



### Gesetzliche Neuerungen zur Sicherung von Bauforderungen zum 1. Januar 2009

Wie bereits angekündigt, hat der Gesetzgeber neue gesetzliche Maßnahmen ergriffen, um Forderungen aus Bauleistungen besser zu schützen. Wir informieren Sie schon heute im Detail über die bevorstehenden Änderungen.

Folgende Neuerungen wurden mittlerweile vom Bundestag verabschiedet und treten zum 1.1.2009 in Kraft:

#### **Das Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG)**

Dieses Gesetz ersetzt das Gesetz zur Sicherung von Baugeld. Eine wesentliche Änderung besteht darin, dass Baugeld bereits dann vorliegt, wenn ein Auftraggeber von einem Dritten Gelder zum Zwecke des Baus oder Umbaus erhält. Ist dies der Fall, so ist der Empfänger dieses Geldes verpflichtet, das erhaltene Geld auch für die Ausführung dieser Leistungen zu verwenden. Eine anderweitige Verwendung führt dazu, dass sich zum einen der Geschäftsführer strafbar macht, zum anderen aber auch eine Durchgriffshaftung auf den Geschäftsführer im Falle der Insolvenz in Betracht kommt.

In der Praxis führt dies zu erheblichen Vorteilen insbesondere im Verhältnis von Generalunternehmer zu Subunternehmer. Erhält der Generalunternehmer vom Bauherrn Gelder zum Beispiel aus Abschlagszahlungen, so ist er verpflichtet, diese Gelder auch für die Herstellung der Bauleistung zu verwenden. Beauftragt er mit der Herstellung einen Subunternehmer und ist später aufgrund dessen, dass er die Gelder zweckwidrig verwendet hat, nicht mehr zur Zahlung des Subunternehmers in der Lage, so haftet der Geschäftsführer des Generalunternehmers persönlich mit seinem gesamten Vermögen.

Da der Subunternehmer in der Regel den Nachweis nicht führen kann, dass das Baugeld zweckwidrig verwendet wurde, war es in der Vergangenheit schwierig, derartige Ansprüche durchzusetzen, zumal der Begriff des Baugeldes anders definiert war.

Nach der neuen gesetzlichen Regelung ist der Generalunternehmer in der Beweislast dafür, dass er die erhaltenen Gelder auch tatsächlich zweckentsprechend verwendet hat.

Nachdem das frühere Gesetz zur Sicherung von Baugeld in der Praxis kaum Anwendung gefunden hat, wird diese gesetzliche Änderung voraussichtlich insbesondere in den Fällen von Insolvenzen von Bauträgern erheblich an Bedeutung gewinnen und die Rechte von Subunternehmern stärken. Andererseits werden alle Geschäftsführer von Generalunternehmen darauf achten müssen, dass nur noch eine zweckentsprechende Verwendung von Baugeldern erfolgt, um sich nicht selbst einer Haftung auszusetzen.

#### **Neuregelung zur Abschlagszahlung**

Durch die gesetzliche Neuregelung wird der Anspruch auf Abschlagszahlung erheblich verbessert. Während nach dem BGB bisher Abschlagszahlungen nur für in sich abgeschlossene Teile einer Leistung verlangt werden konnten, entfällt diese Anforderung in der Zukunft. Zukünftig kann der Unternehmer Abschlagszahlungen in dem Umfang verlangen, in dem der Auftraggeber bereits einen Wertzuwachs erlangt hat. Dies kann z.B. dadurch der Fall sein, dass gewisse Teile auf der Baustelle eingebaut wurden und damit wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wurden, demnach in das Eigentum des Bauherrn übergegangen sind. Fraglich ist nach dieser gesetzlichen Formulierung jedoch, wie zu verfahren ist, wenn der Auftraggeber selbst nicht Grundstückseigentümer ist, wie beispielsweise der Generalunternehmer. Eventuell könnte der Wertzuwachs darin gesehen werden, dass der Generalunternehmer nun seinerseits gegen den Auftraggeber einen Anspruch auf Abschlagszahlung hat. Geklärt ist dies allerdings noch nicht.

Liegen unwesentliche Mängel vor, so kann von den Abschlagszahlungen ein Einbehalt in Höhe des zweifachen des Betrages vorgenommen werden, der für die Mängelbeseitigung erforderlich ist.

Liegen schwer wiegende Mängel vor, so soll nach der gesetzlichen Regelung ein Anspruch auf Abschlagszahlung nicht bestehen.



Ist der Auftraggeber ein Verbraucher, so hat der Auftragnehmer Zug um Zug gegen Leistung der Abschlagszahlung eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 5% seiner Vergütungsansprüche zu leisten. Erhöhen sich die Vergütungsansprüche, die vertraglich vorgesehen sind aufgrund von Nachträgen um mehr als 10%, so muss die Vertragserfüllungsbürgschaft entsprechend angepasst werden und sich auf 5% der neuen Gesamtvergütung belaufen. Hierdurch sollen eventuelle Ansprüche des Verbrauchers auf Rückforderung oder Schadenersatz abgedeckt werden.

### **Fälligkeit und Leistungsverweigerungsrecht**

Auch hier hat der Gesetzgeber die Position des Auftragnehmers gestärkt.

Unabhängig davon, ob eine Werkleistung vom Auftraggeber abgenommen ist, soll die Vergütung des Subunternehmers jedenfalls dann fällig sein, wenn

- die Leistung vom Hauptauftraggeber gegenüber dem Auftraggeber des Subunternehmers abgenommen wurde
- der Auftraggeber des Subunternehmers vom Hauptauftraggeber zumindest einen Teil seiner Vergütung erhalten hat oder
- der Subunternehmers seinem Auftraggeber eine Frist zur Auskunftserteilung dahingehend gesetzt hat mitzuteilen, ob dessen Auftraggeber bereits die Abnahme erklärt hat.

Das Leistungsverweigerungsrecht des Auftraggebers bei Vorliegen von Mängeln wurde dahingehend geändert, dass nur noch das Doppelte und nicht mehr das Dreifache des Betrages einbehalten werden darf, der zur Beseitigung der Mängel durch einen Drittunternehmer erforderlich sind.

### **Die Fertigstellungsbescheinigung**

Die Möglichkeit, die Fälligkeit einer Forderung ohne Abnahme mit einer Fertigstellungsbescheinigung herbeizuführen, entfällt zukünftig. In der Praxis hatte diese Möglichkeit allerdings ohnehin keine wesentliche Bedeutung, so dass der Gesetzgeber diese Regelung abgeschafft hat.

### **Die Bauhandwerkersicherung nach § 648 a BGB**

Die Bauhandwerkersicherung ist die schärfste Waffe für den Unternehmer, die ihm zustehende Forderungen zu sichern. Diese Möglichkeit wurde durch den Gesetzgeber noch erheblich verbessert. Im Vergleich zur bisherigen Rechtslage ergeben sich folgende Änderungen:

Die Bauhandwerkersicherung kann sowohl vor der Abnahme als auch nach der Abnahme geltend gemacht werden. Dies entspricht der Rechtsprechung des BGH, wurde nunmehr aber in das Gesetz aufgenommen.

Gesichert werden können nunmehr auch Ansprüche, die an die Stelle des Vergütungsanspruchs treten, nämlich z.B. Schadenersatzansprüche und wohl auch Ansprüche auf Vergütung nach ausgesprochener Kündigung.

Ferner wurde für den Auftraggeber die Möglichkeit eingeschränkt, im Rahmen der Geltendmachung der Bauhandwerkersicherung gegen den Vergütungsanspruch aufzurechnen und dann nur noch eine geminderte Sicherheit zur Verfügung zu stellen. Zwar ist die Aufrechnung gegen den Vergütungsanspruch nach wie vor zulässig, jedoch vermindert dies die Höhe der vom Bauhandwerker geltend gemachten Sicherheit nur dann, wenn der geltend gemachte und zur Aufrechnung gestellte Gegenanspruch unstreitig ist oder rechtskräftig festgestellt.

Neu ist auch, dass der Anspruch auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung ein einklagbarer Anspruch ist und nicht nur eine bloße Obliegenheit. Bisher hatte der Auftragnehmer nur die Möglichkeit ein Zurückbehaltungsrecht geltend zu machen oder die Kündigung des Vertrages herbeizuführen, wenn die Sicherheit nicht gestellt wurde. Zukünftig ist der Auftragnehmer in der Lage, alternativ hierzu den Anspruch auf Sicherheitsleistung einzuklagen oder die vorgenannten Rechte geltend zu machen.

Um die Kündigung des Vertrages herbeizuführen wird zukünftig eine zweite Frist nicht mehr erforderlich sein. Jedoch muss entgegen der bisherigen Rechtslage die Kündigung des Vertrages zukünftig ausdrücklich ausgesprochen werden.



Zwar hat der Gesetzgeber nicht vorgesehen, dass die Kündigung für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs angedroht wird, jedoch ist diese Androhung zu empfehlen, weil im Hinblick auf die einschneidenden Folgen dieses Erfordernis sich möglicherweise in der Rechtsprechung noch herausbilden wird.

Nach der Kündigung hat der Unternehmer Anspruch auf die Vergütung für die erbrachte Leistung und auch Anspruch auf die Vergütung für die noch nicht erbrachte Leistung, diese jedoch nur unter Abzug der ersparten Aufwendungen beziehungsweise der Erträge, die der Unternehmer aufgrund dessen erzielen konnte oder böswillig nicht erzielt hat, weil der Vertrag vorzeitig beendet wurde.

#### **Rechtsfolgen bei freier Kündigung des Werkvertrages durch den Auftraggeber**

Auch die Vorschrift des § 649 BGB wurde neu geregelt. Bisher musste der Unternehmer bei freier Kündigung durch den Auftraggeber detailliert darlegen, welche Aufwendungen er sich durch die Nichtausführung des Auftrages erspart hat. Den verbleibenden Vergütungsanspruch konnte er dann geltend machen.

Die Neuregelung führt nun eine Pauschale ein, so dass 5% der ausgefallenen Vergütung immer geltend gemacht werden können.

#### **Zusammenfassung**

Der Gesetzgeber hat sich alle Mühe gegeben, eine Verbesserung der Situation des Werkunter-

nehmers herbeizuführen. Dessen Forderungen sollten insbesondere in dem stark risikobehafteten Bereich des Subunternehmers besser geschützt werden. Trotz massiver Kritik gegen die gesetzgeberische Leistung haben sich doch einige Verbesserungen ergeben, die den Subunternehmer schützen.

Andererseits haben sich erhebliche Risiken für den Generalunternehmer und dessen Geschäftsführung ergeben.

Wie sich dies alles in der Praxis zukünftig auswirken wird, ist heute noch nicht absehbar. Sicherlich wird die Rechtsprechung einige Korrekturen anbringen, wie sie dies bei gesetzlichen Neuerungen nahezu immer getan hat. Daher wird man gerade zu Beginn der Anwendung der neuen gesetzlichen Regelungen besondere Sorgfalt und Vorsicht walten lassen müssen. Eine erhebliche Verbesserung hat sich aber durch das Gesetz zur Sicherung von Baugeldforderungen ergeben sowie auch durch Änderung der Vorschrift über die von einem Bauunternehmer nach § 648 a BGB zu verlangen die Sicherheit.

Interessant ist, dass ich in der Literatur bereits Strategien herausbilden und entwickelt werden, wie diese Neuerungen des Gesetzgebers möglicherweise unterlaufen werden können. Einige gesetzliche Korrekturen hätten sicherlich gesetzgeberisch konsequenter ausfallen können. Einige offensichtliche Schlupflöcher hätten sicherlich auch von Anfang an vermieden werden können, jedoch führt die gesetzliche Regelung insgesamt zu einer Verbesserung der Situation.