

# Das neue Forderungssicherungsgesetz (FoSiG) - Ein Rettungsschirm für die Auftragnehmer?

von Rechtsanwältin Dr. Tina Großkurth\*, Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht

## I. Einleitung

Am 01. Januar 2009 tritt das Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen in Kraft. Ziel des Gesetzes ist, das Insolvenzrisiko des Unternehmers abzusichern und den Auftraggeber zu schnelleren Zahlungen zu veranlassen. Durch das Forderungssicherungsgesetz werden sowohl Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches als auch das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch sowie das Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen (bisläng GSB) und die Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauverträgen und der Makler- und Bauvertragsverordnung geändert.

Im Folgenden werden die für Auftragnehmer und Auftraggeber praxisrelevanten wesentlichen Änderungen dargestellt und kommentiert.

## II. Änderung des Anspruchs auf Abschlagszahlungen (§ 632 a BGB)

Bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen im Jahr 2001 bestand kein gesetzlicher Anspruch auf Abschlagszahlungen, es sei denn, die Parteien haben die VOB/B vereinbart. Seitdem besteht in Anlehnung an die Begrifflichkeit in § 12 Nr. 2 VOB/B für „in sich abgeschlossene Teile“ ein Anspruch auf Abschlagszahlungen. Aus Auftragnehmersicht lagen damit die Anspruchsvoraussetzungen in der Regel zu spät vor. Dies hat der Gesetzgeber erkannt. Nunmehr ist die Höhe des Wertzuwachses auf Seiten des Auftraggebers das entscheidende Kriterium.

Zu beachten ist allerdings, dass bei wesentlichen Mängeln anders als gem. § 16 Nr. 1 VOB/B der Auftraggeber die Abschlagszahlung verweigern kann, so dass diese Regelung dem Sinn und Zweck des Gesetzes, nämlich der beschleunigten Durchsetzung von Forderungen zuwiderläuft. Zu empfehlen ist, dass § 16 Nr. 1 VOB/B ggf. isoliert vereinbart wird.

Neu ist die Regelung in den Absätzen 3 und 4 des § 632 a BGB, wonach dem Besteller bei Verbraucherverträgen im Falle der Errichtung oder des Umbaus eines Hauses mit der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für „die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel“, das heißt, eine Erfüllungssicherheit in Höhe von 5 % des Vergütungsanspruches zu stellen ist. Diese Sicherheit kann auf Verlangen des Auftragnehmers durch einen Einbehalt bei den ersten Abschlagszahlungen bis zum Gesamtbetrag der geschuldeten Sicherheit erbracht werden. Diese Regelung findet gem. Artikel 4 des Forderungssicherungsgesetzes auch auf Bauverträge Anwendung.

## III. Änderung des § 641 Abs. 2 BGB (Durchgriffsfälligkeit)

Durch die Neuregelung in § 641 Abs. 2 BGB wurde die Stellung des Nachunternehmers gegenüber dem Generalunternehmer gestärkt. Bisher stand der Nachunternehmer in der Praxis vor dem Problem, dass er in der Regel keine Kenntnis davon hatte, ob der Besteller Zahlungen an den Generalunternehmer geleistet hat und wenn ja auf welche Arbeiten, so dass der Fälligkeitstatbestand, welcher eine Fälligkeit unabhängig von der Abnahme postulierte, in der Regel in der Praxis ins Leere lief. Nunmehr ist Fälligkeit gegeben, wenn der Generalunternehmer vom Besteller seine Vergütung zumindest zum Teil erhalten hat oder das Werk von dem Auftraggeber abgenommen wurde oder der Nachunternehmer dem Generalunternehmer erfolglos eine angemessene Frist (in der Regel wohl 4-6 Werktage) zur Auskunft hierüber gesetzt hat.

Der Auftragnehmer sollte die Fristsetzung zur Auskunftserteilung nutzen, wobei es ausreicht, dass der Generalunternehmer „irgendeine“ Antwort liefert. Es empfiehlt sich daher für den Nachunternehmer gem. § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB vorzugehen, das heißt, dem Generalunternehmer eine Frist zur Abnahme zu setzen.



#### IV. Änderung des § 641 Abs. 3 BGB (Druckzuschlag)

Bislang war der Auftraggeber berechtigt, den Werklohn mindestens in Höhe des Dreifachen der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten zurückzubehalten. Diese Regelung wurde von dem Gesetzgeber zugunsten des Auftragnehmers dahingehend geändert, dass der Auftraggeber nunmehr berechtigt ist, „in der Regel das Doppelte“ der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten einzubehalten. Damit ist gesetzlich keine Grenze nach oben und nach unten hinsichtlich des Zurückbehaltungsrechts gesetzt. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die Gerichte sich an dem Regeltatbestand orientieren werden.

Zu beachten ist ferner, dass die Regelung nicht nur für Fälle nach der Abnahme gilt, sondern auch für Fälle der Durchgriffsfälligkeit (§ 641 Abs. 2 BGB).

Die Regelung ist für den Auftragnehmer grundsätzlich vorteilhaft. Zu beachten ist jedoch das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 06. Dezember 2007, wonach der Auftraggeber im Falle eines Rechtsstreites nicht zur Höhe der Mängel-beseitigungskosten vortragen muss, so dass Darlegungs- und Beweislast beim Auftragnehmer liegen. Um zu verhindern, dass der Auftraggeber die Mängelbeseitigungskosten „aufbläst“, ist dem Auftragnehmer zu empfehlen, die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten im Vorfeld zu belegen.

#### V. Wegfall des § 641 a BGB (Fertigstellungsbescheinigung)

Da die Regelung in der Praxis nahezu ohne Bedeutung geblieben ist, wurde sie ersatzlos gestrichen.

#### VI. Änderung des § 648 a BGB (Bauhandwerkersicherung)

§ 648 a BGB wurde ebenfalls auftragnehmerfreundlicher sowie darüber hinaus effektiver gestaltet. Im Einzelnen:

In Absatz 1 wurde die Rechtsprechung, wonach § 648 a BGB vor und nach der Abnahme anwendbar ist, aufgenommen. Gleiches gilt dafür, dass Gegenansprüche des Auftraggebers bei der Höhe der Bauhandwerkersicherung unbeachtlich sind, es sei denn, sie sind unstreitig oder rechtskräftig festgestellt. Neu ist die Regelung, dass nunmehr ein einklagbarer Anspruch auf die Stellung einer Bauhandwerkersicherung besteht, während es sich bislang lediglich um eine Obliegenheit gehandelt hat. Damit kann nicht nur zügig der offene Werklohn gesichert werden, sondern zugleich eröffnet

die Regelung dem Auftragnehmer die Möglichkeit, festzustellen, ob der Auftraggeber noch solvent ist.

Bislang galt der Vertrag nach Ablauf einer Nachfrist als „automatisch“ aufgehoben gem. § 643 BGB. Hiervon ist der Gesetzgeber nunmehr abgewichen. Für nach dem 01. Januar 2009 geschlossene Verträge gilt, dass der Auftragnehmer folgende drei Wahlmöglichkeiten nach Ablauf der Frist hat:

1. Der Auftragnehmer arbeitet weiter und klagt die Sicherheit ein.
2. Der Auftragnehmer stellt die Arbeiten ein.
3. Der Auftragnehmer kündigt den Bauvertrag.

Zu beachten ist, dass nunmehr eine Fristsetzung ausreicht und darüber hinaus keine Androhung eines Leistungsverweigerungsrechtes oder einer Kündigung mehr erforderlich ist. Auch wenn die Androhung nach dem Gesetzeswortlaut nicht mehr erforderlich ist, sollte sie wie bereits bislang erfolgen, da nicht auszuschließen ist, dass die Rechtsprechung trotz des Wortlautes ein entsprechendes Erfordernis im Wege der Auslegung bejaht.

Durch die Neuregelungen wurde § 648 a BGB zugunsten des Auftragnehmers erweitert.

#### VII. Einführung des § 649 Satz 3 BGB (Abrechnung nach gekündigtem Vertrag)

Im Falle der freien Kündigung stand der Auftragnehmer bislang häufig vor dem Problem, den Anspruch hinsichtlich des abzusetzenden ersparten Aufwandes nicht darlegen und vor allem nicht beweisen zu können. Der neu eingefügte Satz 3 des § 649 BGB stellt folgende Erleichterung für den Auftragnehmer dar: Es besteht eine Vermutung, dass dem Auftragnehmer 5% für die nicht erbrachte Leistung zustehen. Diese Vermutung ist jedoch widerlegbar.

#### VIII. Privilegierung der VOB/B in § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB

In § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB wurde nunmehr ausdrücklich geregelt, dass die Privilegierung der VOB/B nur gilt, wenn diese insgesamt in den Vertrag einbezogen wurde und der Vertragspartner des Verwenders kein Verbraucher ist.



## IX. Änderung des Gesetzes über die Sicherung von Bauforderungen

Zunächst wurde die Bezeichnung des Gesetzes geändert. Dieses wird nunmehr als „Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG)“ bezeichnet.

Die wesentliche inhaltliche Änderung besteht darin, dass mit § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. Satz 2 BauFordSiG der General- bzw. Hauptunternehmer zum Treuhänder seiner Nachunternehmer wird. Nach der Neuregelung gilt jede Abschlagszahlung, die der General- bzw. Hauptunternehmer von seinem Auftraggeber erhält, künftig als Baugeld. Dieses Baugeld muss zwingend zur Bezahlung der von ihm beauftragten Nachunternehmer verwendet werden. Wird das Baugeld zweckwidrig verwendet und der General- bzw. Hauptunternehmer wird insolvent, so dass die Nachunternehmer ihre Forderungen nicht mehr realisieren können, müssen die beteiligten Personen, die auf Seiten des General- bzw. Hauptunternehmers hinter den Kapitalgesellschaften stehen, mit einer Durchgriffshaftung rechnen, die zu einer persönlichen Haftung führt.

Den General- bzw. Hauptunternehmern ist daher anzuraten, das erhaltene Baugeld auf ein gesondertes Konto (z.B. Treuhandkonto) einzuzahlen, auf welches Dritte, das heißt auch die Hausbank, keinen Zugriff haben.

## X. Zusammenfassung

Ob die zwei mit dem Gesetz verfolgten Ziele, nämlich die bessere Absicherung der Werklohnforderung des Auftragnehmers sowie die schnellere Durchsetzung der Forderung des Auftragnehmers durch das Gesetz mit dem wohlklingenden Namen erreicht werden können, ist mehr als zweifelhaft. Festzuhalten ist jedoch, dass das Gesetz drei Vorteile für den Auftragnehmer bietet, nämlich dass § 632 a BGB dem Auftragnehmer nicht mehr nur das Recht auf Abschlagszahlungen für in sich abgeschlossene Teile einräumt, dass die Voraussetzungen für die Durchgriffsfälligkeit in § 641 Abs. 2 BGB erweitert wurden sowie dass in § 641 Abs. 3 BGB das Zurückbehaltungsrecht auf das in der Regel Zweifache der Mängelbeseitigungskosten reduziert wurde. Abzuwarten bleibt, inwieweit die Auftragnehmer von ihrem nunmehr einklagbarem Recht gem. § 648 a BGB Gebrauch machen.

Dass durch die Neuregelungen die Zahlungsmoral verbessert wird, wird aus Auftragnehmersicht voraussichtlich eher Wunsch denn Wirklichkeit sein, wobei ohnehin zweifelhaft ist, ob gesetzgeberische

Maßnahmen hier als der erhoffte Rettungsschirm wirken können.

## Werklohn nach VOB/B: Verjährungsbeginn mit Abnahme? von Rechtsanwalt Christoph Haasler\*\*

Zum Jahresende sollten Bauunternehmer unbedingt ihre offenen Werklohnforderungen auf eine eventuelle Verjährung zum Ablauf des 31. Dezember 2008 prüfen. Grundsätzlich gilt dabei - auch beim VOB/B-Bauvertrag - die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren gemäß § 195 BGB. Dabei beginnt die Verjährung kenntnisabhängig mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch fällig geworden ist. Sowohl bei einem BGB-Bauvertrag als auch bei einem VOB/B-Bauvertrag ist die Abnahme Fälligkeitsvoraussetzung. Darüber hinaus hängt die Fälligkeit beim VOB/B-Bauvertrag jedoch gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B von der Vorlage einer prüffähigen Schlussrechnung ab. Demnach beginnt die Verjährung der Werklohnforderung bei einem VOB/B-Bauvertrag mit dem Ende des Jahres, in dem die Abnahme erfolgt ist, die Schlussrechnung gestellt wurde und die zweimonatige Prüfungsfrist ohne Rüge der mangelnden Prüffähigkeit abgelaufen ist.

Aus dieser Grundkonstellation ergibt sich folgendes Beispiel:

Abnahme:	05. November 2005
Zugang der Schlussrechnung:	20. November 2005
Fälligkeit der Werklohnforderung:	21. Januar 2006
Verjährungsbeginn:	mit Ablauf des 31. Dezember 2006
Verjährungsende:	31. Dezember 2009

Etwas anderes gilt dann, wenn die VOB/B nicht als Ganzes in den Bauvertrag einbezogen worden ist. Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 22. Januar 2004 - VII ZR 419/02 -, welches in dem ab dem 1. Januar 2009 geltenden § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB umgesetzt wurde, führt jede vertragliche Abweichung von der VOB/B zu einem Verlust ihrer Gesamtprivilegierung und damit zu einer isolierten Inhaltskontrolle der einzelnen Klauseln der VOB/B. Eine isolierte Inhaltskontrolle von § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B nach § 307 BGB führt jedoch nach der überwiegenden Ansicht in der Rechtsprechung zu einer Unwirksamkeit der in § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B enthaltenen Fälligkeitsregelung.



## Was bedeutet das für den Werkunternehmer?

In der Baupraxis ist es allgemein üblich, dass die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart wird, sondern dass die Klauseln der VOB/B in den Verträgen regelmäßig - wenn auch nur geringfügig - modifiziert werden. In diesen Fällen ist die Regelung des § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B unwirksam. Daraus folgt, dass die Verjährungsfrist für die Werklohnforderung bereits mit der Abnahme der Werkleistung und nicht erst nach Ablauf der Prüffrist der Schlussrechnung beginnt. In dem oben genannten Beispiel würde die Verjährungsfrist dann bereits mit dem Schluss des Jahres, in dem die Abnahme (5. November 2005) erfolgt ist, beginnen, also mit Ablauf des 31. Dezember 2005. Die Verjährung endet dann bereits am 31. Dezember 2008 und nicht erst am 31. Dezember 2009.

Letztlich gilt damit auch für die meisten VOB/B-Verträge, dass die Verjährung bereits mit dem Ende des Jahres, in dem die Abnahme erfolgt ist, beginnt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der in der Baupraxis seltene Fall vorliegt, dass die VOB/B ohne jegliche inhaltliche Änderungen als Ganzes vereinbart worden ist und der Vertragspartner des Verwenders kein Verbraucher ist. Die Verjährungsfrist ist daher in jedem Einzelfall sorgfältig zu prüfen.

### **Hinweis**

*Unser Jusletter beruht auf einer sorgfältigen Recherche der Rechtslage. Deren allgemeine Darstellung kann die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles jedoch nicht berücksichtigen. Der Jusletter dient nur der Information und ist keine vertragliche Beratungsleistung. Er kann deshalb eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen.*

## Kontakt

Ahlers & Vogel \_ Bremen  
Contrescarpe 21 \_ 28203 Bremen  
Telefon +49 (421) 33 34-0  
Telefax +49 (421) 33 34-111  
E-Mail: [bremen@ahlers-vogel.de](mailto:bremen@ahlers-vogel.de)

Ahlers & Vogel \_ Hamburg  
Schaarsteinwegsbrücke 2 \_ 20459 Hamburg  
Telefon +49 (40) 37 85 88-0  
Telefax +49 (40) 37 85 88-88  
E-Mail [hamburg@ahlers-vogel.de](mailto:hamburg@ahlers-vogel.de)

Ahlers & Vogel \_ Rostock  
Gerhart-Hauptmann-Str. 24 \_ 18055 Rostock  
Telefon +49 (381) 491 39-0  
Telefax +49 (381) 491 39-99  
E-Mail: [rostock@ahlers-vogel.de](mailto:rostock@ahlers-vogel.de)

**\*Dr. Tina Großkurth** studierte Rechtswissenschaften in Göttingen und Wolverhampton (GB) und ist seit 2001 als Rechtsanwältin tätig. Seit 2006 betreut Frau Dr. Großkurth unsere Mandanten als Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht in diesen Bereichen, in welchen sie promovierte. Sie ist Mitglied der ARGE Baurecht im Deutschen Anwaltverein.

**\*\*Christoph Haasler** studierte Wirtschafts- und Rechtswissenschaften in Hamburg und Bremen mit Schwerpunkten im Handels-, Gesellschafts- und Insolvenzrecht. Herr Haasler betreut unsere Mandanten vor allem auf dem Gebiet des privaten Bau- und Architektenrechts. Er ist Mitglied im Deutschen Anwaltverein.