

SCHÄFFER
POESCHEL

1 Einleitung

Spätestens seit der Finanz- und Wirtschaftskrise ist das Interesse vieler Unternehmen auf ihr eigenes Forderungsmanagement gerichtet. In Zeiten knapper Kassen und Budgets sind Forderungsausfälle extrem belastend bis hin, dass betroffene Unternehmen selbst in Zahlungsschwierigkeiten geraten und die erforderliche Liquidität nicht mehr sicherstellen können. Ein verhängnisvoller Kreislauf, denn mit jeder Unternehmensinsolvenz gehen Arbeitsplätze verloren, die wiederum die von einem Arbeitsplatzverlust betroffenen Menschen in Zahlungsschwierigkeiten bringt. Stabiles wirtschaftliches Handeln ist langfristig nur möglich, wenn der Wirtschaftskreislauf intakt bleibt. Das setzt die Zahlungsfähigkeit und die Zahlungswilligkeit sowohl von Privatpersonen als auch von Unternehmen voraus.

Dieses Buch richtet sich deshalb nicht ausschließlich an Unternehmen, sondern an alle Interessierte, die im engeren und weiteren Sinne mit Forderungen zu tun haben: Personen, die selbst von Zahlungsunfähigkeit betroffen oder gefährdet sind und solche, die beratend tätig sind.

Mit der Zahlungsunfähigkeit werden Personen in ihrem wirtschaftlichen Handeln enorm eingeschränkt. Damit ist Forderungsmanagement für Betroffene stets auch ein sehr emotionales und existentielles Thema.

Zu Unrecht hält sich in der breiten Öffentlichkeit das schlechte Image spezialisierter Inkassounternehmen. Schwarze Schafe gibt es in jeder Branche, aber in keiner anderen ist der Fokus der Öffentlichkeit so häufig auf die schwarzen Schafe gerichtet, die keineswegs stellvertretend für die Branche stehen. Das Gegenteil ist der Fall: In Deutschland gibt es rund 600 überwiegend kleine und regional tätige Inkassounternehmen, die sich umfassenden gesetzlichen und aufsichtsrechtlichen Anforderungen unterwerfen und dem Bundesverband Deutscher Inkassounternehmen (BDIU) angehören. Diese Mitgliedschaft gilt als Qualitäts- und Gütesiegel, denn der Verband überwacht seine Mitglieder nach strengsten Kriterien und steht bei Streitfragen als Schlichtungsstelle zur Verfügung.

Professionelle Inkassounternehmen stehen heute als »Vermittler« zwischen Gläubiger und Zahlungspflichtigen. Ihre Auftraggeber sind die Gläubiger, und selbstverständlich vertreten sie deren Interessen. Die Spezialisierung und Kernkompetenz eines Inkassounternehmens liegt dabei im außergerichtlichen Bereich. Alle Bemühungen zielen stets darauf ab, kosten- und zeitintensive gerichtliche Auseinandersetzungen möglichst zu vermeiden und einvernehmliche Lösungen zu finden. Daran lässt sich der Erfolg eines Inkassounternehmens messen.

Ein professionelles Forderungsmanagement erfordert Kernkompetenzen mit spezialisiertem Know-how, das in Unternehmen aus Kostengründen so umfassend nicht vorgehalten werden kann.

Jeder Forderungsausfall stellt für den Gläubiger zunächst den Verlust der Hauptforderung dar. Es bedarf teils erheblicher Anstrengungen, um einen Teil der Forderung nach dem Ausfall zu realisieren. Der Aufwand für die Geltendmachung der Forderung erhöht den Ausfall zusätzlich. Ein professionelles Inkassounternehmen ist stets darum bemüht, einerseits den Verlust für den Gläubiger so gering wie möglich zu halten und andererseits auch gegenüber den Zahlungspflichtigen die Forderungen Kosten schonend geltend zu machen. Insofern profitieren beide Seiten, sowohl Gläubiger als auch Schuldner.

Herausforderungen an das Forderungsmanagement

Unternehmerisches Handeln ist stets mit Risiken verbunden, deshalb lassen sich Forderungsausfälle nie gänzlich verhindern. Ein effizientes Forderungsmanagement ist deshalb für jedes Unternehmen von hoher Bedeutung und beeinflusst den Erfolg: ob Handwerksbetrieb oder Industrieunternehmen, ob Kreditinstitut oder Dienstleistungsunternehmen. Jeder einzelne Forderungsausfall belastet das Betriebsergebnis. Dennoch, diese Betrachtung alleine wäre zu kurz gegriffen. Was oftmals neben dem eigentlichen Forderungsausfall völlig unterschätzt wird sind die Kosten, die ab dem Zeitpunkt des Zahlungsrückstandes für die Beitreibungsbemühungen des Gläubigers entstehen. Ohne zu wissen, ob der Forderungsausfall durch geeignete Maßnahmen verhindert werden kann, ist der Gläubiger gezwungen, weiteres Geld in den Beitreibungsprozess zu investieren. Die internen Kosten werden ihm in keinem Fall erstattet, selbst wenn es gelingt, die Hauptforderung zu 100 Prozent zu realisieren. Das kann im Einzelfall Jahre dauern und viel Zeit und Geld kosten.

Die Herausforderungen an ein effizientes Forderungsmanagement liegen einerseits darin, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, die den höchstmöglichen Erfolg auf eine Rückzahlung versprechen. Andererseits müssen eine Vielzahl rechtlicher und wirtschaftlicher Aspekte berücksichtigt werden, die letzten Endes über den Erfolg und die Wirksamkeit der Maßnahmen entscheiden.

In dem Kapitel 2 »Rechtliche Aspekte rund um die Forderung« werden die unterschiedlichen Forderungsarten und deren Durchsetzung ausführlich dargestellt. Ein wichtiger Aspekt sind hierbei Maßnahmen, die ein Gläubiger vor Entstehung des Forderungsausfalls ergreifen kann, um einerseits das Ausfallrisiko zu minimieren und andererseits die Durchsetzung seiner Forderungsansprüche abzusichern.

Für Gläubiger wird die Bearbeitung umso komplexer, je unterschiedlicher und vielfältiger die Forderungsstruktur in seinem Bestand ist. Und selbst wenn alle rechtlichen Möglichkeiten zur Durchsetzung der Forderung genutzt werden, bleibt das Risiko, am Ende doch leer auszugehen. Dann hat sich der hohe Aufwand nicht gelohnt, und zu dem Ausfall kommen noch erhebliche Bearbeitungskosten hinzu. Ein effizientes Forderungsmanagement zielt immer darauf ab, den Forderungsverlust für den Gläubiger so gering wie möglich zu gestalten. Dabei bewegt man sich stets in einem Spannungsfeld von Aufwand und Ertrag, denn: Je intensiver die Bearbeitung und je mehr Maßnahmen durchgeführt werden, desto höher sind die Erfolgsaussichten auf hohe Zahlungsrückflüsse, aber desto höher sind auch die Kosten! Auf diese Faktoren, die letztendlich über den »Netto-Erfolg« der Bearbeitung entscheiden, wird in Kapitel 3 »Wirtschaftliche Rahmenbedingungen der Forderungsbeitreibung« ausführlich eingegangen.

Am Beispiel der Bad Homburger Inkasso (BHI) werden in Kapitel 4 »Professionelle Lösungen im Forderungsmanagement« vorgestellt. Im Fokus der Betrachtung stehen sämtliche Prozesse im Forderungsmanagement: Gläubiger, die nach betriebswirtschaftlich sinnvollen Lösungen für den Beitreibungsprozess suchen, ihre zahlungspflichtigen Kunden, mit denen realistische Rückzahlungsvereinbarungen getroffen werden müssen, Sicherheiten, die – bestmöglich vermarktet – den Forderungsverlust erheblich reduzieren sowie die Begleitung und Abwicklung im Rahmen des Insolvenzverfahrens. Nur wenn für all diese unterschiedlichen Anforderungen und Interessen gute Lösungen gefunden werden, sind Inkassomaßnahmen für Gläubiger langfristig erfolgreich und für kooperierende Schuldner umsetzbar. Wie unterschiedlich die Vorgehensweise im Einzelfall sein kann, hängt in hohem Maße davon ab, ob der Schuldner kooperiert oder nicht. Alle Bemühungen sollten deshalb stets darauf abzielen, die Kooperationsbereitschaft des Schuldners zu gewinnen, denn dadurch lassen sich hohe Kosten vermeiden. Verweigern Zahlungspflichtige die Kooperation und Rückzahlung berechtigter For-

derungen, so gilt es, unter Kostengesichtspunkten die Möglichkeiten, die der Gesetzgeber hierfür geschaffen hat, entsprechend umzusetzen. Die Erläuterungen zur Vorgehensweise eines spezialisierten Dienstleisters sind gleichermaßen für Gläubiger wie auch für Zahlungspflichtige interessant. Im besten Fall führen sie zu einem besseren Verständnis der anderen Partei.

Das Forderungsmanagement eines Unternehmens ist ein sehr sensibler und gleichzeitig erfolgsentscheidender Geschäftsprozess, da er unmittelbar die Liquidität des Unternehmens beeinflusst. Die Spezialisierung und Konzentration beim Forderungsmanagement bieten enorme Ertragspotenziale. Dennoch tun sich viele Unternehmen schwer, Dienstleistungen spezialisierter Unternehmen in Anspruch zu nehmen. Dem Entscheidungsprozess für das Outsourcing kommt besonders hohe Bedeutung zu und er entscheidet letzten Endes über den Erfolg einer Auslagerung. Deshalb ist das Kapitel 5 dem Thema »Outsourcing des Forderungsmanagements« gewidmet und beleuchtet die Einfluss- und Erfolgsfaktoren sowie Kosten- und Vergütungsaspekte bis hin zu einer Wirtschaftlichkeitsbetrachtung.

In Kapitel 6 werden »Gesetzliche und vertragliche Rahmenbedingungen für Inkassounternehmen« ausführlich dargelegt und beschrieben. Neben den gesetzlichen Voraussetzungen seriöser Inkassounternehmen werden auch Hinweise gegeben, worauf bei der Vertragsgestaltung besonders zu achten ist und welche Aspekte unbedingt vertraglich geregelt sein sollten. Darüber hinaus kommt dem Datenschutz im Rahmen des Forderungsmanagements eine besonders hohe Bedeutung zu und muss den gesetzlichen Anforderungen, die erläutert werden, entsprechen.

2 Rechtliche Aspekte rund um die Forderung

Ansprüche und Forderungen sind auf einen Leistungsaustausch gerichtet und bestehen in der Regel aus der Verpflichtung zu Leistung und Gegenleistung: Ware, Dienstleistung und Werkleistung gegen Geld, Kreditgewährung gegen Zinsen, Vermietung und Gebrauchsüberlassung gegen Mietzinsen, öffentlich-rechtliche Leistungen oder Verpflichtungen gegen Gebühren, Abgaben oder Steuern. Es handelt sich sozusagen um standardisierte Austauschverhältnisse.

Das schuldrechtliche und öffentlich-rechtliche Rechtsgeschäft ist zunächst ein beiderseitiges Verpflichtungsgeschäft. Die Erfüllung geschieht überwiegend durch Dienstleistungen unterschiedlichster Art und Leistungen im Sinne des Sachenrechts nach BGB.

In aller Regel bestehen die begründeten Rechtsgeschäfte aus dem Verpflichtungsgeschäft, also der Begründung zweier Leistungspflichten, und zweier Erfüllungsgeschäfte, nämlich die Erbringung von Dienstleistung gegen Zahlung sowie Übertragung von Besitz und Eigentum.

Der Begriff »Anspruch« umfasst alle wirtschaftlich messbaren Verpflichtungen, also sowohl Geld- als auch Sach- und Dienstleistungen. Er beschreibt das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, und dies unterliegt nach § 194 Absatz 1 BGB der Verjährung.

Der Begriff der Forderung wird im BGB bei der Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse verwendet. Bei Forderungen besteht die Möglichkeit der Aufrechnung (§ 387 BGB) und Abtretung (§ 398 BGB). Die Aufrechnung setzt die Gleichartigkeit der Leistungen voraus, die gegeneinander aufgerechnet werden können. Bei der Abtretung von Forderungen durch einen Vertrag findet ein Gläubigerwechsel mit Rechtsnachfolge statt. Es handelt sich vornehmlich um Geldforderungen. Gleichartig sind bewegliche Sachen von gleicher Art und Güte. Sie werden auch vertretbare Sachen genannt. Das gilt typischerweise für Geld. Im Sinne des Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG) nach § 2 Absatz 2 bezieht sich die Forderungseinziehung auf die Geltendmachung von Geldansprüchen.

Forderungsmanagement beinhaltet die Durchsetzung von Geldforderungen und von sichernden, sachenrechtlichen Ansprüchen, je nach Ausgestaltung der rechtsgeschäftlichen Beziehungen. Deshalb wird nachfolgend sowohl auf das Schuldrecht als auch auf das Sachenrecht im Hinblick auf die Durchsetzbarkeit von Forderungen ausführlich eingegangen.

2.1 Unterschiedliche Forderungsarten und ihre Durchsetzbarkeit (Von Günter Bandisch)

Eine hohe Komplexität des Forderungsmanagements ergibt sich allein aus der Vielzahl unterschiedlicher Forderungsarten und ihrer rechtlichen Durchsetzbarkeit.

Ansprüche natürlicher und juristischer Personen

Ansprüche auf Gegenleistung aus Warenlieferungen, Dienstleistungen, Werkverträgen, Kreditverträgen, Mietverträgen und Versicherungsverträgen sind in der Hauptsache Forderungen auf Vergütung, vornehmlich in Geld. Sie werden auf dem ordentlichen Rechtsweg nach der Zivilprozessordnung (ZPO) durchgesetzt. Natürliche und juristische Personen treten in rechtlicher Gleichordnung in vertragliche Rechtsbeziehungen zueinander ein.

Ansprüche öffentlich-rechtlicher Körperschaften

Öffentlich-rechtliche Forderungen entstehen dadurch, dass der Staat in seinen Körperschaftsformen Bund, Länder, Kommunen und seinen staatlichen Einrichtungen wie Ämter, Behörden und Justizverwaltungen den genannten Einzelpersonen oder Personengruppen in einer sogenannten Vertikalbeziehung gegenübertritt. Staat und Bürger stehen in einem Über-/Unterordnungsverhältnis zueinander. Deshalb spricht man bei staatlicher Anordnung auch von einem Hoheitsakt, der Ausübung der Staatsgewalt.

Neben dem Erlass von Gesetzen und gerichtlichen Entscheidungen mit Rechtsfolgen zählen sämtliche Verwaltungsakte, wie beispielsweise der Erlass von Gebührenbescheiden, zu den hoheitlichen Aufgaben. Öffentlich-rechtliche Forderungen werden auf dem Weg des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes (VwVG) durchgesetzt und unterscheiden sich darin grundsätzlich von den privatrechtlichen Forderungen. Es gilt der verfassungsrechtliche Grundsatz der Gewaltenteilung nach Art. 20 des Grundgesetzes (GG). Hierbei handelt es sich gewissermaßen um ein Drei-Säulen-Modell aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung.

Alle Forderungsarten können bei Ausbleiben der Zahlungen sowohl außergerichtlich als auch gerichtlich geltend gemacht werden. In letzter Konsequenz bleibt nur die Möglichkeit, gegen den Willen des Schuldners die Forderung auf dem Weg des Justiz- und Verwaltungszwanges durchzusetzen. Dies ist in der Regel mit hohem Zeit- und Kostenaufwand verbunden und wirkt sich negativ auf das öffentliche wie private Gemeinwesen aus. Die Rechtsordnung stellt die legalen Mittel zur streitigen Auseinandersetzung zur Verfügung und sorgt für ihre Durchsetzung mit staatlichem Zwang. Bürger haben dafür die Gegenleistung zu erbringen: sie zahlen Steuern, Gebühren, Abgaben etc.

2.1.1 Forderungen aus Warenlieferungen

Die Pflichten des Kaufvertrages, die bei beweglichen und unbeweglichen Gegenständen und Sachen sowie Rechten entstehen, werden auch bei mündlichen Vertragsabschlüssen begründet, soweit BGB und HGB keine Formvorschrift enthalten.

In der allgemeinen Wirtschaftspraxis, auch bei Geschäften des täglichen Lebens, sollte die Schriftform jedoch stets eingehalten werden, wenn es sich um Geschäfte handelt, bei denen kein sofortiger Leistungsaustausch erfolgt. Denn treten später Streitigkeiten auf, ist die Schriftform für die Beweisführung von Bedeutung. Sind dem abgeschlossenen Vertrag allgemeine Geschäftsbedingungen zugrunde gelegt, so sind diese Regeln ebenso zu beachten. Die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch allgemeine Geschäftsbedingungen sind in §§ 305 bis 310 BGB geregelt.

Praxishinweis zu den Formalien von Rechtsgeschäften

Der alte Satz »wer schreibt, der bleibt« sagt etwas über den Zweck der Rechts- und Beweissicherung aus. Der Gedanke des verbindlichen Handschlags von »Treu und Glaube« verliert sich jedoch zunehmend in der Rationalisierung des Geschäftsverkehrs. Darum sind alle Rechtsgeschäfte, deren Erfüllung nicht unverzüglich Zug um Zug erfolgt, auch ohne entsprechende Vorschrift besser schriftlich zu fixieren.

Rechtlich problematisch kann die Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen in einen konkreten Vertrag sein, da dies in bestimmten Abwicklungsformen zu geschehen hat. Werden diese Formen nicht eingehalten, können sie bei der Begründung von Forderungen

nicht angewendet werden. Dann gelten die sonst üblichen gesetzlichen Vorschriften. Darüber hinaus gibt es eine Reihe von Bestimmungen über Wirksamkeitsvoraussetzungen einzelner Klauseln, der gesamten Geschäftsbedingungen bzw. Voraussetzungen für deren Unwirksamkeit, die vor Geltendmachung einer Forderung zu prüfen sind.

Formvorschriften bei Warenlieferungsgeschäften sind beispielsweise auch einzuhalten, wenn es sich um Haustürgeschäfte handelt. Als schriftliche Grundlage solcher Rechtsgeschäfte gelten Kaufvertrag, Lieferungsschein, Bestätigungsschreiben und Mahnung. Als Wirksamkeitsvoraussetzung besteht die Belehrungsverpflichtung wegen des Widerrufs eines solchen Geschäfts, die schriftlich erfolgen muss.

Der Verkäufer einer Sache verpflichtet sich durch den Kaufvertrag, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Dies geschieht durch Einigung, die in der Regel schon im Vertrag liegt, und durch Besitzverschaffung. Beim Versandkauf nach § 447 BGB trägt der Verkäufer die Gefahr der Versendung, beispielsweise bei Vernichtung durch einen unverschuldeten Unfall. Ausnahme: Der Käufer wünscht die Versendung an einen anderen Ort als den seines Wohnsitzes oder der Niederlassung des kaufenden Unternehmens. In diesem Fall trägt der Käufer die Gefahr des vom Verkäufer nicht verschuldeten Verlustes der versandten Ware. Die Regelkosten der Versendung trägt der Verkäufer nach § 448 BGB, nicht jedoch die Kosten für besondere Wünsche des Käufers im Sinne des § 447 BGB.

Der Käufer übernimmt die Verpflichtung, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen. Er muss also auch zahlen, wenn er die Abnahme grundlos verweigert, weil er sich dann im Annahmeverzug befindet, gemäß Gläubigerverzug nach §§ 293 ff. BGB. Ist die Forderung unstreitig, so ergeben sich in der Regel hieraus keine besonderen rechtlichen Probleme.

Fallbeispiel Das Versandunternehmen Quattro hat eine rückständige Forderung aus einem Kaufvertrag über die Lieferung eines Haushaltsgerätes. Vereinbart ist eine wiederkehrende, festgesetzte Ratenzahlung. Der Käufer ist mit zwei Raten im Rückstand.

Mögliche Einwendungstatbestände des Käufers könnten sein:

- die Geltendmachung von Sachmängeln nach § 434 BGB.
- Rechtsmängel nach § 435 BGB und damit die Begründung von Nacherfüllungs-, Rücktritts-, Minderungs- und Garantieansprüchen nach §§ 434 bis 443 BGB, die gemäß § 444 BGB unter bestimmten Voraussetzungen wiederum einem vereinbarten Haftungsausschluss unterliegen.
- Verjährungstatbestände, die nur auf Einrede des Schuldners rechtlich zu beachten sind.
- Es können die Voraussetzungen für die Anwendung der Vorschriften über so genannte Haustür- und Fernabsatzverträge nach §§ 312 ff. BGB vorliegen, vor allem im Hinblick auf Widerrufs- und Rücktrittsmöglichkeiten sowie Belehrungspflichten darüber gemäß § 355 BGB. Diese wiederum unterliegen auch spezifischen Formvorschriften, die zu beachten und damit zu prüfen sind.
- Es liegt ein Ratenkaufvertrag vor im Sinne des § 501 in Verbindung mit §§ 358, 359, 492 Abs. 1, S. 1 bis 4, § 492 Abs. 2 und 3, § 495 Abs. 1, §§ 496 bis 498 sowie der Vorschriften der §§ 502 ff. BGB. Es gelten besondere Rückabwicklungsregeln mit besonderen Vorschriften des Verbraucherschutzes, insbesondere hinsichtlich des zu erstattenden Kaufpreisanzeils.
- Es können die Vorschriften der §§ 505 ff. BGB über Ratenlieferungsverträge Anwendung finden. Diese müssen schriftlich abgeschlossen werden. Die gesetzlichen Bestimmungen enthalten Verbraucherschutzregelungen, die streng zu beachten sind. Sie gelten gemäß § 13 BGB nur für natürliche Personen, die ein Rechtsgeschäft weder in gewerblicher noch

in selbstständiger Tätigkeit abschließen. Sie gelten nicht für Rechtsgeschäfte der Verbraucher untereinander.

Praxishinweis zum Verbraucherbegriff

Auch der Unternehmer und Freiberufler ist Verbraucher im Sinne dieser Regelungen mit allen Schutzrechten, wenn er entsprechende Rechtsgeschäfte für seinen persönlich-privaten Lebensbereich abschließt.

2.1.2 Forderungen aus Dienstleistungen

Die Merkmale eines Dienstvertrages bestehen darin, dass der Dienstverpflichtete die vertraglich vereinbarten Leistungen übernimmt. Der sogenannte Dienstberechtigte verpflichtet sich zur Zahlung der vereinbarten Vergütung und Annahme der vereinbarten Dienstleistung. Hierbei handelt es sich um ein Verpflichtungsgeschäft.

Die Erfüllung besteht

- in ordnungsgemäßer Erbringung der Dienstleistung in der vereinbarten Zeit,
- in der Zahlung der Vergütung und Entgegennahme der Dienste.

Erfüllungsleistungen, die Vergütungsforderungen begründen, können sein:

- Geschäftsbesorgung durch Rechtsanwalts-, Inkasso-, Steuerberatungs-, Wirtschaftsprüfungs-, Unternehmensberatung sowie
- Leistungen der Reiseveranstalter, Kulturveranstalter, Versicherungen, Banken und Sparkassen, sonstige Finanzdienstleister, Makler sowie Notare.
- Sonstige freiberufliche Leistungen von Architekten, Ärzten, Krankenhäusern, Kliniken, Altersheimen.
- Erfüllungsansprüche und Ansprüche aus Leistungsstörungen.

Das Dienstverhältnis ist in der Regel ein Dauerschuldverhältnis, in dem entweder gesetzlich geregelte Kündigungsbestimmungen gelten oder, soweit zulässig, andere Kündigungsregelungen vereinbart sind.

§ 612 BGB regelt die Vergütung ähnlich wie das Werkvertragsrecht, in dem es bei Fehlen einer ausdrücklichen Vergütungsvereinbarung sich an der Höhe der Vergütung an einer Taxe, etwa einer zugelassenen und festgelegten Gebührenordnung wie beispielsweise für Ärzte, Rechtsanwälte und Architekten ausrichtet. Fehlt es daran, so gilt die verkehrübliche Vergütung als vereinbart. Sie muss im Streitfall durch Sachverständige bestimmt werden.

Wesentliches Merkmal des Dienstleistungsvertrages ist die Weisungsberechtigung des Dienstberechtigten, insbesondere dessen Entscheidungsfreiheit über Art und Weise der zu leistenden Dienstverrichtung, begrenzt vor allem durch §§ 134 und 138 BGB bei Gesetzeswidrigkeit und Sittenwidrigkeit. In der Weisungsberechtigung liegt das wesentliche Unterscheidungsmerkmal zu dem Vertragstypus der Werkverträge, die für die Leistungen der Unternehmer in eigener freier Verantwortung und dementsprechender Haftung erfolgsorientiert sind.

Es gibt darüber hinaus eine Reihe von Mischformen beider Vertragstypen, wie in § 675 BGB über die entgeltliche Geschäftsbesorgung geregelt. Danach können sowohl Vorschriften des Dienst- als auch des Werkvertragsrechtes in solche Verträge gestaltend einbezogen werden.

Die Bestimmungen über den Geschäftsbesorgungsvertrag finden vor allem Anwendung auf freiberuflich tätige Rechtsanwälte, Rechtsbeistände, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer sowie für gewerblich tätige Inkassounternehmen.

Ein typischer Dienstleistungsvertrag ist der Arbeitsvertrag, der jedoch in einer Fülle von zusätzlichen gesetzlichen Regelungen inhaltlich vorgegeben ist, im Bereich des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts. Das sind im individuellen Bereich z.B. Kündigungs-, Urlaubs- und Arbeitsschutzbestimmungen sowie im Kollektivbereich z.B. das Recht der Tarifverträge und der Betriebsräte.

Fallbeispiel Die Service-Master-Gesellschaft bürgerlichen Rechts übernimmt für eine Vielzahl von Grundstückseigentümern die Pflege von Vorgärten und die Verkehrssicherung der Fußwege vor Grundstücken. Leistungen und ihre Vergütung sind in einem Leistungskatalog gemäß einzelner Dienstleistungsverrichtungen detailliert festgelegt. Gegenüber Auftraggebern, die in Zahlungsverzug geraten sind, macht die Service-Master-Gesellschaft ihre Vergütungsbeträge geltend.

Mögliche Einwendungstatbestände des Vergütungsschuldners könnten sein:

- Eine nicht vollständig erbrachte Leistung mit Kürzungsmöglichkeiten der Vergütung. Vergütung gemäß §§ 280 Abs. 1, 249, 276, 628 BGB.
- Eine verspätet erbrachte Leistung begründet den Verzug und den Anspruch auf Ersatz des darauf beruhenden Schadens gemäß §§ 280 Abs. 2, 286, 288 BGB.
- Eine schlecht erbrachte Leistung (Schlechterfüllung) und daraus resultierende Schadensersatzansprüche oder Vergütungsminderungen §§ 280 Abs. 1, 249, 276, 628 BGB.
- Der Vergütungsanspruch verjährt gemäß §§ 195 ff. BGB.

2.1.3 Forderungen aus Werkverträgen

Die Merkmale des Werkvertrages sind in § 631 BGB beschrieben. Der Unternehmer verpflichtet sich zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung und Abnahme des Werkes. Das wesentliche Merkmal für die rechtliche Einordnung als Werkvertrag ist die Herstellung oder Veränderung einer Sache oder ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg.

Dies können beispielsweise Bauleistungen an Immobilien sein, die sich auf die Herstellung ganzer Gebäude mit allen Leistungsbestandteilen wie Planung, Ausführung und Bauleitung beziehen. Werklieferungsverträge umfassen die Herstellung von Waren und die gesetzlichen sowie vertraglichen Erfüllungs- und Mängelansprüche und Ansprüche aus Leistungsstörungen.

Während für den Dienstvertrag nach § 611 BGB die Arbeitsleistung und Weisungsabhängigkeit des Dienstleiters charakteristisch ist, beinhaltet ein Werkvertrag den vereinbarten und herbeizuführenden Erfolg, für den der Werkunternehmer, der in der Regel nicht von Weisungen im Sinne eines Arbeitsvertrages abhängig ist, einzustehen und zu haften hat.

Das BGB geht davon aus, dass der sogenannte Besteller die Vergütung zu zahlen hat. Selbst wenn die Höhe nicht vereinbart ist, gilt nach § 632 BGB die Vergütung als stillschweigend vereinbart. Sie besteht dann bei Vorliegen einer Taxe, wie zum Beispiel einer staatlichen Gebührenordnung, wie etwa die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) in den dort festgelegten Vergütungssätzen. Liegt eine solche Taxe nicht vor, so ist die verkehrssübliche Vergütung als vereinbart anzusehen.

Praxishinweis für **Kostenvoranschläge**: Eine Vergütung für einen erstellten Kostenvoranschlag wird im Zweifel nur dann geschuldet, wenn sie vorab ausdrücklich vereinbart war.

Eine vereinbarte oder wie vor ermittelte Vergütung darf nur dann angepasst werden, beispielsweise bei Tariflohnerhöhungen, wenn dies vereinbart ist. Der Kalkulationsirrtum des Unternehmers ist nicht relevant und ermöglicht nicht die Erhöhung der vereinbarten Vergütung.

Es können unterschiedliche Preisgestaltungen nach der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) vereinbart werden:

- **Einheitspreis nach VOB:** Die Vertragsparteien vereinbaren entsprechend der Positionen des Leistungsverzeichnisses die auszuführenden Leistungen in Menge und Masse zu den vertraglichen Preisen für jede Einheit. Die Bemessung der Höhe folgt aus Aufmaß oder Zeitaufwand.
- **Pauschalpreis nach VOB:** Die Vergütung ist pauschal im Vertrag für die zu erbringende Leistung bzw. das Leistungsziel festgelegt. Hierbei handelt es sich um eine Vergütung für eine Gesamtleistung. Werden Leistungsmassen im Vertrag angegeben, so kann allerdings bei wesentlichen Veränderungen der Massen eine Preisanpassung von beiden Parteien verlangt werden. Allerdings, so die Rechtsprechung, können Abweichungen bis 20 Prozent nach oben oder unten, unter Beachtung von Billigkeitsgesichtspunkten, ähnlich der Handhabung vom Kostenvoranschlag, ohne Preisangleichung hingenommen werden. Entstehen hieraus Streitigkeiten, ist es oftmals zweckmäßig, Sachverständige oder Schiedsgutachter nach §§ 317 ff. BGB einzuschalten, um Zeitverlust und Kosten zu vermeiden. Sie ermitteln im Rahmen der Billigkeit verbindliche Lösungen, die nach dem Gesetz nur dann angefochten werden können, wenn grobe Verstöße im Verfahren vorliegen, etwa die Missachtung der Neutralität oder von der Billigkeit abweichende Lösungen, die nach höchstrichterlicher Rechtsprechung mehr als 20 bis 25 Prozent von der mittleren Lösung abweichen. Die Beurteilung, ob solche Fehler eines Schiedsgutachtens vorliegen, muss dann bei Fortsetzung der Streitigkeiten durch ein Gericht geklärt werden.
- **Festpreis:** Der Begriff ist nicht gesetzlich festgelegt, er wird in der Praxis gelegentlich für den eigentlich gemeinten Pauschalpreis verwendet. Es ist in der Praxis eine Frage der Vertragsauslegung, was die Parteien damit gemeint haben.

Die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) besteht aus drei Teilen: A, B und C. Sie ist ein privatrechtliches Regelwerk für die Bauwirtschaft und findet nur Anwendung, wenn in Werkverträgen Regelungen der VOB vereinbart wurden.

Die Beweislast für die Anwendung trifft immer denjenigen, der sich darauf beruft. Teil B enthält alle standardmäßigen Regelungen über den Abschluss und die Abwicklung von Bauvorhaben, wobei davon abweichende Individualvereinbarungen zulässig sind. Stehen sie im deutlichen Widerspruch zu den Vorschriften der VOB, so können sich Fragen im Hinblick auf die Wirksamkeit des Vertrages oder von Teilen des Vertrages ergeben, beispielsweise zum offenen und versteckten Einigungsmangel, dem sogenannten Dissens, nach §§ 154, 155 BGB.

Abschlagszahlungen nach § 632 a BGB kann der Werkunternehmer von dem Besteller für in sich abgeschlossene Teile eines Werkes verlangen. Es gilt die Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen vom 23. Mai 2001.

Fallbeispiel Das holzverarbeitende Unternehmen SKANDINAVIA errichtet auf dem Grundstück des Eigentümers einen Anbau und liefert die dazu hergestellten Möbel und Einrichtungsgegenstände: Der Eigentümer als Schuldner verweigert die Zahlung der letzten vereinbarten Vergütungsrate mit der Begründung, an dem Anbau lägen statische Mängel vor und die Möbel seien nicht vollständig geliefert worden.

Nur bei der Bauleistung liegt ein Werkvertrag vor, bei der Möbellieferung handelt es sich um einen Kaufvertrag. Solche Vertragsregelungen, die mehrere Vertragstypen enthalten, sind

in der Praxis häufig. In solchen Fällen werden für jeden Vertragsbestandteil die dafür vereinbarten oder gesetzlichen Regelungen angewendet. Soweit gesetzliche Regelungen nicht zwingend und unabdingbar sind, gehen die vertraglichen Vereinbarungen vor. Mit Zunahme der Verbraucherschutzregelungen im Zivilrecht, die in der Regel zwingend sind, wird diese Vertragsfreiheit in unserem Rechtswesen zurückgedrängt.

Mögliche Einwendungstatbestände des Eigentümers als Schuldner könnten sein:

- Er beruft sich darauf, dass ein Festpreis vereinbart ist und Forderungen für zusätzlich erbrachte Leistungen in Rechnung gestellt werden, die nicht vereinbart waren.
- Das in der Rechnung zugrunde gelegte Aufmaß stimmt nicht und ist zu hoch; die Arbeitsstunden sind nicht in angegebener Höhe erbracht.
- Nicht alle vereinbarten Leistungen sind ausgeführt worden.

Diese Einwände können zur Forderungsminderung führen. Beweispflichtig ist der Werkunternehmer.

Ein weiterer möglicher Einwendungstatbestand könnte sein:

- Das Werk entspricht im gegenwärtigen Zustand nicht der vereinbarten Gestaltung. Trotz erfolgter Fristsetzung ist die Mangelbeseitigung nicht erfolgt. Hieraus könnten sich Zurückbehaltungsrechte nach §§ 273, 274 BGB ergeben und Aufrechnungsansprüche nach §§ 387 ff BGB hergeleitet werden.

Ein Bauunternehmer hat nachfolgende Möglichkeiten der Forderungssicherung.

Eintragung einer Sicherungshypothek

§ 648 BGB ermöglicht die Eintragung einer Sicherungshypothek zugunsten des Bauunternehmers für seine Forderungen aus dem Vertrag. Dies gilt nur dann, wenn sich die Forderung gegen den Eigentümer des Grundstücks richtet und mit ihm auch der Vertrag abgeschlossen ist. Solange das Bauwerk noch nicht vollendet ist, kann der Unternehmer die Einräumung der Sicherungshypothek für einen Teil der geleisteten Arbeit und der entsprechenden Vergütung verlangen. Dies gilt ebenso für Auslagen der Materialbeschaffung und gegebenenfalls der Kosten für erwirkte Genehmigungen im Auftrag des Eigentümers.

Diese Regelung gilt nach § 648 Abs. 2 BGB auch für Werkverträge, die den Bau oder die Ausbesserung eines Schiffes zum Gegenstand haben. Überhaupt gelten in der Rechtsordnung die Bestimmungen über Grundstücke analog für Schiffe, soweit sie in das Schiffsregister eingetragen sind.

Bauhandwerkersicherung

Bei der Bauhandwerkersicherung nach § 648 a BGB verlangt der Bauunternehmer vom Besteller Sicherheit für die von ihm zu erbringenden Vorleistungen einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen. Er verweigert nach erfolglosem Ablauf der Zahlungsfrist seine Leistung.

Die Ausgestaltungsmöglichkeiten dieser Sicherheit sind im Gesetz beschrieben. Sie können durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines Kreditinstitutes oder Kreditversicherers geleistet werden. Der Unternehmer hat dem Besteller die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung bis zu einem Höchstsatz von 2 Prozent für das Jahr zu erstatten. Diese Regelung gilt nicht, soweit eine Sicherheit wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Vergütungsanspruch aufrechterhalten werden muss und die Einwendungen sich als unbegründet erweisen.

Diese Form der Sicherung schließt den Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek aus. Leistet der Besteller die Sicherheit nicht fristgemäß, so kann der Unternehmer vom Vertrag zurücktreten und Schadensersatz in Höhe des sogenannten Vertrauensschadens verlangen. Dieser richtet sich in der Regel auf die im Vertrauen auf die Durchführung des Vertrages gemachten Aufwendungen oder den dadurch konkret erlittenen Verzicht auf andere Aufträge.

Praxishinweis für Bausicherungsmöglichkeiten: Bemerkenswert ist, dass diese Sicherungsvorschriften nicht gelten, wenn der Besteller eine juristische Person des öffentlichen Rechts, ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen oder eine natürliche Person ist, die die Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses ausführen lässt. Sie gelten dann wiederum, wenn bei der Betreuung des Bauvorhabens ein ermächtigter Baubetreuer des Bestellers tätig ist, der über die Finanzierungsmittel verfügt. Die Bestimmungen des § 648 a Abs. 6 BGB sind vertraglich nicht abdingbar. Das bedeutet, dass abweichende Vereinbarungen im Sinne des § 134 BGB gesetzeswidrig und damit unwirksam sind.

Unternehmerpfandrecht

Das Unternehmerpfandrecht nach § 647 BGB ist ein gesetzlich geregeltes Pfandrecht. Der Unternehmer hat für alle vertraglichen Forderungen ein Pfandrecht an hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers, bis dieser seiner Zahlungsverpflichtung nachkommt.

Fallbeispiel Eine Kfz-Reparaturwerkstatt hat das Pfandrecht an dem reparierten Fahrzeug, bis die Zahlung erfolgt. Hierbei handelt es sich um ein sogenanntes Besitzpfandrecht, das nur dann ausgeübt werden kann, wenn der Unternehmer den Besitz an der hergestellten oder ausgebesserten Sache hat. Um das Unternehmerpfandrecht gutgläubig zu erwerben, muss der Besteller nach der Rechtsprechung auch Eigentümer des Gegenstandes sein.

Sonstige Verfahrensmöglichkeiten

Weiter sind hier anzuwenden die Verfahrensmöglichkeiten einer einstweiligen Verfügung nach §§ 935 ff. ZPO und Regelungen nach dem sogenannten Forderungssicherungsgesetz, um die vorgenannten Sicherungsbestimmungen durchzusetzen.

Die Sach- und Rechtsmangel-Haftung richtet sich nach den §§ 633 ff. BGB und VOB/B. Der Unternehmer schuldet eine Werkleistung mit der vereinbarten Beschaffenheit. Diese liegt vor, wenn das Werk die vertraglich vorausgesetzte Beschaffenheit aufweist oder zumindest für die gewöhnliche Verwendung geeignet ist. Als Maßstab gilt die übliche Beschaffenheit von Werken gleicher Art, die der Besteller deshalb erwarten kann.

Rechtsfolgen bei bestehenden Mängeln sind:

- Nachbesserung der Werkleistung durch den Hersteller nach § 635 BGB,
- Mängelbeseitigung durch den Besteller bei erfolgloser Fristsetzung zur Mängelbeseitigung durch den Hersteller nach § 637 BGB,
- Rücktritt vom Vertrag nach §§ 636, 323 und 326 Abs. 5 BGB,
- Minderung der Vergütung gemäß § 638 BGB sowie
- Anspruch aus Schadensersatz nach den §§ 636, 280, 281, 283, 284 und 311a BGB. Diese Ansprüche verjähren gemäß § 634 a BGB nach zwei Jahren ab Abnahme des Werkes, dessen Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache oder in der