



**ZENTRALVERBAND
DEUTSCHES
BAUWERBE** **ZDB**

Ihr Recht auf Zahlung

Aktualisierte Fassung Januar 2018

Herausgeber:

Zentralverband des Deutschen Baugewerbes e.V.
Kronenstraße 55-58, 10117 Berlin



Vorbemerkung

Die wirtschaftliche und rechtliche Position des Bauunternehmers ist durch die in den werkvertraglichen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches verankerte Vorleistungspflicht geschwächt. Der Auftraggeber ist danach zur Zahlung des vereinbarten Werklohnes erst dann verpflichtet, wenn die Abnahme des Werkes erfolgt ist. Der Bauunternehmer trägt also die Risiken einer Vorfinanzierung der bereitgestellten Materialien sowie eventueller Liquiditätsengpässe. Hinzu kommt die sinkende Zahlungsmoral der Auftraggeber. Dabei ist die zügige Bezahlung der Auftragnehmer gerade für kleine und mittlere Unternehmen von existentieller Bedeutung. Damit der Bauunternehmer für seine Leistungen den verdienten Werklohn erhält, stehen ihm eine Reihe von vertraglichen und gesetzlichen Sicherungsinstrumenten zur Verfügung, die im Folgenden anhand einer „Checkliste“ kurz vorgestellt werden sollen.

BGB oder VOB/B

Wer die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) zur Grundlage des Vertrages machen möchte, muss dies explizit vereinbaren. Aufgrund einer geänderten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die Einbeziehung der VOB/B bei Verträgen mit Verbrauchern jedoch nicht mehr empfohlen werden. Hier sollte ein BGB-Werkvertrag abgeschlossen werden.

Lediglich dann, wenn Verträge mit gewerblichen Unternehmern oder der öffentlichen Hand abgeschlossen werden, sollte die VOB/B Anwendung finden. Hierbei müssen die Regelungen der VOB/B, da es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, ausdrücklich in den Vertrag einbezogen werden. Dies kann dadurch geschehen, dass der Verwender bereits in seinem Angebot auf die Geltung der VOB/B hinweist.

Klauseln prüfen

Um einen rechtlich sicheren Vertrag abzuschließen, stellt der ZDB ständig aktualisierte Musterverträge für verschiedene Vertragskonstellationen zur Verfügung. Der Mitgliedsbetrieb hat die Wahl zwischen den folgenden Musterverträgen: Einzelgewerk/Handwerkervertrag – Bauvertrag mit Verbrauchern, Einfamilienhaus/Schlüsselfertigbauvertrag - Verbraucherbaupvertrag, VOB-Vertrag zwischen Unternehmern, Nachunternehmervertrag BAU.

Abnahme sicherstellen

Die Abnahme der Bauleistung sollte unbedingt sichergestellt werden. Sie ist die entscheidende Weichenstellung in der Auseinandersetzung zwischen dem Bauunternehmer und dem Bauherrn. Mit der Abnahme endet nicht nur die Vorleistungspflicht des Unternehmers für seine vertraglich übernommene Leistungsverpflichtung. Sie ist darüber hinaus auch Fälligkeitsvoraussetzung, um überhaupt an die Durchsetzung des Werklohnanspruches denken zu können.

Der Unternehmer sollte daher auf eine zeitnahe und ordnungsgemäße Durchführung der Abnahme außerordentlich großen Wert legen. Insbesondere unter Berücksichtigung der prozessualen Beweislastverteilung - der Unternehmer trägt immer dann die Beweislast für die erfolgte Abnahme, wenn er eine offene Werklohnforderung geltend macht - empfiehlt sich aus Dokumentationszwecken die förmliche Abnahme. Eine förmliche Abnahme hat immer dann stattzufinden, wenn eine Vertragspartei dies ausdrücklich verlangt. Ein förmliches Abnahmeprotokoll wird dem Unternehmer jedenfalls dazu dienen können, zu beweisen, dass eine Abnahme stattgefunden hat. Damit hat er ein wichtiges Hindernis im Rahmen der Durchsetzung seines Werklohnanspruches überwunden.

Vorauszahlung regeln

Mit der Vereinbarung von Vorauszahlungen kann der Grundsatz der Vorleistungspflicht des Auftragnehmers durchbrochen werden. Der Auftraggeber muss Vorauszahlungen jedoch lediglich dann leisten, wenn er sich dazu verpflichtet hat. Es sollte daher insbesondere bei hohem Materialaufwand versucht werden, eine Vorauszahlung entsprechend § 16 Abs. 2 VOB/B zu vereinbaren. Eine solche Vereinbarung kann bereits vor Abschluss des Bauvertrages, im Bauvertrag selbst oder während der Ausführung, also nach Vertragsabschluss, erfolgen. Sie sollte in jedem Fall schriftlich getroffen werden. Was die Fälligkeit von Vorauszahlungen anbelangt, so ist - sofern zwischen den Parteien keine Regelung erfolgt ist - grundsätzlich davon auszugehen, dass die Vorauszahlungen unverzüglich zu leisten sind, wenn der Auftragnehmer mit der Ausführung der Leistung, für welche die Vorauszahlung gewährt werden soll, beginnt. Wird die Vorauszahlung beispielsweise für Baustoffe oder Bauteile vereinbart, ist sie so rechtzeitig zu leisten, dass der Auftragnehmer mit ihr die fälligen Rechnungen für die Baustoffe und Bauteile termingemäß bezahlen kann.

Abschlagszahlungen verlangen

Selbst wenn der Unternehmer im Vertrag keine Abschlagszahlungen bzw. keinen Zahlungsplan vereinbart hat, kann er entsprechend der Voraussetzungen des § 632a BGB bzw. § 16 Abs. 1 VOB/B solche vom Auftraggeber verlangen. Das Gesetz sieht Abschlagsforderungen jedoch nur für die bereits erbrachten Leistungen vor. Erbracht ist eine Leistung, die der Unternehmer dem Besteller zur Vertragserfüllung zuwendet. Der Unternehmer erhält somit einen Anspruch auf Abschlagszahlung als anteilige Vergütung für anteilige Leistungen. Es sollte im Rahmen dieser Rechnungsstellung äußerst sorgsam darauf geachtet werden, dass die Rechnung sämtliche Angaben und Belege enthält, die zu einer Prüfung der Abschlagsrechnung notwendig sind. Bei der angeblich mangelnden Prüfbarkeit einer Abschlags- oder Schlussrechnung handelt es sich um ein vom Auftraggeber häufig genanntes Argument, um die Fristüberschreitung bzw. die Zahlungsverzögerung begründen zu können. Sofern also insoweit allen Anforderungen genauestens Rechnung getragen wird, hat der Auftraggeber keine formale Ausrede mehr und muss nach der VOB/B innerhalb von 21 Tagen bzw. nach dem BGB grundsätzlich sofort die Forderung erfüllen.

Zu beachten ist, dass bei einem Verbraucherbauvertrag (d.h. schlüsselfertige Errichtung eines Ein- oder Mehrfamilienhauses aus einer Hand) dem privaten Auftraggeber bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel i.H.v. 5 % des Vergütungsanspruchs zusteht. Hierbei kann auf Verlangen des Unternehmers die Sicherheitsleistung durch Einbehalt von den Abschlagszahlungen erfolgen.

Schlussrechnung

Nach Fertigstellung und Abnahme der Arbeiten sollte zügig die Schlussrechnung gestellt werden. Auch hier ist wiederum größter Wert auf deren Nachprüfbarkeit zu legen. Nur mit Erstellung der Schlussrechnung werden im Bauvertrag sowie im Verbraucherbauvertrag die Werklohnforderungen fällig. In der VOB ist zusätzlich für den Auftraggeber eine Prüffrist vorgesehen. Diese beträgt nach § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B in der Regel 30 Tage. Verzögerungen dieser Prüffrist haben dabei nicht nur zur Folge, dass der Vergütungsanspruch fällig und damit einklagbar wird, vielmehr kann sich der Auftraggeber bei Fristversäumnis nicht mehr darauf berufen, dass die Rechnung nicht prüfbar sei. Abweichend hierzu ist im Bürgerlichen Gesetzbuch die Werklohnforderung nach Abnahme und mit Zugang einer prüffähigen Schlussrechnung fällig. Hierbei gilt die Rechnung als prüffähig, wenn der Auftraggeber nicht innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung begründete Einwendungen gegen ihre Prüffähigkeit



erhoben hat. Von der Frage der Fälligkeit zu unterscheiden ist die Frage nach dem Eintritt des Zahlungsverzuges.

Nachfrist setzen

Der Auftraggeber ist bei Nichtzahlung umgehend in Verzug zu setzen. Nach dem Eintritt der Fälligkeit des Werklohnanspruches bedarf es grundsätzlich einer zusätzlichen Mahnung, um den Zahlungsverzug herbeizuführen. Ohne eine Mahnung tritt Verzug jedoch auch dann ein, wenn der Auftraggeber nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang der Rechnung die geschuldete Vergütung bezahlt. Dies gilt gegenüber einem privaten Auftraggeber (Verbraucher) dagegen nur, wenn er auf diese Folgen in der Rechnung besonders hingewiesen worden ist. Bei VOB-Verträgen kommt der Auftraggeber, ohne dass es einer Nachfristsetzung bedarf, immer spätestens 30 Tage (bzw. in Ausnahmefällen spätestens 60 Tage) nach Zugang der Schlussrechnung in Zahlungsverzug. Mit Eintritt des Verzuges kann der Bauunternehmer vom Auftraggeber Verzugszinsen verlangen.

Durch das Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr ist eine Erhöhung des Verzugszinses für Unternehmer vorgenommen worden. Der Verzugszins beträgt in den Fällen, in denen der Auftraggeber kein Verbraucher ist, nunmehr 9 % über dem Basiszinssatz (vormals 8 %). Überdies kann der Bauunternehmer von seinem Auftraggeber, wenn dieser kein Verbraucher ist, eine Verzugs pauschale von 40,- Euro verlangen. Der Nachweis eines entsprechenden Verzugschadens muss hierbei nicht erbracht werden. Bei Verträgen mit einem Verbraucher beträgt der Verzugszins 5 % über dem Basiszinssatz.

Bauunternehmersicherung

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch kennt einige Sicherungsinstrumente, um den Werkunternehmer vor den Folgen der Zahlungsunfähigkeit bzw. -unwilligkeit des Auftraggebers zu schützen. Die im Bürgerlichen Gesetzbuch vorgesehenen Möglichkeiten finden dabei auf alle Bauverträge Anwendung, also unabhängig davon, ob die VOB/B vereinbart wurde oder nicht.

Nach § 650e BGB kann der Bauunternehmer für seine Forderungen aus dem Vertrag die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück des Bestellers verlangen. Die Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Bauhandwerkersicherungshypothek weisen jedoch erhebliche Schwächen auf. Aufgrund der Tatsache, dass der Antrag auf Eintragung im Grundbuch erst gestellt werden kann, wenn bereits Leistungen erbracht worden sind, ist das Grundstück zu diesem Zeitpunkt meist schon derart belastet, dass der Bauhandwerker im Falle der Zwangsversteigerung häufig ganz oder teilweise mit seiner Forderung ausfällt. Ist der Auftraggeber nicht Eigentümer des Grundstücks, kommt die Eintragung einer entsprechenden Hypothek von vornherein nicht in Betracht. In der Praxis dürfte daher dieses Sicherungsmittel nur selten Anwendung finden.

Demgegenüber steht dem Bauhandwerker mit der Bauhandwerkersicherung nach § 650f BGB ein wesentlich flexibleres Sicherungsinstrument zur Verfügung, von dem allerdings in der Praxis immer noch zu wenig Gebrauch gemacht wird. Die gemäß § 650f BGB bestehenden Rechte sollten in den Fällen, wo es notwendig erscheint, unbedingt genutzt und insofern vom Auftraggeber die Bestellung einer Sicherheit für die zu erbringenden Vorleistungen verlangt werden. Die Rechte aus § 650f BGB können vom Vertragsschluss bis zum Abschluss der Baumaßnahme geltend gemacht werden. Der Unternehmer braucht folglich nicht bereits bei Abschluss des Vertrages die Einräumung einer Sicherheit zu verlangen, sondern kann sich in jeder Phase des Baues, gerade also auch in der oft kritischen Schlussphase, noch auf diese Möglichkeit berufen und seine Leistungen so lange verweigern, bis der Bauherr Sicherheit geleistet hat. Ent-



spricht der Auftraggeber dem Sicherungsverlangen des Auftragnehmers nicht, so hat der Unternehmer die Wahl, ob er die Arbeiten einstellt bzw. gar nicht erst aufnimmt oder den Vertrag kündigt.

Allerdings sieht das Gesetz eine Beschränkung des Adressatenkreises des Sicherungsverlangens vor. Ausgeschlossen werden danach öffentliche Auftraggeber (sofern diese nicht durch Beteiligungen als juristische Person des Privatrechts auftreten, z.B. Kommune als Gesellschafterin einer Wohnungsbau GmbH) sowie auch der private „Häuslebauer“, der ein Ein- oder Mehrfamilienhaus schlüsselfertig aus einer Hand herstellen lässt. Diese beiden Gruppen von Bestellern sind vom Anwendungsbereich ausgeschlossen, so dass hier keine Sicherheit nach § 650f BGB verlangt werden kann.

Abweichend zur bisherigen Rechtslage kann ab dem 1. Januar 2018 eine Bauhandwerkersicherung nach § 650f BGB auch in den Fällen vom privaten Auftraggeber verlangt werden, wenn mit diesem ein Bauvertrag abgeschlossen worden ist. Ein Bauvertrag ist gem. § 650a BGB ein Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon. Ebenso ist ein Bauvertrag ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist. Hierunter fallen somit sämtliche Verträge über die Erbringung von Einzelgewerken zur Errichtung eines Ein- oder Mehrfamilienhauses sowie Verträge über erhebliche Instandhaltungsmaßnahmen. Lediglich der Verbraucherbaupvertrag (Schlüsselfertigbau aus einer Hand) ist vom Anwendungsbereich des § 650f BGB ausgenommen. Ebenfalls keine Anwendung findet § 650f BGB auf Werkverträge über unwesentliche oder untergeordnete Werkleistungen.

Da die Sicherheit während der gesamten Baumaßnahme vom Auftragnehmer verlangt werden kann, wird das Verlangen auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Unternehmer den Vertrag gekündigt oder die Leistung bereits vollständig erbracht hat. Alleinige Voraussetzung ist, dass der Unternehmer noch einen offenen Vergütungsanspruch hat. Das Recht des Bauhandwerkers darf im Übrigen nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen oder sonstige Maßnahmen des Bauherrn abgedungen werden (§ 650f Abs. 7 BGB).

Fazit

Um der gesetzlich verankerten Vorleistungspflicht des Bauunternehmers bzw. der immer schlechter werdenden Zahlungsmoral der Auftraggeber effektiv entgegen zu wirken, sollten Bauunternehmer bereits im Rahmen der Vertragsgestaltung die vorgestellten Maßnahmen berücksichtigen. Insbesondere die zeitnahe Stellung von Abschlagsrechnungen bei Erreichen bestimmter Leistungsstände ist von immenser Bedeutung. Verweigert der Bauherr auf eine solche Abschlagsrechnung die Zahlung des in Rechnung gestellten (Teil-)Werklohns, so sollte der Unternehmer in jedem Fall die für ihn günstige und ohne zusätzliche Kosten umsetzbare Möglichkeit der Bauhandwerkersicherung nach § 650f BGB kennen. Über den Anwendungsbereich und die Voraussetzungen einer Bauhandwerkersicherung nach § 650f BGB wird in einem separaten Merkblatt informiert. Dieses beinhaltet zusätzlich Musterschreiben, die der Auftragnehmer zur Anforderung einer Bauhandwerkersicherung bzw. zur Ankündigung der Leistungsverweigerung oder einer Kündigung des Vertrages nutzen kann.