

# Jetzt gültig: Das neue Forderungssicherungsgesetz Was lange währt ...

**Ein mehrjähriger Gesetzgebungsakt ist zu Ende. Bereits unter der Regierung Schröder stand das Forderungssicherungsgesetz (FoSiG) kurz vor der Verabschiedung, wurde jedoch wieder in die Ausschüsse verwiesen und 2006 erneut von den Ländern in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht. Es soll insbesondere der Verbesserung der Zahlungsmoral dienen bzw. dem Handwerk auch bessere Möglichkeiten an die Hand geben, säumigen Kunden auf den Geldbeutel zu rücken.**

Ob die vom Gesetzgeber neu eingeführten Mittel den gewünschten Erfolg haben, muss sich erst noch zeigen. Dennoch sollten Schreiner von den wichtigsten Neuerungen, die ab Januar 2009 greifen, schon einmal gehört haben.

## **VOB bei Verbrauchern kritisch**

Die gravierendste Änderung betrifft Bauwerkverträge, die mit Verbrauchern abgeschlossen werden: Durch das Forderungssicherungsgesetz wird die Privilegierung der VOB/B gegenüber sonstigen Geschäftsbedingungen (AGB) für solche Verbraucherverträge aufgehoben. Das heißt, die einzelnen VOB/B-Klauseln gelten nicht mehr automatisch als zulässig.

Dies entspricht auch der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Entscheidung vom 24. Juli 2008, Aktenzeichen VII ZR 55/07), wonach in Bauwerkverträgen, die mit Verbrauchern geschlossen werden, sämtliche einzelne Klauseln der VOB Teil B einer Inhaltskontrolle nach dem Recht der AGB (§§ 307 ff. BGB) unterzogen werden. Stets muss dann geprüft werden, inwieweit die einzelnen Klauseln der VOB Teil B dem gesetzlichen Leitbild aus dem Werkvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) entsprechen. Bei zu starken Abweichungen könnten sich viele Klauseln als unwirksam erweisen. Hier ist zu erwarten, dass die Rechtsprechung in den nächsten Jahren herausarbeitet, welche Klauseln auch in Verbraucherverträgen zulässig sind, und welche nicht.

Ein Beispiel für eine in solchen Verträgen künftig unwirksame Klausel ist § 13 Nr. 4 VOB Teil B, der die Verjährung von Mängelansprüchen auf vier Jahre bzw. für wartungsbedürftige Anlagen unter Umständen sogar auf zwei Jahre verkürzt. An die Stelle von § 13 Nr. 4 VOB Teil B tritt nun in Verbraucherverträgen die gesetzliche Verjährungsfrist von fünf Jahren, sofern nicht einzelvertraglich etwas anderes individuell ausgehandelt wird.

Für Bauaufträge im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern oder mit der öffentlichen Hand ist die Rechtslage jedoch anders. Hier gilt die insgesamt, also ohne Änderungen einbezogene VOB Teil B uneingeschränkt, ohne dass eine Inhaltskontrolle stattfindet. Eine inhaltliche Prüfung findet allerdings dann statt, wenn einzelne Regelungen der VOB Teil B vertraglich ausgeschlossen oder abgeändert werden und das Regelwerk somit nicht mehr „als Ganzes“ vereinbart ist.

Da die Verwendung der VOB/B gegenüber Verbrauchern somit dazu führen würde, dass man sich als Schreiner nur deren Nachteile „einhandelt“, sich aber auf die Vorteile nicht berufen kann, ist davon künftig abzuraten. Vielmehr empfiehlt sich die Gestaltung eigener unternehmensspezifischer Bauverträge bzw. Allgemeiner Geschäftsbedingungen unter Beachtung der Vorgaben der Rechtsprechung.

## **Druckzuschlag reduziert**

Erleichterungen für Tischler dürfte die Änderung des so genannten Druckzuschlages bei Mängeln bringen. Bislang stand dem Kunden gem. § 641 Abs. 3 BGB bei Mängeln das Recht zu, einen angemessenen Betrag (mindestens das Dreifache der zu erwartenden Mängelbeseitigungskosten) bis zur Nacherfüllung zurückzuhalten, um so den Druck auf den Handwerker auszuüben. Künftig wird dieser faktische Regelsatz auf „in der Regel das Zweifache“ der Mängelbeseitigungskosten gesenkt. Es bleibt aber Raum für Sachverhalte, bei denen auch dieser zweifache Einbehalt unangemessen hoch ist (hohe Nachbesserungskosten im Verhältnis zum Wert des Objekts). Auch sind Sachverhalte denkbar, bei denen, um den Unternehmer zur Nachbesserung zu veranlassen, mehr als der zweifache Einbehalt gerechtfertigt ist, etwa bei geringen Nachbesserungskosten. Im Einzelfall kann also nach wie vor auch ein höherer Einbehalt als angemessen gelten. Zu hoffen bleibt aber für Bauhandwerker, dass der „Standard-Tarif“ vom Dreifachen auf das Zweifache der zu erwartenden Mängelbeseitigungskosten sinkt.

## **Weitere Neuerungen**

Die im Jahr 2000 eingeführte Fertigstellungsbescheinigung durch einen Sachverständigen als Möglichkeit, auch ohne Abnahme die Fälligkeit des Werklohns herbeizuführen, wird ersatzlos gestrichen, da sie sich in



RA Robert Schulze, Kanzlei Meidert & Kollegen, Augsburg, berät Schreiner in allen rechtlichen Fragen (schulze@meidert-kollegen.de)

der Praxis nicht bewährt hat.

Während bislang nur im Rahmen von VOB-Verträgen Abschlagszahlungen nach Baufortschritt verlangt werden konnten und es ohne VOB Abschläge nur für in sich abgeschlossene Teile einer Werkleistung gab, gibt es hier eine Verbesserung für die Auftragnehmer. Abschlagszahlungen sollen künftig schon gefordert werden können, bevor das Werk vollständig errichtet ist, d. h. das Erfordernis einer „abgeschlossenen Leistung“ entfällt. Nunmehr kann der Auftragnehmer Abschlagszahlungen in der Höhe verlangen, in der der Auftraggeber durch die Leistung bereits einen „Wertzuwachs“ erlangt hat. Dies kann etwa der Erwerb des Eigentums an einem Teilwerk durch die Verbindung mit dem Grundstück sein. Zweifelhaft erscheint daher, ob ein Anspruch auch gegen den Auftraggeber bestehen soll, der nicht Grundstückseigentümer ist. Dies muss die Rechtsprechung erst noch klären.

### **Streit vorprogrammiert**

Wegen unwesentlicher Mängel kann der Kunde die Abschlagszahlung mit Ausnahme des Druckzuschlags nicht verweigern. Bei wesentlichen Mängeln besteht hingegen, anders als nach der VOB Teil B, kein Recht auf Abschlagszahlungen. Der Streit um das Merkmal „Wesentlichkeit“ scheint vorprogrammiert. Doch diese verbesserte Möglichkeit, durch frühere Zahlungseingänge liquide zu bleiben, hat noch eine weitere Kehrseite. Denn ist der Auftraggeber Verbraucher, muss ihm der Tischler mit der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel in Höhe von fünf Prozent des Vergütungsanspruchs stellen. Das heißt, auch dann, wenn die Leistung vertragsgemäß erbracht ist, so dass die Abschlagsforderung eigentlich fällig wäre, ist bei einem Vertrag, bei dem der Auftraggeber Verbraucher ist, die a-conto-Zahlungsanforderung noch nicht fällig. Es muss zusätzlich eine Sicherheit, beispielsweise durch Bürgschaft, gegenüber dem Auftraggeber gestellt werden.

Gegenüber Generalunternehmern oder Bauträgern hat man künftig als Subunternehmer etwas bessere Karten. Denn nun ist die Vergütung unabhängig von angeblichen Mängeln jedenfalls fällig, soweit der Generalunternehmer von 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. Damit wird also zum Beispiel die Vergütung des Nachunternehmers auch dann fällig, wenn der Bauherr dem Generalunternehmer gegenüber das vom Subunternehmer erbrachte Gewerk abgenommen hat. Nach bisheriger Rechtslage setzte § 641 Abs. 2 BGB noch voraus, dass der Besteller auch bereits eine Vergütung erhalten hat.

Auch künftig kann der Auftraggeber den Werkvertrag jederzeit kündigen und muss die Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen bezahlen. Die hierbei für den Handwerker bislang bestehende Beweisproblematik, dass er seine Kalkulation offen legen und auch seine eigenen ersparten Aufwendungen darlegen musste, wurde nun dadurch entschärft, dass der Auftragnehmer pauschal ohne Nachweis fünf Prozent der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung verlangen kann. Insoweit handelt es sich um eine gesetzliche Vermutung, die der Kunde widerlegen kann, sofern ihm der Nachweis gelingt.

### **Neues bei § 648 a BGB**

Hinsichtlich der Bauhandwerkersicherheit nach § 648 a BGB gibt es ebenfalls Neuerungen. Diese Regelung ermöglicht bislang, dass der Auftragnehmer von Privatleuten, die größere Bauvorhaben als nur ein Einfamilienhaus mit oder ohne Einliegerwohnung errichten lassen oder von gewerblichen Auftraggebern eine Sicherheit verlangen kann. Bis zu deren Vorlage hatte er bislang ein Leistungsverweigerungsrecht.

Diesbezüglich wurden zum einen einige von der Rechtsprechung entwickelte Grundsätze in den Gesetzestext aufgenommen, wie etwa die Möglichkeit, die Sicherung auch noch nach der Abnahme fordern zu können. Zum anderen wurde die Bauhandwerkersicherheit nun nicht mehr nur wie bisher als Leistungsverweigerungsrecht konzipiert, sondern vielmehr als direkt einklagbarer Anspruch auf Sicherheitsleistung für die Werklohnforderung. Damit wird dem berechtigten Ruf der Bauhandwerker, die regelmäßig vorleistungspflichtig sind, nach einer Sicherheit besser Rechnung getragen. Außerdem soll der Bauhandwerker, falls es wegen der Sicherheitsleistung zum Streit und zur Vertragsauflösung kommt, seinen Vergütungsanspruch behalten. Verbraucher sollen allerdings nach wie vor von der Pflicht zur Sicherheitsleistung befreit bleiben.

Das selten angewandte Bauforderungssicherungsgesetz wurde ebenfalls angepasst. Dessen Besonderheit ist es, dass bei zweckwidriger Verwendung von Baugeld dem Handwerker als Baugeldgläubiger ein Schadensersatzanspruch zusteht, der einen persönlichen Haftungsdurchgriff auf die Personen ermöglicht, die hinter Kapitalgesellschaften (wie GmbHs) stehen. Nun gibt es eine Beweislastumkehr. Die Eigenschaft als Baugeld und die zweckwidrige Verwendung wird vermutet.

In prozessualer Hinsicht wollte der Gesetzgeber ursprünglich erreichen, dass in baurechtlichen Streitigkeiten schneller Zahlungstitel ergehen. Hierzu sollten einerseits die Regelungen zu Teil- und Vorbehaltsurteilen modifiziert, vor allem sollte jedoch mit der „vorläufigen Zahlungsanordnung“ ein neues Rechtsinstitut geschaffen werden. Der Kläger hätte die Möglichkeit erhalten, eine solche vorläufige Zahlungsanordnung zu beantragen, wenn einerseits eine hohe Erfolgsaussicht besteht und andererseits sich aus einer absehbar langen Verfahrensdauer erhebliche Belastungen des Klägers ergeben hätten.

Insbesondere wollte der Gesetzgeber hiermit missbräuchlichen Verzögerungen vorbeugen. Der prozessrechtliche Teil des neuen Gesetzes wurde nach Kritik aber vorerst zurückgestellt.

Der Bundesrat hat am 19. September 2008 dem abgespeckten Gesetzesentwurf zugestimmt. Das Gesetz ist zum 1. Januar 2009 in Kraft getreten. Die Neuregelungen gelten nur für Neuverträge. Frühere Aufträge richten sich nach der „alten“ Rechtslage.

© RA Robert Schulze, Erstveröffentlichung: BM 01/2009