

HOLGER VON DER WEHD

■ RECHTSANWALT

■ FACHANWALT BAU- & ARCHITEKTENRECHT

Gustav-König-Str. 28

96515 Sonneberg

Fon: 03675 – 42 95 77

Fax: 03675 – 42 95 78

www.kanzlei-vonderwehd.de

Wichtige Änderungen im Baurecht durch Einführung des Forderungssicherungsgesetzes (FoSiG)

zum 01.01.2009

Zum 01.01.2009 tritt das Forderungssicherungsgesetz (FoSiG) vom 23.10.2008 in Kraft. Die wesentlichen Änderungen sind :

- **Privilegierung der VOB/B.** Das FoSiG stellt durch Änderung der Regelungen zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen im BGB (§§ 305 ff. BGB) klar, dass die VOB/B bei Verwendung gegenüber Verbrauchern nicht mehr privilegiert ist. Das Ende der VOB/B bei der Verwendung gegenüber Verbrauchern hatte gerade auch unabhängig davon das lange erwartete Urteil des BGH (Urteil vom 25.07.2008 -VII ZR 55/07-) entschieden. Ausdrücklich soll dagegen die Privilegierung bei der Verwendung der VOB/B gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögens bestehen, wenn die VOB/B „in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen“ ist (§ 310 Abs. 1 BGB n. F.)..

- **Abschlagszahlungen - § 632 a BGB.** Der neue § 632a BGB gewährt für Verträge ab 1.1.2009 dem Auftragnehmer Abschlagszahlungen unter Berücksichtigung des beim Auftraggeber durch die Leistung des Auftragnehmers entstandenen Wertzuwachses. Problematisch ist in dem Zusammenhang die Verknüpfung mit der Forderung, dass diese Leistungen allenfalls an „unwesentlichen Mängeln“ leiden dürfen. Bei wesentlichen Mängeln kann die Abschlagszahlung verweigert werden. Hier wird einiges Streitpotential zu erwarten sein. Schnell werden vermutlich auch unwesentliche Mängel zu wesentlichen Mängeln aufgebauscht werden. Anders als in der VOB/B (§ 16 VOB/B) könne dann bei wesentlichen Mängeln die Abschlagszahlungen insgesamt verweigert werden. Ob vor dem Hintergrund der § 16 VOB/B noch einer Inhaltskontrolle stand hält, könnte jedenfalls vor dem Hintergrund dieser neuen Regelung im BGB fraglich werden. Im Übrigen normiert § 632 a BGB n. F. eine Vertragserfüllungssicherheit in Höhe von 5 % des Vergütungsanspruches für Auftraggeber, die Verbraucher sind.

- **Fälligkeit der Vergütung, § 641 BGB.** In § 641 BGB ist die Fälligkeit der Vergütung geregelt. Grundsätzliche Voraussetzung ist die Abnahme. Neu kommt hinzu, dass die Fälligkeit der Vergütung des Subunternehmers konkret geregelt wird. Danach soll der Subunternehmer Vergütung verlangen können (1), wenn der Hauptunternehmer von seinem Vertragspartner (z.B. Bauherrn) für die Leistungen des Subunternehmers Vergütung oder Teile davon erhalten hat oder (2) diese Leistungen im Verhältnis zwischen Hauptunternehmer und dessen Vertragspartner abgenommen sind oder abgenommen gelten. Schließlich hat der Subunternehmer (3) die Möglichkeit, dem Hauptunternehmer eine angemessene Frist zur Auskunft über Zahlungen durch den Hauptauftraggeber (z.B. Bauherrn) oder die Abnahme oder Fristsetzung zu verlangen. Kommt der Hauptunternehmer dieser Fristsetzung nicht nach, dann soll der Vergütungsanspruch des Subunternehmers gegen den Hauptunternehmer fällig sein.

- **Druckzuschlag.** Schließlich wird der so genannte Druckzuschlag, das ist der Einbehalt bei Vorliegen von Mängeln, von dem mindestens dreifachen der zu erwartenden Mangelbeseitigungskosten auf in der Regel das Doppelte gesenkt. Es wird aber dabei bleiben, dass im Einzelfall der Auftraggeber bei Vorliegen von Mängeln auch mehr als das Doppelte der zu erwartenden Mangelbeseitigungskosten einbehalten darf.

- - **Bauhandwerkersicherung § 648 a BGB.** Die Bauhandwerkersicherung wird durch weitere Ergänzungen verschärft. In der Rechtsprechung wird die Auffassung vertreten, dass Bauhandwerkersicherung auch für Architekten gilt und zwar unabhängig davon, ob sich die Planung der Architekten bereits im Bauwerk realisiert hat. Architekten und Ingenieure können danach grundsätzlich direkt nach Auftragserteilung eine Bauhandwerkersicherung nach Maßgabe des § 648 a BGB verlangen. Klargestellt wird, dass dieses Recht auch nach Abnahme noch besteht, wenn der Auftraggeber noch Mängelbeseitigung fordert.

- Schließlich besteht nach der neuen Fassung des § 648 a BGB ein *einklagbarer Anspruch* auf Zahlungssicherheit. Bislang konnte Zahlungssicherheit nur verlangt werden, beim Ausbleiben weitere Leistungen verweigert und unter den weiteren Bedingungen gekündigt werden. Nun kann also die Zahlungssicherheit eingeklagt werden. Bis der Auftragnehmer die Sicherheit hat, kann er die Arbeiten einstellen. Ihm bleibt es allerdings auch unbenommen, nicht zu klagen sondern außerordentlich zu kündigen. Folge der Kündigung ist unter anderem ein Zahlungsanspruch, der ebenfalls zur alten Vorschrift verbessert wurde. Entweder wird pauschal für die zum Zeitpunkt der Kündigung noch nicht erbrachten Leistungen 5 % angesetzt oder der tatsächliche Nachweis geführt, dass die ersparten Aufwendungen bzw. der anderweitige Erwerb geringer als 95 % waren, so dass ein höherer Anspruch im Hinblick auf nicht erbrachte Leistungen besteht. Die Regelung ist im Ergebnis der Regelung der freien Kündigung (§ 649 BGB) angepasst.

- **Kündigungsvorschrift § 649 BGB.** Dem Recht des Auftraggebers, jederzeit frei das Vertragsverhältnis kündigen zu können steht das Recht des Auftragnehmers gegenüber, die erbrachten Leistungen vergütet zu verlangen und die nicht erbrachten Leistungen abzgl. ersparter Aufwendungen bzw. anderweitigem Erwerb usw. gezahlt zu verlangen. Wie bei § 648 a BGB hat der Gesetzgeber hier nun eingefügt, dass vermutet wird, dass dem Unternehmer „5 von Hundert der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen“ (§ 649 BGB n.F.). Dies bringt grundsätzlich eine Klarheit mit sich. Allerdings wird zu besorgen sein, dass sich mit dieser Regelung eine Beweislaständerung eingeschlichen hat. Bisher genügte die Darlegung des Unternehmers (Auftragnehmers) dass er etwas oder auch nichts erspart hat. Der Auftraggeber musste den schwierigen Nachweis führen, dass das Ersparnis usw., höher waren. Dadurch, dass nun die Vermutung, dass die Vergütung für nicht erbrachte Leistungen 5 % der entsprechend vereinbarten Vergütung beträgt, aufgenommen ist, wird die Ansicht vertretbar sein, dass der Auftragnehmer darlegen und beweisen muss, wenn er mehr Geld haben will. Schließlich wird diese Vermutungsregelung auch den Unternehmern/Planern aufgezwungen wird, die regelmäßig viel geringere Ersparnisse usw. haben. Durch die Vermutungsregelung musste der Gesetzgeber alle Werkunternehmer gleichermaßen berücksichtigen, d.h. Bauunternehmer, Generalunternehmer gleichviel wie Sachverständige und Architekten. Dies ist allerdings eine heterogene Gruppe. Regelmäßig verhält es sich bei den Architekten in der Weise, dass die übliche vertragliche 40/60-Regelung (60 % der auf die nicht erbrachten Leistungen entfallenden Vergütung) schon wenig war. In Architektenverträgen wird daher darauf zu achten sein, dass eine konkrete Vereinbarung zu dieser Thematik getroffen wird, um die Beweisschwierigkeiten im Falle einer Kündigung zu vermeiden. Ob eine solche Regelung in von Architekten gestellten Verträgen unter dem Aspekt Allgemeiner Geschäftsbedingungen wirksam ist, wird sich zeigen. Die Bewährung in der Praxis hat das FoSiG noch vor sich. Es wird eine ganze Weile das neue Recht und das alte Recht nebeneinander Relevanz haben. Es ist stets zu unterscheiden. Gegenüber Verbrauchern müssen neue Überlegungen der Vertragsgestaltung angestrengt werden. Formularverträge, die auf die Neuerungen Rücksicht nehmen sollen, werden kritisch zu hinterfragen sein.
