

## Możliwości zabezpieczeń i gwarancji przy wykonaniu umowy o dzieło w Niemczech

1. Gwarancja zaliczkowa
2. Hipoteka rzemieślnicza – § 648
3. Gwarancja płatnicza – § 648a
4. Ochrona pieniędzy budowlanych – § 1 GSB
5. Odpowiedzialność poręczycielska zleceniodawcy za pensję minimalną – § 1a AEntG
6. Zabezpieczenia gwarancyjne
7. Podsumowanie

0049 8926024296  
8526026498  
mec. Witold Ulatowski

### 1. Gwarancja zaliczkowa

Rozpoczęcie kontraktu dla wykonawcy jest związane z regułą z dużymi nakładami finansowymi. W szczególności opłaty za zezwolenia na pracę, ubrania robocze, narzędzia oraz materiały muszą być często sfinansowane przez wykonawcę przed rozpoczęciem prac na kontrakcie budowlanym.

#### Gwarancja zaliczkowa

- Możliwości negocjacyjne
- Możliwości ekonomiczne
- Sytuacja przetargowa
- Argumenty za:
  - ◆ Pensja minimalna
  - ◆ Kasa urlopowa
  - ◆ Opłaty za zezwolenia

Wykonawca musi ponadto liczyć się z tym, że pierwsze dwa miesiące pracy na budowie musi sfinansować z własnych środków. Mając na uwadze ten fakt wykonawca finansuje z reguły budowę zleceniodawcy w daleko idącym zakresie.

W ramach negocjacji handlowych przy zawarciu kontraktu należy to uwzględnić w szczególności aspekcie ryzyka upadłościowego zleceniodawcy. W ramach negocjacji kontraktowych z reguły istnieją możliwości wynegocjowania zaliczki na rozpoczęcie kontraktu. Zleceniodawca na ogół zdaje sobie sprawę z faktu, że wykonawca ma ograniczoną płynność finansową. Uzyskanie zaliczki choćby na opłatę zezwoleń na pracę zasadniczo polepszy sytuację wykonawcy przy

rozpoczęciu prac budowlanych.

W sytuacji kiedy w niemieckim budownictwie w okresie roku odnotowano 8 000 upadłości warto negocjować inną formę zaliczki – mianowicie stałą zaliczkę na okres trwania kontraktu opartą o gwarancję bankową wykonawcy. Poważny kontrahent będzie skłonny rozważyć taką możliwość, uzyskując w ten sposób gwarancję dobrego wykonania. Należy również uwzględnić fakt, że po wejściu polski do Unii zleceniodawca jest zobowiązany uznać gwarancję polskiego banku. Często jednak polskie banki lub firmy ubezpieczeniowe współpracują z niemieckim i są w stanie wystawić również gwarancję potwierdzoną przez niemiecki bank.

W przypadku wynegocjowania odpowiedniej regulacji kontraktowej i uzyskania gwarancji bankowej w wyniku dokonanej przedpłaty zleceniodawcy powstaje zabezpieczenie płatnicze gotówkowe na czas trwania kontraktu. Tego typu rozwiązanie handlowe gwarantuje większe bezpieczeństwo płatnicze przy realizacji kontraktu.

### 2. Hipoteka rzemieślnicza – § 648

Jeżeli wykonawca buduje na nieruchomości zleceniodawcy, ma prawo wpisu hipoteki zabezpieczeniowej do księgi wieczystej zleceniodawcy (§ 648 BGB). Zabezpieczenie może nastąpić jedynie do wartości już wykonanych prac.

Istnieje również możliwość dokonania wpisu w drodze postępowania zabezpieczeniowego nawet bez wiedzy zleceniodawcy- właściciela nieruchomości. Wpis taki powoduje z reguły, że zleceniodawca od razu jest dużo bardziej gotowy do podejmowania rozmów związanych z uregulowaniem należności.

### 3. Gwarancja płatnicza – § 648a

Jest to dzisiaj najważniejszy instrument prawny zabezpieczenia roszczeń przez wykonawcę. Przepis kodeksu cywilnego § 648a BGB przewiduje możliwość dla wykonawcy rozwiązania kontraktu w przypadku nieprzedłożenia gwarancji bankowej przez zleceniodawcę. Ustawa przewiduje, że gwarancja może być przedłożona w różnej formie, np. w formie

#### 4. Ochrona pieniędzy budowlanych - § 1 GSB

Jeżeli zleceniodawca uzyskał od inwestora wynagrodzenie sfinansowane przez bank i zabezpieczone w formie hipoteki lub długu ziemskiego, wynagrodzenie to jest chronione nawet w przypadku upadłości zleceniodawcy, który ma obowiązek udokumentować wykorzystanie pieniędzy na przewidziany cel. W tym zakresie za wykorzystanie tych pieniędzy odpowiadają wszystkie osoby fizyczne nimi dysponujące. Do nich zaliczany jest zarząd spółki, prokurenci, inne osoby wykonujące usługę budowlaną w oparciu o Baugeld.

Udokumentowanie wykorzystania Baugeldu może nastąpić tylko na podstawie specjalnej książki do Baugeldu. Ponieważ z reguły nikt jej nie prowadzi, zleceniodawca lub osoba odpowiedzialna nie będzie potrafiła udokumentować rozdysponowania pieniędzy na budowie.

#### 5. § 1a AEntG odpowiedzialność poręczycielska zleceniodawcy za pensję minimalną

Zleceniodawca odpowiada za zapłatę pensji minimalnej pracowników fizycznych budowlanych wykonawcy na podstawie § 1a AEntG, pod warunkiem, że są wykonywane przez zleceniobiorcę przeważnie roboty budowlane i zleceniodawca zlecił również prace budowlane, to wówczas powstaje jego odpowiedzialność za pensję netto dla pracowników fizycznych wykonawcy.

##### Odpowiedzialność poręczycielska zleceniodawcy za pensję minimalną

- Zakres obowiązywania w budownictwie
- Co robić, gdy zleceniodawca nie płaci a pracownicy się buntują
- Możliwości ochrony dla przedsiębiorcy przed i po upadłości
- Sposoby reagowania na zagrożenia na dużej budowie w Niemczech

§ 1a AEntG jest jednym z najskuteczniejszych środków nacisku na zleceniodawcę jeżeli ten nie jest gotów zapłacić pensji pracowników w terminie. Ostatecznie żaden zleceniodawca nie chce stanąć w sytuacji, w której 20 czy 30 pracowników złoży przeciwko niemu pozwy do sądów pracy. Możliwość jego obrony z punktu widzenia prawnego są niewiel-

kie. W szczególności nie może zarzucić pracownikom, że jakość wykonanej usługi jest niezadowolająca.

W dotychczasowych procesach prowadzonych na tej podstawie zawsze udawano się uzyskać wynagrodzenie dla pracowników. Należy przypominać również, że taka sama odpowiedzialność zleceniodawcy istnieje wobec kasy urlopowej ULAK. Podobna odpowiedzialność istnieje wobec ubezpieczyciela społecznego, również zagranicznego, tzn. ZUS na podstawie przepisu § 28e SGB IV.

W tej sytuacji na podstawie przepisów istnieje możliwość uratowania dużej części roszczenia potrzebnej w szczególności do pokrycia kosztów pracowniczych. Jeżeli więc zleceniodawca wypowie kontrakt, a sytuacja dowodowa dotycząca roszczeń jest trudna, warto przemyśleć zastosowanie tych przepisów.

#### 6. Zabezpieczenia gwarancyjne

Z reguły strony ustalają w umowie o dzieło, że zleceniodawca ma prawo zatrzymać kwotę 5% z sumy rachunku końcowego na okres pięciu lat na poczet roszczeń gwarancyjnych. Zabezpieczenie to może być jednak zwolnione za pomocą gwarancji bankowej lub konta bankowego na dwie osoby, tzw. sperrkonto. Wiele firm nie wykorzystuje tych możliwości, a zleceniodawca ogłasza w przeciągu okresu pięcioletniej gwarancji upadłość i kwota gwarancyjna przepada. Aby uniknąć tego typu problemów, można zaważać zleceniodawcę do stworzenia sperrkonto w odpowiednim terminie, a w przypadku niedotrzymania terminu zagrozić wymagalnością zapłaty bez konieczności przedkładania zabezpieczeń. Taka możliwość wynika z § 17 Nr 6 ust. 3 VOB/B.

Również przedłożenie gwarancji bankowej w zamian za wypłatę zabezpieczenia na konto wykonawcy stanowi zabezpieczenie dla wykonawcy i pomimo kosztów jest to lepsze rozwiązanie niż ryzyko utraty całej sumy. W tym zakresie należy wskazać, że zleceniodawcy często załączają do umowy gotową treść gwarancji bankowej i oczekują, że bank wykonawcy taką gwarancję wystawi. Jednak należy wskazać, że wiele tego typu wzorów jest nieważne. W szczególności są dzisiaj nieskuteczne gwarancje na pierwsze żądanie (auf erstes Anfordern). W takim przypadku bank też nie ma prawa zapłacić na podstawie takiej prawnie niedopuszczalnej gwarancji. W tym zakresie należałoby sprawdzić treść już dzisiaj wystawionych gwarancji.

#### 7. Podsumowanie

Wbrew panującej wśród wielu firm opinii, istnieją skuteczne metody nacisku na zleceniodawcę, w celu zabezpieczenia roszczeń. Warto je stosować w praktyce i w zależności od sytuacji wykorzystywać właściwe środki, aby w danej sytuacji uniknąć ryzyka utraty wypracowanego wynagrodzenia. ■

**Zabezpieczenie płatności  
zgodnie z § 648a BGB**

- Umowa o dzieło
- Prawo do żądania zabezpieczenie
- Wielkość zabezpieczenia
- Forma zabezpieczenia
  - ◆ Gwarancja bankowa
  - ◆ Poręczenie firmy ubezpieczeniowej
  - ◆ Cesja na zabezpieczenie
  - ◆ Inne formy gwarancji płatnościowej

**Skutki nieprzedłożenia gwarancji  
z § 648 a**

- Skutki finansowe dla wykonawcy:
  - ◆ Rozwiązanie umowy
  - ◆ Wynagrodzenie za kontrakt
- Skutki w upadłości zleceniodawcy po przedłożeniu
  - ◆ Zabezpieczenie roszczeń przed syndykiem
- Możliwości obrony zleceniodawcy
  - ◆ Tylko w przypadku zawartej umowy gwarancyjnej – gwarancja wykonania

poręczenia bankowego lub dokonanego przez firmę ubezpieczeniową. Może też być wybrana inna forma np. cesja roszczeń wobec zleceniodawcy publicznego, jeśli wykonawca wyrazi zgodę.

Wykonawca musi zawiadomić zleceniodawcę o przedłożeniu gwarancji w wyznaczonym terminie. Po jego upływie może wyznaczyć zleceniodawcy drugi termin i oświadczyć, że po jego upływie uważa umowę za rozwiązaną, jeśli gwarancja nie zostanie przedłożona. Po upływie wyznaczonego terminu umowa jest uważana za rozwiązaną z mocy ustawy.

Zleceniodawca jest zobowiązany wypłacić odszkodowanie w formie pozostałego wynagrodzenia po potrąceniu zaoszczędzonych kosztów.

Wysokość kwoty gwarancyjnej nie jest ustawowo uregulowana, niewątpliwie jest jednak dopuszczalne zawiązanie do przedłożenia gwarancji w wysokości nawet 20% wartości kontraktu. Gwarancja może zostać żądana przez wykonawcę w każdym etapie realizacji kontraktu. Nawet po dokonanej odbiorze istnieje możliwość żądania gwarancji. Wskazane jest to szczególnie przy usuwaniu usterek, gdy niezapłacone rachunki opiewają na wysoką kwotę.

Roszczenie to ma charakter ustawowy i nie może być wykluczone w umowie. Opłaty za wystawioną gwarancję ponosi wykonawca. Często odpowiedzią na zawiązanie dokonane przez wykonawcę do przedłożenia gwarancji z § 648a BGB jest zawiązanie zleceniodawcy do przedłożenia gwarancji wykonawstwa przez wykonawcę. Nie zawsze jest to jednak żądanie uzasadnione. Uzasadnienie takiego zawiązania jest możliwe tylko, jeżeli umowa taką gwarancję przewiduje lub na podstawie umowy, w której § 17 Nr 1 VOB/B ma zastosowanie w zawartej umowie istnieje odpowiednia regulacja. Jeżeli prace są wykonane i nastąpił odbiór, brak jest podstawy do żądania takiej gwarancji.

Tak więc bez jednoznacznej regulacji zleceniodawca nie może wymagać od wykonawcy gwarancji dobrego wykonania. Wykonawca może jednak w każdej chwili domagać się przedstawienia zabezpieczenia w rozumieniu § 648a BGB. Uzyskanie takiej gwarancji chroni wykonawcę przed niewypłacalnością zleceniodawcy.

**Zakres obowiązywania § 648a**

- Przed odbiorem
- Po odbiorze
- Konsekwencje nie przedłożenia w wyznaczonym terminie
- Termin ponowny
- Prawo do wstrzymania świadczenia usługi
- Rozwiązanie kontraktu z mocy ustawy



## Wnioski

Zarówno zakres kontroli, jak i ich częstotliwość wskazują na szczególne zainteresowanie państwa niemieckiego stworzeniem faktycznych podstaw do pobierania opłat socjalnych w Niemczech. W tym zakresie firmy powinny być odpowiednio przygotowane do przeprowadzania kontroli. Z reguły wydaje się, że nie stanowi to większego problemu dla przedsiębiorstwa polskiego, aby przy oddelegowywaniu pracowników przestrzegać za trudnienia przynajmniej na okres dziewięćmiesięczny.

Wskazane jest, aby pracownik w kraju pozostawał zatrudniony przez dalszy okres kilkumiesięczny lub stały w swoim zakładzie produkcyjnym, aby po odpowiednim okresie pobytu w kraju umożliwić mu ewentualnie powrót na delegację do Niemiec.

Tego typu forma zatrudnienia gwarantuje, że pracownik jest w firmie zatrudniony na stałe i również wykonuje pracę na terenie kraju, a więc jest zatrudniony w zakładzie macierzystym i związany ze swoim pracodawcą więzami stałymi.

Jednocześnie następuje dużo intensywniejsze związanie pracownika z firmą, który jest w firmie na stałym etacie i w tym zakresie może dalej pracować na rzecz przedsiębior-

stwa. Tego typu pracownik z reguły nie podejmuje działania na szkodę firmy, jest to więc stosunkowo korzystna forma utworzenia więzi pomiędzy pracodawcą a pracownikiem.

Obrona firmy w oparciu o prawo europejskie może okazać się w niektórych sytuacjach trudna ze względu na to, że postępowanie karne jest związane z szeregiem sankcji w trakcie jego trwania, które często mogą wyrządzić w przedsiębiorstwie szkody trudne do naprawienia.

W związku z tym firma – myśląc w sposób przewidujący o przyszłości – nawet w obliczu prawnej dopuszczalności pewnych konstrukcji prawnych nie powinna z nich korzystać.

## Podsumowanie

Niefachowe lub niestarannie przygotowane oddelegowanie pracowników do Niemiec wiąże się z reguły z wieloma trudnościami i wcześniej lub później z kontrolami urzędów celnych i wszczęciem dochodzeń przeciwko osobom odpowiedzialnym w spółce za jej działalność. W interesie przedsiębiorstwa jest zatem oddelegowanie pracowników na zasadach zgodnych z prawem. Szczególna staranność w tym zakresie jest nieodzowna, gdyż w przeciwnym przypadku konsekwencje mogą być nieobliczalne.

## Niemieckie obyczaje handlowe

**W** Niemczech obowiązują nieco odmienne niż w Polsce wzory zachowań i postępowan osób, tzw. „standardy kulturowe” przekładające się na obyczaje handlowe w biznesie. Podczas gdy w Polsce kładzie się większy nacisk na kontakty interpersonalne, Niemcy preferują z kolei sferę problemową. W życiu zawodowym Niemców kwestie rzeczowe, tj. przedmiot sprawy (do załatwienia) są decydujące. Rzeczowość i fachowość są tu preferowanymi i cenionymi u partnera zachowaniami; w przeciwnym razie trudno oczekiwać od partnera niemieckiego wzajemności w postaci szacunku i dobrych osobistych stosunków. We wzajemnej komunikacji Niemcy preferują formę pisemną, przed ustną.

W Niemczech spotyka się mnogość różnego rodzaju reguł postępowania, przepisów, zarządzeń i norm prawnych. Niemcy trzymają się ich z upodobaniem widząc w tym gwarancję na uniknięcie niepotrzebnych błędów i strat oraz na osiągnięcie optimum. Stąd Niemiec jest z reguły dobrze zorganizowany; wszystko planuje, strukturyzuje i ujmuje w harmonogram działań. Do tego dochodzi jeszcze dokładne wykonywanie wszelkich decyzji i poleceń. Stąd m. in. bierze się wysoka ocena (m. in. i w Polsce) marki „Made in Germany” i niemieckiej jakości. Obowiązkowości Niemców towarzyszy też duża lojalność wobec pracodawcy.

Niemcy wysoko cenią sobie czas. Stąd precyzyjne planowanie zadań i wykonywanie obowiązków, koncentracja na rzeczach istotnych, podstawowych. Często pracują oni powoli, co rodzi podejrzenie o powolność, jednak systematycznie, krok po kroku. Starają się oni przy tym nie rozpraszać, lecz koncentrują się w swojej pracy na rzeczach istotnych, podstawowych. Punktualność, terminowość, niezawodność u partnera są tu w wysokiej cenie i budują wzajemne zaufanie. W razie nieprzewidzianych zakłóceń i zmian partner niemiecki lubi o tym wcześnie wiedzieć. Terminy zawodowe (ale i prywatne) są bezwzględnie wiążące.

Niemcy z zasady rozgraniczają sferę zawodową od prywatnej. Kontakty zawodowe przekładają się tu na sferę prywatną tylko w określonych sytuacjach (np. w razie uznania partnera za osobistego przyjaciela). Niemcy mają w Polsce opinię pewnych siebie. Tacy przynajmniej chcą być też Niemcy w kontaktach zawodowych, kompetentni i pewni siebie. Starają się oni przy tym hamować swoje uczucia i emocje, czemu z kolei upust dają sobie w życiu prywatnym. Normą w Niemczech jest, aby formalizować działania zawodowe, tj. kanalizować ważne rzeczy w określone procedury i harmonogramy. Stąd wielość różnego rodzaju narad, odpraw i dyskusji, protokołów, sprawozdań itp.

*Z opracowania „Rynek niemiecki – poradnik dla eksporterów i inwestorów” WEH Ambasady RP w Berlinie*