

## **Vortrag**

# **„Neuregelungen im Baurecht durch das Forderungssicherungsgesetz (FoSiG)“**

## **Mauerwerkstage 2009**

### **I.**

#### **Einführung**

##### **1. Ausgangslage**

Nach wie vor besteht für die Beteiligten in der Bauwirtschaft – egal, ob Architekt, Bauunternehmer, Handwerker oder Bauträger – das Problem, dass ihre Werklohnforderungen gegenüber dem Auftraggeber schwierig durchzusetzen sind und oftmals nicht mehr rechtzeitig durchgesetzt werden können.

Die Ursachen hierfür sind vielfältig. Um nur einige zu nennen:

- Es fehlt weiterhin eine, von vielen Fachleuten in der Baubranche und von Baujuristen geforderte, gesetzliche Regelung speziell zum Bauvertrag, also ein eigenständiges „Bauvertragsrecht“, welches den Besonderheiten dieser Branche und den sich daraus ergebenden Notwendigkeiten Rechnung trägt. So ist es einfach nicht interessengerecht – und geht an den Bedürfnissen der Praxis vorbei - , wenn nach dem bisherigen „gesetzlichen Leitbild“ der Werklohn des Unternehmers zur Gänze erst nach Fertigstellung des Werkes und mit der (oftmals mit fadenscheinigen Argumenten verweigerten) Abnahme fällig wird; der Unternehmer also in vollem Umfang vorleistungspflichtig ist.
- Der Werkunternehmer trägt also danach das vollständige Risiko trotz der erbrachten Leistung, etwa im Insolvenzfall des Auftraggebers, seine Vergütung, den Werklohn, nicht zu erhalten.

- Gerichtliche Prozesse zur Durchsetzung von Vergütungsansprüchen sind meist langwierig. Oftmals fehlen Spezialkenntnisse bei den Gerichten, so dass ab und an bereits um grundlegende rechtliche Begriffe und Konsequenzen „gestritten“ werden muss. Die knappe „Ressource Recht“ ist an manchen Stellen seitens des Staates bereits so knapp gehalten, dass dies in der Praxis einer „Rechtsverweigerung“ gleichkommt. Auch werden viele von Ihnen bereits Erfahrungen mit sehr langen Bearbeitungszeiten bei Sachverständigengutachten, deren stetig ansteigenden „Preisen“ und deren oftmals zweifelhafter „Aussagekraft“ und „Qualität“ gemacht haben.
- Vielen Handwerksbetrieben, Architekten und Unternehmen fehlt die Kenntnis über bereits bestehende rechtliche Möglichkeiten (etwa die Bauhandwerkersicherung - § 648a BGB) und eine grundlegendes Vertragsmanagement – was oftmals bereits bei nachvollziehbaren beweiskräftigen Vereinbarungen über die vereinbarte Leistung und deren Vergütung beginnt.
- Es besteht gerade bei Handwerkern, welche als Subunternehmer oder durch Bauträgergesellschaften beauftragt werden ein erheblicher wirtschaftlicher Druck und die – oftmals nicht ganz unbegründete – Befürchtung, dann, wenn Rechte gegenüber dem Auftraggeber durchgesetzt werden oder dies auch nur angekündigt wird, keine (Anschluss-) Aufträge mehr zu erhalten

Diese Umstände führen häufig dazu, dass trotz ungerechtfertigter Einwendungen des Auftraggebers (sachlich ungerechtfertigt) hohe „Nachlässe“ gewährt werden, um wenigstens die Chance auf die Zahlung eines reduzierten Restbetrages zu erhalten. Auch mancher Bauträger kalkuliert schon gar nicht mehr mit der letzten Rate (der sogenannten „Fertigstellungsrate“) von 3 % oder 5%, bzw. kalkuliert, sofern es die Marktsituation erlaubt, diese „Fertigstellungsrate“ von Anbeginn an als „uneinbringlich“ ein.

## 2. Die Regelungen des Forderungssicherungsgesetzes (FoSiG)

Vor diesem Hintergrund und der dadurch (mit-)verursachten hohen Anzahl von Insolvenzen im Baubereich und angesichts der Tatsache, dass ca. ein Drittel der Zahlungsprozesse vor deutschen Gerichten Berührungspunkte mit dem Baugewerbe haben, hat der Gesetzgeber mit dem zum Jahresbeginn 2009 in Kraft getretenen **„Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Ansprüchen“**, kurz: *Forderungssicherungsgesetz (FoSiG)*, im Anschluss an das „Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen“ vom 1.5.2002 (einem alles in allem missglückten Anlauf, die „Zahlungsmoral“ gerade im Bausektor zu verbessern) einen weiteren Versuch unternommen, die Durchsetzbarkeit und die Absicherung von Vergütungsansprüchen der Unternehmer gegenüber ihren jeweiligen Auftraggebern zu verbessern.

Schon zu Beginn sei gesagt: Dieses Ziel ist nicht in allen Bereichen erreicht worden. Die Regelungen werden – mit wenigen Ausnahmen – in der Praxis weitgehend „verpuffen“.

Einige der Regelungen sind bereits jetzt mit derart vielen Unsicherheiten und ungeklärten, offenen Fragen belastet, dass mit Sicherheit erst einmal mit weiteren Rechtsstreitigkeiten zur Klärung dieser offenen Fragen zu rechnen sein und damit der eigentliche Zweck, die schnellere und sichere Durchsetzung der Werklohnforderung – zumindest kurzfristig - nicht erreicht werden wird.

Der vielleicht wichtigste Teil des ursprünglichen Gesetzesvorhabens mit Regelungen zum Prozessrecht, etwa der Möglichkeit, gegenüber der heutigen Rechtslage vereinfachend Teil- und Vorbehaltsurteile zu erlassen und den Gerichten die Möglichkeit zu eröffnen, vorläufige Zahlungsanordnungen zu erlassen hat dann auch gar nicht das „Licht der Welt“ erblickt, sondern wurde – zumindest bis auf Weiteres – „auf Eis“ gelegt.

Was ist nun übrig geblieben von dem, was in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 25.06.2008 wie folgt umschrieben worden war:

*„Der Gesetzentwurf schlägt unter anderem erleichterte Voraussetzungen für die Forderung von Abschlagszahlungen, Verbesserungen bei der Fälligkeit von Vergütungsansprüchen des Subunternehmers, eine Modifizierung der Regelungen über den „Druckzuschlag“, die Verstärkung der Bauhandwerkersicherung zu einem einklagbaren Anspruch auf eine Sicherheitsleistung, die vorläufige Zahlungsanordnung in der Zivilprozessordnung (ZPO) und die Ausweitung des Baugeldbegriffs im Gesetz zur Sicherung der Bauforderungen vor.“*

Stimmt in diesem Zusammenhang etwa die Aussage des ehemaligen Richters am Bundesgerichtshof, Quack, welcher in einem Aufsatz im Mai 2006 die Bemühungen des Gesetzgebers kommentiert hat, wie folgt:

***„Wer mit dem falschen Knopf anfängt, kommt mit dem Zuknöpfen nicht zu Rande“***

Vor diesem Hintergrund möchte ich Ihnen heute die Regelungen des Forderungssicherungsgesetzes einmal im Einzelnen vorstellen:

## **II.**

### **Wegfall der Privilegierung der VOB/B - §§ 308 ff. BGB**

#### **1. Ausgangslage**

Die VOB/B ist mit Abstand das wohl wichtigste Regelwerk am Bau. Mit ihrer Vereinbarung in den meisten Bauverträgen werden oft die unübersehbaren Lücken des gesetzlichen Werkvertragsrechts (im Kernbereich seit 1900 unverändert) geschlossen und werden zwischen den Parteien Dinge geregelt, die im Gesetz unzureichend oder gar nicht geregelt sind (z. Beispiel: Nachträge, Abschlagszahlungen, Bedenkenhinweise etc.).

Dies zeigt aber auch deutlich, dass für eine weitergehende gesetzliche Regelung des Bauvertragsrechts eigentlich bereits seit längerer Zeit Bedarf besteht.

Nun, aus verschiedenerlei Gründen hat sich die Situation für die am Bau Beteiligten in der Praxis zumindest insoweit zugespitzt, als die Rechtsprechung zunehmend restriktiv auf die Einbeziehung der VOB/B in Bauverträge, insbesondere in Verträge mit Verbrauchern, reagiert hat.

Kurz zusammengefasst stellt sich die **Entwicklung** bis jetzt wie folgt dar:

- Ursprünglich war die Einbeziehung der VOB/B als „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ (nichts anderes stellt die VOB/B ihrem Charakter nach dar) „privilegiert“: Diese Privilegierung bestand darin, dass keine Prüfung der einzelnen Bestimmung innerhalb der VOB/B auf Übereinstimmung der Einzelregelung mit dem Recht zur Regelung allgemeiner Geschäftsbedingungen erfolgt ist, wenn VOB/B als Ganzes vereinbart und wirksam in den Vertrag einbezogen worden ist. Zur Begründung dieser Privilegierung wurde ausgeführt, dass die Gesamtregelung der VOB/B ausgewogen sei. Nachteile an der einen Stelle würden mit vorteilhaften Regelungen (sowohl für den Auftraggeber, wie den Auftragnehmer) an anderer Stelle kompensiert.
- Später entschied dann der Bundesgerichtshof (BGH) dass die Privilegierung allerdings dann entfällt, wenn und sobald **Abänderungen im Kernbereich** der VOB/B erfolgt waren. Diese Argumentation war noch nachvollziehbar, da Änderungen im Kernbereich die Ausgewogenheit der VOB/B im Ganzen doch empfindlich stören oder gar beseitigen können.
- Doch damit nicht genug: Nur wenige Jahre später entschied der Bundesgerichtshof, dass die „Privilegierung“ der VOB/B auch dann entfällt, wenn und soweit überhaupt eine Änderung an den Regelungen der VOB/B im Vertrag vorgenommen worden ist. Überspitzt formuliert: die Privilegierung entfällt auch, wenn nur ein „Komma“ versetzt worden ist.
- Mit seiner Entscheidung vom 24.07.2008 hat der Bundesgerichtshof noch vor der Regelung durch das FoSiG entschieden, dass es keine Privilegierung der VOB/B mehr gibt, wenn diese von einem Unternehmer in einen Bauvertrag mit einem Verbraucher einbezogen wird. Bei diesen Verträgen findet also eine volle Inhaltskontrolle einer jeden Bestimmung der VOB/B auch dann statt, wenn keine Abänderung der VOB/B vorgenommen worden ist. Begründet hat der Bundesgerichtshof dies unter anderem damit, dass im sog. „Vergabe- und Vertragsausschuss“, also dem Gremium, welches die VOB/B „erarbeitet“, die Vertretung der Verbraucherinteressen mangels Beteiligung der Interessenvertretungen der Verbraucher von vorneherein nicht angemessen gewährleistet wäre.

## 2. Die Neuregelung durch das FoSiG

Das Forderungssicherungsgesetz hat nunmehr diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Gesetzeslage (darauf, ob etwa in Zukunft Verbrauchervertreter dieses Klauselwerk mit erarbeiten kommt es somit nicht mehr an) erhoben:

### a) Jetzige Rechtslage

Ab jetzt gilt also: Bei Verträgen mit Verbrauchern in die die VOB/B einbezogen worden ist, besteht ohne „Wenn und Aber“ keine Privilegierung der VOB/B mehr.

Das heißt, dass in diesem Fall **jede** Bestimmung der VOB/B daraufhin zu überprüfen ist, ob sie mit dem Recht zur Regelung allgemeiner Geschäftsbedingungen in Einklang steht. Es findet also eine vollständige Inhaltskontrolle einer jeden Regelung nach den Bestimmungen der §§ 307 bis 309 BGB statt. Hält die jeweilige Regelung dieser Überprüfung nicht stand, was bei den meisten Regelungen, bei denen zum Nachteil des Verbrauchers von den gesetzlichen Regelungen abgewichen wird der Fall sein dürfte, ist die Regelung unwirksam und wird durch die gesetzliche Regelung ersetzt.

### b) Konsequenz für den Unternehmer:

- Vermeiden Sie es also in Zukunft die VOB/B oder ähnliche Regelwerke – etwa der VOB/B nachgebildete Allgemeine Geschäftsbedingungen - bei Verträgen mit Verbrauchern zur Vertragsgrundlage zu machen.
- Nicht nur, dass diese Regelungen unwirksam sind, es tritt ein weiterer, den sehr unangenehmer Effekt für Sie – den Unternehmer - ein: Wird die VOB/B vom Unternehmer – also Ihnen - gegenüber dem Verbraucher in den Vertrag einbezogen, also von Ihnen „gestellt“, führt dies dazu, dass der Verbraucher sich auf **die ihm günstigeren** Regelungen (also die für den Unternehmer ungünstigeren Regelungen) im Streitfall berufen kann. Der Unternehmer kann insoweit also nicht geltend machen, dass die Regelung unwirksam ist. Oder anders ausgedrückt: Der Verbraucher kann sich aus dem Vertrag „die Rosinen“ herauspicken.
- Letztendlich erreicht der Unternehmer damit dann das Gegenteil von dem, was mit der Einbeziehung der VOB/B gewollt gewesen ist, nämlich ihm günstigere Regelungen – wie etwa das Recht Abschlagszahlungen verlangen zu können – durchzusetzen.

Vor diesem Hintergrund muss also jeder Unternehmer dringend davor gewarnt werden die VOB/B oder ihr nachgebildete Regelungen als allgemeine Geschäftsbedingungen in Verträge mit Verbrauchern einzubeziehen.

### **c) Der Verbraucher oder dessen Architekt „stellen“ den Vertrag.**

Zu unterscheiden davon ist jedoch der Fall, dass der Verbraucher selbst oder vertreten durch seinen Architekten, die VOB/B - etwa durch Gestellung eines Formularvertrages – vorgibt, da dann der Verbraucher Verwender der allgemeinen Geschäftsbedingungen, hier der VOB/B, ist. In diesem Fall ist der Bauunternehmer nicht „Verwender“ dieser allgemeinen Geschäftsbedingungen. In diesem Fall kann sich der Verbraucher dann auch nicht darauf berufen, dass ihn diese Regelungen etwa unangemessen benachteiligen.

**In diesem Fall entsteht jedoch vor dem Hintergrund der gesetzlichen Neuregelung die „spannende Frage“, ob der Architekt, der entsprechende Bauverträge für seinen Bauherren abschließt sich nicht evtl. schadensersatzpflichtig macht, da er ihm – „dem Verbraucher“ - auf diese Art und Weise ja eigentlich den vom Gesetzgeber gewollten Verbraucherschutz entzieht ?**

**Also für die Architekten unter Ihnen: Vorsicht beim Gebrauch von Formularverträgen für den Bauherren.**

### **d) Konsequenzen beim Gebrauch der VOB/B im Rahmen von Verträgen zwischen Unternehmern.**

Für diese Fälle gilt die VOB/B, wenn sie wirksam in den Vertrag einbezogen worden ist **und** uneingeschränkt und **ohne Abweichung** vereinbart wird weiterhin als privilegiert und deren Einzelregelungen sind in diesem Fall der Überprüfung an Hand des Rechts zur Regelung allgemeiner Geschäftsbedingungen entzogen. Eine Einbeziehung der VOB/B ohne Abänderung wird allerdings in der Praxis so gut wie nicht vorkommen, so dass auch – rein praktisch – bei Verträgen zwischen Unternehmern eine Privilegierung bis auf wenige Ausnahmefälle nicht mehr gegeben sein wird.

### **e) Konsequenzen in der Vertragsgestaltung**

Insgesamt, insbesondere aber bei Bauverträgen mit Verbrauchern, wird es deshalb notwendig sein, die von Ihnen verwendeten Bauverträge zu überprüfen und diese der jetzigen Rechtslage anzupassen. Bei wichtigen Bauvorhaben sind für wesentliche Bedingungen Individualvereinbarungen zu treffen, insbesondere auch individuelle Abschlagszahlungsregelungen und –pläne zu gestalten (die Regelungen des § 632 a BGB sind abdingbar). Gerade in diesem Bereich etwa alleine auf das gesetzliche Recht zur Forderung von Abschlagszahlungen zu setzen, dürfte sich zumindest bis zur richterlichen Klärung der später unten noch dargestellten Zweifelsfragen (s. dort, Ziffer IV) nicht empfehlen.

### III.

#### **§ 641 a BGB (Fertigstellungsbescheinigung) entfällt**

Eine überfällige Entscheidung hat der Gesetzgeber nunmehr in die Tat umgesetzt, die **Abschaffung des § 641 a BGB**. Diese Vorschrift, eingeführt mit dem Ziel dem Auftraggeber mittels Urkunde, der Fertigstellungsbescheinigung, und der Möglichkeit, damit im Urkundenprozess seine Vergütung einzuklagen, hat in der Praxis – da zu kompliziert – überhaupt keine Rolle gespielt. Konsequenterweise ist es daher, diese Bestimmung ersatzlos zu streichen.

### IV.

#### **Abschlagszahlungen nach § 632a BGB**

##### **1. Ausgangslage**

Die letztmals im Jahr 2000 veränderte Vorschrift über die Zulässigkeit von Abschlagszahlungen war ebenfalls verunglückt und hat entgegen der mit ihrer Einführung verbundenen Absicht nicht dazu geführt, den Auftragnehmer in die Lage zu versetzen, Abschlagszahlungen von seinem Auftraggeber verlangen und notfalls auch durchsetzen zu können.

Dies lag unter anderem an dem Tatbestandsmerkmal der „*in sich abgeschlossenen Teile des Werkes*“.

Dieses zwingende Tatbestandsmerkmal war kaum einmal gegeben, so dass auch diese Vorschrift in der Praxis eigentlich keine Relevanz hatte und damit in der Vergangenheit den Unternehmen in der Regel keine Möglichkeit an die Hand gegeben worden war Abschlagszahlungen rechtssicher gegenüber dem jeweiligen Auftraggeber – insbesondere bei Verträgen mit Verbrauchern - durchzusetzen.

##### **2. Die Neuregelung durch das Forderungssicherungsgesetz**

Der Gesetzgeber hat nunmehr eine umfangreiche gesetzliche Regelung eingeführt, die den Auftragnehmer in die Lage versetzen soll auch dann, wenn das Recht, Abschlagszahlungen zu verlangen nicht vertraglich geregelt ist, Abschlagszahlungen von seinem Auftraggeber fordern zu können.

Ob mit der jetzt in Kraft getretenen Neuregelung tatsächlich eine Verbesserung für den Auftragnehmer geschaffen worden ist und vertragliche Vereinbarungen zu diesem „Thema“ überflüssig werden, darf mit Fug und Recht bezweifelt werden. Dies aus folgenden Gründen:

- a) Nach dem Wortlaut des „neuen“ § 632a Abs. 1 BGB kann der Unternehmer Abschlagszahlungen für „*vertragsgemäß erbrachte Leistungen*“ verlangen in der Höhe, in der der Besteller „*durch die Leistung einen Wertzuwachs*“ erhalten hat.

Leider teilt der Gesetzgeber nicht mit, was er eigentlich unter dem neu eingeführten Begriff „**Wertzuwachs**“ versteht.

- Liegt etwa ein Wertzuwachs etwa nur dann vor, wenn der Besteller/Auftraggeber Eigentümer des Baugrundstücks ist; er zum Beispiel durch den Einbau von Baustoffen das Eigentum an diesen auf ihn übergeht und sein Eigentum damit „wertvoller“ geworden ist?
- Kann ein „Wertzuwachs“ vorliegen, wenn der Besteller/Auftraggeber nicht Grundstückseigentümer ist; etwa der Mieter Arbeiten veranlasst und in Auftrag gibt oder im Fall der Beauftragung des Subunternehmers durch den Hauptunternehmer? Hier wächst in der Regel dem Auftraggeber kein Wert – zumindest nicht im Sinne von Eigentum – zu.
- Was ist bei Leistungen, die in diesem Sinn keinen Wertzuwachs vermitteln können – etwa Leistungen von Gerüstbauern, Abbruchunternehmern, Erdbauern?
- Ist in all diesen Fällen die Forderung von Abschlagszahlungen von vorneherein ausgeschlossen? Irgendwie will einem das nicht einleuchten.

Auch die Ermittlung der Höhe des Wertzuwachses und damit die Höhe möglicher Abschlagszahlungsforderung ist unklar. Wie wird der konkrete Wertzuwachs ermittelt?

- Nach Vertragspreisen?
- Nach dem objektiven Wert der eingebrachten Sachen?
- Was ist mit dem Arbeitsanteil?

Viele Fragen und bislang keine Antworten.

- b) Ausdrücklich ist in der Bestimmung des § 632 a Abs.1 BGB jetzt auch festgehalten, dass „*wegen unwesentlicher Mängel .... die Abschlagszahlung nicht verweigert werden (kann)*“.

Hört sich das zunächst positiv an, wird bei näherem Hinsehen deutlich, dass auch diese Regelung ihre „Tücken“ hat.

Dem Wortlaut des Gesetzes nach kann – so der **Umkehrschluss** aus dem Gesetzeswortlaut - bei nicht nur unwesentlichen Mängeln die Abschlagszahlung – und zwar ganz - **verweigert** werden. Die Abschlagszahlung würde insgesamt beim Vorliegen nicht nur unwesentlicher Mängel insgesamt gar nicht fällig. Zuzugeben ist, dass gegen diese Auslegung vielleicht die die Verweisung auf die Regelung in § 641 Abs.3 BGB sprechen kann, die ihrerseits die Höhe des

Leistungsverweigerungsrechts (In der Regel das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten) regelt. Letztlich ist aber auch diese Frage nicht zweifelsfrei im Gesetz geregelt, sondern lässt Raum für unterschiedliche Interpretationen und ist damit ein Nährboden für Rechtsstreite. Derzeit gehen eigentlich alle Autoren davon aus, dass für diesen Fall (des Bestehens eines nicht nur unwesentlichen Mangels) die Abschlagszahlung gar nicht fällig wird, also insgesamt verweigert werden kann.

Geht man davon aus, dass ein nicht nur unwesentlicher Mangel zur Verweigerung der gesamten Abschlagszahlung berechtigt, diese also in diesem Fall gar nicht fällig wird, würde dies den Unternehmer schlechter stellen, als etwa die Regelung des § 16 VOB/B. Nach dieser Regelung ist die Abschlagszahlung auch bei vorhandenen Mängeln wenigstens insgesamt fällig. Dieser Forderung kann der Auftraggeber „lediglich“ ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe (nach der Neuregelung) des Zweifachen der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten (§ 641 Abs. 3 BGB) entgegensetzen. Der darüber hinausgehende Teil der Abschlagszahlung wäre also nach der Regelung des § 16 VOB/B vom Auftraggeber zu bezahlen.

Kann nach der Regelung des § 16 VOB/B also dann, wenn die Beseitigung eines – etwa für die Funktion nicht nur unwesentlichen – Mangels einen Aufwand von vielleicht 1000,- € erfordert, ein Betrag in Höhe von 2000,- € von der Abschlagszahlung einbehalten werden, kann nach der neuen gesetzlichen Regelung in § 632 a BGB in diesem Fall der Auftragnehmer die gesamte Abschlagszahlung verweigern

- c) Wie man sieht, bestehen bereits jetzt auf Grund handwerklicher Fehler im Gesetzgebungsverfahren Fragen über Fragen. Diese lassen die Prognose begründet erscheinen, dass zumindest geraume Zeit bis zu einer höchstrichterlichen Klärung dieser Fragen – oder einer weiteren Gesetzesänderung - dem Unternehmer durch diese Vorschriften entgegen der erklärten Absicht des Gesetzgebers wohl kein besseres Instrumentarium zur Durchsetzung von Abschlagszahlungen gegenüber dem Auftraggeber an die Hand gegeben wird.

**Im Gegenteil:** Es hat den Anschein, als habe man dem Unternehmer entgegen der geäußerten Absicht „Steine statt Brot“ gegeben.

So steht auch zu befürchten, dass unter Umständen eine vertragliche Regelung über die Fälligkeit von Abschlagszahlungen, wie etwa die des § 16 VOB/B, zumindest dann, wenn sie in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten, also nicht individuell vereinbart worden ist, mit dem Argument „angreifbar“ wird, dass diese nicht dem (jetzt geschaffenen neuen) „gesetzlichen Leitbild“ über die Forderung von Abschlagszahlungen entspricht, da bei einer Abschlagszahlungsregelung in Anlehnung an § 16 VOB/B der in § 632a BGB (neu) geforderte „Wertzuwachs“ nicht Voraussetzung für die Fälligkeit der Abschlagszahlung ist und die Abschlagszahlung auch dann fällig wird, wenn ein nicht nur unwesentlicher Mangel an der bis dorthin erbrachten Bauleistung besteht.

Auch bei Einbeziehung der gesamten VOB/B in den Vertrag – was sowieso nur unter Unternehmern möglich ist – besteht diese Gefahr, da, wie zuvor schon ausgeführt, eigentlich nahezu kein Bauvertrag denkbar ist, der die VOB/B ohne jede Abänderung einbezieht. Damit entfällt aber auch bei Verträgen unter Unternehmern deren Privilegierung und damit ist auch die Regelung des § 16 VOB/B eigenständig auf ihre Vereinbarkeit mit dem Recht zur Regelung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu überprüfen.

Weshalb, so fragt man sich, hat der Gesetzgeber in diesem Zusammenhang nicht einfach die Regelungen des § 16 VOB/B übernommen. Diese haben sich in der Praxis bewährt und sind im Übrigen durch zahlreiche Entscheidungen der Gerichte in der Vergangenheit auch bereits für die Praxis genügend präzisiert.

Weshalb das Rad neu erfinden und dabei den Achsbruch riskieren?

d) Nach der neuen Regelung ist es zudem notwendig, dass

*„die Leistungen... durch eine Aufstellung nachzuweisen (sind), die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss.“*

Ähnliches kennen wir aus dem Architektenrecht und im Rahmen der VOB/B (§§ 14 Nr. 1 (Abrechnung), 16 Nr.1 Abs.1 (Abschlagszahlungen) VOB/B). Letztendlich geht es um eine für den Auftraggeber „prüfbare“ Abrechnung. Unklar ist hier, ob es sich um eine Fälligkeitsregelung handelt; die Abschlagszahlung also bei Fehlen oder einer unzureichenden Aufstellung schon gar nicht fällig wird oder es sich um eine sog. „Begründetheitsregelung“ handelt, das Vorhandensein einer ausreichenden Aufstellung also erst im Prozess bei der Frage der Höhe der gerechtfertigten Abschlagszahlung eine Rolle spielt?

Gilt auch hier, dass die „mangelnde Prüfbarkeit“ nur innerhalb eines Zeitraums von 2 Monaten beanstandet werden kann?

Auch hier bestehen also noch genügend offene Fragen.

e) Sofern **der Auftraggeber Verbraucher** ist, bestimmt § 632a Abs. 3 BGB dass der Unternehmer dem Verbraucher dann, wenn Vertragsgegenstand *der „Umbau“* oder *die „Errichtung eines Hauses“* ist, er für den Fall, dass er Abschlagszahlungen beansprucht „bei der ersten Abschlagszahlung“ dem Verbraucher eine Sicherheit in Höhe von 5% des Vergütungsanspruchs zu leisten hat.

*Erhöht sich der Vergütungsanspruch „infolge von Änderungen oder Ergänzungen des Vertrages um mehr als 10 vom Hundert, ist dem Besteller bei der nächsten Abschlagszahlung eine weitere Sicherheit in Höhe von 5 vom Hundert des zusätzlichen Vergütungsanspruchs zu leisten.“*

Damit ist erstmals eine **gesetzliche** Sicherheit für den Verbraucher in der Erfüllungsphase des Vertrages – **nicht** im Gewährleistungszeitraum (also nach Abnahme) – geschaffen worden.

Auf „*Verlangen des Unternehmers*“ kann diese Sicherheit auch dadurch erbracht werden, dass der Besteller Zahlungen auf die die Abschlagszahlung(en) bis in Höhe der an sich an ihn zu leistenden Sicherheit (5%) zurückhalten kann.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, wann denn nun das Tatbestandsmerkmal des „Umbaus“ gegeben ist, wann also kein Vertrag mehr vorliegt, in dessen Rahmen Abschlagszahlungen ohne Sicherheitsleistungen gefordert werden können.

Dieser Begriff ist wohl mit dem Begriff des „Umbaus“ in § 3 HOAI identisch. Für das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals „Umbau“ werden dort „*wesentliche Eingriffe in Konstruktion und Bestand des Bauwerks*“ gefordert werden. Hier wird wohl in Zweifelsfällen auf die zu § 3 HOAI ergangene Rechtsprechung und Literatur zurückgegriffen werden können.

- f) In § 632 a Abs. 2 BGB erfährt der Bauträgervertrag erstmals eine Legaldefinition. In der Bestimmung wird weiter klargestellt, dass bei diesen Verträgen **Abschlagszahlungen nur unter Beachtung der besonderen Voraussetzungen der Makler- und Bauträgerverordnung**, bzw. der dazu ergangenen Verordnung („Hausbauverordnung“) gefordert werden können und diese Möglichkeit vertraglich zu vereinbaren ist. Für diese Verträge gilt also die neue gesetzliche Möglichkeit zur Forderung von Abschlagszahlungen nicht.

Das bedeutet in der Konsequenz auch, dass bei **unwirksamen** Zahlungsvereinbarungen in Bauträgerverträgen (etwa wegen Verstoßes gegen die Regelungen aus der Makler- und Bauträgerverordnung), der Gewerbetreibende seine Abschlagszahlungsforderungen nicht „hilfsweise“ auf die Bestimmung des § 632 a BGB, also die neue gesetzliche Regelung über Abschlagszahlungen beim Werkvertrag, stützen kann sondern in diesen Fällen weiterhin der „allgemeine Grundsatz“ Anwendung findet, dass die vertragliche Vergütung erst mit Fertigstellung und Abnahme zur Zahlung fällig wird.

Dies bedeutet für den Verwender (Bauträger), dass dann, wenn er auf Grund derartiger –unwirksamer – Vereinbarungen bereits Gelder vom Auftraggeber erhalten hat, er diese Gelder an den Kunden zurückzubezahlen hat.

Abschlagszahlungsregelungen in Bauträgerverträgen sind also nach den einschlägigen Regelungen der Makler- und Bauträgerverordnung zu **vereinbaren**; es besteht bei diesen Verträgen **kein gesetzlicher Anspruch** auf Abschlagszahlungen; auch nicht im Umfang der für die übrigen Werkverträge gültigen Vorschrift des § 632 a BGB.

- g) Zudem ist dann, wenn der Vertragspartner des Bauträgervertrages „Verbraucher“ ist, die **Fertigstellungssicherheit des § 632 a Abs. 3 BGB** (siehe zuvor Abschnitt e) vom Bauträger **zusätzlich** zu erbringen.

Dies ergibt sich aus einer entsprechenden Änderung des § 1 Satz 3 der Verordnung über Abschlagszahlungen in Bauträgerverträgen.

Für den Bauträger bedeutet dies, dass der Verbraucher entweder von der ersten Abschlagszahlung nach dem Bauträgervertrag – die Regelung muss zudem den Bestimmungen der MaBV entsprechen – 5 % der Gesamtvergütung in Abzug bringen kann oder ihm eine entsprechend hohe Sicherheit durch den Bauträger zu leisten ist. Diese Verpflichtung des Bauträgers ist **unabhängig** von der Wahl des Bauträgers ggf. eine Sicherheit nach § 7 der MaBV zu stellen.

- h) Die Sicherheit ist mit Abnahme/Abnahmereife zurückzugeben. Streitig ist, ob die Sicherheit auch ihrem Umfang nach bereits vor Abnahme fällig gewordene Nachbesserungsansprüche sichert. Dies wird überwiegend bejaht.

Diese Regelungen sind, wie man sieht, schwerlich unter die „Überschrift“ des Gesetzes, die **Durchsetzbarkeit der Forderungen des Bauunternehmers zu verbessern** zu fassen. Letztendlich wird hier der Verbraucherschutz gegenüber den bisher geltenden Regelungen nochmals deutlich „erhöht“

### 3. Zwischenfazit:

Es braucht wohl keinerlei hellseherischer Gaben, um prognostizieren zu können, dass zumindest in der Anfangszeit die gut gemeinte Intention des Gesetzgebers, dem Unternehmer schneller zu seinem Geld zu verhelfen und ihm einen **gesetzlichen Anspruch** auf Abschlagszahlungen zu verschaffen, nicht mehr sein wird, als bereits in der alt bekannten Weisheit „Gut gemeint ist selten gut“ zum Ausdruck kommt. Ein Versuch, der wohl nichts bringt.

#### **Konsequenz:**

Eingehende vertragliche Regelungen – etwa angemessene Zahlungspläne – die sich am Wert der erbrachten Leistung orientieren sind notwendig und möglichst im Einzelfall in die Verträge einzuarbeiten

## V.

### Änderungen des § 641 BGB

#### 1. Ausgangslage:

Mit dem bisherigen § 641 Abs.2 BGB wurde im Jahre 2000 erstmals der Grundsatz, dass Werklohnforderungen erst bei Abnahme der Leistung fällig werden für den Bereich der Subunternehmerverträge „außer Kraft“ gesetzt.

Die Vergütung des Subunternehmers wurde danach „**spätestens** fällig, wenn und soweit der Besteller (der Hauptunternehmer) von dem Dritten (Auftraggeber, Bauherr) für das versprochene Werk wegen dessen Herstellung seine Vergütung oder Teile davon erhalten hat.“

Anknüpfungspunkt für die Fälligkeit des Subunternehmerlohnes war und ist in diesen Vertragsverhältnissen also nicht alleine oder ausschließlich die Abnahme im Vertragsverhältnis Hauptunternehmer / Subunternehmer und auch nicht die Abnahme im Vertragsverhältnis Auftraggeber/ Hauptunternehmer, sondern einfach die Tatsache der Zahlung des Auftraggebers an den Hauptunternehmer.

#### 2. Neuregelung des Forderungssicherungsgesetzes

Mit der Neuregelung hat der Gesetzgeber nunmehr **2 weitere Tatbestandsalternativen** eingefügt, die dazu führen können, dass der Werklohn des Subunternehmers ohne Rücksicht auf eine Abnahme in seinem Vertragsverhältnis mit dem Hauptunternehmer fällig werden kann.

Der Werklohn des Subunternehmers wird danach spätestens auch fällig,

„1.....“

2. *soweit das Werk des Bestellers von dem Dritten abgenommen worden ist oder als abgenommen gilt oder*
3. *wenn der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Auskunft über die in den Nummern 1 und 2 bezeichneten Umstände bestimmt hat.“*

a) Dies bedeutet über den bislang geregelten Sachverhalt hinaus:

- Bei Abnahme durch den Auftraggeber – egal, ob ausdrücklich, konkludent oder aber im Rahmen einer Abnahmefiktion abgenommen wird oder das Werk als abgenommen gilt - ist der Werklohn des Subunternehmers auch dann fällig, wenn noch keine Zahlung des Auftraggebers an den Hauptunternehmer erfolgt ist.
- Ebenso entsteht die Fälligkeit der Vergütung des Subunternehmers dann, wenn der Subunternehmer gegenüber dem Hauptunternehmer Auskunft darüber verlangt, ob der Auftraggeber ganz oder teilweise bezahlt hat, oder die Abnahme erklärt, oder aber die Abnahme auf andere Weise – etwa fiktiv – herbeigeführt worden ist. Erklärt sich der Hauptunternehmer hierzu nicht „innerhalb angemessener Frist“ wird nach der Neuregelung

des FoSiG **alleine** durch dieses Auskunftsverlangen die **Fälligkeit** des Werklohns herbeigeführt.

- b) In diesem Zusammenhang ist allerdings deutlich darauf hinzuweisen, dass damit lediglich die **Fälligkeit** des Werklohns geregelt ist. Dem Hauptunternehmer bleibt es daher weiterhin unbenommen, die Zahlung ganz oder teilweise zu verweigern, wenn die Leistung des Subunternehmers mit einem Mangel behaftet ist. Auch führt diese Fälligkeitsregelung nicht dazu, dass – wie etwa nach der Abnahme der Subunternehmerleistung durch den Hauptunternehmer – sich die Beweislast für das Vorhandensein von Mängeln zu Lasten des Auftraggebers - hier des Hauptunternehmers – umkehrt.
- c) Dabei ist dann auch die weitere Neuregelung in § 641 Abs. 3 BGB zu beachten. Danach kann bei vorhandenen *Mängeln* „in der Regel das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten „zurückbehalten“ werden. Bislang galt hier das „Dreifache“ als **Mindestsatz**. In der Praxis wird diese Änderung allerdings wohl auch nicht allzu viel bewirken. Letztlich wird der Besteller den Aufwand für die Mängelbeseitigung so nach Oben korrigieren, dass das gewünschte Ergebnis auf diesem Wege erreicht und der noch offen stehende Werklohnanspruch nicht bezahlt wird. Wie Sie sicherlich wissen, ist der jeweilige Unternehmer, also der Auftragnehmer seinerseits für die Kosten der Mängelbeseitigung beweispflichtig.
- d) Bei Streit über die Mängelbeseitigungskosten kann es sich deshalb für den Auftragnehmer empfehlen, die für die Nachbesserung erforderlichen Kosten gegebenenfalls unter Beauftragung eines Sachverständigen ermitteln zu lassen, um so im Prozess fundierter vortragen zu können.
- e) Fragen wirft die Regelung jedoch auch noch in anderer Hinsicht auf.
  - Was ist etwa dann, wenn beim Einsatz mehrerer Subunternehmer der Bauherr eine Abschlagszahlung an den Hauptunternehmer vornimmt? Auf welches Werk – also welche Leistung eines welchen Subunternehmers ist dann geleistet? Wessen Vergütung wird dann fällig?
  - Was für eine Rechtsfolge tritt ein, wenn der Hauptunternehmer zwar eine Auskunft zur Abnahme / Zahlung durch den Auftraggeber an den Subunternehmer erteilt, diese aber unzureichend oder falsch ist? Wird der Werklohn fällig oder nicht?
  - Was ist in den Fällen, in denen der Hauptunternehmer selbst nicht weiß, ob eine von ihm angestrebte Abnahmefiktion bereits eingetreten ist oder nicht? Letztlich handelt es sich hier ja um Rechtsfragen, etwa die, war die Leistung überhaupt abnahmefähig (nur dann kann eigentlich die Abnahmefiktion eintreten); liegen die Voraussetzungen für eine Abnahmefiktion vor?
  - Bei schuldhaft unvollständiger oder fehlerhafter Auskunft kommt ein Schadensersatzanspruch gegen den Hauptunternehmer in Betracht.

### 3. Fazit:

Auch bei dieser Neuregelung gibt es genügend offenen Fragen, wenn auch nicht zu verkennen ist, dass die getroffenen Regelungen dem Subunternehmer in einigen Fällen doch zu einer schnelleren Durchsetzung seiner Ansprüche verhelfen können.

Unabhängig hiervon empfehle ich jedenfalls auch im Vertragsverhältnis Subunternehmer zum Hauptunternehmer dem Hauptunternehmer auf jeden Fall eine Frist zur Abnahme gem. § 640 Abs.1 Satz 3 BGB zu setzen, um so die

dortige Abnahmefiktion zu erreichen und damit den Verzug des Auftraggebers herbeizuführen.

## IV.

### Änderungen zu § 648a BGB

#### 1. Ausgangslage:

Die 1993 ins Bürgerliche Gesetzbuch eingeführte Vorschrift des § 648 a BGB (Bauhandwerkersicherung) sollte dem Werkunternehmer die Möglichkeit einräumen, Sicherheit für seine umfangreichen Vorleistungen zu erhalten um so absichern zu können, dass er die vertraglich vereinbarte Vergütung nach Fertigstellung seiner (Vor-)Leistung gegebenenfalls auch durchsetzen kann.

Allerdings war die bisherige Regelung in der Praxis mit einigen Schwierigkeiten behaftet und hat den Unternehmer, welcher von diesem Instrumentarium Gebrauch machen wollte gezwungen, einschneidende Entscheidungen – etwa über die Vertragskündigung – zu treffen, die nicht immer sinnvoll waren.

In der **Insolvenz des Auftraggebers** waren Sicherheiten , die in einem Zeitraum von bis zu 3 Monaten vor Insolvenzantrag erlangt worden sind in der Regel durch den Insolvenzverwalter anfechtbar, da der Gesetzgeber die Sicherheitsleistung nicht als durchsetzbaren Anspruch ausgestaltet hatte, insolvenzrechtlich damit bei Erhalt der Sicherheit eine - insolvenzrechtlich gesehen - „inkongruente Deckung“ bestanden hat.

Leider hat diese Vorschrift beim Bau von Einfamilienhäusern – also dem typischen Vertrag mit einem Verbraucher - nicht gegolten; und, um es an dieser Stelle vorweg zu nehmen, sie gilt auch nach der Neuregelung für diesen Bereich **nicht**.

Bei Verträgen zwischen Unternehmern, insbesondere bei Subunternehmervertragsverhältnissen oder bei Verträgen mit Bauträgern war und ist zudem zu beobachten, dass eine regelrechte Scheu, manchmal auch schon Angst der Auftragnehmerseite davor besteht, diese heute bereits gegebenen Rechte geltend zu machen. Meist wurde und wird dieses Mittel erst in Erwägung gezogen, wenn die Insolvenz des Auftraggebers bereits zum Greifen nahe ist. Und zu diesem Zeitpunkt war die Sicherheit schon wegen der insolvenzrechtlichen Anfechtungsmöglichkeiten eigentlich weitgehend wertlos.

Grund hierfür war und ist die von den jeweiligen Auftraggebern teilweise unverholten angedrohte Konsequenz, für den Fall, dass der Auftragnehmer von seinem Recht, Sicherheit zu verlangen Gebrauch macht keine Aufträge mehr an ihn zu vergeben. Oftmals gelingt es den Auftraggebern mit dieser Argumentation das weitere Tätigwerden - im Sinne von Weiterarbeiten - des Auftragnehmers selbst in

Situationen zu erreichen, in denen eigentlich sicher zu sehen ist, dass der weiteren Arbeit des Auftragnehmers keine, oder allenfalls eine geringe Teilzahlung folgen werden.

Nun, auch dies sei an dieser Stelle zu „Ehrenrettung“ des Gesetzgebers vermerkt: Dieses in der Praxis auftretende Problem kann der Gesetzgeber auch mit der besten und bestgemeinten Vorschrift nicht lösen.

## 2. Neuregelung durch das Forderungssicherungsgesetz

Dem Gesetzgeber ist es im Rahmen der Neuregelung dieser Vorschrift immerhin zunächst gelungen, deren Handhabung zu vereinfachen und Streitfragen zu klären.

- a) Zunächst einmal hat der Gesetzgeber die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs übernommen und eindeutig geregelt, dass der Auftragnehmer **Sicherheit auch nach erfolgter Abnahme** verlangen kann.
- b) **Sicherheit** kann nicht nur für die eigentliche Vergütungsforderung – auch für Zusatzaufträge – gefordert werden, sondern auch **für Ansprüche die an die Stelle der Vergütung** treten, etwa „Schadensersatzansprüche statt der Leistung“ oder aber etwa Ansprüche nach § 642 BGB – etwa wegen Annahmeverzugs des Bestellers.
- c) Klargestellt wird auch, dass eventuelle, behauptete Gegenansprüche nur dann zu einer Reduzierung der Sicherheit führen, wenn diese Gegenansprüche entweder **unstreitig oder rechtskräftig** festgestellt sind. Damit sind auch letzte Zweifel an der bisherigen Rechtsprechung zu diesem Thema beseitigt.
- d) Die wichtigste Veränderung im Rahmen des § 648a BGB ist wohl die, dass dem Auftragnehmer jetzt ein **einklagbarer Anspruch** auf Stellung der Sicherheit eingeräumt wird; er diesen Anspruch also auf dem Klageweg durchsetzen kann. Zu den insolvenzrechtlichen Konsequenzen werde ich weiter Unten etwas sagen (s. „f“)
- e) Letztlich kann damit für den Auftragnehmer sehr schnell ein Titel geschaffen werden über eine Sicherheit in Höhe des vollen noch ausstehenden Werklohns, da ja Mängelreden insoweit nicht zu berücksichtigen sind. Im Wege der Zwangsvollstreckung kann, leistet der Auftraggeber die Sicherheit nicht, Zahlung des zur Sicherheitsleistung - etwa Hinterlegung von Geld – erforderlichen Betrages erreicht werden.

Bislang konnte der Auftragnehmer lediglich dann, wenn er Sicherheit gefordert hatte nach Ablauf der „angemessenen Frist“ (Regel: 10 Tage) seine Leistung verweigern, also die Arbeit einstellen und nach Setzung einer weiteren Nachfrist den Werkvertrag - mit allen Konsequenzen, insbesondere den Problemen bei der Abrechnung etwa von Pauschalverträgen – kündigen, also endgültig und unwiderruflich beenden.

Nunmehr hat der Auftragnehmer die Möglichkeit bei fruchtlosem Ablauf einer angemessenen Frist zur Beibringung der Sicherheit

- die Arbeit einzustellen,
- die Arbeit einzustellen und die Sicherheit einzuklagen,
- weiter zu arbeiten und die Sicherheit einzuklagen oder aber
- den Vertrag zu kündigen.

Es besteht jetzt also **ein echtes Wahlrecht** des Auftragnehmers, welches je nach Situation ausgeübt werden sollte.

Nach dem Wortlaut der Bestimmung braucht der Auftragnehmer dem Auftraggeber die jeweilige Rechtsfolge **nicht anzukündigen**. Er muss dem Auftraggeber also nicht vorab mitteilen, wie er sich bei Nichtgestellung der Sicherheit verhalten möchte. Allerdings sind derzeit die meisten Autoren der Auffassung, dass es angesichts älterer Rechtsprechung des BGH zu der Regelung des § 16 Nr. 5 VOB/B, und der vom Bundesgerichtshof in mehreren jüngeren Entscheidungen immer wieder betonten „Kooperationspflicht“ der Bauvertragsparteien es sich angesichts der Schwere der möglichen Rechtsfolgen empfiehlt, dem Auftraggeber die gewählte Rechtsfolge mitzuteilen, da befürchtet wird, dass Gerichte dieses Erfordernis als „ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal“ in die Bestimmung „hineinlesen“.

Es wird wohl auch vom einmal gewählten Leistungsverweigerungsrecht auf die Kündigung übergegangen werden können. Fraglich dürfte sein, ob diese Möglichkeit auf Dauer besteht oder aber innerhalb „angemessener Zeit“ auszuüben ist.

- f) **Mit der Ausgestaltung eines einklagbaren Anspruchs** auf Sicherheitsleistung ist eine weitere Konsequenz verbunden, nämlich die, dass im Falle der Insolvenz des Auftraggebers diese **Sicherheit insolvenzfest** ist; diese also nicht mehr so einfach vom Insolvenzverwalter über eine Anfechtung „einkassiert“ werden kann. Die Stellung des Auftragnehmers im Insolvenzverfahren des Auftraggebers ist damit also rechtlich deutlich gestärkt. Ein Grund mehr, zukünftig bei Problemen in der Abwicklung auf die Stellung einer Sicherheit zu bestehen und diese ggf. einzuklagen.
- g) Für den Auftragnehmer dürfte es sich für den Fall, dass Streit über Mängel am Bauwerk bestehen empfehlen, zunächst – wie gesagt, **nach Ablauf** der zur Beibringung der Sicherheit gesetzten Frist – die Arbeiten einzustellen, also – juristisch ausgedrückt: von seinem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch zu machen.

Lässt nun der Auftraggeber, um den Bau „voran“ zu bringen die (streitigen) Mängel beseitigen, hat er bereits rechtlich, also auch in dem Fall, dass Mängel bestehen, bzw. bestanden haben, **keinen** Anspruch auf Ersatz der Kosten der Mängelbeseitigung, da der Auftragnehmer ja infolge der nicht gestellten Sicherheit seine Leistung zu Recht verweigern kann. In Folge der Nichtgestellung der Sicherheit durch den Auftraggeber ist der Auftragnehmer ja ausdrücklich berechtigt seine Leistung einzustellen. Dazu gehören auch eventuelle Nachbesserungsleistungen / Nacherfüllungsleistungen des Auftragnehmers.

Der Auftragnehmer behält für diesen Fall zudem seinen **vollen Werklohnanspruch**. Er muss sich in diesem Fall also keinen Abzug für die aufgewandten Mängelbeseitigungskosten gefallen lassen.

Letztendlich hat der Auftraggeber in dieser Situation keine Möglichkeit ohne Stellung der geforderten Sicherheit den Auftragnehmer zur Mängelbeseitigung zu bringen oder alternativ auf „dessen Kosten“ eine „Drittnachbesserung“ durchzusetzen.

**Der Auftraggeber** sollte in einer entsprechenden Situation ernsthaft um eine Lösung bemüht sein, da ihn ansonsten weitgehende finanzielle und rechtliche Nachteile treffen können.

Prozessual könnte sich bei unstreitigen Mängeln für den Auftragnehmer eine Klage auf Zahlung des Werklohns „Zug um Zug gegen Beseitigung der Mängel“ (soweit unstreitig) empfehlen, verbunden mit der Feststellung, dass der Auftraggeber sich im „Verzug mit der Annahme der Nachbesserungsleistung“ befindet. Damit wäre der geschuldete Werklohn wohl ebenfalls in voller Höhe vollstreckbar.

- h) Kündigt der Auftragnehmer** den Vertrag, kann er keine Sicherheit mehr verlangen. Er kann dann die vereinbarte Vergütung, also den vertraglich vereinbarten Werklohn fordern und ggf. einklagen.
- i)** Es entstehen allerdings dann, wenn zum Beispiel erst Teile der Leistung erbracht, die Leistungen des Vertrages also noch nicht vollständig erbracht sind, wiederum erhebliche Abrechnungsproblematiken, da in diesem Fall ja zunächst in den bereits erbrachten Teil der Leistung und den nicht erbrachten Teil der Leistung aufgespalten werden muss und diese Leistungsteile auf der Grundlage des Vertragspreises bewertet werden müssen. **Soweit** die Leistung noch **nicht erbracht** ist, kann der kündigende Auftraggeber zwar ebenfalls die vertraglich vereinbarte Vergütung beanspruchen – die Kündigung des Vertrages ist ja nicht von ihm, sondern vom Auftraggeber zu vertreten -, er muss sich jedoch *„dasjenige anrechen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterlässt“*.
- j)** Ohne weitere Abrechnung wird *„vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 vom Hundert der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen“*.

Damit besteht allerdings immer noch das Problem, insbesondere bei Pauschalverträgen, denen kein umfassendes Leistungsverzeichnis zu Grunde liegt, Umfang und Wert der erbrachte Leistung zu ermitteln und von dem „nicht erbrachten Teil der Leistung“ abzugrenzen. Zudem steht der Gegenseite natürlich der Nachweis offen, dass der Gewinn und/oder die Allgemeinen Geschäftskosten (die ja auch bei nicht ausgeführter Leistung vorhanden sind) niedriger, als die vermuteten 5% sind. Allerdings bleibt dem Auftragnehmer seinerseits unbenommen, die Vermutung seinerseits zu widerlegen und geltend zu machen, dass seine Ersparnis geringer ist, als 95% der vereinbarten Vergütung (etwa „Weiterlaufen“ der Baustellengemeinkosten,

Gerätekosten, Teile von Löhnen). Damit dürfte sich die Kündigung des Werkvertrages oftmals als die schlechtere der möglichen Handlungsalternativen erweisen und nur dann in Frage kommen, wenn die Leistungen – bis auf etwaige Nachbesserungsleistungen - erbracht sind. In diesem Fall würde zumindest das Problem der Leistungsabgrenzung und -abrechnung entfallen. Problematisch dürfte hier dann noch sein, ob der Auftragnehmer für den Fall der Kündigung noch sein Nachbesserungsrecht behält oder aber, wie zu bisheriger Rechtslage entschieden – vom Werklohnanspruch – der Aufwand für die Mangelbeseitigung, bzw. ein Minderungsbetrag bei bestehenden Mängeln in Abzug zu bringen ist.

#### **4. Fazit:**

Die Neuregelung bringt dem Auftragnehmer insolvenzrechtlich sicher Vorteile. Auch sind jetzt seine Gestaltungsmöglichkeiten vielfältiger und eher dazu geeignet, Sicherheiten zu erlangen, bzw. im Hinblick auf sein Leistungsverweigerungsrecht den Auftraggeber zu konstruktiven Lösungen zu bewegen. Ob allerdings die Neuregelung die „Scheu“ der Unternehmer beseitigt, in Befürchtung späterer „Bestrafung“ durch den Auftraggeber durch Nichtberücksichtigung bei späteren Aufträgen, ihre Rechte rechtzeitig geltend zu machen, darf bezweifelt werden. Dagegen kann nicht mit Gesetzen angegangen werden. Zudem ist das gesamte Instrumentarium beim Bau von Einfamilienhäusern nicht anwendbar, so dass hier der um sich greifenden Unsitte der „Finanzierung durch Mängleinrede“ von schwarzen Schafen in den Reihen privater Bauherren so nicht „begegnet“ werden kann.

## **VII.**

### **§ 649 BGB**

Bei der Neuregelung des § 649 Satz 3 wird nunmehr auch bei Kündigungen des Werkvertrages nach dieser Vorschrift eine Erleichterung für die Geltendmachung des „entgangenen Gewinns“ eingeführt, nämlich eine – widerlegbare - Vermutung, dass der Gewinn und die nicht ersparten Allgemeinen Geschäftskosten 5% betragen. Diese Regelung entspricht dem, was bereits zu § 648a Abs. 5 BGB ausgeführt worden ist. Klar ist auch, dass es natürlich auch dem Auftragnehmer unbenommen bleibt konkret nachzuweisen und zu berechnen, dass nach Abzug der ersparten Aufwendungen mehr als 5% „übrig“ bleiben.

## VIII.

### Gesetz zum Schutz von Bauforderungen.

#### 1. Ausgangslage:

Bislang hat das Gesetz zur Sicherung von Bauforderungen (GSB) ein Schattendasein geführt: Dies lag an mehreren Faktoren::

- nach der bisherigen Regelung des GSB war Baugeld nur dann gegeben, wenn die 3 Merkmale „Fremdfinanzierung“, „Dingliche Sicherung“ und „Darlehenszweck: Herstellung des Baus“ vorgelegen haben (s. § 1 Abs.3 GSB).
- In der Regel hatte der Subunternehmer keine Kenntnis davon, ob die entsprechenden Tatbestandsmerkmale vorgelegen haben; insbesondere inwieweit der Hauptunternehmer mit grundpfandrechtl. gesichertem, fremdfinanziertem Geld bezahlt worden ist.
- Auskunftsansprüche gegenüber dem Hauptunternehmer führten nicht zum Erfolg
- Die vorgeschriebenen Bautagebücher wurden in der Regel nicht geführt.
- Das Gesetz selbst war nicht nur vielen Juristen, sondern erst recht vielen Handwerkern und Bauunternehmen unbekannt.
- Infolge dessen kam es relativ selten zur Verurteilung der Organe eines Unternehmens, welche Baugelder nicht ordnungsgemäß an die beteiligten anderen Unternehmen weitergeleitet haben auf „persönliche“ Zahlung an diese Unternehmen.

#### 2. Änderungen durch das Forderungssicherungsgesetz

Dies könnte sich in Zukunft doch erheblich ändern, da der Gesetzgeber nicht nur den Namen des Gesetzes – jetzt: Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG) – geändert hat, sondern darüber hinaus dessen Anwendungsbereich erheblich ausgeweitet worden ist.

Dies ist die Folge zweier einschneidender Änderungen im Gesetz.

- a) Baugeld liegt jetzt immer** – ohne Rücksicht auf Fremdfinanzierung und grundbuchrechtliche Absicherung – vor, wenn und soweit ein Unternehmer von einem Dritten (Bank, Bauherr, Baubetreuer etc.) **im Zusammenhang mit der Herstellung eines Baus oder eines Umbaus Gelder erhalten** hat und der Unternehmer die Bauleistungen nicht ausschließlich selbst erbringt, sondern andere Unternehmer auf Grund Werk-, Dienst- oder Kaufvertrages (Baustofflieferanten!) diese Leistungen (mit-) erbringen.
- b)** Wird dieses erhaltene Geld vom Empfänger **zweckwidrig verwendet**, deckt er also zunächst damit andere Verbindlichkeiten, die mit dem Bau nichts zu tun haben oder eigene allgemeine Geschäftskosten und kann deswegen ein Nachunternehmer seine Forderung – etwa wegen der Insolvenz des Hauptunternehmers – nicht (mehr) durchsetzen, laufen die „Organe“ des

Hauptunternehmens Gefahr, persönlich in Anspruch genommen werden zu können (**Haftungsdurchgriff**).

- c) Dabei ist der Begriff des „Organs“ in diesem Zusammenhang nicht nur beschränkt auf die Geschäftsführer oder den Vorstand, sondern umfasst alle „Verantwortungsträger“ des Hauptunternehmers, also Geschäftsführer, Niederlassungsleiter, Prokuristen, Projektleiter u.a.
- d) Die **Verpflichtungen gelten bereits ab dem 01.01.2009** – auch für **zuvor** abgeschlossene Bauverträge.
- e) Diese Vorschrift gilt naturgemäß auch in der weiteren Kette, etwa im Verhältnis Subunternehmer zu dessen Subunternehmer oder dessen Baustofflieferanten. Es gelten also auch hier dieselben Verpflichtungen.
- f) In § 1 Abs. 4 BauFordSiG ist jetzt die Regelung aufgenommen, dass die **Beweislast** dafür, dass es sich **nicht** um Baugeld handelt **und** dafür, dass Baugeld **ordnungsgemäß verwendet** worden ist, beim Empfänger des Geldes, also beim Hauptunternehmer liegt. Zukünftig hat also nicht mehr der Subunternehmer erst einmal nachzuweisen, dass es sich um Baugeld handelt und dies nicht ordnungsgemäß verwendet worden ist.

### 3. Konsequenzen:

Die Konsequenzen sind vielfältig und wegen der möglichen Folgen für die Beteiligten möglichst schnell zu ziehen:

- a) Der Hauptunternehmer wird zu einer **Art „Treuhand“** für die von ihm mit den Bauleistungen oder Lieferungen beauftragten Unternehmen. Deshalb sollte der Hauptunternehmer – im weiteren auch die Subunternehmer, soweit ihrerseits Aufträge an andere Unternehmer erteilt werden – das Baugeld auf einem **gesonderten Konto** für das jeweilige Bauvorhaben separieren (schon zwecks der Nachvollziehbarkeit der Zahlungsströme) und dafür Sorge tragen, dass es nicht von Dritten – auch nicht von seiner Hausbank – gepfändet werden kann. In diesem Zusammenhang wird die Auffassung vertreten, dass ein Pfandrecht der Bank nicht besteht, wenn für sie deutlich ist, dass es sich bei dem Geld um „Baugeld“ handelt. Das Konto und die Zahlungen sind deswegen durch klare und umfassende Angabe des Verwendungszwecks entsprechend zu kennzeichnen.
- b) Bei vielen größeren Unternehmen, die bislang ihre gesamten Einnahmen unabhängig vom jeweiligen Bauvorhaben in sogenannte Pools überführt haben, aus denen dann die Verbindlichkeiten des Unternehmens bedient worden sind, dürfte diese Praxis damit weitgehend „ausgedient“ haben.
- c) Der Hauptunternehmer darf das empfangene Geld vor der vollständigen Befriedigung der jeweils nachgeordnet eingeschalteten Unternehmen also nicht dazu benutzen um „Löcher“ aus anderen Baustellen zu stopfen, bzw. andere, mit dem engen Bauzweck nicht in Zusammenhang stehende Verbindlichkeiten (Grundstücks-, Maklerkosten, Notarkosten, Rechtsanwaltskosten u. A.) zu bedienen.
- d) Das Baugeld darf zunächst auch **nicht für „eigene“ Zwecke**, wie etwa zur Deckung allgemeiner Geschäftskosten verwendet werden. Lediglich, wenn der Hauptunternehmer eigene „Bauleistungen“ erbringt, darf er vom Baugeld einen Betrag in Höhe von 50% *„des angemessenen Wertes der von ihm in den Bau verwendeten Leistung, oder, wenn die Leistung von ihm noch nicht in*

Ich glaube, dass mit Fug und Recht behauptet werden kann, dass dieser Teil der Neuregelung baurechtlicher Vorschriften mit Sicherheit weitgehende Konsequenzen, auch wegen der in § 2 des Gesetzes statuierten Strafbarkeit für die Organe des Baugeldempfängers, haben wird. Natürlich werden „nachgeordnete“ Unternehmen für den Fall des Forderungsausfalls beim eigentlichen Vertragspartner ( GmbH, AG etc) – etwa infolge einer Insolvenz - versuchen, einen Teil ihres Werklohns durch die persönliche Inanspruchnahme des oder der Verantwortlichen wenigstens teilweise zu realisieren.

## **XI. Schlussanmerkung**

Dieses Gesetzesvorhaben allein wird die Verhältnisse auf dem Bau nicht entscheidend ändern.

Notwendig ist jetzt endlich die Schaffung eines – sorgfältig – formulierten eigenständigen Bauvertragsrechts, wozu viele Praktiker bereits jahrelang aufgefordert und diskussionswürdige Vorschläge vorgelegt haben.

Genauso wichtig, wenn nicht vielleicht wichtiger ist zudem das Prozessrecht anzupassen und darüber hinaus Baukammern und Bausenate bei den Land- und Oberlandesgerichten zu schaffen, die auch weitgehend von Personalwechseln verschont bleiben, um so mehr Rechts- und (technische) Sachkunde bei den Gerichten zu bündeln und dadurch Prozesse besser strukturieren und beschleunigen zu können. Auch bestünde dann vielleicht die leise Hoffnung, dass Sachverständige durch das Gericht besser angeleitet und deren Gutachten auch kritischer gewürdigt werden könnten

Letztendlich sollte aber auch die Branche selbst daran interessiert sein, die vom Bundesgerichtshof immer wieder hervorgehobene Kooperationspflicht ernst zu nehmen und miteinander im Konfliktfall außergerichtliche, vernünftige Lösungen zu suchen: Diese können von Verfahrensabreden, über die gemeinsame Beauftragung eines Gutachters, bis hin zur Schiedsgutachter- oder Schiedsgerichtsabrede gehen.

Denn eines ist auch klar: so wenig, wie es den bösen Unternehmer gibt, gibt es **den** bösen Besteller , Bauherren oder Subunternehmer. Und meist sind es gar nicht so sehr die materiellen Rechtsfragen, die in Prozessen oder Auseinandersetzungen Probleme bereiten, sondern unterschiedliche Auffassungen über frühere Vorgänge, über das Bestehen von Mängeln, deren Tragweite, über das Bestehen eines Auftrages und dessen Inhalt, etc.etc.

Auch würde oftmals ein wenig mehr Sorgfalt bei Vertragsabschluss und bei der Durchführung des Bauvorhabens, ein wenig „mehr“ an nachvollziehbarer Dokumentation wesentlicher Vorgänge, eine sorgfältigere Planung und Ausschreibung ausreichen, um wesentliche Streitpunkte erst gar nicht entstehen oder aber zumindest leichter lösen zu lassen.

Fromme Wünsche, ich weiß. Aber vielleicht sollten wir alle wieder mehr über diesen Weg des „Miteinander“ am Bau nachdenken und versuchen ihn in die Tat umzusetzen.

Vielen Dank für Ihre Geduld und ihr Interesse.

## **Gesetzestexte:**

**A.**

### **§ 632 a (Abschlagszahlungen) Fassung bis 31.12.2008**

1 Der Unternehmer kann von dem Besteller für in sich abgeschlossene Teile des Werkes Abschlagszahlungen für die erbrachten vertragsmäßigen Leistungen verlangen. 2 Dies gilt auch für erforderliche Stoffe oder Bauteile, die eigens angefertigt oder angeliefert sind. 3 Der Anspruch besteht nur, wenn dem Besteller Eigentum an den Teilen des Werkes, an den Stoffen oder Bauteilen übertragen oder Sicherheit hierfür geleistet wird.

### **§ 632 a (Abschlagszahlungen) Fassung ab 01.01.2009**

(1) 1Der Unternehmer kann von dem Besteller für eine vertragsgemäß erbrachte Leistung eine Abschlagszahlung in der Höhe verlangen, in der der Besteller durch die Leistung einen Wertzuwachs erlangt hat. 2Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abschlagszahlung nicht verweigert werden. 3§ 641 Abs. 3 gilt entsprechend. 4Die Leistungen sind durch eine Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss. 5Die Sätze 1 bis 4 gelten auch für erforderliche Stoffe oder Bauteile, die angeliefert oder eigens angefertigt und bereitgestellt sind, wenn dem Besteller nach seiner Wahl Eigentum an den Stoffen oder Bauteilen übertragen oder entsprechende Sicherheit hierfür geleistet wird.

(2) Wenn der Vertrag die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat und zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen, können Abschlagszahlungen nur verlangt werden, soweit sie gemäß einer Verordnung auf Grund von Artikel 244 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche vereinbart sind.

(3) 1Ist der Besteller ein Verbraucher und hat der Vertrag die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand, ist dem Besteller bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige

Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel in Höhe von 5 vom Hundert des Vergütungsanspruchs zu leisten. 2 Erhöht sich der Vergütungsanspruch infolge von Änderungen oder Ergänzungen des Vertrages um mehr als 10 vom Hundert, ist dem Besteller bei der nächsten Abschlagszahlung eine weitere Sicherheit in Höhe von 5 vom Hundert des zusätzlichen Vergütungsanspruchs zu leisten. 3 Auf Verlangen des Unternehmers ist die Sicherheitsleistung durch Einbehalt dergestalt zu erbringen, dass der Besteller die Abschlagszahlungen bis zu dem Gesamtbetrag der geschuldeten Sicherheit zurückhält.

(4) Sicherheiten nach dieser Vorschrift können auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden.

## **B.**

### **§ 641 Fälligkeit der Vergütung Fassung bis 31.12.2008**

(1) 1 Die Vergütung ist bei der Abnahme des Werkes zu entrichten. 2 Ist das Werk in Teilen abzunehmen und die Vergütung für die einzelnen Teile bestimmt, so ist die Vergütung für jeden Teil bei dessen Abnahme zu entrichten.

(2) 1 Die Vergütung des Unternehmers für ein Werk, dessen Herstellung der Besteller einem Dritten versprochen hat, wird spätestens fällig, wenn und soweit der Besteller von dem Dritten für das versprochene Werk wegen dessen Herstellung seine Vergütung oder Teile davon erhalten hat. 2 Hat der Besteller dem Dritten wegen möglicher Mängel des Werkes Sicherheit geleistet, gilt dies nur, wenn der Unternehmer dem Besteller Sicherheit in entsprechender Höhe leistet.

(3) Kann der Besteller die Beseitigung eines Mangels verlangen, so kann er nach der Abnahme die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern, mindestens in Höhe des 3fachen der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten.

(4) Eine in Geld festgesetzte Vergütung hat der Besteller von der Abnahme des Werkes an zu verzinsen, sofern nicht die Vergütung gestundet ist.

### **§ 641 (Fälligkeit der Vergütung) Fassung ab 01.01.2009**

(1) ..... (wie bisher).

(2) Die Vergütung des Unternehmers für ein Werk, dessen Herstellung der Besteller einem Dritten versprochen hat, wird spätestens fällig,

1. soweit der Besteller von dem Dritten für das versprochene Werk wegen dessen Herstellung seine Vergütung oder Teile davon erhalten hat.

2. soweit das Werk des Bestellers von dem Dritten abgenommen worden ist oder als abgenommen gilt oder

3. wenn der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Auskunft über die in den Nummern 1 und 2 bezeichneten Umstände bestimmt hat.

Hat der Besteller dem Dritten wegen möglicher Mängel des Werks Sicherheit geleistet, gilt Satz 1 nur, wenn der Unternehmer dem Besteller entsprechende Sicherheit leistet.

(3) Kann der Besteller die Beseitigung eines Mangels verlangen, so kann er nach der Fälligkeit die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern; angemessen ist in der Regel das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten."

## C.

### § 648 a (Bauhandwerkersicherung) Fassung bis 31.12.2008

(1) 1 Der Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon kann vom Besteller Sicherheit für die von ihm zu erbringenden Vorleistungen einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen in der Weise verlangen, dass er dem Besteller zur Leistung der Sicherheit eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt, dass er nach dem Ablauf der Frist seine Leistung verweigere. 2 Sicherheit kann bis zur Höhe des voraussichtlichen Vergütungsanspruchs, wie er sich aus dem Vertrag oder einem nachträglichen Zusatzauftrag ergibt, sowie wegen Nebenforderungen verlangt werden; die Nebenforderungen sind mit 10 v. H. des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen. 3 Sie ist auch dann als ausreichend anzusehen, wenn sich der Sicherungsgeber das Recht vorbehält, sein Versprechen im Falle einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Bestellers mit Wirkung für Vergütungsansprüche aus Bauleistungen zu widerrufen, die der Unternehmer bei Zugang der Widerrufserklärung noch nicht erbracht hat.

(2) 1 Die Sicherheit kann auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden. 2 Das Kreditinstitut oder der Kreditversicherer darf Zahlungen an den Unternehmer nur leisten, soweit der Besteller den Vergütungsanspruch des Unternehmers anerkennt oder durch vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung der Vergütung verurteilt worden ist und die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Zwangsvollstreckung begonnen werden darf.

(3) 1 Der Unternehmer hat dem Besteller die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung bis zu einem Höchstsatz von 2 v. H. für das Jahr zu erstatten. 2 Dies gilt nicht, soweit eine Sicherheit wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Vergütungsanspruch des Unternehmers aufrechterhalten werden muss und die Einwendungen sich als unbegründet erweisen.

(4) Soweit der Unternehmer für seinen Vergütungsanspruch eine Sicherheit nach den Absätzen 1 oder 2 erlangt hat, ist der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach [§ 648](#) Abs. 1 ausgeschlossen.

(5) 1 Leistet der Besteller die Sicherheit nicht fristgemäß, so bestimmen sich die Rechte des Unternehmers nach den [§§ 643](#) und [645](#) Abs. 1. 2 Gilt der Vertrag danach als aufgehoben, kann der Unternehmer auch Ersatz des Schadens verlangen, den er dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut hat. 3 Dasselbe gilt, wenn der Besteller in zeitlichem Zusammenhang mit dem Sicherheitsverlangen gemäß Absatz 1 kündigt, es sei denn, die Kündigung ist nicht erfolgt, um der Stellung der Sicherheit zu entgehen. 4 Es wird vermutet, dass der Schaden 5 % der Vergütung beträgt.

- (6) Die Vorschriften der Absätze 1 bis 5 finden keine Anwendung, wenn der Besteller
1. eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist oder
  2. eine natürliche Person ist und die Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung ausführen lässt; dies gilt nicht bei Betreuung des Bauvorhabens durch einen zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigten Baubetreuer.
- (7) Eine von den Vorschriften der Absätze 1 bis 5 abweichende Vereinbarung ist unwirksam.

## **§ 648 a (Bauhandwerkersicherung) Fassung ab 01.01.2009**

(1) Der Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon kann vom Besteller Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen, die mit 10 vom Hundert des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen sind, verlangen. Satz 1 gilt in demselben Umfang auch für Ansprüche, die an die Stelle der Vergütung treten. Der Anspruch des Unternehmers auf Sicherheit wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Besteller Erfüllung verlangen kann oder das Werk abgenommen hat. Ansprüche, mit denen der Besteller gegen den Anspruch des Unternehmers auf Vergütung aufrechnen kann, bleiben bei der Berechnung der Vergütung unberücksichtigt, es sei denn, sie sind unstreitig oder rechtskräftig festgestellt. Die Sicherheit ist auch dann als ausreichend anzusehen, wenn sich der Sicherungsgeber das Recht vorbehält, sein Versprechen im Falle einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Bestellers mit Wirkung für Vergütungsansprüche aus Bauleistungen zu widerrufen, die der Unternehmer bei Zugang der Widerrufserklärung noch nicht erbracht hat.

(2) Die Sicherheit kann auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden. Das Kreditinstitut oder der Kreditversicherer darf Zahlungen an den Unternehmer nur leisten, soweit der Besteller den Vergütungsanspruch des Unternehmers anerkennt oder durch vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung der Vergütung verurteilt worden ist und die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Zwangsvollstreckung begonnen werden darf.

(3) Der Unternehmer hat dem Besteller die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung bis zu einem Höchstsatz von 2 vom Hundert für das Jahr zu erstatten. Dies gilt nicht, soweit eine Sicherheit wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Vergütungsanspruch des Unternehmers aufrechterhalten werden muss und die Einwendungen sich als unbegründet erweisen.

(4) Soweit der Unternehmer für seinen Vergütungsanspruch eine Sicherheit nach den Absätzen 1 oder 2 erlangt hat, ist der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach § [648](#) Abs. 1 ausgeschlossen.

(5) Hat der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung der Sicherheit nach Absatz 1 bestimmt, so kann der Unternehmer die Leistung verweigern oder den Vertrag kündigen. Kündigt er den Vertrag, ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterlässt. Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 vom Hundert der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen.

(6) Die Vorschriften der Absätze 1 bis 5 finden keine Anwendung, wenn der Besteller

eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches

1. Sondervermögen ist, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren unzulässig ist, oder

eine natürliche Person ist und die Bauarbeiten zur Herstellung oder

2. Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung ausführen lässt.

Satz 1 Nr. 2 gilt nicht bei Betreuung des Bauvorhabens durch einen zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigten Baubetreuer.

(7) Eine von den Vorschriften der Absätze 1 bis 5 abweichende Vereinbarung ist unwirksam.

**D.**

## **Gesetz zur Sicherung von Bauforderungen (GSB) - Auszug**

**Fassung bis 31.12.2008**

### **§ 1**

(1) Der Empfänger von Baugeld ist verpflichtet, das Baugeld zur Befriedigung solcher Personen, die an der Herstellung des Baues auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrags beteiligt sind, zu verwenden. Eine anderweitige Verwendung des Baugeldes ist bis zu dem Betrag statthaft, in welchem der Empfänger aus anderen Mitteln Gläubiger der bezeichneten Art bereits befriedigt hat.

(2) Ist der Empfänger selbst an der Herstellung beteiligt, so darf er das Baugeld in Höhe der Hälfte des angemessenen Wertes der von ihm in den Bau verwendeten Leistung, oder, wenn die Leistung von ihm noch nicht in den Bau verwendet worden ist, der von ihm geleisteten Arbeit und der von ihm gemachten Auslagen für sich behalten.

(3) Baugeld sind Geldbeträge, die zum Zweck der Bestreitung der Kosten eines Baues in der Weise gewährt werden, daß zur Sicherung der Ansprüche des Geldgebers eine Hypothek oder Grundschuld an dem zu bebauenden Grundstück dient oder die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück erst nach gänzlicher oder teilweiser Herstellung des Baues erfolgen soll. Als Geldbeträge, die zum Zweck der Bestreitung der Kosten eines Baues gewährt werden, gelten insbesondere:

1. solche, deren Auszahlung ohne nähere Bestimmung des Zweckes der Verwendung nach Maßgabe des Fortschreitens des Baues erfolgen soll.

## **Jetzt Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG) - Auszug**

### **Fassung ab 01.01.2009**

#### **§ 1**

(1) 1Der Empfänger von Baugeld ist verpflichtet, das Baugeld zur Befriedigung solcher Personen, die an der Herstellung oder dem Umbau des Baues auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Kaufvertrags beteiligt sind, zu verwenden. 2Eine anderweitige Verwendung des Baugeldes ist bis zu dem Betrag statthaft, in welchem der Empfänger aus anderen Mitteln Gläubiger der bezeichneten Art bereits befriedigt hat. 3Die Verpflichtung nach Satz 1 hat auch zu erfüllen, wer als Baubetreuer bei der Betreuung des Bauvorhabens zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigt ist.

(2) Ist der Empfänger selbst an der Herstellung beteiligt, so darf er das Baugeld in Höhe der Hälfte des angemessenen Wertes der von ihm in den Bau verwendeten Leistung, oder, wenn die Leistung von ihm noch nicht in den Bau verwendet worden ist, der von ihm geleisteten Arbeit und der von ihm gemachten Auslagen für sich behalten.

(3) 1Baugeld sind Geldbeträge,

1.

die zum Zweck der Bestreitung der Kosten eines Baues oder Umbaues in der Weise gewährt werden, dass zur Sicherung der Anspruch des Geldgebers eine Hypothek oder Grundschuld an dem zu bebauenden Grundstück dient oder die Übertragung eines Eigentums an dem Grundstück erst nach gänzlicher oder teilweiser Herstellung des Baues oder Umbaues erfolgen soll, oder

2.

*die der Empfänger von einem Dritten für eine im Zusammenhang mit der Herstellung des Baues oder Umbaues stehende Leistung, die der Empfänger dem Dritten versprochen hat, erhalten hat, wenn an dieser Leistung andere Unternehmer (§ 14 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Kaufvertrags beteiligt waren.*

*2Beträge, die zum Zweck der Bestreitung der Kosten eines Baues oder Umbaues gewährt werden, sind insbesondere Abschlagszahlungen und solche, deren Auszahlung ohne nähere Bestimmung des Zweckes der Verwendung nach Maßgabe des Fortschrittes des Baues oder Umbaues erfolgen soll.*

*(4) Ist die Baugeldeigenschaft oder die Verwendung des Baugeldes streitig, so trifft die Beweislast den Empfänger.*

## **§ 2**

Baugeldempfänger, welche ihre Zahlungen eingestellt haben oder über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist und deren in § 1 Abs. 1 bezeichnete Gläubiger zur Zeit der Zahlungseinstellung oder der Eröffnung des Insolvenzverfahrens benachteiligt sind, werden mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft, wenn sie zum Nachteil der bezeichneten Gläubiger den Vorschriften des § 1 zuwidergehandelt haben.