

Die neue Bauhandwerkersicherung

- Das neue Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr
 - Das Forderungssicherungsgesetz
- Die Bauhandwerkersicherungshypothek
- Das Bauforderungssicherungsgesetz mit Musterbriefen und Formularen

von

Dr. Olaf Hofmann
Rechtsanwalt
in München

Werner Koppmann
Rechtsanwalt
in München

Markus Zenetti, MBA
Rechtsanwalt, Mediator,
Fachanwalt für
Bau- und Architektenrecht



VOB-Verlag Ernst Vögel, Stamsried

Vorwort zur 6. Auflage 2015

Mit dem neuen Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, welches für Schuldverhältnisse gilt, die ab dem 29. 07. 2014 zustande gekommen sind, setzt der Gesetzgeber die EU-Richtlinie 2011/7/EU vom 16. Februar 2011 in nationales Recht um. Es wird der Versuch unternommen, durch die Festlegung von Höchstfristen für die Fälligkeit von Zahlungen, für den Eintritt des Zahlungsverzuges, für die Fälligkeit der Abnahme und für die „Überprüfung der Gegenleistung“ eine für die Auftragnehmer unangemessene Vertragsgestaltung zu verhindern. Ferner wurde für Rechtsgeschäfte, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist, der gesetzliche Verzugszins für Entgeltforderungen um 1 Prozentpunkt erhöht. An dieses neue Regelungssystem mussten die Bestimmungen zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen angepasst werden. „Verschont“ wurden erneut die Verbraucher. Zu ihren Lasten sind die neuen Gesetze nicht anwendbar.

Insgesamt hat der Gesetzgeber damit sechs Versuche unternommen, um die Folgen des im BGB verankerten Vorleistungsrisikos der Werkunternehmer abzumildern. In der Historie sind dies die bereits im ursprünglichen BGB verankerte Bauhandwerkersicherungshypothek (1900), das Gesetz zum Schutz von Bauforderungen (1909), das Bauhandwerkersicherungsgesetz (1993), das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen (2000), das Forderungssicherungsgesetz (2009) und jetzt das Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr. Die Autoren sind sich sicher, dass auch diesem aktuellen Versuch nur mäßiger Erfolg zuteil sein wird. Was nach wie vor fehlt, ist eine geschlossene gesetzliche Regelung des Baugeschehens.

Selbstverständlich waren die Neuregelungen Anlass zur Aktualisierung der „neuen Bauhandwerkersicherung“. Nicht nur die neuen Bestimmungen mussten kommentiert werden. Seit der letzten Auflage haben Literatur und Rechtsprechung zur Klärung wichtiger Streitfragen beigetragen. Ferner waren Grundsatzentscheidungen des Bundesgerichtshofes zur Bauhandwerkersicherung und zum Bauforderungssicherungsgesetz einzuarbeiten.

Das einst von Dr. Olaf Hofmann und Werner Koppmann begründete Werk wird nunmehr von Rechtsanwalt Werner Koppmann (Rembert. Rechtsanwälte Hamburg/München) und Rechtsanwalt Markus Zenetti (Rechtsanwälte Finck, Althaus, Sigl & Partner, München) fortgeführt.

Wie gewohnt haben sich die Autoren bemüht, die zum Teil schwierige Rechtsmaterie für Praktiker anschaulich aufzubereiten. Aber auch die Auseinandersetzung mit abweichenden Meinungen in der Rechtsdiskussion soll nicht zu kurz kommen. Nicht zuletzt ist in den Leitfaden auch einiger Erfahrungsschatz aus der anwaltlichen Praxis eingeflossen, mit dem Ziel, das Buch auch für Anwaltskollegen interessant zu gestalten.

München, im November 2014

Koppmann/Zenetti

Inhaltsverzeichnis

Abschnitt A

Das neue Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr

1. Welche Bedeutung hat die Neuregelung für Unternehmen der Bauwirtschaft?	37
2. Ab wann gilt das Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr?	37
3. Gilt das neue Gesetz auch für Architekten/Ingenieure als Gläubiger der Werklohnforderung?	38
4. Gilt das Gesetz auch dann, wenn Verbraucher die Besteller der Bauleistungen sind?	38
5. Welche Vorschriften des BGB sind neu?	39
6. Gelten die neuen Regeln auch im VOB-Vertrag?	39
7. Warum wird der Verzug durch das Gesetz teurer?	40
7.1 Wie wirkt sich die Änderung auf Verzugszinsen aus?	40
7.2 Für wen gilt die Verzugspauschale?	41
8. Worauf beziehen sich die neuen gesetzlichen Höchstfristen?	41
9. Auf welche Zahlungen beziehen sich die neuen Höchstfristen?	42
10. Welche Höchstgrenzen gelten für vertraglich vereinbarte Zahlungsfristen, wenn ein Unternehmer den Werklohn schuldet?	42

11. Welche Höchstgrenzen gelten für vertraglich vereinbarte Zahlungsfristen, wenn öffentlich-rechtliche Auftraggeber die Werklohnforderung schulden?	42
12. Welche Höchstgrenze gilt für vertraglich vereinbarte Fristen, nach deren Ablauf der Schuldner der Werklohnforderung in Verzug gerät?	43
13. Welche Höchstfristen gelten für die Abnahme?	43
14. Welche Ausnahmen gelten von den gesetzlichen Höchstfristen?	43
14.1 Wann können die Zahlungsfristen überschritten werden?	43
14.1.1 Private Besteller	43
14.1.2 Öffentlich-rechtliche Besteller	44
14.2 Wann kann die Abnahmefrist überschritten werden?	46
15. Was gilt anstelle unwirksamer Zahlungs- oder Abnahmefristen?	46
16. Können die Fristen für die Werklohnzahlung und für die Abnahme kombiniert werden?	47
17. Ab wann sind die Fristen zu berechnen?	47
17.1 Fristen für die Schlusszahlungen	47
17.2 Abnahmefrist	48
18 Können die Höchstfristen des § 271a BGB auch in AGB wirksam vereinbart werden?	48
19. Ist die Neuregelung für Unternehmen der Bauwirtschaft hilfreich?	49

Abschnitt B
Das Forderungssicherungsgesetz

1. Inwieweit kann die VOB/B nach Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes – insbesondere gegenüber Verbrauchern – noch wirksam vereinbart werden? .. 53

1.1 Rechtsnatur der VOB/B 53

1.2 Wirksame Einbeziehung der VOB/B in den Vertrag? 56

1.2.1 Hat der Auftraggeber die Vertragsunterlagen „gestellt“? 56

1.2.2 Hat der Auftragnehmer die Vertragsunterlagen „gestellt“? 56

1.3 Folgen vorrangiger abweichender Vertragsbeziehungen? 56

1.4 Vereinbarung der VOB/B gegenüber bzw. zwischen Verbrauchern 59

1.4.1 Hat der Auftragnehmer die Vertragsbedingungen „gestellt“? 59

1.4.2 Ist der Vertragspartner des Auftragnehmers ein „Verbraucher“? 60

1.4.3 Sonderfall: Hat ein Verbraucher die VOB/B „gestellt“? 60

1.4.4 Können die Schutzregelungen zugunsten der Verbraucher vertraglich aufgehoben werden? 61

1.4.5 Welche Vertragsbedingungen sind zu empfehlen, wenn der Auftragnehmer seine eigenen Bedingungen gegenüber Verbrauchern stellen will? 62

1.5 Welche VOB-Klauseln sind unwirksam? 62

1.5.1 Unwirksamkeit bei Änderungen an der VOB/B durch den Auftraggeber 66

1.5.1.1	Kann sich der Auftraggeber als „VOB-Verwender“ auf die Unwirksamkeit einer VOB-Bestimmung berufen?	68
1.5.2	Unwirksamkeit bei Änderungen an der VOB/B durch den Auftragnehmer	69
1.5.2.1	Wann ist die VOB/B nur eingeschränkt gültig, wenn der Vertragspartner des Auftragnehmers keine „Verbrauchereigenschaft“ hat?	69
1.5.2.2	Kann die VOB/B mit einem „Verbraucher“ wirksam vereinbart werden?	69
1.5.2.3	Welche Regelungen der VOB/B sind ungültig, wenn der Auftragnehmer diese gegenüber einem Verbraucher „stellt“?	70
1.6	Welche Regelungen treten an die Stelle der unwirksamen VOB-Bestimmungen?	73
2.	Wann hat der Auftragnehmer Anspruch auf Abschlagszahlung?	73
2.1	Ab wann gilt die Neuregelung nach dem Forderungssicherungsgesetz?	74
2.2	Was bringt die Regelung?	74
2.2.1	Wann erhält der Auftraggeber einen „Wertzuwachs“?	74
2.2.2	Wird der „Wertzuwachs“ der Höhe nach festgestellt?	75
2.2.3	Wie hat der Auftragnehmer den „Wertzuwachs“ nachzuweisen?	75
2.2.4	In welchen zeitlichen Abständen kann der Auftragnehmer Abschlagszahlungen verlangen?	76
2.2.5	Wie wirken sich Mängel auf den Abschlagszahlungsanspruch aus?	77

2.2.6	Wie sollte der Auftragnehmer reagieren, wenn der Auftraggeber eine Abschlagszahlung wegen „wesentlicher Mängel“ verweigert?	79
2.2.7	Wann hat der Auftragnehmer einen Abschlagszahlungsanspruch für Stoffe und Bauteile?	79
2.2.8	Welche Sicherheiten kann der Auftraggeber verlangen?	80
2.2.9	Wann ist die Sicherheit zurückzugeben?	80
2.2.10	Sind abweichende Abschlagszahlungsvereinbarungen zulässig?	81
2.2.11	Können abweichende Vereinbarungen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen getroffen werden?	81
3.	Welche Sonderregelungen zu Abschlagszahlungen gelten für Werkverträge mit „Verbrauchern“?	83
3.1	Allgemein	83
3.2	Wie hoch ist der Anspruch des Verbrauchers auf Sicherheit?	83
3.3	Wer bestimmt die Art der Sicherheit?	84
3.4	Wofür dient die Sicherheit?	85
3.5	Wann ist die Sicherheit zurückzugeben?	85
3.6	Werden auch Gewährleistungsansprüche des Verbrauchers abgesichert?	86
3.7	Kann der Auftragnehmer mit dem „Verbraucher“ abweichende vertragliche Regelungen vereinbaren?	86
4.	Wann hat der Auftragnehmer Anspruch auf Schlusszahlung?	87
4.1	Ist die Abnahme erfolgt?	87
4.1.1	Wann ist die Leistung abnahmefähig?	87
4.1.2	Wie wird die Abnahme erklärt?	88

4.1.3	Unter welchen Voraussetzungen ist eine „stillschweigende Abnahme“ möglich?	88
4.1.4	Was gilt, wenn der Auftraggeber die Abnahme nicht durchführt oder zu Unrecht verweigert?	89
4.1.4.1	Welche Frist zur Durchführung der Abnahme ist hier „angemessen“?	89
4.1.4.2	Was gilt, wenn dem Auftraggeber eine zu kurze Frist zur Durchführung der Abnahme gesetzt wird?	90
4.1.4.3	Ist die Fristsetzung im Einzelfall entbehrlich?	90
4.1.4.4	Tritt die Abnahmefiktion auch bei wesentlichen Mängeln ein?	90
4.1.4.5	Gilt diese Abnahmefiktion auch für die vorbehaltlose Abnahme trotz Mangelkenntnis?	91
4.1.4.6	Kann mit Hilfe dieser Regelung auch eine Teilabnahme erreicht werden?	91
4.1.4.7	Wie ist ein Abnahmeverlangen nach § 640 Absatz 1 S. 3 BGB zu formulieren?	92
4.1.5	Sind abweichende Vereinbarungen zu § 640 BGB zulässig?	93
4.1.5.1	Zur Abnahmefähigkeit	93
4.1.5.2	Zur Abnahmefiktion	94
4.1.6	Können die Vertragspartner anstelle der BGB-Regelung die Abnahmeregulierung in der VOB/B vereinbaren?	95
4.2	Ist für den Zahlungsanspruch die Stellung einer Schlussrechnung erforderlich?	95
5.	Wann gerät der Auftraggeber in Zahlungsverzug?	95
5.1	Erste Voraussetzung: Fälligkeit der Forderung	95
5.1.1	Ist für die Fälligkeit eine Rechnung erforderlich?	96
5.1.2	Welche Zahlungsfrist hat der Auftraggeber?	97

5.2	Zweite Voraussetzung: Korrekte Mahnung	97
5.3	Kann der Auftraggeber auch ohne Mahnung in Verzug geraten?	98
5.3.1	Der Zahlungstermin ist nach dem Kalender bestimmt	98
5.3.2	Der Schuldner verweigert ernsthaft und endgültig die Zahlung	99
5.3.3	Seit Fälligkeit und Rechnungszugang sind 30 Tage verstrichen	99
5.3.4	Welche Sonderregelung gilt hier für Verträge mit sogenannten Verbrauchern?	100
5.4	Wann beginnt der Verzug?	100
5.5	Wer trägt die Beweislast für den Verzugesintritt?	100
5.6	Wie kann sich der Schuldner entlasten?	101
5.7	Welche Verzugsschäden kann der Auftragnehmer geltend machen?	102
6.	Welche Sonderregelungen gelten für Zahlungsansprüche von Subunternehmern?	103
6.1	Allgemein	103
6.2	Welche Fälligkeitsvoraussetzungen sind nach § 641 Abs. 2 Nr. 1 BGB für den Vergütungsanspruch des Subunternehmers notwendig?	104
6.3	Kann die Forderung des Subunternehmers auch ohne Zahlung des „Dritten“ fällig werden?	105
6.4	Kann die – nach allgemeinen Grundsätzen noch nicht fällige – Forderung des Subunternehmers auch ohne Abnahme und Zahlung durch den Besteller fällig werden?	106
6.5	Welche Formulierung empfiehlt sich für das Auskunftersuchen des Subunternehmers?	107
6.6	Wie ist zu verfahren, wenn die Leistung des Subunternehmers mangelhaft ist?	108

6.7	Welche Sonderregelung gilt, wenn der Hauptunternehmer dem Besteller Sicherheit wegen Mängeln geleistet hat?	108
6.8	Wie hoch ist der Druckzuschlag bei etwa bestehenden Mängeln?	109

Abschnitt C

Die Bauhandwerkersicherung (§ 648a BGB)

1.	Welche Änderungen bringt das „Forderungssicherungsgesetz“ für die Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB?	113
2.	Ab wann gilt § 648a BGB in seiner aktuellen Fassung? ..	113
3.	Wie „funktioniert“ die Sicherheit des § 648a BGB?	113
4.	Wer ist durch § 648a BGB geschützt?	114
4.1	Der Unternehmer eines Bauwerks	114
4.2	Der Unternehmer einer Außenanlage	115
4.3	Der Architekt, Sonderfachmann, Bauingenieur	116
4.4	Baustofflieferanten?	117
4.5	Unternehmer, die Bauvorbereitungs-, Renovierungs- oder Wartungsarbeiten erbringen?	118
4.6	Bauträger?	118
4.7	Arbeitnehmerüberlassung	119
4.8	Verfügungsberechtigung	119
5.	Wer ist als „Besteller“ im Sinne des § 648a BGB anzusehen?	120
6.	Welche Besteller werden von § 648a BGB nicht erfasst?	121
6.1	Juristische Personen des öffentlichen Rechts oder öffentlich-rechtliche Sondervermögen	121

6.1.1	Bund und Länder	121
6.1.2	Kirchen	121
6.1.3	Juristische Personen des Privatrechts, an denen Personen des öffentlichen Rechts beteiligt sind.....	122
6.2	Private Einfamilienhausbauer, die keinen Bauträger zwischenschalten	122
7.	Kann der Unternehmer mit dem Besteller eine Sicherheit entsprechend § 648a BGB vereinbaren, auch wenn der Besteller als natürliche Person lediglich ein Einfamilien- haus baut?	124
8.	Welche Folgen entstehen für das Generalunternehmer-/ Subunternehmerverhältnis dadurch, dass der in § 648a Abs. 6 genannten Personenkreis vom Bauhandwerker- sicherungsgesetz nicht betroffen ist?	124
9.	Kann der Unternehmer auf den Schutz des § 648a BGB ganz oder teilweise verzichten?	125
9.1	Unwirksamkeit der von den Abs. 1 bis 5 des Gesetzes abweichenden Vereinbarungen	125
9.2	Unwirksamkeit von Einschränkungen der Rechte des Unternehmers	126
9.3	Unwirksamkeit von Modifikationen der Regelungen	126
9.4	Vereinbarung untauglicher oder nicht ausreichender Sicherheitmittel	127
9.5	Wirksamkeit der Klauseln, die den Unternehmer auf seine gesetzlichen Rechte beschränken	127
9.6	Abweichungsverbot des Abs. 7 gilt nicht für die in Abs. 6 privilegierten Personen	128
10.	Gilt das Änderungsverbot des § 648a Abs. 7 BGB auch für Abweichungen zugunsten des Unternehmers?	129
10.1	Grundsatz: sämtliche Abweichungen sind unwirksam	129

10.2	Im Einzelfall: Unbeachtlichkeit des Abweichungsverbotes nach Treu und Glauben	129
10.3	Kein Anspruch des Unternehmers auf Sicherheiten, die über die gesetzlichen Bestimmungen hinausgehen	130
10.4	Ein Verzicht liegt nicht vor, wenn zunächst das Sicherungsverlangen im Rahmen von Verhandlungen modifiziert wird	131
11.	Können die Parteien wirksam Sicherheiten vereinbaren, die von § 648a BGB abweichen?	131
12.	Kann der Unternehmer nur dann die vereinbarte Vergütung schützen lassen, wenn sie konkret gefährdet ist? ...	132
13.	Kann der Unternehmer auch nach Abnahme die Sicherheit nach § 648a BGB verlangen?	132
14.	Kann der Unternehmer auch nach Kündigung des Werkvertrages die Sicherheit nach § 648a BGB verlangen?	133
15.	Kann die Sicherheit auch bei „Vertragsuntreue“ des Unternehmers, insbesondere nach Kündigung durch den Besteller wegen Vertragsverletzung des Unternehmers verlangt werden?	133
16.	Welche Möglichkeiten bietet die Neuregelung für die gerichtliche Durchsetzung des Sicherungsanspruchs? ..	134
17.	Wie hoch ist der Sicherungsanspruch betreffend die vereinbarte und nicht gezahlte Vergütung?	135
17.1	Bestimmung der „vereinbarten Vergütung“	136
17.1.1	Im Pauschalvertrag	136
17.1.2	Im Einheitspreisvertrag	136
17.1.3	Ansprüche auf Preisanpassung	137

17.1.4	Im Stundenlohnvertrag	138
17.1.5	Bei Architekten- und Ingenieurverträgen	138
17.2	Preisnachlässe, Skonti, Umlagen	138
17.3	Vergütung für Zusatzaufträge	139
17.4	Sicherheit für Nebenforderungen	140
17.5	Darlegungs- und Beweislast bei Streit über die Höhe	141
18.	Wie hoch ist der Sicherungsanspruch betreffend die Ersatzansprüche?	143
18.1	Schadensersatz statt der Leistung, § 281 BGB	143
18.2	Sonstige Schadensersatzansprüche, § 280 BGB	144
18.3	Vergütungsähnliche Ansprüche	145
18.4	Ansprüche auf angemessene Entschädigung	146
18.5	Aufwendungsersatz, Wertersatz	146
18.6	Nebenforderungen	147
18.7	Zinsen, Prozesskosten?	148
19.	Sichert die Bürgschaft für die vereinbarte und nicht gezahlte Vergütung auch Ersatzansprüche?	148
20.	Wann und in welcher Höhe sollte der Unternehmer Sicherheit fordern?	150
20.1	Zeitpunkt	150
20.2	Höhe	151
21.	Wie wirken sich Vorauszahlungen auf den Sicherungsumfang aus?	151
22.	Wie wirken sich Gegenrechte des Bestellers, insbesondere solche aufgrund mangelhafter Werkleistung aus? ..	152
22.1	Mängel der Werkleistung begrenzen den Sicherungsanspruch nicht	152

22.2	Aufrechnung nur mit anerkannten oder rechtskräftig festgestellten Gegenforderungen	153
22.3	Ansprüche auf Minderung	153
23.	Welche Möglichkeiten hat der Besteller, um eine Übersicherung des Unternehmers zu vermeiden?	154
24.	Wie hat sich der Besteller zu verhalten, wenn der Unternehmer eine offenkundige „Übersicherung“ fordert?	154
25.	Welche Arten von Sicherheiten sind zugelassen?	155
26.	Wer hat das Wahlrecht unter den verschiedenen Arten der Sicherheit?	156
27.	Welche Sicherheit sollte der Besteller wählen?	156
28.	Welche Ansprüche darf der Unternehmer an die Bürgschaft stellen?	157
29.	Wie wirkt sich der Erhalt einer Sicherheit nach § 648a BGB auf den Anspruch auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek aus?	158
30.	Wie wirkt sich der Erhalt einer Bauhandwerkersicherungshypothek auf den Anspruch des Unternehmers nach § 648a BGB aus?	158
31.	Wie wirken sich Abschlagszahlungen auf die Bürgschaft aus?	159
32.	Wer muss die Kosten der Sicherheit tragen?	161
33.	Gibt es Ausnahmen von der Kostentragungspflicht des Unternehmers?	162
33.1	Unbegründete Einwendungen des Bestellers	162

33.2	Vermögensfall des Bestellers	163
33.3	Sonstige, vom Besteller zu vertretende Umstände	163
34.	In welcher Form muss der Unternehmer Sicherheit verlangen – welche Frist muss er dem Besteller setzen?	164
35.	Welche Folgen sind im Gesetz vorgesehen, wenn der Besteller keine oder keine ausreichende Sicherheit beibringt?	165
36.	Welche weiteren Rechtsfolgen gelten, wenn der Unternehmer die Arbeiten wegen Nichtbebringung der Sicherheit lediglich einstellt?	166
36.1	Schadensersatzanspruch	166
36.2	Beiderseitiges Leistungsverweigerungsrecht	167
37.	Welche Kosten kann der Unternehmer geltend machen, wenn er den Vertrag gekündigt hat?	167
38.	Wie ist die Vergütung nach § 649 BGB im Einzelnen zu berechnen, wenn der Unternehmer bereits ein Teilwerk erbracht hat?	168
39.	Wie sind Mängel des Teilwerks bei Kündigung nach § 648a Abs. 5 BGB zu berücksichtigen?	169
40.	Ist für die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs nach Kündigung die Abnahme des Teilwerks erforderlich?	171
41.	Welche Rechtsfolgen gelten, wenn der Besteller kündigt, weil der Unternehmer wegen Nichtbebringung der Sicherheit die Leistung verweigert?	172

42. Wann ist der Sicherungsgeber zu einem Widerruf der Sicherheit berechtigt?	172
43. Was kann der Unternehmer gegenüber dem Besteller tun, wenn der Sicherungsgeber (Bank) sein Sicherungsversprechen widerruft?	173
44. Welche Ansprüche des Unternehmers sind durch die widerrufenen Sicherheit abgedeckt?	174
45. Was kann der Besteller tun, wenn das Kreditinstitut oder der Kreditversicherer „verfrüht“ zahlt?	174
46. Wann und wie darf der Unternehmer die Sicherheit verwerten?	175
46.1 Leistungspflicht von Kreditinstituten oder Kreditversicherungen	175
46.2 Andere Sicherheiten	176
47. Ist die Sicherheit nach § 648a BGB insolvenzfest?	176
48. Wann ist die nicht verwertete Sicherheit zurückzugeben?	177
49. Wann verjährt der Anspruch auf Sicherheitsleistung?	179
 Anhang zu Abschnitt C	
Musterbriefe	181
1. Vorbemerkung.....	181
2. Musterbriefe für den Unternehmer	183
2.1 Verlangen einer Sicherheit nach § 648a BGB	183
2.2 Erhöhungsverlangen für eine Sicherheit nach § 648a BGB	184

2.3	Verhalten bei Widerruf einer Bauhandwerkersicherung durch den Sicherungsgeber	185
2.4	Stellungnahme zum Kostenersatzverlangen des Bestellers	186
3.	Musterbriefe für den Besteller	187
3.1	Ablehnung der Gestellung einer Bauhandwerkersicherung	187
3.2	Schreiben auf ein überhöhtes Sicherungsverlangen des Unternehmers	188
3.3	Verlangen nach Rückgabe der Sicherheit	189
4.	Muster einer Bürgschaft nach § 648a BGB	190

Abschnitt D

Die Bauhandwerkersicherungshypothek, § 648 BGB

1.	Welche Änderungen bringt das Gesetz zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr?	193
2.	Welche Bedeutung hat die Bauhandwerkersicherungshypothek als Mittel zur Sicherung von Werklohnforderungen?	193
2.1	Sicherheit nur für erbrachte Bauleistungen; Überschneidung mit § 648a BGB bei Sicherung erbrachter Leistungen	193
2.2	Abschöpfung der durch die Bebauung erzielten Wertsteigerung des Grundstücks	194
2.3	Sicherungshypothek als Druckmittel	194
2.4	Sicherungshypothek ist insolvenzfest	195
2.5	Sicherungshypothek bei Verkauf/Teilung des Grundstücks	195

2.6	Sicherungshypothek füllt Lücken des § 648a BGB	195
2.7	Taktische Hinweise	195
3.	Kann der Anspruch auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek vertraglich ausgeschlossen werden?	196
3.1	Ausschluss durch Individualvereinbarung	196
3.2	Ausschluss durch Allgemeine Geschäftsbedingungen	196
3.2.1	Vor Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes	196
3.2.2	Nach Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes	197
3.2.3	Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Verwertungsmöglichkeiten	198
3.2.4	Unzulässigkeit des Ausschlusses bei Nichtanwendbarkeit des § 648a BGB	198
3.2.5	Anspruch auf Eintragung der Bauhandwerkssicherungshypothek trotz vertraglichen Ausschlusses	198
4.	Wie „funktioniert“ die Bauhandwerkersicherungshypothek; wie wird sie verwertet?	199
4.1	Inhalt des Anspruchs aus § 648 BGB: Abgabe der Eintragungsbewilligung; Verwertung durch Zwangsversteigerung; Verpflichtung des Eigentümers zur Duldung der Zwangsvollstreckung	199
4.2	Sicherung des Anspruchs durch Eintragung einer Vormerkung im Wege der einstweiligen Verfügung	199
4.3	Taktische Hinweise	200

5. Auf welchen Grundstücken kann die Sicherungshypothek oder Vormerkung eingetragen werden?	201
5.1 Pfandgegenstand ist gesamtes Baugrundstück im planungsrechtlichen Sinne; Errichtung des Bauwerks auf mehreren Grundstücken; Errichtung des Bauwerks auf nach dem WEG geteilten Grundstück	201
5.2 Voraussetzung: Besteller = Grundstückseigentümer; Eintragung der BGB-Gesellschaft als Grundstückseigentümer	202
5.3 Bauwerk überbaut mehrere Grundstücke	203
5.4 Baugrundstück ist bei Beginn der Bauarbeiten bereits geteilt, insbesondere Teilung nach WEG	
1. Beauftragung über Treuhänder	
2. Bauherrengesellschaft nach § 705 BGB	
3. Doppelhausgrundstücke sind geteilt nach WEG	203
5.5 Anspruch gegen öffentlich-rechtliche Besteller	204
5.6 Erbbaurecht als Pfandgegenstand	205
6. Welche Ausnahmen gibt es von der erforderlichen Identität Besteller/Grundstückseigentümer?	205
7. Kann der Besteller das Sicherungsrecht des Bauunternehmers durch bloße (nachträgliche) Grundstücks- teilung beeinträchtigen?	209
8. Wer kann das Sicherungsrecht geltend machen?	210
8.1 Begriff „Bauwerk“	210
8.2 Begriff „Herstellung“ (eines Bauwerks)	211
8.2.1 Bei Neubauten	211
8.2.2 Bei Altbauten	212
8.3 Werkvertragliche Beziehung zum Besteller	213
8.3.1 In sachlicher Hinsicht	213

8.3.2	In persönlicher Hinsicht; hier Architekten, Sonderfachleute, Statiker, Bauleiter, Baubetreuer, Projektsteuerer	214
8.4	Subunternehmer	215
9.	Ist es für den Sicherungsanspruch erforderlich, dass der Unternehmer die vertraglich vereinbarten Bauleistungen im eigenen Betrieb erbringt?	215
10.	Hat die Abtretung der Werklohnforderung Einfluss auf den Sicherungsanspruch des Unternehmers?	216
11.	Welche Forderungen sind sicherungsfähig; wann und in welcher Höhe entsteht der Sicherungsanspruch?	217
11.1	Vergütungsansprüche für bereits ausgeführte Werkleistungen/nicht bloße Vorbereitungsleistungen; Vergütungsansprüche für Planungsleistungen?	217
11.2	Ansprüche aufgrund vertragswidrigen Verhaltens	218
11.3	Vergütungsansprüche gem. §§ 649 BGB, 8 Nr. 1 VOB/B für nicht erbrachte Leistungen?	219
12.	Können auch noch nicht fällige oder bereits verjährte Forderungen gesichert werden?	220
12.1	Entstandene, aber noch nicht fällige Forderungen	220
12.2	Verjährte Forderungen	220
13.	Wie wirken sich Gegenrechte des Bestellers, insbesondere solche aufgrund mangelhafter Werkleistung aus? ..	221
13.1	Geminderter Wert der Werkleistung wegen Mängel	221
13.2	Aufrechnung des Bestellers mit Gegenforderungen	221

13.3	Minderungsbegehren des Bestellers	221
13.4	Darlegungslast für Mängelansprüche nach Abnahme	221
14.	Welche Bedeutung haben Sicherungshypothek und Vormerkung für gerichtliche Insolvenzverfahren?	222
14.1	Insolvenz des Bestellers	222
14.1.1	Absonderungsrecht	222
14.1.2	Behandlung der persönlichen Forderung	223
14.1.3	Zwangsversteigerung durch den Insolvenz- verwalter	223
14.1.4	Rückschlagsperre des § 88 InsO	223
14.1.5	Wirkung des allgemeinen Veräußerungsverbots	224
14.1.6	Anfechtungsrecht des Insolvenzverwalters	224
14.1.7	Inkongruente Deckung bei Ansprüchen aus § 649 BGB?	224
14.1.8	Wirkung der Vormerkung	225
14.2	Zwangsversteigerung	225
15.	Wie kann der Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek durchgesetzt werden?	226
16.	Kann die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs im Wege der einstweiligen Verfügung ohne Rechtsanwalt beantragt werden?	226
17.	Welches Gericht ist für den Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Eintragung einer Vormerkung zuständig?	227
17.1	Gericht der Hauptsache	227
17.2	Sonderzuständigkeit des Amtsgerichts bei Dringlichkeit	228

17.3	Sonderzuständigkeit des Amtsgerichts der belegenen Sache	228
17.4	Taktische Hinweise	229
18.	Muss der Antragsgegner vor Beantragung der einstweiligen Verfügung aufgefordert werden, die Eintragung der Vormerkung oder der Sicherungshypothek zu bewilligen?	229
19.	Welche Tatsachenbehauptungen muss die Antragsbegründung enthalten?	230
20.	Muss die in Verfügungsverfahren grundsätzlich erforderliche Gefährdung des zu sichernden Anspruchs auch für die Eintragung einer Vormerkung dargelegt werden?	231
21.	Wie können Verfügungsanspruch und -grund glaubhaft gemacht werden?	232
21.1	Begriff der Glaubhaftmachung	232
21.2	Mittel der Glaubhaftmachung	232
21.3	Notwendige Unterlagen	233
21.4	Taktische Hinweise	234
22.	Wie kann eine Entscheidung über den Antrag ohne mündliche Verhandlung erreicht werden?	234
22.1	Nur in dringenden Fällen?	234
22.2	Taktische Hinweise	235
23.	Wer hat die Kosten des Verfügungs- und des Eintragungsverfahrens zu tragen?	235
24.	Was kann der Antragsteller gegen die Ablehnung seines Antrages unternehmen?	236

25. Wie geht es nach Erlass der einstweiligen Verfügung weiter? Welche Fristen sind zu beachten?	236
25.1 Vollziehung der einstweiligen Verfügung	237
25.2 Zustellung der einstweiligen Verfügung	237
25.3 Fristen für Vollziehung und Zustellung	237
25.4 Taktische Hinweise	238
26. Wie kann sich der Antragsgegner gegen die einstweilige Verfügung wehren?	238
26.1 Rechtsbehelfe/Rechtsmittel	238
26.1.1 Widerspruch	238
26.1.2 Antrag auf Fristsetzung zur Erhebung der Hauptsacheklage	238
26.1.3 Antrag auf Aufhebung wegen veränderter Umstände	239
26.1.4 Berufung	239
26.1.5 Antrag auf Fristsetzung zur Einleitung des Rechtfertigungsverfahrens	239
26.2 Hauptsacheklage = Hypothekenklage; rechtsgestaltende Wirkung des aufhebenden Urteils	239
27. Kann der Antragsgegner die Aufhebung der einstweiligen Verfügung oder die Kostenüberwälzung durch Übergabe einer Bankbürgschaft in Höhe der gesicherten Forderungen erreichen?	241
27.1 Aufhebung gegen Sicherheitsleistung nur unter besonderen Umständen: § 939 ZPO	241
27.2 Berücksichtigung des § 648a Abs. 4 BGB	241

Anhang zu Abschnitt D

1. Muster eines Antrages auf Erlass einer einstweiligen Verfügung	245
--	------------

2. Muster einer Versicherung an Eides statt	252
3. Muster für den Antrag auf Eintragung der einstweiligen Verfügung	253
4. Muster für den Antrag auf Zustellung der einstweiligen Verfügung	254
5. Muster für den Klageantrag auf Bewilligung der Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek, verbunden mit einer Werklohnklage	255

Abschnitt E

Das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen (BauFordSiG)

1. Welche Bedeutung hat das BauFordSiG für die Sicherung von Bauforderungen nach Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes?	259
1.1 Bedeutung des BauFordSiG: Durchgriffshaftung gegen Geschäftsführer	259
1.2 Neuerungen durch das BauFordSiG:.....	259
2. Worin besteht der Schutz des BauFordSiG?	260
2.1 Verwendungsregelung ist Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB	260
2.2 Taktischer Hinweis: Möglichkeit des vorbeugenden Unterlassungsanspruches mit einstweiliger Verfügung	261
3. Welcher praktische Anwendungsbereich besteht für das BauFordSiG neben den Sicherungsmöglichkeiten der §§ 648 und 648a BGB?	261

4. Können Schadensersatzforderungen wegen vorsätzlicher Verletzung der Verwendungspflicht des BauFordSiG vertraglich ausgeschlossen werden?	262
5. Was ist die Grundlage einer Schadensersatzforderung nach § 1 BauFordSiG in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB?	263
5.1 Tatbestand des Schadensersatzanspruchs	263
5.2 Prüfungsschema	263
6. Was ist unter „Baugeld“ zu verstehen?	265
7. Wann sind Zahlungen, die innerhalb einer „Vertragskette“ geleistet werden, geschützte Baugelder (Alternative 3)?	266
7.1 Wer ist „Empfänger“ im Sinne der Vorschrift?	266
7.2 Wann sind die Geldbeträge im Zusammenhang mit der Herstellung des Baues geleistet?	267
7.2.1 „Im Zusammenhang“	267
7.2.2 „Geleistet“	267
8. Wann wird „Baugeld“ geschaffen, wenn kein Fall der Vertragskette vorliegt? (Alternativen 1 und 2)	268
8.1 Alternative 1: Auf dem Baugrundstück gesicherte Baudarlehen	268
8.2 Alternative 2: Grundstückseigentümer ist gleichzeitig Darlehensgeber	269
9. Welche Bedeutung hat die „Zweckbestimmung“ der Zahlungen für deren Baugeldeigenschaft?	269
10. Wie und wann erhalten Darlehen ihre „Zweckbestimmung“ und damit ihre Baugeldeigenschaft (Alternative 1 und 2)?	270
11. Inwieweit sind auch „modifizierte Baudarlehen“ Baugeld?	272

12. Welche Beweiserleichterungen gelten nach dem BauFordSiG in Bezug auf die Baugeldeigenschaft?	273
12.1 Zahlungen nach Baufortschritt (Ratenzahlungsplan)	273
12.2 Abschlagszahlungen	275
12.3 Allgemeine Umkehr der Beweislast	275
12.4 Modifizierte Baudarlehen	276
13. Wer wird als Baugläubiger durch die Verwendungspflicht des BauFordSiG geschützt?	277
13.1 Herstellung des Baues oder Umbaues	277
13.2 Herstellung aufgrund eines Werk-, Dienst- oder Kaufvertrages	278
13.2.1 Werkvertrag	278
13.2.2 Dienstvertrag	280
13.2.3 Kaufvertrag	280
13.2.4 Keine Baugläubiger: Kaufmännische Baubetreuer?	280
14. Können auch sogenannte Nachmänner (Subunternehmer) Baugläubiger sein?	281
15. Welche Forderungen der Baugläubiger sind geschützt?	281
15.1 Vergütungsansprüche	281
15.2 Schadensersatzpflichtiger ist nicht Auftraggeber	282
15.3 Vorauszahlungen	282
15.4 Verzugszinsen, Rechtsverfolgungskosten	282
16. Muss das gesamte Baugeld zur Befriedigung der Baugläubiger verwendet werden?	283
16.1 Entnahmerecht, wenn der Empfänger selbst an der Herstellung beteiligt ist	283
16.1.1 Begriff: Selbst an der Herstellung beteiligt	284

16.1.2	Begriff: Auslagen	285
16.1.3	Zeitpunkt der Eigenleistungen	285
16.1.4	Baugeldeigenschaft, wenn keine Entnahme	285
16.1.5	Hinweis auf „pro-rata“-Fälle	285
16.1.6	Rangfolge Entnahmerecht/Verwendungspflicht?	285
16.2	Befriedigung aus anderen Mitteln	287
16.3	Mehrwertsteueranteile	287
16.4	Subunternehmer	287
17.	Sind auch noch nicht fällige oder schon verjährte Forderungen geschützt?	288
17.1	Nur fällige Forderungen	288
17.2	Mit Einschränkungen auch verjährte Forderungen	288
17.3	Verjährung des Schadensersatzanspruches	289
18.	Wer ist ein Baugeldempfänger?	289
19.	Wie hat der Baugeldempfänger das erhaltene Baugeld zu schützen?	293
20.	Wie hat der Baugeldempfänger das erhaltene Baugeld zu verwenden?	295
21.	Sind die Baugläubiger von den Baugeldempfängern in der Reihenfolge der zeitlichen Abfolge der Bauleistungen zu befriedigen?	296
21.1	Grundsätzlich nein	296
21.2	Ausnahme: Beschränkung des Baugeldempfängers in seiner Verfügungsbefugnis	297
21.3	Ausnahme bei „pro-rata“-Fällen, wenn der Baugeldempfänger selbst an der Herstellung des Baues beteiligt ist	297

22. Sind Baugeldempfänger für die (weitere) zweckgemäße Verwendung der an die Nachmänner weitergeleiteten Baugelder verantwortlich?	299
23. Wer hat zu beweisen, dass gegen die Verwendungspflicht verstoßen wurde?	299
24. Hat der Baugläubiger hinsichtlich des Baugeldes und seiner Verwendung ein Einsichtsrecht in Buchhaltungsunterlagen und einen Auskunftsanspruch?	300
24.1 Einsichtsrecht	300
24.2 Auskunft und Rechnungslegung	301
25. Wer ist Schuldner der Schadensersatzforderung?	301
25.1 Vertretungsberechtigte Organe der juristischen Personen oder Personengesellschaften	301
25.2 Selbstständig Verfügungsbefugte im Rahmen des übertragenen Aufgabenbereiches	301
25.3 Anstifter/Beihelfer	302
25.4 Verrichtungsgehilfen	302
26. Welche Verschuldensform muss für die Entstehung des Schadensersatzanspruches vorliegen?	302
26.1 Vertragskette (Alternative 3, siehe Ziffer 7)	303
26.2 Übrige Fälle (Alternativen 1 und 2, siehe Ziffer 8)	304
27. Kann sich der Baugeldempfänger mit Erfolg darauf berufen, dass er die Vorschriften des BauFordSiG nicht kannte?	305
28. Was ist zur Vorbereitung einer Schadensersatzklage zu unternehmen?	305

29. Ist für die Schadensersatzforderung Voraussetzung, dass der Baugeldempfänger in Insolvenz geraten ist oder seine Zahlungen eingestellt hat?	306
30. Ist für die Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs die Kenntnis der genauen Höhe der empfangenen Baugelder erforderlich?	307
31. Wer darf zweckgebundenes Baugeld pfänden?	308
32. Unterliegt die Gewährung von Baugeld der Insolvenzanfechtung?	308
33. Wie wirkt sich die Möglichkeit der Insolvenzanfechtung auf die Kausalität zwischen schädigender Handlung und Schaden aus?	309

Anhang zu Abschnitt E

I. Vorbemerkung	311
II. Muster für eine Aufforderung, Einsicht in den Bauvertrag und in die Zahlungsbelege zu gewähren	313
III. Muster einer Klage auf Schadensersatz wegen zweckwidriger Verwendung von Baugeldern, die in einer Vertragskette bezahlt wurden	315

Abschnitt F Gesetzestexte

I. Auszüge aus dem BGB	325
II. Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen (BauFordSiG)	356

III. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB)	357
IV. Strafgesetzbuch	358
Abkürzungs- und Literaturverzeichnis	361

1. Welche Bedeutung hat die Neuregelung für Unternehmen der Bauwirtschaft?

Der Gesetzgeber versucht mit dieser Neuregelung, die im Baugeschehen bekannte schlechte Zahlungsmoral einzudämmen.¹⁾ Insbesondere sollen kleine und mittelständische Unternehmern (KMU) von der Last des mit langen Zahlungsfristen und Zahlungsverzug verbundenen „Gläubigerkredits“ befreit und gerade öffentliche Auftraggeber als Schuldner von Entgeltforderungen durch die Folgen des Zahlungsverzugs von einer späten Zahlung abgeschreckt werden.²⁾ Die Beschleunigung von fälligen Zahlungen soll zunächst durch eine Verteuerung des Verzugs erreicht werden. Ferner versucht der Gesetzgeber, die Vereinbarung überlanger Zahlungsfristen durch gesetzliche Verbote zu verhindern (Beschränkung der Vertragsfreiheit). Wer nach Maßgabe der gesetzlichen Regelungen rechtzeitig leistet, ist von den Änderungen nicht betroffen.³⁾

Zusammengefasst stehen folgende Neuregelungen bereit:

- 1) Der Verzug wird in bestimmten Fällen teurer.
- 2) Durch eine neu eingeführte Mahnkostenpauschale fallen zusätzliche Kosten unabhängig von der Verzugsdauer an.
- 3) Überlange Zahlungs-, Abnahme- oder Rechnungsprüfungsfristen, die der Auftraggeber kraft seiner Marktmacht durchsetzen kann, können kraft gesetzlichen Verbots nicht mehr wirksam vereinbart werden.

2. Ab wann gilt das Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr?

Das neue Gesetz gilt für Schuldverhältnisse, welche am 29. 07. 2014 oder später entstanden sind.⁴⁾

¹⁾ Stellungnahme des Zentralverbandes des Deutschen Baugewerbes (ZDB) zum Entwurf des Gesetzes zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr vom Mai 2014, S. 2, Punkt I.

²⁾ BT-Drucksache 18/1309 vom 05. 05. 2014, S. 8.

³⁾ BT-Drucksache 18/1309 vom 05. 05. 2014, S. 2.

⁴⁾ Art. 229, § 34 EGBGB, siehe Abschnitt F.

Beispiel:

Wurde ein Werkvertrag über die Sanierung einer Elektro-Installation am 28. 07. 2014 abgeschlossen, gilt die alte Rechtslage. Erfolgte der Vertragsschluss jedoch erst am 29. 07. 2014, ist das neue Gesetz anwendbar.

**3. Gilt das neue Gesetz auch für Architekten/
Ingenieure als Gläubiger der Werklohnforderung?**

Die neuen Regelungen erfassen Ansprüche auf Zahlung eines (vereinbarten) Entgelts im Geschäftsverkehr.⁵⁾ Der „Geschäftsverkehr“ umfasst hierbei sowohl Geschäftsvorgänge ausschließlich zwischen Unternehmen⁶⁾ als auch solche zwischen Unternehmen und öffentlichen Auftraggebern. Die Regelungen gelten auch für Freiberufler.⁷⁾ Damit profitieren auch Architekten und Ingenieure von den Neuregelungen.

**4. Gilt das Gesetz auch dann, wenn Verbraucher die
Besteller der Bauleistungen sind?**

Verbraucher als Besteller von Bauleistungen sind von den Neuregelungen ausgenommen.⁸⁾ Der Gesetzgeber unterstellt, dass wegen der geringeren „Marktmacht“ von Verbrauchern die Unternehmer nicht geschützt werden müssen. Verbraucher können daher längere Zahlungs-, Abnahme- oder Rechnungsprüfungsfristen gegenüber dem Unternehmer durchsetzen. Sie verstoßen dabei nicht gegen § 271a BGB (§ 271a Abs. 5 Ziff. 2 BGB).

⁵⁾ Gemäß § 286 Abs. 3 S. 1 BGB.

⁶⁾ „Unternehmen“ sind nach Art. 2 Nr. 3 der RiL 2011/7/EU alle im Rahmen ihrer unabhängigen wirtschaftlichen oder beruflichen Tätigkeit handelnden Organisationen, auch wenn die Tätigkeit von einer einzelnen Person ausgeübt wird.

⁷⁾ BT-Drucksache 18/1309 vom 05. 05. 2014, S. 10.

⁸⁾ BT-Drucksache 18/1309 vom 05. 05. 2014, S. 8.

5. Welche Vorschriften des BGB sind neu?⁹⁾

- **§ 271a BGB** (Vereinbarungen über Zahlungs-, Überprüfungs- oder Abnahmefristen) wurde vollständig neu eingefügt.
- **§ 286 BGB** (Verzug des Schuldners) erhielt einen Absatz 5, welcher auf den neuen § 271a BGB verweist.
- **§ 288 BGB** (Verzugszinsen und sonstiger Verzugsschaden)
Hier wurden in Abs. 2 die Prozentwerte erhöht auf 9 Prozent.¹⁰⁾ Außerdem wurden die neuen Absätze 5 (Verzugspauschale) und 6 (Unwirksamkeit des Ausschlusses von Ansprüchen) eingefügt.
- **§ 308 BGB** (Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit)
Nach Nummer 1 wurden in § 308 BGB die Nummern 1a (Zahlungsfrist) und 1b (Überprüfungs- und Abnahmefrist) neu eingefügt.¹¹⁾
- **§ 310 BGB** (AGB-rechtlicher Anwendungsbereich)
Die Anpassung erfolgte, um eine Umgehung bzw. Aushebelung der neuen Vorschriften zu vermeiden.

6. Gelten die neuen Regeln auch im VOB-Vertrag?

Gemäß § 271a Abs. 5 Nr. 1 BGB gelten die Höchstgrenzen nicht für die Vereinbarung von Abschlags- bzw. sonstigen Ratenzahlungen. § 16 VOB/B gilt daher weiter, Abschlagszahlungen werden daher unverändert gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B 21 Tage nach Rechnungszugang fällig.

⁹⁾ Weitere Änderungen betreffen § 286 Abs. 5 BGB und § 310 BGB. Dabei handelt es sich lediglich um rechtstechnische Änderungen. Ferner wurde das Unterlassungsklagengesetz angepasst. Dieses Gesetz betrifft die gerichtliche Durchsetzung durch Verbände usw. und wird daher im Rahmen dieser Darstellung nicht näher ausgeführt. Schließlich wurden im EGBGB Regelungen über das Inkrafttreten der neuen Bestimmungen eingeführt (Art. 229 § 34 EGBGB).

¹⁰⁾ Gilt wie bisher nur für Rechtsgeschäfte, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist.

¹¹⁾ BT-Drucksache 18/1309 vom 05. 05. 2014, S. 14: Die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle der Höchstfristen für Zahlung (30 Tage), bzw. Überprüfung/Abnahme (15 Tage) wird durch die neuen Klauselverbote in § 308 Nr. 1a und 1b erleichtert.

Für Schlusszahlungen gilt gemäß § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B weiterhin, dass diese spätestens 30 Tage¹²⁾ nach Zugang der Schlussrechnung fällig werden. In § 16 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B hat der Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) bereits im Jahr 2012 die VOB/B an das neue Gesetz angepasst und bestimmt, dass sich die Frist auf höchstens 60 Tage verlängert, wenn sie aufgrund der besonderen Natur oder Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt ist und ausdrücklich vereinbart wurde. Im Anwendungsbereich der VOB/B gilt daher für alle die strengere Regelung, welche der Gesetzgeber nur für öffentliche Auftraggeber vorgesehen hat.¹³⁾

7. Warum wird der Verzug durch das Gesetz teurer?

Die neuen gesetzlichen Regelungen haben folgende Auswirkungen auf die Verzugskosten:¹⁴⁾

- Anhebung des gesetzlichen Verzugszinssatzes auf 9 Prozent über dem Basiszinssatz¹⁵⁾ statt bisher 8 Prozent-Punkte;
- Einführung eines Anspruches auf Zahlung eines Pauschalbetrages in Höhe von 40,- Euro bei Zahlungsverzug.

Der Verzug verteuert sich daher für den Schuldner in bestimmten Fällen.

Im Einzelnen:

7.1. Wie wirkt sich die Änderung auf Verzugszinsen aus?

Durch die Anhebung des Verzugszinses bei Rechtsgeschäften, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist, in § 288 Abs. 2 BGB wird die Belastung der Schuldner erhöht. Für Verbrauchergeschäfte wurde der bisherige Zinssatz nicht verändert.

¹²⁾ Sofern die VOB-Regelung gegen § 308 Ziff. 1a und 1b BGB verstößt, ist dies dann unschädlich, wenn die VOB/B als Ganzes vereinbart ist (§ 310 BGB). Siehe hierzu Abschnitt B.

¹³⁾ Stellungnahme des Bundesverbandes der Dienstleistungswirtschaft (BDWi) zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr“ vom 04. 06. 2014, S. 2.

¹⁴⁾ BT-Drucksache 18/1309 vom 05. 05. 2014, S. 1.

¹⁵⁾ § 247 Abs. 1 S. 1 BGB.

Beispiel:

Ist ein Verbraucher am Vertrag nicht beteiligt, beträgt der Verzugszins unter Berücksichtigung des Basiszinssatzes (–0,73 Prozent, Stand 1. Juli 2014) aktuell 8,27 Prozent statt 7,27 Prozent.

7.2. Für wen gilt die Verzugs pauschale?

Ist der Besteller kein Verbraucher, kann der **Unternehmer** eine pauschale Entschädigung in Höhe von 40,– Euro geltend machen.¹⁶⁾ Diese Pauschale soll die durch den Zahlungsverzug des Schuldners entstandenen Beitreibungskosten abgelten. Sie ist auf den Schadensersatz für Kosten der Rechtsverfolgung anzurechnen. Die Pauschale fällt unabhängig vom tatsächlichen Verzugschaden, ohne weitere Mahnung, an.¹⁷⁾

Beispiel:

Während im Verzugsfall bisher lediglich der Tageszins anfiel, hat der Schuldner, der nicht Verbraucher ist, jetzt zusätzlich zum Tageszins eine Kostenpauschale von 40,– Euro zu entrichten.

8. Worauf beziehen sich die neuen gesetzlichen Höchstfristen?

Durch das Gesetz wurden Höchstgrenzen für vertraglich vereinbarte **Zahlungsfristen**, für den vertraglich vereinbarten **Verzugseintritt**, sowie für vertraglich vereinbarte **Abnahmefristen** und für Fristen zur „Überprüfung der Gegenleistung“ neu eingeführt. Im Bau-Werkvertrag kommt der Frist für die Überprüfung der Gegenleistung neben der Abnahmefrist keine gesonderte Bedeutung zu. Erläutert werden daher nur die Zahlungs- und Abnahmefristen und die Frage, ab wann Zahlungsverzug spätestens eintritt. Werden die Höchstfristen überschritten, sind die Vereinbarungen unwirksam. Im Übrigen bleibt der Vertrag aber bestehen (§ 271a Abs. 4 BGB).

¹⁶⁾ Dies bedeutet zum einen, dass bei Abschlags- bzw. Ratenzahlungen künftig schnell erhebliche Kosten anfallen können, wenn Schuldner mit diesen jeweils auch nur geringfügig in Verzug geraten. Zum anderen ist damit zu rechnen, dass beispielsweise Inkassounternehmen zukünftig die Gestaltung ihrer Basispreise an diese Pauschale anpassen werden.

¹⁷⁾ BT-Drucksache 18/1309 vom 05. 05. 2014, S. 11.

Überlange Fälligkeitsfristen von Entgeltforderungen, wie sie häufig bei Werkleistungen vereinbart wurden, sollen künftig nicht mehr möglich sein.

Bei den Zahlungsfristen unterscheidet das Gesetz zwischen **privaten** und **öffentlich-rechtlichen** Auftraggebern (siehe Ziffern 10. und 11.).

9. Auf welche Zahlungen beziehen sich die neuen Höchstfristen?

Gemäß § 271a Abs. 5 Nr. 1 BGB gelten die Höchstgrenzen nicht für die Vereinbarung von Abschlags- bzw. sonstigen Ratenzahlungen. Die Regelungen sind daher nur auf Schlusszahlungen anwendbar.¹⁸⁾

10. Welche Höchstgrenzen gelten für vertraglich vereinbarte Zahlungsfristen, wenn ein Unternehmer den Werklohn schuldet?

Für Unternehmen als Schuldner gilt eine Höchstfrist von 60 Tagen, die nur ausnahmsweise überschritten werden darf. Wird die Höchstfrist überschritten und liegen die Voraussetzungen für eine gesetzlich geregelte Ausnahme nicht vor, so ist die Vereinbarung unwirksam.¹⁹⁾ Zur Ausnahme siehe Ziffer 14.1.1.

11. Welche Höchstgrenzen gelten für vertraglich vereinbarte Zahlungsfristen, wenn öffentlich-rechtliche Auftraggeber²⁰⁾ die Werklohnforderung schulden?

Für öffentlich-rechtliche Auftraggeber²¹⁾ gilt gemäß § 271a Abs. 2 BGB eine Höchstfrist von **30 Tagen**, die nur ausnahmsweise überschritten werden darf. Damit werden an den öffentlichen Auftraggeber wesentlich strengere Anforderungen gestellt, als an private Auftraggeber.

¹⁸⁾ Für Vorauszahlungen bedarf es keiner Höchstfristen, da diese begrifflich immer im Voraus, also vor Erbringung der damit abgegoltenen Werkleistung zu zahlen sind.

¹⁹⁾ Gemäß § 271a Abs. 4 BGB bleibt der übrige Vertrag jedoch wirksam.

²⁰⁾ Im Sinne des § 98 Nr. 1 bis 3 des GWB.

²¹⁾ Wie für Unternehmen sind auch für Öffentliche Auftraggeber konkludente Vereinbarungen verboten.

12. Welche Höchstgrenze gilt für vertraglich vereinbarte Fristen, nach deren Ablauf der Schuldner der Werklohnforderung in Verzug gerät?

Für den Verzugseintritt gelten die Ausführungen für die vertraglich vereinbarten Zahlungsfristen entsprechend.²²⁾

13. Welche Höchstfristen gelten für die Abnahme?²³⁾

Die Höchstfrist zur Abnahme einer Werkleistung nach Fertigstellung wurde in § 271a Abs. 3 BGB begrenzt. Die Abnahme hat nun spätestens innerhalb von 30 Tagen nach Fertigstellung zu erfolgen. Das gleiche gilt für die Prüfungsfrist.²⁴⁾ Dabei unterscheidet das Gesetz nicht zwischen privaten und öffentlich-rechtlichen Bestellern.

Die Höchstfrist gilt allerdings nur für **vertragliche Vereinbarungen** zu Abnahme- und Überprüfungsverfahren. Unberührt bleiben die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 640 BGB bzw. 377 HGB.²⁵⁾

14. Welche Ausnahmen gelten von den gesetzlichen Höchstfristen?

Hier ist einerseits zwischen privaten- und öffentlich-rechtlichen Bestellern, andererseits zwischen Zahlungs- und Abnahmefristen zu differenzieren.

14.1 Wann können die Zahlungsfristen überschritten werden?

14.1.1 Für **private Besteller** gilt: Gemäß § 271a Abs. 1 BGB ²⁶⁾ darf eine Vereinbarung die Höchstfrist von 60 Tagen nur überschreiten, wenn sie **ausdrücklich**²⁷⁾ getroffen wurde und **sie den Gläubiger**

²²⁾ § 286 Abs. 5 BGB.

²³⁾ Das Gesetz spricht neben der Abnahme auch die „Überprüfung der Gegenleistung“ an. Für Bauverträge dürfte sich daraus kein Unterschied zur Abnahmefrist ergeben.

²⁴⁾ „Überprüfung der Gegenleistung“.

²⁵⁾ Czapek/Gutting in: jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 271a BGB, Rn. 23.

²⁶⁾ § 271a Abs. 1 BGB gilt nicht für Stundungs- oder Skontoabreden.

²⁷⁾ Die Einschränkung auf ausdrückliche Vereinbarungen bedeutet, dass konkludente Vereinbarungen nicht ausreichen. Konkludente Vereinbarungen sind solche, die durch übereinstimmendes Verhalten zustande kommen. Eine Schrift- oder Textform wird jedoch nicht vorausgesetzt.

nicht grob benachteiligt.²⁸⁾ Wann eine grobe Benachteiligung vorliegt, wird die Rechtsprechung zu konkretisieren haben. Da die neuen Regelungen auf die EU-Richtlinie 2011/7/EU²⁹⁾ zurückgehen, ist die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs („grobe Benachteiligung“) anhand der Richtlinie vorzunehmen.

Danach sind alle Umstände des Falles zu prüfen, insbesondere folgende Aspekte:

- a) jede grobe Abweichung von der guten Handelspraxis,³⁰⁾ die gegen den Grundsatz des guten Glaubens und der Redlichkeit verstößt;
- b) die Art der Ware oder der Dienstleistung und
- c) ob der Schuldner einen objektiven Grund für die Abweichung vom gesetzlichen Zinssatz bei Zahlungsverzug, der Zahlungsfrist oder von der Verzugschuld hat.

Zusammenfassend gesagt, fordert das Gesetz zur wirksamen Überschreitung der Höchstfrist zwischen Unternehmen³¹⁾ eine Einzelfallabwägung der Interessen von Schuldner und Gläubiger, welche sich an

- den branchenüblichen Gepflogenheiten,
- dem konkreten Vertragsgegenstand sowie
- einer objektiven Begründung für die Fristüberschreitung

zu orientieren hat.

14.1.2 Für öffentlich-rechtliche Besteller gilt § 271a Abs. 2 BGB: Danach kann die Fälligkeitsfrist für den Werklohn über 30 Tage hinaus verlängert werden, „wenn die Vereinbarung ausdrücklich getroffen wurde und aufgrund der besonderen Natur oder der Merkmale des Schuldverhältnisses sachlich gerechtfertigt ist“ (§ 271a Abs. 2 Ziff. 1 BGB).

Diese „sachliche Rechtfertigung“ dürfte zu bejahen sein, wenn keiner der im Erwägungsgrund 23 der RL 2011/7/EU genannten Gründe vorliegt.³²⁾ Darin werden nämlich Argumente aufgezählt, warum an die öffentliche Hand im Grundsatz strengere Anforderungen zu

²⁸⁾ BT-Drucksache 18/1309 vom 05. 05. 2014, S. 10.

²⁹⁾ Dort Art. 7 Abs. 1 S. 2 Buchstaben a bis c.

³⁰⁾ Möglicherweise relevant für den Baustoffhandel, § 346 HGB.

³¹⁾ § 271a Abs. 1 BGB.

³²⁾ Czapek/Gutting in: jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 271a BGB, Rn. 19.

stellen sind als an private Besteller, weshalb die regelmäßige Höchstfrist für Zahlungen nur 30 Tage beträgt (und nicht 60 Tage wie beim privaten Besteller). Daraus folgt: Fehlen diese „Verschärfungsgründe“, kann eine sachliche Rechtfertigung für die verlängerte Frist gegeben sein.

Als Gründe für die strengere Behandlung der öffentlichen Hand werden u. a. genannt: Öffentliche Stellen seien aufgrund ihrer sichereren, berechenbareren und beständigeren Einkünfte nicht in einer mit privaten Unternehmen vergleichbaren Situation und aus diesem Grund wohl auch weniger schutzwürdig. Ferner würden vielen öffentlichen Stellen Finanzmittel zu günstigeren Bedingungen angeboten als Unternehmen. Zugleich seien öffentliche Stellen in Bezug auf die Verwirklichung ihrer Ziele auch weniger von der Herstellung stabiler Geschäftsbeziehungen abhängig, als dies bei Unternehmen der Fall ist.

Beispiel:

Eine besondere sachliche Rechtfertigung dürfte wohl insbesondere vorliegen, wenn sich in dem Vertrag zeigt, dass die öffentliche Stelle auf eine dauerhafte Vertragsbeziehung Wert legt bzw. auf diese angewiesen ist.³³⁾ Alternativ kann die besondere Rechtfertigung darin bestehen, dass sich der Aufwand zur Prüfung einer Rechnung durch der Komplexität des Vertragsgegenstandes erhöht.³⁴⁾

Auch hier ist die Rechtsprechung aufgerufen, für ausreichende Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs „sachliche Rechtfertigung“ zu sorgen.

Zu beachten ist, dass § 271a Abs. 2 Nr. 2 BGB eine **absolute Höchstgrenze von 60 Tagen** festlegt, **welche unter keinen Umständen überschritten werden darf**: Eine Vereinbarung, nach welcher der Gläubiger die Erfüllung einer Entgeltforderung erst nach mehr als 60 Tagen nach Empfang der Gegenleistung verlangen kann, ist in jedem Falle unwirksam.

Dies bedeutet, dass öffentliche Auftraggeber als Schuldner starken Beschränkungen unterworfen werden: Eine Überschreitung der Höchst-

³³⁾ BT-Drucksache 18/1309 vom 05. 05. 2014, S. 16.

³⁴⁾ BT-Drucksache 18/1309 vom 05. 05. 2014, S. 16.

frist von 30 Tagen bis zu 60 Tagen ist nur bei sachlicher Rechtfertigung möglich, eine **Überschreitung von mehr als 60 Tagen dagegen immer unwirksam**.

Demgegenüber gibt es eine solche **absolute Höchstfrist für privatrechtliche Besteller nicht**.

14.2 Wann kann die Abnahmefrist überschritten werden?

Gemäß § 271a Abs. 3 BGB ist eine Überschreitung der 30-Tagefrist wirksam, wenn die Vereinbarung ausdrücklich getroffen wird und wenn sie „im Hinblick auf die Belange des Gläubigers nicht grob unbillig“³⁵⁾ ist. Es gelten also dieselben Grundsätze, wie unter Ziffer 14.1.1 dargestellt.

In Bezug auf die Abnahmefrist unterscheidet das Gesetz auf dem ersten Blick nicht zwischen öffentlich- oder privatrechtlichen Bestellern. Da aber die Abnahme die Voraussetzung der Fälligkeit der Werklohnforderung ist (§ 641 BGB), dürfte für die öffentliche Hand ebenfalls die Höchstfrist von 60 Tagen gem. § 271a Abs. 2 Ziff. 2 BGB gelten. Denn danach ist eine Vereinbarung (mit öffentlich-rechtlichen Bestellern), „nach der der Gläubiger die Erfüllung einer Entgeltforderung erst nach mehr als 60 Tagen . . . verlangen kann, unwirksam“.

15. Was gilt anstelle unwirksamer Zahlungs- oder Abnahmefristen?

Es gelten dann die Vorschriften des BGB: Gemäß § 271 Abs. 1 BGB ist die Leistung sofort fällig, d. h. der Gläubiger der Geldforderung kann sofort die Zahlung verlangen, wenn die übrigen gesetzlichen Fälligkeitsvoraussetzungen (Abnahme) vorliegen. Für die Abnahme selbst kennt das Gesetz ebenfalls keine Frist. Ist die Werkleistung daher abnahmefähig hergestellt (§ 640 BGB), hat der Besteller die Abnahme unverzüglich zu erklären und kann der Unternehmer die Frist zur Abnahme nach § 640 Abs. 2 BGB setzen.³⁶⁾ Im Falle eines VOB/B-Vertrages gilt für die Abnahme § 12 VOB/B.

³⁵⁾ Gem. BT-Drucksache 18/1309 vom 05. 05. 2014, S. 14 im Sinne von „grossly unfair“.

³⁶⁾ Was zur gesetzlichen Abnahmefiktion führt.