



WISSEN,
DAS ANKOMMT.

Leseprobe zum Download



Liebe Besucherinnen und Besucher unserer Homepage,

tagtäglich müssen Sie wichtige Entscheidungen treffen, Mitarbeiter führen oder sich technischen Herausforderungen stellen. Dazu brauchen Sie verlässliche Informationen, direkt einsetzbare Arbeitshilfen und Tipps aus der Praxis.

Es ist unser Ziel, Ihnen genau das zu liefern. Dafür steht seit mehr als 25 Jahren die FORUM VERLAG HERKERT GMBH.

Zusammen mit Fachexperten und Praktikern entwickeln wir unser Portfolio ständig weiter, basierend auf Ihren speziellen Bedürfnissen.

Überzeugen Sie sich selbst von der Aktualität und vom hohen Praxisnutzen unseres Angebots.

Falls Sie noch nähere Informationen wünschen oder gleich über die Homepage bestellen möchten, klicken Sie einfach auf den Button „In den Warenkorb“ oder wenden sich bitte direkt an:

FORUM VERLAG HERKERT GMBH

Mandichostr. 18

86504 Merching

Telefon: 08233 / 381-123

Telefax: 08233 / 381-222

E-Mail: service@forum-verlag.com

www.forum-verlag.com

2.7 Wie kann der Unternehmer seine Vergütungsforderung absichern?

Der **Unternehmer** muss in einem Bauvertrag grundsätzlich bis zur Abnahme des Bauwerks¹ warten, bis seine Vergütung fällig wird und er seine Schlussrechnung stellen kann. Er ist also mit den von ihm zu erbringenden Leistungen **vorleistungspflichtig**. Hieraus folgt regelmäßig ein erhebliches Vergütungsrisiko des Unternehmers, weil der Besteller Mängelansprüche geltend machen kann oder einfach nicht zahlt. Der Unternehmer muss dann ggf. gerichtlich gegen den Besteller vorgehen und nicht selten hoffen, dass der Besteller bis zum Ende des Prozesses auch wirtschaftlich leistungsfähig bleibt. Für die Dauer des Prozesses muss er nicht nur weitere Kosten aufwenden, sondern er erhält auch weder einen Ausgleich für den Arbeits- oder Materialeinsatz, noch seinen Gewinn.

Vorleistungsrisiko

Um aus dem Vorleistungsrisiko **kein Vorleistungsfiasko** werden zu lassen, bestehen letztlich zwei Möglichkeiten.

Kein Vorleistungsfiasko

Der Unternehmer kann mit dem Besteller entsprechende **Sicherheiten aushandeln** und in den Vertrag aufnehmen. Die Einbeziehung der VOB/B reicht hierfür allerdings nicht aus. Zwar enthält die Vertragsordnung eine Regelung für Sicherheiten der Vertragsparteien.² Die Regelungen dort setzen die Vereinbarung einer Sicherheit aber voraus. Das heißt, ohne entsprechende Vereinbarung ist die VOB/B keine große Hilfe.

*Vereinbarungen/
VOB/B*

¹ Vgl. § 641 Abs. 1 BGB.

² Vgl. § 17 VOB/B.

Wie kann der Unternehmer seine Vergütungsforderung absichern?

*Sonderfall:
Subunternehmer*

Allenfalls für **Subunternehmer** sieht sie eine Hilfestellung vor, die ggf. die ärgsten Folgen einer Zahlungsverweigerung des Vertragspartners (= Hauptunternehmer) aufwiegen können. Danach kann der Auftraggeber zur Erfüllung seiner Zahlungsverpflichtungen gegenüber dem Hauptunternehmer Zahlungen an dessen Gläubiger leisten, soweit diese an der Ausführung der vertraglichen Leistung aufgrund eines Werkvertrags mit dem Hauptunternehmer beteiligt sind,¹ Voraussetzung ist allerdings, dass der Subunternehmer wegen Zahlungsverzugs des Hauptunternehmers die Fortsetzung seiner Leistung zu Recht verweigert und die **Direktzahlung** die Fortsetzung der Leistung sicherstellen soll.² Einen direkten Anspruch hat der Subunternehmer indes nicht. Er kann die Zahlung an sich nur durch eine **Leistungseinstellung** provozieren. Eine wirkliche Sicherheit stellt diese VOB/B-Regelung daher ebenfalls nicht dar.

Gesetzliche Ansprüche

Oftmals sind Unternehmer in der Vergangenheit aber nicht in der (wirtschaftlichen) Position gewesen, vertragliche Vereinbarungen zur Absicherung ihrer Vergütungsforderungen durchzusetzen. Der Gesetzgeber hat zudem eingesehen, dass das **Vorleistungsrisiko** den Unternehmer **unangemessen benachteiligen kann** und hat sukzessive gesetzliche Sicherungsmöglichkeiten in das BGB eingeführt, die das Vorleistungsrisiko minimieren.

Kategorien

Die gesetzlichen Möglichkeiten lassen sich in zwei **Kategorien** einteilen:

¹ Vgl. § 16 Abs. 6 Satz 1 VOB/B.

² Vgl. § 16 Abs. 6 Satz 1 a. E. VOB/B.

- Ansprüche zur Minimierung des Vergütungsrisikos und
- Ansprüche zur Absicherung der Vergütung.

Zur ersten Kategorie zählt vor allem der **Anspruch** des Unternehmers **auf Abschlagszahlungen**¹. Die daneben bestehenden Möglichkeiten zur Begrenzung der Höhe des Risikos spielen in der Praxis nahezu keine Rolle. So kann der Unternehmer die sog. **Unsicherheiteneinrede**² erheben, wenn nach Abschluss des Vertrags erkennbar wird, dass sein Anspruch auf die Gegenleistung durch mangelnde Leistungsfähigkeit des Bestellers gefährdet wird. Die Voraussetzungen kann der Unternehmer aber nur selten darlegen.

Abschlagszahlungen

Wichtig können daneben aber die eigentlichen Sicherheiten werden. Dies gilt in besonderem Maße für die sog. **Bauhandwerkersicherung**³ und – in eingeschränktem Maß – für die Bauhandwerkersicherungshypothek. Ansprüche des Unternehmers gegen den Besteller aus dessen Verstößen gegen das Gesetz zur Sicherung von Bauforderungen⁴ führen indes nur zu einer indirekten Absicherung des Unternehmers – wenngleich sie für den Besteller, der gegen die Verpflichtungen zur zweckentsprechenden Behandlung von Baugeld⁵ verstößt, empfindliche Folgen haben können.⁶ Für den Unternehmer eröffnen sich bei einem Verstoß v. a. neue Ansprechpartner, weil Verstöße gegen die Baugeldverwendungspflicht i. d. R. auch die

Bauhandwerkersicherung

¹ Vgl. § 632a BGB (ggf. i. V. m. § 650m BGB).

² Vgl. § 321 Abs. 1 BGB.

³ Vgl. § 650 f. BGB.

⁴ Vgl. BauFordSiG

⁵ Vgl. § 1 BauFordSiG.

⁶ Vgl. § 2 BauFordSiG: Strafdrohung von Geldstrafe oder Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren!

Wie kann der Unternehmer seine Vergütungsforderung absichern?

direkte Inanspruchnahme von Organen juristischer Personen – z. B. dem Geschäftsführer einer GmbH – ermöglichen, die formal nicht Partei des Bauvertrags sind. Diese Ansprüche werden aufgrund ihrer mangelnden Praxisrelevanz hier nicht weiter dargestellt.

2.7.1 Wann kann der Unternehmer Abschlagszahlungen verlangen?

Der Unternehmer muss grundsätzlich nicht bis zur Abnahme warten, um wenigstens an Teile der ihm zustehenden Vergütung zu kommen.

Hat er die **VOB/B** vereinbart, ergibt sich aus dieser ein Anspruch gegen den Besteller auf Zahlung von Abschlägen in Höhe des Werts der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen einschließlich des ausgewiesenen, darauf entfallenden Umsatzsteuerbetrags.¹ Den Parteien steht es daneben frei, bestimmte Zeitpunkte für die Abschlagszahlung zu vereinbaren. Die weiteren Voraussetzungen ähneln dem gesetzlichen Anspruch nach dem BGB, sodass keine gesonderte Darstellung erfolgt.

Voraussetzungen

Der gesetzliche Anspruch für BGB-Bauverträge hat folgende **Voraussetzungen**:



Hinweis

1. **BGB-(Bau-)Werkvertrag**
2. **erbrachte Leistung** des Unternehmers oder angelieferte bzw. angefertigte und bereitgestellte

¹ Vgl. § 16 Abs. 1 Nr. Satz 1 VOB/B.

Stoffe oder Bauteile, die Eigentum des Bestellers oder besichert werden

3. **Nachweis** der Leistung durch Aufstellung
4. **keine Fälligkeit** des (gesamten) Werklohns

Die Gesetzesänderungen im Zuge der Einführung des BGB-Bauvertragsrechts mit Wirkung zum Jahreswechsel 2018 haben den Anspruch auf Abschlagszahlungen noch einmal deutlich vereinfacht. Insbesondere das sehr schwer zu greifende Kriterium des „Wertzuwachses“ ist durch die Reform gestrichen worden. Auch kommt es generell nicht mehr darauf an, dass die Leistungen des Unternehmers vertragsgemäß erbracht wurden. Etwaige Mängel etc. wirken sich jetzt nur noch auf die Höhe aus.

Reform

Im Einzelnen gilt Folgendes:

Es bedarf unverändert (nur) eines **BGB-Werkvertrags**. Dieses Kriterium ist beim **Bauvertrag**² i. d. R. erfüllt. Abschlagszahlungen können grundsätzlich auch bei **Verbraucherbauverträgen**³ verlangt werden, wobei hier Besonderheiten zu beachten sind⁴. Diese werden am Ende dieses Unterkapitels dargestellt. Auch im **Architekten- und Ingenieurvertrag** nach BGB können Abschlagszahlungen verlangt werden⁵. Das Gleiche gilt

BGB-Werkvertrag

² Vgl. § 650a BGB.

³ Vgl. § 650i BGB.

⁴ Vgl. § 650m BGB.

⁵ Vgl. §§ 650p, 650q Abs. 1 BGB.

Wie kann der Unternehmer seine Vergütungsforderung absichern?

unverändert für **Bauträgerverträge**¹, die über² die sog. Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV)³ aber wiederum an die Abschlagszahlungen selbst abweichende Anforderungen stellen, insbesondere deren Anzahl begrenzen und auch die Höhe verbindlich vergeben.⁴

Leistungen müssen erbracht sein

Während nach der Altfassung die **erbrachten Leistungen** des Unternehmers auch zumindest ohne wesentliche Mängel erbracht sein mussten, kommt es hierauf zunächst nicht mehr an. Die zweite Voraussetzung soll daher v. a. verhindern, dass der Unternehmer für Leistungen eine Abschlagszahlung verlangt, die er noch nicht erbracht hat. Hierfür stehen ihm ggf. andere Sicherungsmöglichkeiten⁵ zur Verfügung.

Abrechnungsfähige (Teil-)Leistungen

Eine gewisse Relevanz hat diese Voraussetzung auch zur Abgrenzung von nicht **abrechnungsfähigen (Teil-)Leistungen**. Die Gesetzesbegründung fordert, dass es sich nach dem Vertrag um selbstständig erbringungsfähige und damit vergütungsfähige Leistungen handelt.⁶ Bloß interne Vorbereitungsmaßnahmen, wie eine vom Unternehmer zu übergebende Planung oder die Vorfertigung von Bauteilen, sollen daher von vornherein unbeachtlich sein, und zwar auch dann, wenn sie erheblichen Aufwand ausgelöst haben.⁷ Solche Leis-

¹ Vgl. § 650u Abs. 1 Satz 1 BGB.

² Vgl. § 650v BGB i. V. m. Art. 244 EGBGB.

³ Vgl. Verordnung über die Pflichten der Immobilienmakler, Darlehensvermittler, Bauträger, Baubetreuer und Wohnimmobilienverwalter v. 07.11.1990, zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung vom 09.05.2018, BGBl. I S. 550.

⁴ Vgl. § 3 Abs. 2 MaBV: maximal sieben Abschlagszahlungen mit festen Prozentsätzen.

⁵ Vgl. § 650f BGB – die Bauhandwerkersicherung.

⁶ Vgl. BT-Drs. 16/511, S. 14.

⁷ Vgl. *von Rintelen* in Kniffka/Jurgeleit, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 15.11.2021, § 632a Rn. 30.



WISSEN,
DAS ANKOMMT.

Bestellmöglichkeiten

DOMINIK KRAUSE
OLIVER VOGT



Sicherer Umgang mit Gewährleistung und Mängel- ansprüchen in der Baupraxis

Praktische Hinweise, aktuelle Rechtsfälle und Arbeitshilfen
zur erfolgreichen Anwendung der VOB und des BGB



BAU UND
IMMOBILIEN

Gewährleistung

Für weitere Produktinformationen oder zum Bestellen hilft Ihnen unser Kundenservice gerne weiter:

Kundenservice

☎ **Telefon: 08233 / 381-123**

✉ **E-Mail: service@forum-verlag.com**

Oder nutzen Sie bequem die Informations- und Bestellmöglichkeiten zu diesem Produkt in unserem Online-Shop:

Internet



<http://www.forum-verlag.com/details/index/id/5866>

FORUM VERLAG HERKERT GMBH, Mandichostraße 18, 86504 Merching,
Tel.: (08233) 381 123, E-Mail: service@forum-verlag.com, Internet: www.forum-verlag.com