

Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz – FoSiG)

(Dr. Christian Groß und Christian F. Fischer¹)

Am 19.09.2008 hat der Bundesrat in seiner 847. Sitzung das Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen, kurz Forderungssicherungsgesetz (im Folgenden: FoSiG), gebilligt. Das Gesetz wurde am 23.10.2008 im Bundesgesetzblatt verkündet und ist am 01.01.2009 in Kraft getreten. Es gilt erst für alle nach dem 31.12.2008 geschlossenen Verträge.

1. Gesetzeszweck

Das Gesetz verfolgt neben einer Stärkung des Verbraucherschutzes das Ziel, den Forderungsausfällen von Auftragnehmern entgegenzuwirken, die durch auftraggeberseitige Insolvenzen oder verzögerte Zahlungen entstehen. Denselben Gesetzeszweck verfolgte bereits das im Jahr 2000 eingeführte Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen. Dessen Instrumentarium erwies sich in der Praxis jedoch als unzureichend, so dass mit dem FoSiG nachgebessert werden soll. Das Gesetz sieht eine Reihe von Änderungen in unterschiedlichen Gesetzen vor. Nachfolgend sollen die **wichtigsten werkvertraglichen Neuregelungen** des BGB dargestellt werden:

2. Neuregelungen

a) Wegfall der Privilegierung der VOB/B für Verbrauchverträge

Das Gesetz sieht vor, dass die Regelungen der VOB/B bei Verträgen mit Verbrauchern künftig trotz ihrer Einbeziehung in einen Bauvertrag als Ganzes der uneingeschränkten Inhaltskontrolle durch die Vorschriften des BGB (§§ 307 ff. BGB) unterfallen. Für Verträge im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern oder mit der öffentlichen Hand wird die Privilegierung der VOB/B dagegen festgeschrieben (vgl. § 310 Abs. 1 S. 3 BGB n.F.). Dies bedeutet, dass bei Bauverträgen mit der öffentlichen Hand und mit Unternehmern die als Ganzes in den Vertrag einbezogene VOB/B uneingeschränkt gilt, ohne dass eine Inhaltskontrolle stattfindet. Wird – was schon bei mittleren und erst recht bei größeren Auftragsvolumina regelmäßig der Fall ist – auch nur eine einzige Regelung der VOB/B vertraglich modifiziert oder abbedungen, bleibt es bei der bisherigen Rechtsprechung, mit der Folge, dass sämtliche Regelungen der VOB/B einer isolierten Inhaltskontrolle zu unterziehen sind. Hierzu existiert bereits umfangreiche Rechtsprechung, der zufolge die weit überwiegende Anzahl der VOB/B-Regelungen rechtswirksam sind.

b) Neuregelung des Rechts der Abschlagszahlungen bei BGB-Verträgen

Seit dem Jahr 2000 ist der Auftragnehmer auch bei BGB-Werkverträgen berechtigt, Abschlagszahlungen zu fordern (vgl. § 632a BGB). Die Regelung hat sich jedoch in der Praxis als unzureichend erwiesen. Da die VOB/B und die HOAI (Letztere in ihrer noch aktuellen Fassung) eigenständige Regelungen für Abschlagszahlungen enthalten (§ 16 Nr. 1 VOB/B,

¹ Dr. Christian Groß ist Rechtsanwalt und Partner, Christian F. Fischer ist Rechtsanwalt und Associate der Kanzlei SIBETH Partnerschaft. Beide gehören der Practice Group Real Estate an.

§ 8 Abs. 2 HOAI), betrifft die Vorschrift ausschließlich reine BGB-Bau-, Planer- und sonstige Werkverträge. Der Anwendungsbereich des § 632a BGB könnte sich nach der angekündigten HOAI-Novelle aber erweitern. Die zulässigen Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen richten sich weiterhin nach der MaBV.

Abschlagszahlungen konnte der Auftragnehmer eines BGB-Werkvertrages bislang nur für „in sich abgeschlossene Teile des Werkes“ und damit lediglich in relativ großen zeitlichen Abständen verlangen. Nach der Neuregelung soll der Auftragnehmer nunmehr bereits Abschlagszahlungen verlangen können, wenn der Auftraggeber durch die Leistung des Auftragnehmers einen „Wertzuwachs“ erlangt hat und dieser in einer prüfbaren Aufstellung nachgewiesen wird. Neu ist ebenfalls, dass wegen wesentlicher Mängel ein vollständiges Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem Abschlagszahlungsverlangen besteht. Diese Neuregelung läuft dem Gesetzeszweck des FoSiG aber zuwider. Wegen „unwesentlicher Mängel“ können Abschlagszahlungen zwar nicht gänzlich verweigert werden, infolge des Verweises auf § 641 Abs. 3 BGB darf der Auftraggeber jedoch einen angemessenen Betrag, der in der Regel dem Doppelten der voraussichtlichen Mangelbeseitigungskosten entsprechen soll, einbehalten.

Die Begriffe „Wertzuwachs“ und „unwesentlicher Mangel“ werden weder im BGB, noch im FoSiG definiert. Dies überlässt der Gesetzgeber der Rechtsprechung. Im Hinblick auf den Wertzuwachs dürfte der „vertragliche“ gemeint sein. Zur Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln wird auf die Rechtsprechung zur mängelbedingten Abnahmeverweigerung zurückgegriffen werden können.

Praxisrelevant könnte die Neuregelung des § 632a BGB insbesondere wegen ihres gesetzlichen Leitbildcharakters werden, denn sie ist – auch für VOB/B-Verträge – künftig einziger Maßstab für die AGB-Kontrolle. Dies hat zur Folge, dass vertragliche Reduzierungen der Höhe der Abschlagszahlungen auf 90% künftig in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam sein könnten.

c) *Vertragserfüllungssicherheit in Verbraucher-Bauverträgen*

Ist der Auftraggeber ein Verbraucher (Privatmann) und hat der Vertrag die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand, hat der Auftragnehmer bei der ersten Abschlagsrechnung eine Sicherheit (Bürgschaft, Garantie) für die rechtzeitige Herstellung des Werkes in Höhe von 5 % der vereinbarten Vergütung zu leisten (vgl. § 632a Abs. 3, 4 BGB n.F.). Alternativ kann durch den Auftraggeber ein entsprechender Betrag einbehalten werden. Erst dann hat der Auftraggeber Abschlagszahlungen ungekürzt zu leisten. Die vorgenannte Regelung gilt über einen Verweis nun auch bei Bauträgerverträgen.

d) *Fälligkeit ohne Abnahme bei gestuften Vertragsverhältnissen*

Bislang begründete § 641 Abs. 2 BGB unabhängig von der Abnahme die Fälligkeit des Werklohnanspruchs des Subunternehmers, wenn und soweit der Generalunternehmer vom Bauherrn Zahlung erlangte. Dies gilt nach dem FoSiG nunmehr auch in folgenden weiteren Konstellationen:

- das Werk des Generalunternehmers wird von seinem Auftraggeber (fiktiv) abgenommen;
- der Subunternehmer hat dem Generalunternehmer erfolglos eine angemessene Frist zur Auskunft über die vorgenannten Umstände gesetzt;

Bereits § 641 Abs. 2 BGB in seiner aktuellen Fassung hat jedoch in der Praxis kaum Bedeutung erlangt, da die Regelung nach wohl herrschender Ansicht auf Abschlagszahlungen nicht anwendbar ist und Zurückbehaltungsrechte wegen Mängeln unberührt bleiben. Auch in der neueren Literatur wird die praktische Handhabung nicht nur der alten Regelung in § 641 Abs. 2 BGB, sondern auch der neuen Tatbestände ernsthaft in Frage gestellt. Gleichwohl sind künftig vor allem die Folgen eines bloßen Auskunftsverlangens des Subunternehmers zu beachten.

e) *Mängel: Verminderung des Druckzuschlags auf das Doppelte auch beim VOB-Vertrag*

Gemäß § 641 Abs. 3 BGB in der bis zum 31.12.2008 geltenden Fassung kann der Auftraggeber bis zur Beseitigung eines Mangels nach Abnahme die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung, mindestens jedoch in der Höhe des Dreifachen der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten zurückhalten. Künftig soll der Auftraggeber nur noch die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung bei Mängeln verweigern können, wobei als angemessen nunmehr „in der Regel das Doppelte“ der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten angesehen wird.

Damit kehrt der Gesetzgeber zurück zur früheren Rechtsprechung, die die Angemessenheit der Höhe des Druckzuschlags bezogen auf den Einzelfall beurteilte. Die Neuregelung betrifft auch VOB/B-Bauverträge. Die Darlegungs- und Beweislast für die Höhe der Mangelbeseitigungskosten und damit auch für die Unangemessenheit des Einbehalts des Auftraggebers trägt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes der Auftragnehmer.

f) *Abschaffung der gutachterlichen Fertigstellungsbescheinigung, § 641 a BGB*

Diese Regelung sollte dem Auftragnehmer per Sachverständigenstellungnahme eine rasche Herbeiführung der Abnahmewirkungen ermöglichen. § 641a BGB hat in der Praxis jedoch versagt und wurde daher konsequenterweise im FoSiG wieder gestrichen.

g) *Erweiterung der Bauhandwerkersicherung, § 648a BGB*

Nach § 648a BGB kann der Auftragnehmer eines Bauwerks oder eines Teils davon vom Auftraggeber die Stellung einer Sicherheit für die von ihm zu erbringenden Vorleistungen einschließlich der dazugehörigen Nebenforderungen verlangen. Diese Sicherungsmöglichkeit wird nunmehr erheblich ausgeweitet. Für die Praxis sind die wichtigsten Neuregelungen:

- Das bisherige Erfordernis der Kündigungsandrohung und Nachfristsetzung entfällt. Neben dem Leistungsverweigerungsrecht hat der Auftragnehmer schon nach erstmaliger erfolgloser Fristsetzung ein Kündigungsrecht. Kündigt der Auftragnehmer hat er einen Vergütungsanspruch analog § 649 BGB.
- Der Anspruch auf Stellung einer Sicherheit nach § 648a BGB ist künftig nach Fristablauf selbstständig einklagbar, ohne dass er mit dem (teilweise riskanten) Leistungsverweigerungsrecht verbunden werden muss.

Jedenfalls bis zur Vorlage der ersten höhergerichtlichen Entscheidungen sollte der Auftragnehmer die vorgesehene Maßnahme aber bei der Fristsetzung ankündigen. Trotz des eindeutigen Wortlauts im Hinblick auf die massiven Rechtsfolgen, kann nicht ausgeschlossen werden, dass Gerichte die Ankündigung der Rechtsfolgen als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal - auch aufgrund der Kooperationsverpflichtung der Bauvertragsparteien - in die Vorschrift hineinlesen. Weitere Neuregelungen sind:

- Gegenansprüche (Erfüllungs-, Mängelansprüche oder Schadensersatzansprüche wegen Verzug) haben nur dann Einfluss auf die Höhe der zu stellenden Sicherheit, wenn sie unstrittig oder rechtskräftig festgestellt sind.
- In den Sicherungsanspruch sind künftig auch Ansprüche einbezogen, die an die Stelle des Vergütungsanspruchs treten (z.B. Schadensersatz).

Der Gesetzgeber hat es erneut versäumt zu regeln, wie sich mangelbedingte Gegenansprüche des Auftraggebers nach erfolgter Kündigung auf den Vergütungsanspruch des Auftragnehmers auswirken. Der Bundesgerichtshof hat hierzu in zwei Entscheidungen aus dem Jahre 2004 ein sog. Abrechnungsverhältnis angenommen, d.h. der Vergütungsanspruch ist um die voraussichtlichen Mangelbeseitigungskosten zu reduzieren. Es ist unklar, ob diese Rechtsprechung auch nach den Neuerungen des FoSiG weiter Bestand haben wird. Der „neue“ § 648a BGB belastet den Auftraggeber zudem unangemessen, denn der Auftraggeber muss nunmehr nicht nur die Behinderung des Baufortschritts durch mangelhafte und damit nicht ausbaufähige Leistungen, sondern auch noch die Sicherheit für den schlecht leistenden Auftragnehmer vorfinanzieren.

h) Freie Kündigung des Auftraggebers: Vermutung für Höhe der Entschädigung des Auftragnehmers

Kündigt der Auftraggeber den Werkvertrag ohne Grund, ist der Auftragnehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung unter Anrechnung dessen zu verlangen, was er infolge der Kündigung an Aufwendungen erspart hat (§ 649 S. 2 BGB). Die Berechnung dieses ersparten Aufwands bereitet Auftragnehmern in der Vergangenheit aufgrund der komplexen Vorgaben des BGH erhebliche Schwierigkeiten.

§ 649 S. 3 BGB sieht nunmehr vor, dass dem Auftragnehmer nach Anrechnung der ersparten Aufwendungen „im Zweifel“ ein Vergütungsanspruch in Höhe von 5 % für die nicht erbrachten Leistungen zusteht. Ein hiervon abweichender Wert muss bewiesen werden, wobei dem Auftraggeber der Nachweis eines den 5%-igen Wert unterschreitenden Satzes kaum möglich sein wird. Durch die Neuregelung wird dem Auftragnehmer eines Bau- oder sonstigen Werkvertrages nicht nur über Schwierigkeiten bei der Abrechnung seines Anspruchs hinweggeholfen, die tatsächlich nicht bestanden haben, sondern es besteht nunmehr auch die Gefahr, dass der Auftragnehmer mit diesen 5 % überzahlt wird, wenn er den Vertrag mit hohem Verlust kalkuliert hat. Für Planer hingegen ist die Regelung häufig ungünstig: sachbezogene Aufwendungen werden regelmäßig nur in geringem Maße „erspart“ und – dies ist entscheidend – Füll- und Ersatzaufträge werden „auf die Schnelle“ meist nicht zu bekommen sein. Der Planer sollte also die tatsächlich ersparten Aufwendungen dokumentieren, wenn er keinen Abschlag von 95% hinnehmen möchte.

Ob § 649 S. 3 BGB auch für VOB/B-Bauverträge anwendbar ist, ist derzeit offen. Zwar verweist § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B auf § 649 BGB, § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B entspricht aber lediglich § 649 S. 2 BGB.

3. Das FoSiG und das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG)

Übernimmt der Architekt oder der Ingenieur die Planung **und** Überwachung eines Bauvorhabens bzw. der Ausführung der Fachplanung, übernimmt er eine umfassende Betreuungsrolle für seinen Auftraggeber. Er nimmt für seinen beauftragten Bereich eine zentrale Stellung bei der Planung und Durchführung ein. Vor diesem Hintergrund entspricht es allgemeiner Auffassung, dass zu den Aufgaben des Architekten oder Fachingenieurs – freilich in gewissen Grenzen - die Rechtsbetreuung gehören kann. An der Art

und dem Umfang der Rechtsberatung des Architekten oder Ingenieurs dürfte sich – ohne dass es hierzu bislang belastbare Entscheidungen der Gerichte gibt – nichts geändert haben. Gestattet sind nach § 5 Abs. 1 Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit, **wenn sie als Nebenleistung zum Berufs- oder Tätigkeitsbild gehören**, d.h. im „sachlichen Zusammenhang zur Haupttätigkeit“ stehen. Bisher verbotene Tätigkeiten (z.B. rechtliche Vertretung im Widerspruchsverfahren, isolierte Beauftragung zur Vertragsgestaltung) dürften deshalb auch in Zukunft nicht erlaubt sein.

Die Rechtsprechung verlangt vom Architekten und dem Fachingenieur, dass er die „Grundzüge“ des Werkvertragsrechts des BGB und der VOB/B beherrscht, denn nur so könne er für die Errichtung eines mangelfreien Bauwerks sorgen. Über die einschlägigen Bestimmungen und die hieraus resultierenden Möglichkeiten und Alternativen haben der Architekt und der Ingenieur den Bauherrn „aufzuklären“, wobei der Umfang der Aufklärungs- und Hinweispflicht sich auch danach richtet, welchen Kenntnisstand der Bauherr selbst hat. Teilweise hat er jedoch bereits selbst im Interesse des Bauherrn die notwendigen Schritte einzuleiten, d.h. z.B. den Unternehmer unter Fristsetzung zur Nacherfüllung aufzufordern.

Ohne dass auf gesicherte Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann, dürfte dies für die Änderungen durch das FoSiG Folgendes bedeuten:

- *Wegfall der VOB-Privilegierung*

Beratungspflichten treffen den Architekt oder Ingenieur bei der Mitwirkung der Vergabe. Bezieht er die VOB/B in die Verdingungsunterlagen mit ein und bewirkt durch die Einbeziehung von Allgemeinen oder Zusätzlichen Vertragsbedingungen einen Eingriff in die VOB/B, riskiert er, dass einzelne Klauseln der VOB/B einer isolierten Inhaltskontrolle nicht standhalten. Entsteht dem Auftraggeber infolge der Unwirksamkeit einer Klausel ein finanzieller Nachteil, wird er den Architekt/Ingenieur möglicherweise in Regress nehmen. Dieser hat den Auftraggeber daher auf Risiken von Abweichungen der Bestimmungen der VOB/B hinzuweisen. Der Architekt und der Ingenieur sollten daher unabhängig von den Neuregelungen des FoSiG stets über die aktuelle Rechtsprechung zur Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit einzelner Klauseln in der VOB/B informiert sein. Vertritt der Architekt oder Ingenieur einen Privatmann als Auftraggeber muss er neuerdings zusätzlich im Blick haben, dass auch bei einer Einbeziehung der VOB/B „als Ganzes“ in Verträgen mit Unternehmern sämtliche Klauseln der Inhaltskontrolle des BGB unterliegen. Hierüber hat er den Auftraggeber zu informieren.

- *Abschlagsrechnungen*

Übernimmt der Architekt oder Ingenieur die Rechnungsprüfung, insbesondere von Abschlagsrechnungen, hat er den Auftraggeber über die Besonderheiten des § 632a BGB aufzuklären und im Falle des „privaten“ Auftraggebers insbesondere darauf zu achten, dass er bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 632a Abs. 3, 4 BGB nicht zur Zahlung verpflichtet ist, bevor nicht der Unternehmer die vorgeschriebene Sicherheit geleistet hat. Bei Nachträgen hat er darauf zu achten, dass der Auftraggeber bei Überschreiten der 10%-Grenze Anspruch auf weitere Sicherheit hat.

Der Architekt und Ingenieur wird sich insbesondere informieren müssen, wie künftig mit den Begriffen „Wertzuwachs“ und „unwesentlicher Mängel“ in der Rechtsprechung und Fachliteratur umgegangen wird, um seine vertragliche Pflicht zur Rechnungsprüfung er-

füllen zu können. Bei Unklarheiten ist aber auch dem Architekten und dem Ingenieur zu empfehlen, sich fachlichen Rat einzuholen.

In jedem Fall hat er aber zu prüfen, ob die abgerechneten Leistungen des Unternehmers sich mit dem Wertzuwachs decken, ob die erbrachten Leistungen mit Mängeln behaftet sind, wenn ja, in welcher Höhe ein Abzug „angemessen“ ist i.S.v. § 641 Abs. 3 BGB n.F. und ob die Abrechnungen nachvollziehbar gestaltet sind.

- *Druckzuschlag*

Nach der neuen Druckzuschlagregelung in § 641 Abs. 3 BGB ist der Druckzuschlag „angemessen“ und in der Regel mit dem Doppelten der voraussichtlichen Kosten zur Mangelbeseitigung zu bewerten. Der Architekt/Ingenieur hat den Auftraggeber bei Anwendung dieser Vorschrift vor Überzahlungen des Auftragnehmers zu schützen und deshalb entsprechende Abzüge vorzunehmen.

- *Bauhandwerkersicherung*

Da den Architekten/Ingenieur eine wirtschaftlich geprägte Aufklärungspflicht trifft (Grundlagenermittlung) sollten sie zudem den Auftraggeber rechtzeitig über die Möglichkeiten der ausführenden Unternehmen, eine Sicherheit nach § 648a BGB verlangen zu können, aufklären, da dies mitunter eine erhebliche Rolle bei der Finanzierung eines Bauvorhabens spielen kann. Auch über die Beteiligungspflicht der Unternehmen an den Avalgebühren sowie die möglichen Folgen im Falle fehlender Bereitstellung der geforderten Sicherheit durch den Auftraggeber sollten sie aufklären.

Um das Sicherungsverlangen der Höhe nach beurteilen zu können, wird er das Vorleistungsrisiko des Unternehmers bewerten müssen und dabei insbesondere einen Abgleich der bereits erfolgten Zahlungen mit dem erreichten Bautenstand und den noch ausstehenden Leistungen vornehmen.

Zurückhaltend in der Beratung sollten der Architekt und der Ingenieur jedoch am Ende sein, wie im Einzelnen auf ein Sicherheitsverlangen zu reagieren ist. Hier übernehmen sie rechtliche Entscheidungen von erheblicher Tragweite, die wohl über die bloßen Sachwalterpflichten hinausgehend echte – und damit unzulässige - Rechtsberatung darstellen.

4. Fazit

Durch die vorgenannten Neuregelungen sollen Fehler des bestehenden Rechts und insbesondere des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen (2000) korrigiert werden. Der „große Wurf“ ist aber auch das FoSiG gewiss nicht und kann als solches nur ein Zwischenschritt zu einem eigenständigen Bauvertragsrecht sein. Insoweit hat die Bundesregierung bereits Initiativen ergriffen. Für den Architekten oder Ingenieur ergeben sich jedoch neue Haftungsfallen im Rahmen der ihnen obliegenden (rechtlichen) Beratungspflichten, denn die Rechtsprechung setzt mitunter umfassende Rechtskenntnis der Vorschriften des zivilen Baurechts voraus.