

# Kanzlei am Steinmarkt

## RAe Kuchenreuter, Dr. Stangl & Alt

### Rundschreiben / Ausgabe 09/2008

#### Thema: Forderungssicherungsgesetz / Baurecht

#### 1. Einleitung

Der Gesetzgeber hat mit dem Forderungssicherungsgesetz (FoSiG) eine Reihe von baurechtlich wichtigen Gesetzesänderungen beschlossen. Am 19. September 2008 passierte es den Bundesrat. Es tritt voraussichtlich (abhängig vom Tag der Verkündung) am 01.01.2009 in Kraft. Die Neufassung des Gesetzes gilt nur für Werkverträge, die nach diesem Tag entstanden sind. Das Gesetz führt zu Veränderungen im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) und einigen Nebengesetzen. Es hat erhebliche Auswirkungen auf die Privilegierung der VOB/B gegenüber dem Vertragspartner, insbesondere dem Verbraucher. Als Folge wird für Auftragnehmer ein Handlungsbedarf bei der Vertragsgestaltung eintreten, die häufig mit Verbrauchern als Auftraggeber zu tun haben.

Das Gesetz verfolgt das Ziel, Auftragnehmern, vor allem in der Baubranche, besser vor Forderungsausfällen abzusichern. Der Gesetzgeber ist sich dabei bewusst, dass sich die Problematik am wirkungsvollsten durch die Kodifizierung eines Bauvertragsrechts erreichen ließe, in dem keine Rücksicht auf das Allgemeine Werkvertragsrecht genommen werden muss.

Das Forderungssicherungsgesetz (FoSiG) ist daher nur ein, wenn auch wichtiger, Zwischenschritt<sup>1</sup>. Das Gesetz ist gegenüber dem ursprünglichen Entwurf nur noch eine „abgespeckte Version“, da neben inhaltlichen Regelungen auch verfahrensrechtliche Regelungen geändert bzw. eingeführt werden sollten. Hinsichtlich der flankierenden Maßnahmen verfahrensrechtlicher Natur (z. B. vorläufige Zahlungsanordnung) wurden massive Bedenken entgegen gebracht, so dass diese Maßnahmen aus dem Gesetzeswerk herausgenommen wurden.

Der Gesetzgeber sieht selbst, dass ein „eigenständiges Bauvertragsrecht“ innerhalb des BGB notwendig ist. Das Werkvertragsrecht regelt die Probleme nur rudimentär und weist erhebliche Lücken auf (z. B. Nachträge, usw.). Die VOB/B ist ein geeignetes Regelwerk am Bau. Wegen dessen AGB-Natur und Abweichungen vom BGB war sie aber zuletzt stark in der Kritik.

Kritisch anzumerken ist, dass fehlende „Zahlungsmoral“ nicht mit Maßnahmen des Gesetzgebers gelöst werden können. Der Gesetzgeber hat nun, wenn auch nach erheblichem Vorlauf, gehandelt, um dieses Ziel zu erreichen. Dies darf aber den Blick nicht davor verschließen, dass in der Praxis gerade die Zielgruppe, der geholfen werden soll, nämlich den „Handwerkern“, nur unzureichend von gesetzgeberischen Mitteln Gebrauch macht. Dies hat unterschiedliche Gründe:

- Unkenntnis vieler Handwerksbetriebe über bereits bestehende rechtliche Möglichkeiten (z. B. § 648a BGB, Bauhandwerkersicherung). Fortbildung in Baurechtsfragen ist für viele kleinere Betriebe kein Thema. Wer aber seine eigenen Rechte nicht kennt, wird auch bei der besten Gesetzgebung niemals seine Situation verbessern können. Kurz: *„Wer die Spielregeln nicht kennt, kann das Spiel nicht spielen bzw. andere wollen nicht mit den Betreffenden spielen“.*
- Kenntnis vieler Handwerksbetriebe über bereits bestehende Regelungen, aber wirtschaftlicher Druck und die Angst vor dem „Liebesentzug“ des Auftraggebers spielen

---

<sup>1</sup> BT-Drs. 16/9787, S. 19

eine entscheidende Rolle. Wer seine Rechte geltend macht, gilt als „Problemfall“ und erhält zumindest keine Folgeaufträge mehr.

Kurz: *„Man kennt die Spielregeln, hat aber keine „Freunde“ mehr, wenn man nicht nach deren abweichenden Regeln spielt.“*

Es darf daher bezweifelt werden, ob der gut gemeinte Wille des Gesetzgebers das Ziel, die Forderungsausfälle zu vermeiden, erreicht. Plakative Gesetzesüberschriften wie „Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen“ oder nun „Forderungssicherungsgesetz“ ersetzen keinesfalls eine zielführende Gesetzgebung. „Mutter“ vieler Gesetzesüberschriften scheinen bevorstehende Wahlkämpfe zu sein, wobei, ähnlich der Werbebranche, für die „Zielgruppe“ die „Verpackung“ und nicht unbedingt der „Inhalt“ optimiert wird.

Die nachstehenden Ausführungen befassen sich zunächst mit dem Problem und den Maßnahmen, die der Gesetzgeber getroffen hat. Es folgt eine inhaltliche Darstellung der Veränderungen. Die Darstellung schließt mit einer kurzen Zusammenfassung.

#### **HINWEIS:**

Empfehlenswert ist es, die angefügte Synopse auszudrucken und neben die Darstellung zu legen. Dadurch ist es einfacher, die Veränderungen zu erfassen.

In der Synopse sind die jeweiligen Änderungen bzw. Streichungen oder Hinzufügungen kurz und fett hervorgehoben.

## **2. Probleme, Maßnahmen**

Das Problem wurde zuvor schon skizziert. Die Baubranche musste in den letzten Jahren Forderungsausfälle in Milliardenhöhe verkraften. Der Gesetzgeber stellte fest, dass auch länger dauernde hohe Außenstände vor allem Unternehmen des Baugewerbes in den neuen Bundesländern in teilweise existenzbedrohende Liquiditätsschwierigkeiten gebracht haben. Als Mitursache wurde neben der unzureichenden betrieblichen Kapitalausstattung auch die strukturelle Schwäche des geltenden Werkvertragsrechts erkannt. Folgende Problemfelder wurden gesehen:

- **§ 632a BGB** läuft ins Leere, da Abschlagszahlungen bisher an einen „in sich abgeschlossenen Teil des Werkes“ gekoppelt waren. Unklarheit herrscht, wann diese Anspruchsvoraussetzung gegeben ist. Einigkeit besteht, dass die Voraussetzung selten bzw. zu spät gegeben ist.
- **§ 641 Abs. 2 BGB** ist untauglich, obwohl die Fälligkeit des Werklohnanspruchs des Nachunternehmers gegenüber den Generalunternehmern von der Zahlung des Bauherrn an den Generalunternehmer abhängig war. In der Praxis hatte der Nachunternehmer aber keine Kenntnis davon, ob gezahlt wurde und wenn ja, auf welchen Teil des Gewerks. Einen gesetzlich geregelten Auskunftsanspruch gab es ebenfalls nicht.
- **§ 648a BGB** ist unzureichend. Vom Leistungsverweigerungsrecht nach einem erfolglosen Sicherungsverlangen wurde von Auftragnehmern kein Gebrauch gemacht, da sie ansonsten von einem „marktdominierenden“ Auftraggeber nicht mehr mit Zusatz- und Folgeaufträgen bedacht werden oder der Vertrag gekündigt wird.
- Die **Privilegierung der VOB/B** war zunehmend Kritik ausgesetzt. Die Reichweite der Privilegierung war seit der Schuldrechtsreform umstritten. Gegenüber Verbrauchern kamen noch europarechtliche Problemstellungen hinzu.
- **Zivilprozesse** dauern im Baurecht sehr lange. Es handelt sich um Prozesse, die häufig eine sachverständige Begutachtung bestimmter Beweisfragen unvermeidbar ma-

chen. Hier können schon bis zum Abschluss der I. Instanz mitunter mehrere Jahre vergehen.

Die vorstehend genannten Problemfelder - wenn auch nicht alle - wurden richtig erkannt. Das Forderungssicherungsgesetz versucht hier, Maßnahmen zur Lösung der Probleme zu finden.

Das letzte Problem, die überlange Verfahrensdauer, wurde aus dem Forderungssicherungsgesetz ausgeklammert. Die hier ursprünglich vorgeschlagenen Änderungen der Zivilprozessordnung (ZPO) waren heftiger Kritik ausgesetzt. Es sollte mit der so genannten „vorläufigen Zahlungsanordnung“ ein neues Rechtsinstitut geschaffen werden, die dem Kläger eine Titulierung des Zahlungsanspruchs auf Grundlage einer „fundierte Prognose“ (was immer dies auch sein soll) ermöglichen sollte. Damit sollte einer Verlängerung der Verfahrensdauer durch querulatorische Einwendungen unterbunden werden. Dieses „Institut“ wäre ein Fremdkörper innerhalb der ZPO geworden, weshalb die Zurückstellung zu begrüßen ist. Alternativen wären Reformen an bestehenden Vorschriften mit dem Ziel der Verfahrensbeschleunigung.

Man beschränkte sich daher auf einen Kompromiss, da das gesamte Bündel der Maßnahme nicht mehr in der 16. Wahlperiode mangels entsprechender Mehrheit durchsetzbar gewesen wäre. Der Gesetzgeber hat nun folgende Maßnahmen getroffen:

- **§ 632a BGB** (Abschlagszahlungen) wird geändert und der Anspruch auf Abschlagszahlungen erleichtert
- **§ 641 BGB** (Fälligkeit der Vergütung) wird zu Gunsten des Nachunternehmers verbessert. Die Stellung des Nachunternehmers gegenüber dem Generalunternehmer wird gestärkt.  
Der (Druckzuschlag) wird reduziert und flexibilisiert.
- **§ 641a BGB** (Fertigstellungsbescheinigung) wird mangels Praxisrelevanz ersatzlos gestrichen.
- **§ 649 BGB** (Kündigung des Auftraggebers) räumt nun zukünftig dem Auftragnehmer eine Vermutung ein, in welcher Höhe ihm auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung eine Vergütung zusteht.
- **§ 648a BGB** (Bauhandwerkersicherung) wird als Anspruch ausgestaltet, wobei dem Sicherungsverlangen Gegenansprüche auf Erfüllung oder Mängelbeseitigung nur noch begrenzt entgegengehalten werden können.
- **Privilegierung der VOB/B** entfällt gegenüber Verbrauchern. Gegenüber Unternehmern oder der öffentlichen Hand wird sie gesetzlich klargestellt, sofern die VOB/B insgesamt einbezogen wird.
- Das **Bauforderungssicherungsgesetz** (BauFordSiG) wird modernisiert. Für die Ansprüche aus der zweckwidrigen Verwendung von Baugeld wird eine Beweislastumkehr eingeführt. Die Buchführungspflicht in Bezug auf das Baubuch entfällt.

#### **HINWEIS:**

Die Maßnahmen zeigen, dass nicht die VOB/B geändert wurde, sondern das BGB und einige Nebengesetze. Bereits die Aufzählung belegt, dass sich die „Spielregeln“ am Bau verändern und das Verhalten der am Bau Beteiligten aufgrund der Neuregelungen Rechnung getragen werden muss.

### 3. Einzelheiten des Forderungssicherungsgesetzes (FoSiG)

Nachfolgend werden die einzelnen geänderten Bestimmungen kurz erläutert und deren praktische Folgen skizziert.

#### 3.1. Privilegierung der VOB/B

Die VOB/B ist ein äußerst wichtiges Regelungswerk am Bau. Die VOB/B ist den praktischen Bedürfnissen am Bau angepasst und unterscheidet sich teilweise erheblich vom BGB. Besondere Bedeutung hat die VOB/B deshalb, weil auch zahlreiche Lücken des Werkvertragsrechts in den §§ 631 ff. BGB geschlossen werden. Das BGB ist nicht bauspezifisch und regelt Komplexe wie Abschlagszahlungen, Nachträge, Bedenkenhinweise, etc. unzureichend bzw. gar nicht.

Die VOB/B ist in der Vergangenheit in starke Kritik geraten. Ein Teil der Probleme sind „hausgemacht“, da im Rahmen der Schuldrechtsreform Veränderungen vorgenommen wurden, die mehr Fragen als Antworten aufgeworfen haben. Das Forderungssicherungsgesetz versucht, diese „handwerklichen“ Fehler teilweise zu korrigieren.

Die Veränderungen im BGB erscheinen zunächst gering. Die Ergänzungen in § 310 BGB hat allerdings „Sprengkraft“, da damit auch gesetzlich festgeschrieben ist, was bislang nur behauptet wurde, dass gegenüber Verbrauchern keine Privilegierung der VOB/B greift. Künftig ist zu unterscheiden:

- Gegenüber **Verbrauchern** als Vertragspartner wird die Privilegierung der VOB/B aufgehoben. Bei der Verwendung der VOB/B *gegenüber* Verbrauchern wird zukünftig die Bestimmung der VOB/B folglich der vollständigen Inhaltskontrolle der §§ 307 bis 309 BGB unterliegen. Konsequenz ist, dass damit eine Reihe von Regelungen zu Lasten des Verbrauchers als Auftraggeber unwirksam sind und das Gesetz, das BGB, gilt. Umgekehrt sind verbrauchergünstige Regelungen, die an sich ebenfalls vom Gesetz, insbesondere dem BGB, erheblich abweichen, nach wie vor wirksam.
- Gegenüber **Unternehmen** im Sinne des § 14 BGB, juristischen Personen des öffentlichen Rechts und Sondervermögen des öffentlichen Rechts ist die VOB/B privilegiert, sofern von dieser nicht abgewichen wird. Im Falle von Abweichungen werden - wie bisher - zu Lasten des Verwenders die Bestimmungen der VOB/B der vollständigen Inhaltskontrolle nach den §§ 307 bis 309 BGB unterliegen.

Hintergrund dieser Änderung ist ein „handwerklicher Fehler“ des Gesetzgebers im Rahmen der Schuldrechtsreform. Vor der Schuldrechtsreform, als es noch das AGBG gab, wurde im Anwendungsbereich dieses Gesetzes geregelt, dass die VOB/B privilegiert ist, sofern sie als Ganzes vereinbart ist.

Im Rahmen der Schuldrechtsreform hat man das AGBG in das BGB in den §§ 305 ff. BGB integriert und statt im Anwendungsbereich bei § 310 BGB nur an zwei Punkten eine „VOB-spezifische“ Regelung getroffen.

In § 308 Nr. 5 BGB und § 309 Nr. 8 b) und ff) BGB wurde geregelt, dass fingierte Erklärungen bzw. die Erleichterung der Verjährung (Verkürzung) nicht unwirksam sind, wenn in die Verträge die VOB/B insgesamt einbezogen ist.

Der Gesetzgeber wollte damit – nichts ahnend – lediglich die bisherige Gesetzeslage widerspiegeln<sup>2</sup>. Die Regelungstechnik des Gesetzgebers wurde aber dahingehend verstanden, dass nur diese beiden Klauseln der VOB/B privilegiert werden sollten, ansonsten aber eine

---

<sup>2</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 154

komplette AGB-Kontrolle der VOB/B möglich sein soll<sup>3</sup>. Nach diesen Auffassungen wäre nur die verkürzte Verjährung (§ 13 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B) und die fiktive Abnahme (§ 12 Nr. 5 VOB/B) geschützt gewesen, der Rest der VOB/B wäre danach immer einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307 bis 309 BGB unterlegen.

Im Verbraucherbereich bestand das Problem, dass die Verbraucher an der Erarbeitung der VOB/B nicht beteiligt und deshalb ihre Interessen dort nicht geschützt sind. Des Weiteren gibt es Gutachten, die die Vereinbarkeit der VOB/B mit der Europäischen Klauselrichtlinie (Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen) bezweifeln<sup>4</sup>.

Bedenklich ist nach diesen Gutachten unter Verbraucherschutzgesichtspunkten<sup>5</sup>:

Vorschrift der VOB/B	Gegenstand der Vorschrift	Anmerkung
§ 2 Nr. 2 und § 14 Nr. 2 Satz 1	Einheitspreisvertrag/Abrechnung bei Fortgang der Arbeit	§ 2 Nr. 2 VOB/B ist wegen Unklarheit über den Einzelpreis intransparent. Gleiches gilt für § 14 Nr. 2 Satz 1 VOB/B.
§ 2 Nr. 7 Abs. 1	Vergütung bei Pauschalpreisvertrag	§ 2 Nr. 7 VOB/B ist intransparent wegen der fehlenden Information des Auftraggebers über seine Rechte. Überdies wird dem Auftraggeber ein Lösungsrecht vom Vertrag genommen.
§ 4 Nr. 7 Abs. 3, § 4 Nr. 8 Abs 1 Satz 3, § 5 Nr. 4, § 8 Nr. 3	Druckmöglichkeiten des Auftraggebers auf ordnungsgemäße Leistungserbringung vor Abnahme des Werkes bei Mängeln	Die genannten Bestimmungen beschneiden die Rechte des Auftraggebers, da an dem Erfordernis einer Leistungsablehnungsandrohung festgehalten wurde und als Rechtsfolge nur die Möglichkeit einer Kündigung eingeräumt wird. Zudem intransparent wegen nicht ausreichender Information des Verbrauchers über seine Rechte.
§ 5 Nr. 1 und Nr. 2	Ausführungsfristen	Intransparenz der Klauseln, da über die Folgen unverbindlicher Termine keine Aufklärung erfolgt, zudem Notwendigkeit, dass der Auftraggeber die an sich ihm unverzüglich zustehende Leistung einzufordern hat.
§ 7 Nr. 1	Rechtsfolgen bei nicht in der Sphäre der Vertragsparteien liegenden Leistungshindernissen vor der Abnahme	Bestimmung unwirksam, da sie zu einer Gefahrverlagerung zu Lasten des Auftraggebers führt.
§ 12 Nr. 5 Abs. 1 bis 3	Eintritt der Rechtsfolgen der Abnahme unabhängig vom Willen des Auftraggebers	Abnahmefiktionen sind unwirksam, da Grundprinzip verletzt, da Schweigen keine Willenserklärung ist. Gefahr für Verbraucher, dass in der Zwangssituation, in das nicht fertig gebaute Eigenheim einzuziehen, Abnahmewirkungen geknüpft werden.
§ 13 Nr. 4	Verjährungsfrist für Mängelansprüche	Verkürzung der Verjährungsfristen ohne sachlichen Grund nicht gerechtfertigt.
§ 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 1	Mängelbeseitigung auf schriftliches Verlangen	Auftraggeber ist Anspruch auf Neuherstellung abgeschnitten. Täuschung über die Bedeutung des Schriftlichkeitsgebots.
§ 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 und 3	Quasiunterbrechung der Verjährung – Voraussetzung und Rechtsfolgen	Die Klausel genügt nicht den Erfordernissen des § 309 Nr. 8b ff. BGB.
§ 13 Nr. 6	Voraussetzungen für den Min-	Klausel verstößt gegen das Transparenzgebot und

<sup>3</sup> Hoff, BauR 2001, 1654, 1659; Peters, NZBau 2002, 113, 115; Preussner, BauR 2002, 231, 241; Kniffka, IBR-online-Kommentar, Stand 03.06.2008, Die Privilegierung der VOB/B (2.4.3.)

<sup>4</sup> Micklitz, Gutachten im Auftrag der Verbraucherzentrale Bundesverbandes e.V., April 2004

<sup>5</sup> Vgl. Micklitz, Gutachten im Auftrag der Verbraucherzentrale Bundesverbandes e.V., April 2004, Zusammenfassung ab S. 9 ff.

	derungsanspruch	schneidet wesentliche Rechte, hier das Rücktrittsrecht, ab.
§ 15 Nr. 3 Satz 5	Vergütung bei Stundenlohnarbeiten	Klausel ist unwirksam, da Schweigen nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich keine Willenserklärung ist. Verstoß gegen § 308 Nr. 5 BGB.
§ 16 Nr. 1 Abs. 1	Abschlagszahlungen	Klausel verstößt gegen gesetzliches Leitbild des § 632a BGB, damit gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.
§ 16 Nr. 1 Abs. 2	Gegenrechte des Auftraggebers	Klausel verstößt gegen Transparenzgebot. Verstoß gegen § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, da nicht umfassende Information, insbesondere im Hinblick auf die „Druckmöglichkeiten“ für den Auftraggeber erfolgen.

Es bleibt abzuwarten, ob die höchstrichterliche Rechtsprechung diese sehr weitgehende Auffassung teilt. Die Aufzählung erscheint zu weitgehend zu sein.

Bestätigt wurde die Rechtsauffassung, was die Zweifel an der Privilegierung der VOB/B gegenüber Verbrauchern betrifft, auch durch eine Entscheidung des BGH, in dem der Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. gegen den Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss (DVA) wegen Verwendung der VOB/B geklagt hat<sup>6</sup>. Diese Entscheidung hat unabhängig vom FoSiG bereits jetzt, d. h. auf bestehende Verträge mit Verwendung der VOB/B gegenüber Verbrauchern, Auswirkungen.

Der Gesetzgeber hat nunmehr für Klarheit gesorgt, dass bei Verwendung gegenüber Verbrauchern die VOB/B immer der Inhaltskontrolle unterliegt, während dessen gegenüber Unternehmern und der öffentlichen Hand die VOB/B nach wie vor privilegiert wird, sofern sie uneingeschränkt ohne jegliche Abweichung vereinbart wird.

Im Ergebnis gibt es quasi „zwei Fassungen der VOB/B“, eine „privilegierte“ und eine „entprivilegierte“ Variante.

Aus Sicht der Praxis handelt es sich aber eher um ein theoretisches Problem, da es kaum Bauverträge gibt, die nicht Abweichungen von der VOB/B enthalten.

Im Ergebnis wird der Verwender daher häufig mit einer Überprüfung der VOB/B anhand der §§ 307 bis 309 BGB rechnen müssen.

Die Gesetzesänderung ist aber eine weitere „Bresche“ in der Festung „Privilegierung der VOB/B.“ Es ist wohl nur eine Frage der Zeit, wann die Festung endgültig fällt.

Die Empfehlung lautet daher, die eigenen Bauverträge, gleichgültig gegenüber welchem Vertragspartner, so zu gestalten, dass auch nach einer Inhaltskontrolle die Kernregelungen erhalten bleiben, die dem eigenen Sicherheits- und Risikointeresse entsprechen. Dies ist naturgemäß, je nachdem ob man Auftraggeber oder Auftragnehmer ist, unterschiedlich.

In Schlüsselbereichen muss mit Individualvereinbarungen gearbeitet werden.

Ohne ein kodifiziertes Bauvertragsrecht wäre es häufig falsch, das nackte BGB-Werkvertragsrecht §§ 631 ff. BGB einzusetzen oder aber die pure VOB/B. Beides führt zu Rechtsnachteilen und/oder Lücken im Vertrag.

Die Lösung kann daher im Bereich gegenüber Unternehmern oder der öffentlichen Hand sein, keine Abweichung von der VOB/B vorzunehmen oder aber gegenüber den Vertragspartnern das BGB als Grundlage zu nehmen und mit entsprechenden Regelungen der VOB/B,

<sup>6</sup> BGH, Urteil vom 24.07.2008, Az: VII ZR 55/07

soweit sie sinnvoll und praktikabel sind, anzureichern. Dabei ist darauf zu achten, dass die angereicherten Regelungen einer Inhaltskontrolle standhalten. Man kann auch den umgekehrten Weg gehen und die VOB/B um gefährdete und gefährliche Regelungen abspecken. Dies ist nur eine Frage des Blickwinkels, das Ziel der Vertragsgestaltung bleibt aber gleich.

Priorität bei der Vertragsgestaltung hat – auch wenn dies viele nicht wahr haben wollen – die „Klarheit“ des Bauvertrages. Die Übernahme der Termini der VOB/B ist dabei hilfreich, da hinreichend durch Literatur und Rechtsprechung gefestigt. Man sollte sich daher dieses „Baukastens“ bedienen. Wenn man beim Beispiel Festung bleibt, kann man aus der „Ruine“ VOB/B immer noch Bausteine für ein künftiges Bauvertragsgesetz oder schlicht für die Vertragsgestaltung nehmen.

#### **HINWEIS:**

Die Bauverträge im Hinblick auf das Forderungssicherungsgesetz und dem Entfallen der Privilegierung überprüfen, zumindest im Bereich gegenüber Verbrauchern.

Kein zwingender Handlungsbedarf besteht, wenn man die VOB/B ohne jegliche Abweichung gegenüber Unternehmern und der öffentlichen Hand vereinbart.

Klarstellend sei darauf hingewiesen, dass die Privilegierung nur entfällt, wenn die VOB/B *gegenüber* einem Verbraucher gestellt wird, nicht aber im umgekehrten Fall, wenn der Verbraucher gegenüber dem Unternehmer die VOB/B einbezieht.

### **3.2. § 632a BGB, Abschlagszahlungen**

Der Gesetzgeber hat den Anspruch des Auftragnehmers auf Abschlagszahlungen verbessert. Der Auftragnehmer ist nicht mehr auf den schillernden Begriff der „in sich abgeschlossenen Teile des Werkes“ angewiesen.

Nach der Neuregelung kann der Auftragnehmer Abschlagszahlungen in der Höhe verlangen, in der der Auftraggeber durch die Leistung bereits einen Wertzuwachs erlangt hat.

Dies kann der Erwerb des Eigentums nach § 946 ff. BGB sein, ist aber nicht zwingend. Der Sinn und Zweck der Regelung ist klar, dass die Abschlagszahlungen zu Gunsten des Auftragnehmers erleichtert werden sollen. Sofern ein entsprechender Wertzuwachs vorhanden ist, soll auch eine Zahlung die Folge sein.

Nach den Vorschriften des Umsatzsteuergesetzes ist in der nachzuweisenden Höhe des Wertes der vertragsgemäßen Leistung die darauf entfallende Umsatzsteuer enthalten.

Einfacher wäre es gewesen, die Regelung der VOB/B in § 16 Nr. 1 VOB/B zu übernehmen. Zweifelhaft erscheint es nach dem Wortlaut, ob ein Anspruch auch gegen den Auftraggeber bestehen soll, der nicht Grundstückseigentümer ist. Nach dem Wortlaut soll der Besteller einen Wertzuwachs erhalten. Ist der Besteller aber nicht Eigentümer des Grundstücks, erhält den Wertzuwachs streng genommen ein Dritter, der Grundstückseigentümer.

Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abschlagszahlung durch den Auftraggeber nicht verweigert werden. Im Falle von Mängeln kann das Leistungsverweigerungsrecht auch nicht mehr mit mindestens dem „Dreifachen“ angesetzt werden, sondern in der Regel nur mit dem „Doppelten“ der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten. Letzteres ist in § 641 BGB n. F. integriert.

Bei wesentlichen Mängeln besteht dagegen, anders als nach der VOB/B, kein Recht auf Abschlagszahlungen. Dies widerspricht dem Sinn und Zweck der Gesetzesänderung, die Forderungen des Auftragnehmers zu sichern.

Sofern der Auftraggeber Verbraucher ist, ist ihm mit der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für seinen Erfüllungsanspruch in Höhe von 5 % des Vergütungsanspruchs zu leisten. Erhöht sich der Vergütungsanspruch infolge von Änderungen oder Ergänzungen des Vertrags um mehr als 10 %, ist dem Auftraggeber bei der nächsten Abschlagszahlung eine weitere Sicherheit in Höhe von 5 % des zusätzlichen Vergütungsanspruchs zu leisten; § 632 Abs. 3 BGB n. F. Die Sicherheit soll alle Ansprüche abdecken, die darauf beruhen, dass die Auftragnehmerleistung hinter der vertraglich vorausgesetzten Tauglichkeit oder Werthaltigkeit zurück bleibt. Dies betrifft auch die Bauzeit. Damit ist eine gesetzliche Sicherheit zugunsten des Verbrauchers in der Erfüllungsphase geschaffen worden. Keine gesetzliche Sicherheit ist in der Gewährleistungsphase vorgesehen.

Die Regelung des § 632a BGB ist abdingbar. Von einer zwingenden Ausgestaltung der Regelung für Verbraucher bei Bauverträgen ist abgesehen worden. Dies erschien nicht interessengerecht, zumal auch die VOB/B noch vereinbar sein soll<sup>7</sup>. Im Ergebnis sind die Bemühungen des Gesetzgebers aus Sicht des Auftragnehmers lobenswert.

Der Baupraktiker wird schnell erkennen, dass die Regelung leicht unterlaufen werden kann. Ein Auftraggeber wird schlichtweg behaupten, dass ein Mangel wesentlich ist. Ist der Mangel wesentlich, kann der Auftragnehmer keine Abschlagszahlung verlangen. Ob ein Mangel wesentlich oder unwesentlich ist, wird wohl wieder nur ein Sachverständiger klären können. Diese Regelung ist mit dem Ziel des Gesetzgebers nicht vereinbar. Auftragnehmer werden dadurch erheblich benachteiligt, weil ein wesentlicher Mangel dazu führt, dass keinerlei Abschlagszahlung fällig wird. Dies ist für den Auftraggeber noch besser als der Druckzuschlag.

Selbst wenn es sich um einen unwesentlichen Mangel handelt, wird der „findige“ Auftraggeber nach wie vor das Leistungsverweigerungsrecht „aufblasen“.

Wenn man früher € 6.000,00 einbehalten wollte, hat man behauptet, dass der Mangel € 2.000,00 „wert“ ist. Nun wird man behaupten, dass der Mangel € 3.000,00 „wert“ ist. Welchen Wert die Mängelbeseitigungskosten tatsächlich haben, klärt wieder einmal nur der Gutachter, zumal der Auftragnehmer beweisbelastet ist.

Kurz gesagt, es wurde zwar in guter Absicht am „Rädchen“ gedreht ohne aber am Grundproblem etwas zu ändern. Es zeigt sich, dass der Gesetzgeber an der Realität vorbeiformuliert. Wenn sich das Gesetz ändert, werden auch die Behauptungen zwangsläufig entsprechend angepasst.

**HINWEIS:**

Es erscheint nach wie vor sinnvoll, § 16 VOB/B im Bauvertrag zu vereinbaren, gleichgültig ob die VOB/B in den Vertrag einbezogen ist oder nicht. Die Abrechnung nach Leistungsstand ist interessengerecht. Die Vereinbarung von Zahlungsplänen ist nach wie vor vorzugswürdig.

---

<sup>7</sup> BT-Drs. 16/511, S. 15

### 3.3. § 641 BGB, Fälligkeit, Leistungsverweigerungsrecht

Der Gesetzgeber hat die Stellung des Nachunternehmers in § 641 Abs. 2 BGB n. F. gegenüber dem Generalunternehmer gestärkt. Zukünftig ist die Vergütung jedenfalls fällig, soweit:

- der Auftraggeber vom Dritten seine Vergütung zumindest teilweise erhalten hat, oder
- das Werk von Dritten abgenommen worden ist, oder
- der Auftragnehmer dem Auftraggeber erfolglos eine Frist zur Auskunft hierüber gesetzt hat.

Diese Regelung erscheint auf den ersten Blick sinnvoll, da bislang der Nachunternehmer größte Schwierigkeiten hatte und hat, die so genannte „Durchgriffsfälligkeit“ seiner eigenen Vergütung zu erreichen. Es ist am Bau häufig der Fall, mit zahlreichen – größtenteils unwirksamen – Klauseln die Abnahme und damit die Fälligkeit zu Lasten des Nachunternehmers zu verzögern. Es erscheint zumindest angemessen, die Fälligkeit zu regeln, wenn der Auftraggeber bereits selbst das Geld erhalten hat bzw. seine Leistung abgenommen ist.

Es erscheint fraglich, ob die Regelung tatsächlich einen größeren Anwendungsbereich erhält. Einfacher für den Nachunternehmer ist es, über § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB, d. h. mittels einer angemessenen Fristsetzung, die Abnahme zu erreichen. Folge ist, dass die Abnahme fingiert wird. Falls die Abnahme endgültig verweigert wird, ist sogar die Fristsetzung überflüssig<sup>8</sup>. Schließlich treten auch praktische Schwierigkeiten auf. Man denke nur an Sachverhalte, in denen eine Vielzahl von Mängelpunkten vorliegt und verschiedene Nachunternehmer für einen Generalunternehmer tätig sind. Falls in derartigen Fällen der Bauherr eine pauschale Zahlung vornimmt, ist kaum nachvollziehbar, ob eben diese Zahlung auf den betreffenden Mängelpunkt gezahlt wurde oder auf einen anderen Mangel eines anderen Nachunternehmers.

Die fehlende Regelung zur Auskunft des Auftraggebers wurde gleichfalls nur halbherzig gelöst. Jedenfalls nach dem Wortlaut muss der Auftraggeber nur irgendeine Antwort liefern, gleichgültig welchen Inhalts. Manchmal wird der Generalunternehmer auch selbst nicht wissen, ob beispielsweise eine Abnahmefiktion eingetreten ist oder nicht. Darüber lässt sich, wie Prozesse zeigen, trefflich streiten.

Im Ergebnis begegnen diese Regelungen massiven praktischen Schwierigkeiten. Im Hinblick auf den kleinen Anwendungsbereich könnte man genauso gut auf die Bestimmung verzichten. Um die verbleibenden Schwächen zu beseitigen, müsste man die Bestimmung „tot regeln“.

Der so genannte Druckzuschlag, also das Recht des Auftraggebers, bei mangelhafter Erstellung eines Werks einen Teil der Vergütung zurück zu erhalten, um den Auftragnehmer zur Mängelbeseitigung anzuhalten, wird gemäß § 641 Abs. 3 BGB n. F., was die Höhe des Leistungsverweigerungsrechts betrifft, von dem „Dreifachen“ der zu erwartenden Mängelbeseitigungskosten auf in der Regel das Doppelte gesenkt.

Der Vorteil für den Auftragnehmer ist, dass nun nicht mehr mit dem Faktor drei multipliziert wird, was die Mängelbeseitigungskosten betrifft, sondern in der Regel mit dem Faktor zwei. Dadurch wird die Durchsetzung der Forderung erleichtert, da sich das Leistungsverweigerungsrecht rechnerisch verringert.

---

<sup>8</sup> BGH, Urteil vom 8. November 2007, Az: VII ZR 183/05

Zudem ist kein Mindestbetrag – wie bisher – mehr vorgesehen, sondern es wird von einem Regelfall gesprochen. Es sind also Sachverhalte denkbar, bei denen das Leistungsverweigerungsrecht höher oder niedriger sein kann.

Rein vorsorglich ist darauf hinzuweisen, dass mit § 641 Abs. 3 BGB n. F. nur der Druckzuschlag nach der Abnahme geregelt ist, nicht aber für den Zeitraum vor der Abnahme.

Im Ergebnis ist diese Regelung für den Auftragnehmer vorteilhaft. Der „findige“ Auftraggeber wird allerdings auch diese Regelung unterlaufen, in dem die Behauptungen nun der geänderten gesetzlichen Realität angepasst werden. Dabei wird am besten bei der Höhe der zu erwartenden Mängelbeseitigungskosten angesetzt. Diese müssen noch mehr als bisher „aufgeblasen“ werden, um den Auftragnehmeranspruch zu unterlaufen. Wie hoch die Mängelbeseitigungskosten tatsächlich sind, wird im Prozess erst wieder nach längerer Verfahrensdauer und einem teuren Gutachter abschließend bestimmt.

Die Berufung auf einen atypischen Sachverhalt wird dem Auftraggeber weniger helfen, da derjenige, der vom Regelfall, d. h. dem zweifachen abweichen will, die Abweichung nachweisen muss.

Deshalb wird bis zu einem Urteil durch die Maßnahme für den Auftragnehmer trotz der Gesetzesüberschrift keine Forderung „gesichert“.

#### **HINWEIS:**

1. Auftragnehmer als Nachunternehmer sollten unbedingt ihren Auskunftsanspruch nutzen, da dessen ergebnisloses Verstreichen zur Fälligkeit der eigenen Forderung führt. Hierbei sollten Fristen für die Auskunft gesetzt werden. Sofern eine fehlerhafte Auskunft erteilt wird, kann dies zum Schadensersatz führen.
2. Auftragnehmer, die in der Beweislast hinsichtlich der Höhe des Leistungsverweigerungsrechts sind, sollten frühzeitig nachweisbar die tatsächliche Höhe der Mängelbeseitigungskosten ermitteln und dem Auftraggeber mit entsprechenden Belegen mitteilen. Dadurch werden Versuche unterlaufen, wie vorstehend geschildert, die Höhe der Mängelbeseitigungskosten „aufzublasen“. In Fällen, in denen es um höhere Forderungsbeträge geht, kann es durchaus sinnvoll sein, dies durch einen Sachverständigen vorab klären zu lassen. Bis in einem Rechtsstreit geklärt ist, welche Höhe die Mängelbeseitigungskosten tatsächlich haben, kann bereits ein erheblicher Zinsverlust eingetreten sein.

### **3.4. § 641a BGB, Fertigstellungsbescheinigung**

Der Gesetzgeber ist zur Selbstkritik fähig. Das Institut der Fertigstellungsbescheinigung hat sich in der Praxis nicht bewährt. Es ist nicht bekannt, ob es überhaupt ein Bauvorhaben in Deutschland gibt, in dem eine Fertigstellungsbescheinigung ausgestellt wurde. Ziel dieser Bescheinigung war es, dem Auftragnehmer über den Urkundenprozess einen schnellen Zahlungstitel zu verschaffen. Dies ist nicht gelungen.

§ 641a BGB wird daher ersatzlos gestrichen.

### 3.5. § 648a BGB, Bauhandwerkersicherung

Eine der schärfsten Waffen des Auftragnehmers am Bau ist die Bauhandwerkersicherung gemäß § 648a BGB. Bedauerlicherweise wird diese Maßnahme nur selten gezogen bzw. verspätet.

Auftragnehmer befürchten häufig, keine Aufträge mehr zu erhalten, wenn sie dieses Sicherungsinstrument ziehen. Allerdings ist dies eines der wenigen gesetzlichen Sicherungsmittel, um einem Forderungsausfall vorzubeugen.

Volkswirtschaftlich gesehen führt eine nachhaltige Anwendung des § 648a BGB zu einer Verteuerung am Bau. Sofern ein Bau mit einer entsprechenden Nachunternehmerkette durchgängig nach § 648a BGB gesichert wird, entstehen Sicherungskosten, die letztendlich weitergereicht werden.

Der Gesetzgeber hat § 648a BGB noch mehr als bisher auftragnehmerfreundlich gestaltet.

In § 648a Abs. 1 BGB wird die Rechtsprechung des BGH berücksichtigt, wonach die Vorschrift sowohl vor als auch nach der Abnahme anwendbar ist<sup>9</sup>. Insoweit ist die Änderung des Gesetzestextes nur eine Klarstellung der Rechtsprechung.

Die Vorschrift berücksichtigt nunmehr auch solche Ansprüche, die, wie etwa der Anspruch auf Schadensersatz (statt der Leistung), an die Stelle des Vergütungsanspruchs treten.

Besonders interessant für den Auftragnehmer ist, dass der Anspruch auch dann geltend gemacht werden kann, wenn der Auftraggeber Erfüllung verlangen oder Mängelrechte geltend macht. Der Auftraggeber kann zwar nicht daran gehindert werden, mögliche Schadensersatzansprüche gegen den Vergütungsanspruch aufzurechnen, dies soll aber den Anspruch auf Sicherheit nach § 648a BGB grundsätzlich nicht reduzieren.

Nur wenn der Anspruch des Auftraggebers, mit dem er aufrechnet, unstreitig oder rechtskräftig festgestellt wurde, hat dies Einfluss auf die Höhe des Sicherungsanspruchs.

Damit verhindert der Gesetzgeber ein Unterlaufen des Anspruchs, indem auftraggeberseitig schlichtweg Mängel behauptet werden oder eine Nichterfüllung. Würde dies funktionieren, wäre der Auftragnehmer gezwungen, sich im Rahmen des Sicherungsverlangens mit der Berechnung des zur Aufrechnung gestellten Anspruchs des Auftraggebers auseinanderzusetzen. Dies würde dem Zweck der Bauhandwerkersicherung, der Sicherung des Auftragnehmers vor Forderungsausfall, zuwiderlaufen. Diese Maßnahme stärkt die Stellung des Auftragnehmers erheblich, da die Möglichkeiten von Einwendungen des Auftraggebers reduziert werden.

Im Gegensatz zur alten Regelung räumt der Gesetzgeber dem Auftragnehmer nun einen *Anspruch auf* das Sicherungsmittel ein. Statt einer bloßen Obliegenheit gibt es nun eine Verpflichtung des Auftraggebers. Bislang konnte der Auftragnehmer nur wenn das Sicherungsverlangen ergebnislos verstrichen ist, die Leistung verweigern und allenfalls weitergehend kündigen.

Der Auftragnehmer hat nun die Wahl, ob er bei Nichterfüllung des Sicherungsanspruchs diesen einklagt oder aber den Bauvertrag kündigt. Das Sicherungsverlangen kann nun quasi „aktiv“, weil als Anspruch ausgestaltet, verfolgt werden.

---

<sup>9</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 22. Januar 2004, Az: VII ZR 183/02

Diese Veränderung hat auch insolvenzrechtliche Bedeutung. Bislang war nämlich strittig, ob die Stellung einer Sicherheit nach § 648a BGB in den letzten 3- bzw. 1-Monat(en) vor Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens insolvenzfest ist. Nun besteht auf die Sicherheit ein Anspruch des Auftragnehmers, was die Stellung gegenüber dem Insolvenzverwalter verbessert.

In § 648a Abs. 5 BGB wird nun dem Auftragnehmer das Wahlrecht eingeräumt, ob er die Sicherheit trotz Fristablauf weiterhin verlangt oder den Vertrag kündigt.

Der Auftragnehmer hat zukünftig folgende Wahlmöglichkeiten:

- Er arbeitet weiter.
- Er klagt die Sicherheit ein.
- Er stellt die Arbeit ein.
- Er kündigt den Bauvertrag.

Nach dem Wortlaut genügt der fruchtlose Ablauf einer angemessenen Frist, um eine dieser Optionen auszuüben. Nicht notwendig ist die Androhung eines Leistungsverweigerungsrechts oder der Kündigung. Im Falle der Kündigung muss diese nach Fristablauf ausgesprochen werden.

Auftragnehmern ist zu empfehlen, trotz dieses Wortlauts die entsprechenden Maßnahmen anzudrohen, da im Hinblick auf die einschneidenden Folgen nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Rechtsprechung später zusätzliche Erfordernisse hineinliest.

Umgekehrt sollten Auftraggeber das Sicherheitsverlangen ernst nehmen und reagieren, um keine rechtlichen oder wirtschaftlichen Nachteile zu erleiden.

Im Falle der Kündigung soll dem Auftragnehmer ein dem § 649 BGB entsprechender Anspruch zustehen, der dem Auftragnehmer die vereinbarte Vergütung unter Anrechnung des ersparten bzw. des durch anderweitigen Einsatz böswillige nicht erzielten zuspricht.

Da der Auftraggeber nach dem Gesetz nun verpflichtet ist, eine Sicherheit zu stellen, ist die Nichtleistung der Sicherheit eine Vertragsverletzung und die daraufhin erfolgte Kündigung quasi nichts anderes als eine außerordentliche Kündigung. Der Auftragnehmer hat daher Anspruch auf Vergütung der nicht erbrachten Leistung und Ersatz des entstandenen Schadens, somit einen in § 649 Satz 2 BGB entsprechenden Anspruch. Der bisherige Satz 2 des § 648a BGB ist überflüssig geworden. Dies ist einer Änderung in § 649 BGB zu verdanken. Um zu vermeiden, dass der Auftraggeber nicht nach § 648a BGB, sondern nach § 649 BGB kündigt, hat der Auftraggeber nun keinen Vorteil aus diesem Alternativweg.

Bislang war in § 648a BGB eine Pauschale geregelt, die dem Auftragnehmer im Kündigungsfalle zusteht. In § 649 BGB war dies nicht der Fall. Der Auftragnehmer musste mühsam hier seinen Anspruch darlegen und beweisen. Ein Ausweichen des Auftraggebers auf die alternative Kündigungsvorschrift des § 649 BGB macht nach der Neufassung wenig Sinn, da dort nun eine Pauschale geregelt ist.

Der Anwendungsbereich des § 648a BGB blieb gleich. Nach wie vor kann gemäß § 648a Abs. 6 BGB gegenüber der öffentlichen Hand bzw. im Einfamilienhausbau das Sicherheitsverlangen nicht gestellt werden.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die neue Regelung § 648a BGB zugunsten des Auftragnehmers wesentlich stärker ausbaut und einige Schwächen beseitigt. Im Übrigen wird auch die Rechtsprechung des BGH aus Klarstellungsgründen eingearbeitet.

All diese Verbesserungen werden aber in der Praxis keinen Erfolg haben, wenn der Auftragnehmer – wie häufig – eine seiner stärksten Waffen, § 648a BGB, nicht einsetzt, um sich vor Forderungsausfall zu schützen.

#### **HINWEIS:**

Der Auftragnehmer muss seine gesetzlichen Möglichkeiten kennen und ausüben. Es gibt kaum Verträge, in denen das BGB zu Gunsten eines Vertragspartners ein Sicherungsmittel gesetzlich festschreibt. § 648a BGB ist eine derartige Ausnahme. Es macht wenig Sinn, an dieser Stelle den Gesetzgeber zu kritisieren, wenn diejenigen, die in den Schutzbereich der Vorschrift fallen, ihr eigenes gesetzliches Sicherungsmittel nicht nutzen.

Auftragnehmern ist daher zu empfehlen, ein Verlangen nach § 648a BGB möglichst frühzeitig nachweisbar, spätestens aber dann zu stellen, wenn der Auftraggeber sich nicht vertragsgerecht verhält. Je nach Sachlage sollte das Wahlrecht ausgeübt werden.

### **3.6. § 649 BGB, Kündigung**

Der Auftraggeber kann einen Werkvertrag jederzeit kündigen. Als Ausgleich für das Recht, den Werkvertrag jederzeit zu kündigen, sieht § 649 Satz 2 BGB einen Anspruch des Auftragnehmers auf Ersatz der entgangenen Vergütung vor.

In der Praxis hatte der Auftragnehmer aber häufig ein Beweisproblem, den Anspruch hinsichtlich des abzusetzenden ersparten Aufwands darzulegen.

Es ist festzustellen, dass Vergütungsansprüche nach einer Kündigung auftragnehmerseitig nur unzureichend abgerechnet und im Bestreitensfall dargelegt und bewiesen werden. Letztlich ist es allein der Auftragnehmer, der die Ersparnis darlegen kann. Auch gilt es, hier den Auftraggeber zu schützen, der sich ansonsten nicht gerechtfertigten Forderungen gegenüber sieht.

Den Auftragnehmern wird nun eine Erleichterung eingeräumt. Gemäß § 649 Satz 3 BGB wird nun eine Pauschale in Höhe von 5 % eingeführt. Die Vermutung ist widerlegbar.

#### **HINWEIS:**

Der Auftragnehmer hat nun leichter die Möglichkeit seinen Anspruch durchzusetzen, da er sich nun zumindest auf die Pauschale berufen kann. Dies gewährt etwas mehr Rechtssicherheit.

### **3.7. Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG)**

Dieses Gesetz, früher GSB abgekürzt, führt in der Baupraxis eher ein Schattendasein. Selbst langjährigen Auftragnehmern am Bau war diese Möglichkeit unbekannt. Allerdings gab es auch praktische Durchsetzungsschwierigkeiten.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen sind eng gefasst und nicht selten ist bei den persönlich haftenden Organen finanziell nichts zu realisieren, weil diese selbst nicht liquide sind.

Die Besonderheit dieses Gesetzes ist es, dass bei zweckwidriger Verwendung von Baugeld, dem Baugeldgläubiger, meist dem Handwerker, ein Schadensersatzanspruch zusteht. Dieser Schadensersatzanspruch kann zu einer Durchgriffshaftung führen, die bei den beteiligten Personen, die hinter Kapitalgesellschaften stehen, zur persönlichen Haftung führt.

Die Definition des Baugeldgläubigers wurde beibehalten. Der Anwendungsbereich wurde um einige Positionen erweitert.

Auf das Erfordernis, dass die Grundpfandrechtliche Sicherung an dem Baugrundstück bestellt ist, wird in § 1 Abs. 3 Nr. 1 BauFordSiG nicht verzichtet.

Baugeld entsteht auch, wenn die Eigentumsübertragung am Grundstück erst nach gänzlicher oder teilweiser Herstellung des Baus erfolgen soll.

Gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 BauFordSiG liegt Baugeld auch vor, wenn der Empfänger von einem Dritten für ein Werk, dessen Herstellung der Empfänger dem Dritten versprochen hat, Geld erhalten hat, wenn an der Herstellung des Werkes andere Unternehmer aufgrund eines Werk-, Dienst- oder Kaufvertrages beteiligt waren. Dies führt zu einer Baugeldeigenschaft für den Hauptunternehmer zugunsten der Nachunternehmer mit der Folge, dass die Organe des Hauptunternehmers der persönlichen Haftung ausgesetzt sind, wenn sie gegen diese Verwendungspflicht verstoßen.

Diese Verbesserungen dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass damit ein mehr oder wenig schwieriger, mit erheblichen Kosten durchzusetzender Schadensersatzanspruch geregelt wurde, der mangels Liquidität der Organe häufig kaum zum Erfolg führt.

Es wird zugunsten des Auftragnehmers vermutet, dass Baugeld vorliegt und dass dieses zweckwidrig verwendet wurde.

#### **HINWEIS:**

Die Durchgriffshaftung wurde zugunsten des Auftragnehmers erleichtert.

#### **4. Zusammenfassung**

Das Forderungssicherungsgesetz ist sicherlich ein Schritt in die richtige Richtung. Die Grundprobleme, insbesondere die Forderungsausfälle, die die Baubranche belasten, werden dadurch aber nicht gelöst. Die Ursachen liegen tiefer und können mit bloßen gesetzgeberischen Mitteln nicht erreicht werden.

Empfehlenswert wäre es, das hier unzureichende Werkvertragsrecht des BGB endlich mit dem geforderten eigenständig kodifizierten Bauvertragsrecht zu versehen.

Der Vorteil wäre, dass man sich am Bau nicht mehr auf die VOB/B verlassen muss, die den Nachteil hat, nur AGB-Charakter zu haben. Damit ist nicht gemeint, dass die VOB/B ein schlechtes Regelwerk ist. Im Gegenteil ist die VOB/B tatsächlich ein für die Baupraxis angepasstes, unverzichtbares Regelwerk. Ihr Grundproblem ist, dass es sich lediglich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelt.

Ziel müsste es sein, die Regelungen der VOB/B mit der einen oder anderen Ergänzung als Gesetz zu kodifizieren. Damit wäre viel Rechtssicherheit gewonnen, da es nicht sein kann, dass man am Bau auf einer völlig ungeklärten Rechtslage arbeiten muss. Kaum einer, selbst die Gerichte, können mit absoluter Sicherheit sagen, welche Regelungen im Falle einer AGB-Kontrolle stand halten und welche Regelungen nicht stand halten. Rechtsunsicherheit führt zu Rechtsstreitigkeiten. Rechtsstreitigkeiten kosten Geld. Nicht nur Bauunternehmen, sondern auch dem Staat. Das eigentliche Problem in Bezug auf Forderungsausfälle ist folgendes<sup>10</sup>:

<sup>10</sup> Siehe Quack, IBR Aufsatz, Warum die aktuellen Reformen zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz FoSiG) ins Leere gehen müssen vom 29.05.2006

*„Das Problem ist es, dem Auftragnehmer eine insolvenzfeste und gegenüber sämtlichen dinglichen Vorbelastungen vorrangige Sicherung des auf dem Grundstück geschaffenen Mehrwerts zu geben und zwar ohne Rücksicht auf das Eigentum seines Vertragspartners am Grundstück und ohne Kosten. Der vom Unternehmer geschaffene Mehrwert fällt nämlich gemäß § 946 BGB automatisch in das Eigentum des Grundstückseigentümers.“*

Dieses Kernproblem wird durch die gesamten Maßnahmen nicht gelöst. Nach wie vor ist der Bauunternehmer der Letzte im Glied, der zwar einen erheblichen Mehrwert schafft, von dem aber letztlich nur andere profitieren, die vorrangig im Grundbuch sind.

Es wird auch nicht mit Kritik in der Literatur gespart. Ein weiterer sehr guter Satz in diesem Zusammenhang ist folgender:

*„Wer mit dem falschen Knopf anfängt, kommt mit dem Zuknöpfen nicht zu Rande<sup>11</sup>.“*

Dies mag eine etwas scharfe Kritik an dem Forderungssicherungsgesetz sein. Die Zitate und die Bemerkungen stammen aus einem Zeitpunkt, in dem das Forderungssicherungsgesetz noch weitere bedenkliche verfahrensrechtliche neue Maßnahmen vorgesehen hat, die sich nur schwer mit der Zivilprozessordnung vertragen hätten. Die Kritik bleibt aber – trotz Korrekturen – nach wie vor berechtigt.

Wie häufig wird in letzter Zeit ein Gesetz mit wohlklingendem Namen geschaffen, bei dem dann später doch noch etwas verbessert werden muss. Das Gesetz geht das eigentliche Problem nicht an und schafft wiederum neue Probleme.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass zwar das Gesetz eine Reihe von Vorteilen für den Auftragnehmer bietet, die aber von einem geschickten Auftraggeber unterlaufen werden können. Allein die Neugestaltung des § 648a BGB, soweit der Anwendungsbereich eröffnet ist, stellt ein effektives Mittel zur Forderungssicherung dar. Risiken bestehen insbesondere bei Unkenntnis der neuen Gesetzeslage und Einbeziehung der VOB/B gegenüber dem Verbraucher. Eine Anpassung der bestehenden Verträge ist daher notwendig. Dies führt für die Auftragnehmer wiederum zu Kosten, die aber letztlich notwendig sind, um im Sinne der Gesetzesüberschrift Forderungen zu sichern.

#### **HINWEIS:**

Die eigenen Verträge, insbesondere gegenüber dem Verbraucher, prüfen. Bei Verbrauchern besteht auf jeden Fall Handlungsbedarf.

<sup>11</sup> Siehe Quack, IBR Aufsatz, Warum die aktuellen Reformen zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz FoSiG) ins Leere gehen müssen vom 29.05.2006, - zitiert nach Quack,