen (und nur für diese) keine Sicherheit mehr besteht. Es empfiehlt sich dann, die geleisteten Arbeiten aufzumessen. Dem Auftraggeber sollte man schriftlich auffordern, eine neue Sicherheit beizubringen. Gleichzeitig sollte man ihm die Arbeits-einstellung im Wege einer Behinderungsanzeige anzeigen.
- Sehr wichtig ist auch, dass der Unternehmer die Sicherheit auch noch nach der Abnahme fordern kann (siehe § 648a Abs. 1 S. 3 BGB).

Beispiel: Nach Abnahme fordert der Auftragnehmer die Schlusszahlung. Der Auftraggeber verweigert diese mit Hinweis auf (tatsächlich vorhandene) Mängel. Hier sollte der Bauunternehmer vor der nachbesserung die Bauhandwerkersicherung in Höhe des noch ausstehenden Schlussrechnungsbetrags einfordern, um zu vermeiden, dass er nach Durchführung der Nachbesserung sein Geld doch nicht bekommt. Bringt der Auftraggeber die Sicherheit nicht bei, kann der Auftragnehmer die Nachbesserung verweigern und trägt auch nicht die Kosten einer nun vom Auftraggeber veranlassten Ersatzvornahme (BGH vom 16. April 2009, Baurechts-Report 2009,21)^[2].

Die Sicherungshypothek für Bauhandwerker (§ 648 BGB)

Gerade bei Privatkunden, die beim Bau eines Einfamilienhauses nicht verpflichtet sind, dem Unternehmer eine Sicherheit nach § 648 a BGB zu geben, sollte der Unternehmer für seine Forderungen aus dem Vertrag die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück des Bestellers verlangen. Die Eintragung dieser Hypothek in das Grundbuch kann im Wege einer Vormerkung sehr kurzfristig abgesichert werden. Diese Sicherung greift nicht, wenn – was gerade bei Generalunternehmern der Fall ist – der Besteller nicht Eigentümer des Grundstücks ist. Bei Verträgen mit Ehegatten sollten aus Gründen der Absicherung beide Vertragspartner den Bauvertrag unterschreiben.

Das neue Bauforderungssicherungsgesetz

Dieses Gesetz gilt für alle Verträge, die seit dem 1. Januar 2009 abgeschlossen wurden. Das Gesetz schützt das sogenannte Baugeld des Bauherrn. Der Empfänger dieses Baugelds (zum Beispiel Generalunternehmer, Bauträger) ist verpflichtet, dieses Geld ausschließlich zur Bezahlung solcher Personen zu verwenden, die an der Herstellung des Baus beteiligt sind. Ist der genannte Baugeldempfänger selbst an der Herstellung beteiligt, so darf er das Baugeld in Höhe der Hälfte des angemessenen Werts der von ihm am Bau erbrachten Leistung für sich behalten.

Sofern der Baugeldempfänger das Geld zweckwidrig für sich verwendet, also beispielsweise „alte Löcher“ aus früheren Bauvorhaben stopft, macht er sich gegenüber den Baubeteiligten schadensersatzpflichtig. Dieser Schadensersatzanspruch wird insbesondere dann für den ausführenden Unternehmer interessant, wenn zum Beispiel eine Bauträger-GmbH aufgrund Insolvenz nicht mehr zahlen kann. Das Gesetz ermöglicht nämlich eine Durchgriffshaftung gegenüber den Geschäftsführern des in Insolvenz geratenen Auftraggebers.

www.bausuchdienst.de

[2] Zu einschlägigen Musterbriefen siehe das Buch „Die neue Bauhandwerkersicherung“, erschienen im VOB-Verlag Vogel OHG, 93491 Stamsried