

# KESSELRING Info 2009

## Sonderausgabe Forderungssicherungsgesetz

Mitteilungen Rechtsanwalt Kesselring  
Dresden

Sehr geehrte Damen und Herren,

### Das Forderungssicherungsgesetz ist in Kraft getreten!

Wie Sie sicherlich bereits mitbekommen oder in den vorherigen Infobriefen gelesen haben, ist das **Forderungssicherungsgesetz** am 01.01.2009 in Kraft getreten. Es gilt damit **für alle Bauverträge, die ab dem 02.01.2009 geschlossen werden**. Wichtig für die Praxis sind vor allem die vereinfachte Geltendmachung von Abschlagszahlungen (jederzeit für nachgewiesene, vertragsgemäße Teilleistungen und nicht mehr nur für „in sich abgeschlossene Teile des Werkes“), die bei Bauverträgen mit Verbrauchern zu stellende Vertragserfüllungssicherheit von 5 % der Auftragssumme (bei der ersten Abschlagsrechnung zu berücksichtigen) und die erleichterte Kündigung des Vertrages durch den Auftragnehmer, wenn eine geforderte Sicherheit nach § 648a BGB nicht fristgemäß gestellt wurde (keine Nachfrist und keine Kündigungsandrohung mehr erforderlich!).

Für Ihre Bauakten sind nachfolgend die wesentlichen Neuregelungen des Werkvertragsrechts (auszugsweise) wiedergegeben, Sie können sich diese als „Gedankenstütze“ ausdrucken.

### Inhaltsübersicht:

<b><u>BGB Werkvertragsrecht:</u></b>	<b>Abschlagszahlungen für vertragsgemäße Teilleistungen: jederzeit</b>
	<b>Abschlagszahlungen bei Verbraucherverträgen (priv. BH): nur gegen 5 % Sicherheit</b>
	<b>Durchgriffsfälligkeit und Auskunftsanspruch</b>
	<b>Zurückbehaltungsrecht: nur noch doppelte Beseitigungskosten</b>
	<b>§ 648 a BGB: keine Nachfrist mehr erforderlich</b>
<b><u>VOB/B-Werkvertragsrecht:</u></b>	<b>§ 310 Abs. 1 S. 3 BGB (Privilegierung der VOB/B)</b>
<b><u>BauFordSiG (bish. GSB):</u></b>	<b>Baugeld</b>

# BGB-Werkvertragsrecht

## § 632 a Abs. 1 BGB (Abschlagszahlungen)

(1) Der Unternehmer kann von dem Besteller **für eine vertragsgemäß erbrachte Leistung eine Abschlagszahlung in der Höhe verlangen, in der der Besteller durch die Leistung einen Wertzuwachs erlangt hat.** Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abschlagszahlung nicht verweigert werden. § 641 Abs. 3 gilt entsprechend. **Die Leistungen sind durch eine Aufstellung nachzuweisen,** die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss. Die Sätze 1 bis 4 gelten auch für erforderliche Stoffe oder Bauteile, die angeliefert oder eigens angefertigt und bereitgestellt sind, wenn dem Besteller nach seiner Wahl Eigentum an den Stoffen oder Bauteilen übertragen oder entsprechende Sicherheit hierfür geleistet wird.

### Anmerkung:

Diese Neuregelung stellt **für den Auftragnehmer eine Verbesserung gegenüber der bisherigen Rechtslage beim BGB-Bauvertrag** dar, weil das Kriterium „in sich abgeschlossene Teile des Werkes“, das bislang Anspruchsvoraussetzung war, ersatzlos entfallen ist. Für jede vertragsgemäß erbrachte und prüffähig nachgewiesene Teilleistung - ob „in sich abgeschlossen“ oder nicht - kann jetzt also eine Abschlagszahlung beansprucht werden. Die gesetzliche Regelung ist damit der in der VOB Teil B enthaltenen Regelung deutlich angenähert.

**Für Architekten und Ingenieure und deren Recht auf Abschlagszahlungen ändert sich durch diese Neuregelung nichts,** weil die ähnlich lautende Sonderregelung des § 8 Abs. 2 HOAI ohnehin Vorrang vor der gesetzlichen Regelung des BGB hatte und weiterhin hat (so jedenfalls die bislang ständige Rechtsprechung des BGH).

## § 632 a Abs. 3 BGB (Abschlagszahlungen bei Verbraucherverträgen)

(3) Ist der Besteller ein Verbraucher ..., **ist dem Besteller bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit** für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel **in Höhe von 5 vom Hundert des Vergütungsanspruchs zu leisten.** Erhöht sich der Vergütungsanspruch infolge von Änderungen oder Ergänzungen des Vertrages um mehr als 10 vom Hundert, ist dem Besteller bei der nächsten Abschlagszahlung eine weitere Sicherheit in Höhe von 5 vom Hundert des zusätzlichen Vergütungsanspruchs zu leisten. Auf Verlangen des Unternehmers ist die Sicherheitsleistung durch Einbehalt dergestalt zu erbringen, dass der Besteller die Abschlagszahlungen bis zu dem Gesamtbetrag der geschuldeten Sicherheit zurückhält.

## § 641 Abs. 2 BGB (Durchgriffsfälligkeit und Auskunftsanspruch)

(2) Die Vergütung des Unternehmers für ein Werk, dessen Herstellung der Besteller einem Dritten versprochen hat, wird spätestens fällig,

1. soweit der Besteller von dem Dritten für das versprochene Werk wegen dessen Herstellung seine Vergütung oder Teile davon erhalten hat,

**2. soweit das Werk des Bestellers von dem Dritten abgenommen worden ist oder als abgenommen gilt oder**

**3. wenn der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Auskunft über die in den Nummern 1 und 2 bezeichneten Umstände bestimmt hat.**

Hat der Besteller dem Dritten wegen möglicher Mängel des Werks Sicherheit geleistet, gilt Satz 1 nur, wenn der Unternehmer dem Besteller entsprechende Sicherheit leistet.

### **§ 641 Abs. 3 BGB (Zurückbehaltungsrecht)**

(3) Kann der Besteller die Beseitigung eines Mangels verlangen, so kann er nach der Fälligkeit die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern; **angemessen ist in der Regel das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten.**

#### Anmerkung:

Nach der bisherigen Fassung konnte der Besteller/Auftraggeber das Zurückbehaltungsrecht „mindestens in Höhe des Dreifachen der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten“ ausüben. Die Neufassung stellt also eine weitere **Verbesserung gegenüber der bisherigen Rechtslage beim BGB-Bauvertrag** dar.

### **§ 648 a BGB (Bauhandwerkersicherung)**

(1) Der Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon kann vom Besteller **Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen**, die mit 10 vom Hundert des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen sind, verlangen. Satz 1 gilt in demselben Umfang **auch für Ansprüche, die an die Stelle der Vergütung treten**. Der Anspruch des Unternehmers auf Sicherheit wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Besteller Erfüllung verlangen kann oder das Werk abgenommen hat. **Ansprüche, mit denen der Besteller gegen den Anspruch des Unternehmers auf Vergütung aufrechnen kann, bleiben bei der Berechnung der Vergütung unberücksichtigt, es sei denn, sie sind unstreitig oder rechtskräftig festgestellt.** Die Sicherheit ist auch dann als ausreichend anzusehen, wenn sich der Sicherungsgeber das Recht vorbehält, sein Versprechen im Falle einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Bestellers mit Wirkung für Vergütungsansprüche aus Bauleistungen zu widerrufen, die der Unternehmer bei Zugang der Widerrufserklärung noch nicht erbracht hat.

(2) Die Sicherheit kann auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden. Das Kreditinstitut oder der Kreditversicherer darf Zahlungen an den Unternehmer nur leisten, soweit der Besteller den Vergütungsanspruch des Unternehmers anerkennt oder

durch vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung der Vergütung verurteilt worden ist und die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Zwangsvollstreckung begonnen werden darf.

(3) Der Unternehmer hat dem Besteller die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung bis zu einem Höchstsatz von 2 vom Hundert für das Jahr zu erstatten. Dies gilt nicht, soweit eine Sicherheit wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Vergütungsanspruch des Unternehmers aufrechterhalten werden muss und die Einwendungen sich als unbegründet erweisen.

(4) Soweit der Unternehmer für seinen Vergütungsanspruch eine Sicherheit nach den Absätzen 1 oder 2 erlangt hat, ist der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach § 648 Abs. 1 ausgeschlossen.

(5) **Hat der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung der Sicherheit nach Absatz 1 bestimmt, so kann der Unternehmer die Leistung verweigern oder den Vertrag kündigen.** Kündigt er den Vertrag, ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterlässt. **Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 vom Hundert der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen.**

(6) Die Vorschriften der Absätze 1 bis 5 finden keine Anwendung, wenn der Besteller

1. eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren unzulässig ist, oder

2. eine natürliche Person ist und die Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung ausführen lässt.

Satz 1 Nr. 2 gilt nicht bei Betreuung des Bauvorhabens durch einen zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigten Baubetreuer.

(7) Eine von den Vorschriften der Absätze 1 bis 5 abweichende Vereinbarung ist unwirksam.

Anmerkung:

Das Recht auf Sicherheitsleistung ist nunmehr ein **eigenständiger, durchsetzbarer (und damit auch einklagbarer) Anspruch**. Sicherheit kann auch für Zusatzleistungen und für Geldforderungen verlangt werden, die an Stelle des Vergütungsanspruchs treten, ebenso für die nach Abnahme noch zu erbringenden Leistungen. Die wesentliche Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage ist der **Entfall der Nachfristsetzung; der Unternehmer muss also nur noch eine (angemessene) Frist zur Leistung der Sicherheit setzen und kann nach deren erfolglosem Ablauf entweder die Leistung verweigern oder den Vertrag kündigen. Der vorherigen Ankündigung oder Androhung der Leistungsverweigerung oder der Kündigung bedarf es nicht mehr.**

## VOB/B-Werkvertragsrecht

### § 310 Abs. 1 S. 3 BGB (Privilegierung der VOB/B):

In den Fällen des Satzes 1 findet § 307 Abs. 1 und 2 auf Verträge, in die die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen ist, in Bezug auf eine Inhaltskontrolle einzelner Bestimmungen keine Anwendung.

#### Anmerkung:

Die „**Privilegierung**“ der VOB/B, also deren Freistellung von einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle, ist bei Verträgen **gegenüber Verbrauchern** insgesamt **ausgeschlossen** und bei Verträgen gegenüber der öffentlichen Hand und (baugewerblichen) Unternehmern auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen sie ohne jegliche inhaltliche Veränderung, also „als Ganzes“, in den Vertrag einbezogen worden ist. In allen anderen Fällen (Verwendung gegenüber Verbrauchern, egal ob unverändert oder verändert, und gegenüber Unternehmern in veränderter Form) findet eine **vollständige Inhaltskontrolle nach AGB-Recht** statt.

## BauFordSiG (bisheriges GSB)

### § 1 (Verwendung von Baugeld; Begriff des Baugeldes)

(1) Der Empfänger von Baugeld ist verpflichtet, das Baugeld zur Befriedigung solcher Personen, die an der Herstellung oder dem Umbau des Baues auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Kaufvertrags beteiligt sind, zu verwenden. Eine anderweitige Verwendung des Baugeldes ist bis zu dem Betrag statthaft, in welchem der Empfänger aus anderen Mitteln Gläubiger der bezeichneten Art bereits befriedigt hat. **Die Verpflichtung nach Satz 1 hat auch zu erfüllen, wer als Baubetreuer bei der Betreuung des Bauvorhabens zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigt ist.**

(2) Ist der Empfänger selbst an der Herstellung beteiligt, so darf er das Baugeld in Höhe der Hälfte des angemessenen Wertes der von ihm in den Bau verwendeten Leistung, oder, wenn die Leistung von ihm noch nicht in den Bau verwendet worden ist, der von ihm geleisteten Arbeit und der von ihm gemachten Auslagen für sich behalten.

(3) **Baugeld sind Geldbeträge,**

**1. die zum Zweck der Bestreitung der Kosten eines Baues oder Umbaues in der Weise gewährt werden, dass zur Sicherung der Anspruch des Geldgebers eine Hypothek oder Grundschuld an dem zu bebauenden Grundstück dient oder die Übertragung eines Eigentums an dem Grundstück erst nach gänzlicher oder teilweiser Herstellung des Baues oder Umbaues erfolgen soll, oder**

**2. die der Empfänger von einem Dritten für eine im Zusammenhang mit der Herstellung des Baues oder Umbaues stehende Leistung, die der Empfänger dem Dritten versprochen hat, erhalten hat, wenn an dieser Leistung an-**

dere Unternehmer (§ 14 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Kaufvertrags beteiligt waren.

**Beträge, die zum Zweck der Bestreitung der Kosten eines Baues oder Umbaus gewährt werden, sind insbesondere Abschlagszahlungen** und solche, deren Auszahlung ohne nähere Bestimmung des Zweckes der Verwendung nach Maßgabe des Fortschrittes des Baues oder Umbaus erfolgen soll.

(4) Ist die Baugeldeigenschaft oder die Verwendung des Baugeldes streitig, so trifft die Beweislast den Empfänger.

## § 2 (Strafvorschriften)

Baugeldempfänger, welche ihre Zahlungen eingestellt haben oder über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist und deren in § 1 Abs. 1 bezeichnete Gläubiger zur Zeit der Zahlungseinstellung oder der Eröffnung des Insolvenzverfahrens benachteiligt sind, werden mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft, wenn sie zum Nachteil der bezeichneten Gläubiger den Vorschriften des § 1 zuwidergehandelt haben.

### Anmerkung:

Entscheidend ist, dass § 2 ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB darstellt und damit **eine persönliche Ausfallhaftung der Geschäftsführer, Prokuristen etc. des Auftraggebers (auch Generalunternehmers) begründet werden kann, wenn Baugeld zweckwidrig verwendet wurde und Auftragnehmer durch die Insolvenz des Auftraggebers mit ihren Forderungen ausfallen.**

Diese Info enthält allgemeine Rechtsausführungen auf Grundlage aktueller Entscheidungen und Pressemitteilungen. Für deren Inhalt und Anwendbarkeit im Einzelfall kann deshalb keine Haftung übernommen werden. Für eine individuelle Beratung stehe ich Ihnen jederzeit zur Verfügung.

### **Herausgeber: Kanzlei KESSELRING**

**Redaktion: RA Roland Kesselring, Dresden**  
**- Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht -**

RA Roland Kesselring Bergmannstraße 22 Tel.: 0351/3 12 98 43  
01309 Dresden Fax: 0351/3 12 98 54

[Roland.Kesselring@web.de](mailto:Roland.Kesselring@web.de)  
[www.Kesselring-Dresden.de](http://www.Kesselring-Dresden.de)