

# NewsLetter

2008-11 Seite 1

**Neu:** Schäferstraße 7  
14109 Berlin

Tel. 030 / 80 58 75 06  
Fax 030 / 80 58 75 07

info@dr-schwertfeger.de  
www.dr-schwertfeger.de

## Werkvertragsrecht

### Forderungssicherungsgesetz (Teil 1)

Zum 1. Januar 2009 wird das Forderungssicherungsgesetz in Kraft treten. Es wird für alle *ab* diesem Tage geschlossenen Verträge gelten (keine Rückwirkung).

Sein Inhalt in Kürze:

#### Privilegierung der VOB/B, § 310 BGB

Künftig wird Gesetz, was bislang die Rechtsprechung entwickelt hat: die sog. Privilegierung der VOB/B. Wird die VOB/B „als Ganzes“ in den Werkvertrag einbezogen, kommt eine sog. Inhaltskontrolle (d. h. Überprüfung der Regelungen der VOB/B nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen) nicht in Betracht, weil die VOB/B in ihrer Gänze eine ausgewogene Regelung darstellt. Einschränkungen:

Bei Verwendung der VOB/B gegenüber Unternehmern etc. findet eine Inhaltskontrolle doch statt im Falle *jeglicher* von der VOB/B abweichender Vereinbarungen (früher: im Falle abweichender Vereinbarungen zur VOB/B, die in deren *Kernbereich* eingreifen).

Bei Verwendung der VOB/B gegenüber Verbrauchern findet - wie auch der BGH jüngst entschieden hat - eine Inhaltskontrolle auch ohne jegliche abweichende Vereinbarung von der VOB/B statt, also auch bei Einbeziehung der VOB/B „als Ganzes“. Ist hingegen der Verbrau-

cher selbst der Verwender der VOB/B (z. B. aufgrund eines Vorschlags seines Architekten), so kann er - wie bislang - keine Inhaltskontrolle verlangen.

#### Abschlagszahlungen, § 632a BGB

Künftig können AZ nicht mehr nur für in sich abgeschlossene Teile des Werkes verlangt werden, sondern bereits bei einem „Wertzuwachs des Bestellers“ (da der Wertzuwachs an sich beim BH eintritt, ist fraglich, ob die Neuregelung im Verhältnis des NU zum GU/GÜ nicht eher eine Verschlechterung mit sich bringen wird).

Bei Bauträgerverträgen wird allerdings vorrangig die HausbauVO gelten.

Bei Verbraucher-Hausbauverträgen wird gelten: Sobald der BU die erste AZ erhält, hat er dem BH eine Vertragserfüllungssicherheit (Bürgschaft, unbesicherter Bareinbehalt etc.; kein Austauschrecht, wenn nicht vereinbart) in Höhe von 5 % des Gesamtvergütungsanspruchs zu stellen (Rückgabezeitpunkt vereinbaren!).

#### Durchgriffsfälligkeit, § 641 Abs. 2 BGB

§ 641 Abs. 2 BGB soll zugunsten des NU die fehlende Abnahme in seinem Verhältnis zum GU/GÜ ersetzen. Die Regelung hilft also nicht z. B. über eine nicht prüfbare Abrechnung des NU hinweg. Und sie verdrängt auch nicht Leistungsverweigerungs- / Zurückbehaltungsrechte des GU/GÜ wegen Mängeln am Werk des NU.

Bisher trat die Durchgriffsfälligkeit ein, wenn und soweit der GU/GÜ vom BH Vergütung erhalten hatte. Künftig wird sie bereits eintreten, wenn und soweit der GU/GÜ vom BH Vergütung erhalten hat; wenn das Werk vom BH abgenommen worden ist oder als angenommen gilt; oder wenn der GU/GÜ dem NU trotz Fristsetzung keine Auskunft darüber erteilt hat, ob er seine Vergütung erhalten oder der BH das Werk abgenommen hat!

Auch die Neufassung löst jedoch nicht das Problem, wenn die Werkverträge BH-GU/GÜ einerseits und GU/GÜ-NU andererseits voneinander abweichen, insbesondere abweichende Zahlungsvereinbarungen enthalten.

## **Druckzuschlag, § 641 Abs. 3 BGB**

Die Regelung galt und gilt auch bei VOB/B-Werkverträgen.

Der Druckzuschlag wird künftig „in der Regel“ nur noch das Doppelte (früher: „mindestens“ das Dreifache) der Mängelbeseitigungskosten betragen.

## **Fertigstellungsbescheinigung, § 641a BGB**

Sie wird ersatzlos gestrichen.

## **Bauhandwerkersicherung, § 648a BGB**

Hier wird es weitreichende Änderungen geben.

Künftig wird der AN einen - einklagbaren - Anspruch auf die Zahlungssicherheit haben.

Achtung: Der Anspruch wird künftig verjähren, und zwar bereits ab Vertragsschluss in drei Jahren zum 31. Dezember, was bei langfristig angelegten Bauvorhaben gerade in der Endphase des

Bauablaufs praktisch zum Anspruchsverlust führen kann!

Die Sicherheitsleistung wird *sofort* fällig sein, eine Fristsetzung wird nur noch für das Leistungsverweigerungsrecht und die Kündigung erforderlich sein, Leistungsverweigerung und Kündigung müssen nicht mehr angedroht werden, eine zweite Fristsetzung wird nicht mehr erforderlich sein, es wird keine automatische Vertragsaufhebung mehr geben.

Und auch hier wird die frühere Rechtsprechung Gesetz werden: Der Anspruch auf Sicherheitsleistung wird auch *nach* Abnahme bestehen.

Der Höhe nach (110 % der nicht gezahlten Vergütung) wird sich der Anspruch (wie früher) nicht durch bestrittene Leistungsverweigerungs- / Zurückbehaltungsrechte mindern und (künftig neu) ebenfalls nicht durch die Aufrechnung mit bestrittenen Gegenansprüchen (z. B. Kostenvorschussanspruch).

Die Vorschrift wird nach wie vor nur für Bauwerksunternehmer (also z. B. nicht für reine Gerüstbauer) und nach wie vor nicht für Werklieferungsverträge (z. B. Küchenbauer, Fensterbauer - streitig) gelten.

## **Freie Kündigung, § 649 BGB**

Hier wird es eine (widerlegbare) Vermutung geben, dass dem AN für die kündigungsbedingt nicht mehr erbrachten Leistungen 5 % der ausstehenden Restvergütung zustehen.

## **GSB (künftig: BauFordSiG)**

(Wird fortgesetzt in NewsLetter 2008-12.)

RA Dr. Christian Schwertfeger