

Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und verbesserte Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz - **FoSiG**)

Ein Vortrag aus der Praxis für die Praxis

am 10.03.09

in Regensburg (AVIA-Hotel)

mit

RA Wolfgang Schlachter

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

RA Dr. Thomas Troidl

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

RA Dr. Matthias Ruckdäschel

Fachanwalt für Arbeitsrecht

I. Vorverlegung von Zahlungen

1. Einleitung

Die Überleitungsvorschriften zum FoSiG sehen vor, dass die Neuregelungen nur für Schuldverhältnisse gelten, die seit dessen Inkrafttreten entstanden sind. Sie gelten also nur für Verträge, die ab dem **01.01.09** geschlossen werden.¹

Das mit dem *Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen* eingeführte Institut der *Fertigstellungsbescheinigung* hat sich in der Praxis nicht bewährt. Dementsprechend wurde § 641a BGB aufgehoben.²

2. Abschlagszahlungen, § 632 a BGB

a. Fall zum Einstieg

Hugo Häusler beauftragt *Bruno Bau* mit Rohbauarbeiten an seinem Einfamilienhaus. Als die Kellerdecke betoniert ist, will *Bau* eine Abschlagszahlung von 30.000,00 € die Gesamtbausumme für sein Gewerk beträgt 120.000,00 € Was muss er beachten?

b. Synopse alt – neu

Vertragsschluss bis 31.12.08

Der Unternehmer kann von dem Besteller für **in sich abgeschlossene Teile** des Werkes Abschlagszahlungen für die erbrachten vertragsmäßigen Leistungen verlangen.

Vertragsschluss ab 01.01.09

(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.

(3) Ist der Besteller ein **Verbraucher** und hat der Vertrag die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand, 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.

c. Prüfungsschema

- 1.) Liegt durch die Baumaßnahme ein *Wertzuwachs* vor?
- 2.) Sind *keine wesentlichen Mängel* vorhanden?
- 3.) Besteht ein Zurückbehaltungsrecht?
- 4.) Liegt ein Bauträgervertrag vor?
- 5.) *Achtung*: Wenn am Vertrag ein Verbraucher beteiligt ist, sind 5 Prozent der Bausumme als Sicherheit zu stellen.

¹ Ralf Leinemann, NJW 2008, S. 3745 ff., 3749 f.

² So die amtl. Begr. des Dt. Bundestags (Drs. 16/511), S. 14 (B.): <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/005/1600511.pdf>.

d. Bewertung

Es kommt zu einer Erleichterung von Abschlagszahlungen:³ Die frühere Regelung kam in der Praxis häufig deshalb nicht zum Tragen, weil ein "in sich abgeschlossener Teil des Werks" nicht gegeben ist oder Unklarheit herrscht, wie diese Anspruchsvoraussetzung aufzufassen ist.⁴ Um diese Abgrenzungsschwierigkeiten zu vermeiden, wurde die offenere Formulierung des § 16 Nr. 1 VOB/B übernommen. Dies führt zu einer Anspruchserweiterung.⁵ Die Sicherheitsleistung bei Verbrauchern ist zwar als dispositives Recht ausgestaltet, steht aber unter der Sanktion des § 309 Nr. 2 BGB.⁶

e. Lösung zum Fall

Nach neuem Recht kann *Bruno Bau* eine Abschlagsrechnung über 30.000,00 € stellen, wenn keine Mängel vorliegen und er eine Bankbürgschaft über 6.000,00 € stellt.⁷

3. (Durchgriffs-) Fälligkeit vor Abnahme, § 641 Abs. 2 BGB

a. Fall zum Einstieg

Bruno Bau hat für *Günther Ufer*, einen Generalunternehmer, Estrich und Natursteinarbeiten durchgeführt, dieser verweigert die Abnahme wegen angeblicher Mängel. *Bau* hat gehört, dass Bauherr *Hugo Häusler* schon seit zwei Monaten im Haus wohnt. Wie verhält er sich?

b. Synopse alt – neu

Vertragsschluss bis 31.12.08

Die Vergütung des Unternehmers für ein Werk, dessen Herstellung der Besteller einem Dritten versprochen hat, wird spätestens fällig, wenn und soweit der Besteller von dem **Dritten** für das versprochene Werk wegen dessen Herstellung seine **Vergütung** oder Teile davon erhalten hat. Hat der Besteller dem Dritten wegen möglicher Mängel des Werkes **Sicherheit** geleistet, gilt dies nur, wenn der Unternehmer dem Besteller Sicherheit in entsprechender Höhe leistet.

Vertragsschluss ab 01.01.09

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 Werkes **Sicherheit** geleistet, gilt Satz 1 nur, wenn der Unternehmer dem Besteller entsprechende Sicherheit leistet.

³ „Die Voraussetzungen, unter denen der Unternehmer Abschlagszahlungen verlangen kann, sollen erleichtert werden“; amtl. Begr. des Dt. Bundestags (Drs. 16/511), S. 2: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/005/1600511.pdf>.

⁴ Vgl. die amtl. Begr. des Dt. Bundestags (Drs. 16/511), S. 11 (A.I.1.): <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/005/1600511.pdf>.

⁵ So die amtl. Begr. des Dt. Bundestags (Drs. 16/511), S. 14 (B.): <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/005/1600511.pdf>.

⁶ Gregor *Basty*, DNotZ 2008, S. 891 ff., 897.

⁷ Nach altem Recht wäre dies wohl nicht möglich, vgl. Palandt-*Sprau*, BGB, 67. Auflage, § 632 a Randnr. 5.

c. Prüfungsschema

- 1.) Hat der Auftraggeber den GU bezahlt?
- 2.) Hat der Auftraggeber das Werk des GU abgenommen oder gilt es als abgenommen?
- 3.) Falls hier keine Klarheit vorherrscht: besteht ein Auskunftsanspruch?
- 4.) Hat der GU Sicherheit geleistet, so dass ein Zurückbehaltungsrecht besteht?

d. Bewertung

Der Auskunftsanspruch ist zu begrüßen. Falls der GU Mängel einwendet, ist ein einfaches Verfahren nicht möglich, jedenfalls nicht, soweit die Sicherheit des GU reicht.

e. Lösung zum Fall

Bruno Bau fordert *Günther Ufer* auf, über die Frage der Bezahlung bzw. der Abnahme von *Hugo Häusler* Auskunft zu erteilen. Tut er das nicht, ist die Werklohnforderung von *Bruno Bau* fällig. Im Rechtsstreit kann *Ufer* ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe des Betrages geltend machen, für den er *Häusler* Sicherheit geleistet hat. Die Forderung wird jedoch insgesamt fällig, wenn *Bau* seinerseits (entsprechende) Sicherheit leistet.⁸

4. Reduzierung des Druckzuschlags, § 641 Abs. 3 BGB

a. Fall zum Einstieg

Bruno Bau hat für *Hugo Häusler* vor zwei Jahren eine Doppelhaushälfte erstellt; *Häusler* ist unzufrieden damit: im Keller ist es feucht, die Wände sind schief. Die Mängelbeseitigungskosten belaufen sich voraussichtlich auf 20.000,00 Euro. *Bau* hat bereits Schlussrechnung über 200.000,00 Euro gelegt. *Häusler* fragt sich, wie viel er zahlen muss.

b. Synopse alt - neu

Vertragsschluss bis 31.12.08

Kann der Besteller die Beseitigung eines Mangels verlangen, so kann er nach der **Abnahme** die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern, **mindestens** in Höhe des **Dreifachen** der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten.

Vertragsschluss ab 01.01.09

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.

c. Bewertung

Wie Expertenanhörungen ergeben haben, ist im Regelfall ein Betrag in Höhe des *Zweifachen* der Mangelbeseitigungskosten auch für die Masse der gewöhnlichen Bauverträge ausreichend. Das *Dreifache* hatte sich in der Praxis zum Nachteil des Unternehmers ausgewirkt, der immer mit einem Einbehalt in dieser Höhe konfrontiert war. Der Druck-

⁸ Palandt-Sprau, BGB, 68. Auflage, § 641 Randnr. 8.

zuschlag wurde entsprechend reduziert. Sinnvoll erscheint zudem im Interesse einer möglichst flexiblen Handhabung, nicht einen Mindestbetrag festzuschreiben, sondern das Doppelte der Mangelbeseitigungskosten als *Regelfall*. Zwar spricht für den Begriff „mindestens“, dass damit der Besteller (Verbraucher) *Häusler* einen zuverlässigen Anknüpfungspunkt für die Höhe des Druckzuschlags hat; es gibt jedoch Sachverhalte, bei denen auch dieser Einbehalt unangemessen hoch ist (hohe Nachbesserungskosten im Verhältnis zum Wert des Objekts). Außerdem sind - etwa bei geringen Nachbesserungskosten - Sachverhalte denkbar, bei denen mehr als der zweifache Einbehalt gerechtfertigt ist, um den Unternehmer zur Nachbesserung zu veranlassen.⁹ All diesen Sachverhalten wird die Annahme einer Regel besser gerecht als die Festsetzung einer Mindestgrenze.¹⁰ Entscheidendes Kriterium ist mithin die Angemessenheit des Einbehalts.¹¹

d. Lösung zum Fall

Häusler kann also nur noch 40.000,00 Euro einbehalten (und muss 160.000,00 Euro zahlen), nicht - wie früher - 60.000,00 Euro (bei einer Zahlung von 140.000,00 Euro).

⁹ Ralf *Leinemann*, NJW 2008, S. 3745 ff., 3748: „Bei Kleinstmängeln oder sehr geringen Nachbesserungskosten kann künftig durchaus ein etwas höherer Druckzuschlag geltend gemacht werden, während bei größeren Volumina und hohen Kosten im Verhältnis zum Wert der Leistung bereits der zweifache Wert der Mängelbeseitigungskosten zu hoch ist und zur Reduzierung des Einbehalts führt.“

¹⁰ Hans von *Gehlen*, NZBau 2008, S. 612 ff., 616: „zu starr“.

¹¹ So die amtl. Begr. des Dt. Bundestags (Drs. 16/511), S. 16: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/005/1600511.pdf>.

II. Sicherung von Zahlungen

1. Bauhandwerkersicherung, § 648 a BGB

a. Fall zum Einstieg

Bruno Bau soll für *Hugo Häusler* ein Doppelhaus errichten. Beim monatlichen Werkunternehmerstammtisch erzählt ihm sein Freund *Bertram Bauer*, dass *Häusler* seinen Mercedes verkauft hat und mit einem rostigen Golf durch die Stadt kurvt. *Bau* hat Angst, dass *Häusler* nicht zahlen kann, und fragt sich, wie er sich absichern kann.

b. Synopse alt - neu

Vertragsschluss bis 31.12.08

(1) Der Unternehmer eines Bauwerks ... kann vom Besteller **Sicherheit** für die von ihm zu erbringenden Vorleistungen einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen in der Weise verlangen, dass er dem Besteller zur Leistung der Sicherheit eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt, dass er nach dem Ablauf der Frist seine **Leistung verweigere**. Sicherheit kann bis zur Höhe des voraussichtlichen Vergütungsanspruchs, wie er sich aus dem Vertrag oder einem nachträglichen Zusatzauftrag ergibt, sowie wegen Nebenforderungen verlangt werden; die Nebenforderungen sind mit 10 vom Hundert des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen.

(5) Leistet der Besteller die Sicherheit nicht fristgemäß, so bestimmen sich die Rechte des Unternehmers nach den §§ 643 und 645 Abs. 1. **Gilt** der Vertrag danach als **aufgehoben**, kann der Unternehmer auch Ersatz des Schadens verlangen, den er dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut hat. Dasselbe gilt, wenn der Besteller in zeitlichem Zusammenhang mit dem Sicherheitsverlangen gemäß Absatz 1 **kündigt**, es sei denn, die Kündigung ist nicht erfolgt, um der Stellung der Sicherheit zu entgehen. Es wird vermutet, dass der Schaden **5 Prozent** der Vergütung beträgt.

Vertragsschluss ab 01.01.09

(1) Der Unternehmer eines Bauwerks ... 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. ... 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.

(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.

c. Bewertung

Die entscheidende Veränderung in § 648 a Abs. 1 BGB liegt darin, dass durch den neuen Satz 1 dem Unternehmer *Bau* nun ein *echter (einklagbarer) Anspruch* auf die Stellung einer Sicherheit gewährt wird.¹² Bislang bestand kein klagbares Recht auf Stellung der Sicherheit, sondern nur ein Leistungsverweigerungsrecht (vgl. § 648 a Abs. 1 Satz 1 BGB a.F.): Der Unternehmer *Bau* konnte lediglich die Arbeiten einstellen, wenn der Besteller *Häusler* trotz Fristsetzung zur Stellung einer Sicherheit und Androhung der Arbeitseinstellung keine Sicherheit übergab.¹³ Alternativ kann der Unternehmer *Bau* nun aber auch nach seiner Wahl auf Stellung einer Sicherheit klagen oder den Vertrag kün-

¹² Gerald *Wagenführ*, ZAP Fach 2, S. 561 ff., 566 (dort III.). Nach der aml. Begr. des Dt. Bundestags (Drs. 16/511, S. 1 - im Internet unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/005/1600511.pdf>) sollten „die Möglichkeiten des Unternehmers, eine Bauhandwerkersicherung nach § 648 a BGB zu erhalten, ... klargestellt und deutlich erweitert werden“.

¹³ Diese Möglichkeit besteht fort und wird nun in § 648 a Abs. 5 Satz 1 BGB genannt; Ralf *Leinemann*, NJW 2008, S. 3745 ff., 3749.

digen. Er bleibt zudem berechtigt, nach Ablauf der Frist und entsprechender Androhung der Einstellung der Arbeiten die Leistung zu verweigern und zugleich Klage auf Stellung der Sicherheit zu erheben.¹⁴

Die Kündigung wegen Nichtstellung der Sicherheit wird durch die Neuregelung von § 648 a Abs. 5 BGB ebenfalls vereinfacht. Bislang musste Unternehmer *Bau* nach Ablauf einer Frist mit Androhung der Einstellung der Arbeiten eine weitere Frist mit Kündigungsandrohung setzen, nach deren ergebnislosem Ablauf der Vertrag gemäß § 643 Satz 2 BGB als aufgehoben galt. Künftig muss nach § 648 a BGB nur noch eine Frist gesetzt und mit dieser Fristsetzung erklärt werden, dass Sicherheit in zu beziffernder Höhe verlangt wird. Nach Ablauf dieser Frist stehen dem Unternehmer *Bau* die Handlungsmöglichkeiten nach § 648 a Abs. 5 BGB zur Verfügung, d.h. die Einstellung der Arbeiten oder die Kündigung des Vertrags. Einer Ankündigung dieser Rechtsfolgen - gemeinsam mit der Fristsetzung zur Gestellung einer Sicherheit - bedarf es, wie der Wortlaut des Gesetzes zeigt, nicht (mehr);¹⁵ die Rechtsposition des Bestellers *Häusler* hat sich durch die Neufassung also etwas verschlechtert. Wer sich künftig einer Sicherheitsanforderung nach § 648 a BGB durch seinen Auftragnehmer gegenübergestellt sieht, sollte darum bemüht sein, sich innerhalb der laufenden Frist über die möglichen Konsequenzen klar zu werden, die eine Nichtstellung der Sicherheit mit sich bringen kann. Nach Fristablauf kann es zu spät sein, weil dann der Unternehmer bereits zur Kündigung des Vertrags geschritten sein könnte.¹⁶

d. Lösung zum Fall

In seiner neuen Fassung gewährt § 648 a Abs. 1 BGB dem Auftragnehmer *Bau* einen nicht abdingbaren (Abs. 7) Anspruch auf Sicherheit. Diese kann jederzeit, auch noch nach Abnahme (Abs. 1 Satz 3), eingeklagt werden. Eine solche Klage kann zu einem schnellen Urteil führen, weil bei der Berechnung der zu sichernden Vergütung etwaige Mängel und zur Aufrechnung gestellte streitige Gegenansprüche unberücksichtigt bleiben (Abs. 1 Satz 4). So kann nicht nur der offene Werklohn gesichert, sondern zugleich getestet werden, ob der Auftraggeber *Häusler* überhaupt noch solvent ist. Dies vor einer Zahlungsklage zu klären, bietet sich für Auftragnehmer *Bau* geradezu an.¹⁷

Durch die Verurteilung, Sicherheit zu leisten, wird Auftraggeber *Häusler* verpflichtet, eine Handlung vorzunehmen, die auch durch einen Dritten erfolgen kann. Darum ist das Urteil nach § 887 ZPO zu vollstrecken. Da der Auftraggeber *Häusler* von seinem Wahlrecht zwischen den verschiedenen Arten der Sicherheitsleistung keinen Gebrauch gemacht hat, geht dieses Recht analog § 264 BGB auf den Auftragnehmer *Bau* über. Zwar schuldet der Auftraggeber *Häusler* nicht im Sinne des § 262 BGB mehrere Leistungen - er hat aber ein Wahlrecht bezüglich der Art der Sicherheitsleistung; das rechtfertigt die Analogie. Der Auftragnehmer *Bau* kann darum nach § 887 ZPO beantragen, (1.) ihn zu ermächtigen, die Sicherheit durch Hinterlegung von Geld zu leisten (§ 232 BGB), und

¹⁴ Ralf *Leinemann*, NJW 2008, S. 3745 ff., 3749. Ob der Sicherungsanspruch im Urkundenprozess durchgesetzt werden kann, ist streitig – dafür: Gregor *Heiland*, IBR 2008, S. 493; IBR 2008, S. 628; dagegen: Moritz *Lembcke*, IBR 2008, S. 629 (nicht „Zahlung einer bestimmten Geldsumme“ i.S.v. § 592 Satz 1 ZPO); Friedhelm *Weyer*, IBR 2008, S. 701.

¹⁵ Für Androhung gleichwohl (mit Blick auf die Kooperationspflicht der Bauvertragsparteien) Thomas *Hildebrandt*, BauR 2009, S. 4 ff., 12.

¹⁶ Ralf *Leinemann*, NJW 2008, S. 3745 ff., 3749.

¹⁷ Friedhelm *Weyer*, IBR 2008, S. 702.

2.) den Auftraggeber zur Vorauszahlung des dafür erforderlichen Betrags zu verurteilen.¹⁸

e. Vorsicht Falle!

Die Ausgestaltung des § 648 a BGB als Sicherungsanspruch hat auch zur Folge, dass dieser den Verjährungsvorschriften der §§ 194 ff. BGB unterliegt.¹⁹ Man sollte also nicht vergessen, dass dieser Anspruch drei Jahre (§ 195 BGB) ab Schluss des Jahres, in das der Vertragsschluss fällt (§ 199 BGB), nicht mehr durchgesetzt werden kann (§ 214 Abs. 1 BGB).

2. Vergütung nach § 649 Satz 3 BGB n.F.

a. Fall zum Einstieg

Häusler ist über *Baus* Mutmaßungen erbost. Er meint, mit jemandem, der an seiner Liquidität zweifelt, kann er nicht zusammen arbeiten. So kündigt er *Bau* den Vertrag.

b. Synopse alt - neu

Vertragsschluss bis 31.12.08
(-)

Vertragsschluss ab 01.01.09

Es wird **vermutet**, dass danach dem Unternehmer **5 vom Hundert** der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zuste-
hen.

c. Lösung zum Fall

Nach § 649 Satz 1 BGB kann der Besteller (*Häusler*) den Vertrag bis zur Vollendung des Werkes jederzeit kündigen. *Bau* kann trotzdem die vereinbarte Vergütung verlangen; er muss sich jedoch anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt (§ 649 Satz 2 BGB). Nach der Wahrnehmung des Gesetzgebers hatte die Rechtsprechung die Anforderungen an die Darlegung dieses Vergütungsanspruchs (hinsichtlich des abzusetzenden ersparten Aufwands) in der Vergangenheit so hoch angesetzt, dass er praktisch kaum durchzusetzen war.²⁰ § 649 Satz 3 BGB n.F. erleichtert nun die Voraussetzungen für die Darlegung des nach einer „freien“ Kündigung bestehenden Vergütungsanspruchs mit einer Vermutung und steht in Einklang mit § 648 a Abs. 5 Satz 3 BGB n.F. (s.o. II.1.b.).²¹

¹⁸ Friedhelm Weyer, IBR 2008, S. 702.

¹⁹ Hans von Gehlen, NZBau 2008, S. 612 ff., 617.

²⁰ Aml. Begr. des Dt. Bundestags (Drs. 16/511), S. 17 f.: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/005/1600511.pdf>; Matthias Dittler, IBR 2008, S. 700 („Nachweis des Ersparten komplex“); Gerald Wagenführ, ZAP Fach 2, S. 561 ff., 566 m.w.N.: „Was er sich in diesem Sinne als Aufwendung anrechnen lässt, hat der Unternehmer vorzutragen und zu beziffern“.

²¹ Der Auftraggeber kann die Vermutung (ebenso wie freilich der Auftragnehmer) widerlegen; Matthias Dittler, IBR 2008, S. 700; Gerald Wagenführ, ZAP Fach 2, S. 561 ff., 566 („Vermeidung von Darlegungs- und Beweisschwierigkeiten auf Seiten der Unternehmer“).

3. Bauhandwerkersicherungshypothek, § 648 BGB

a. Fall zum Einstieg

Bei seinem nächsten Bauvorhaben will es *Bau* nun anders machen. An der Bauhandwerkersicherung nach § 648 a BGB stört ihn auch, dass die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung - bis zu einem Höchstsatz von 2 % p.a. - bei ihm bleiben (§ 648 a Abs. 3 Satz 1 BGB). Er geht zu *RA Rudi Ratvoll* und erkundigt sich nach Alternativen.

b. Synopse alt - neu

Hier hat sich nichts geändert. Die Sicherungshypothek des Bauunternehmers nach § 648 BGB soll nur der Vollständigkeit halber angesprochen werden.

c. Lösung zum Fall

Bau kann für seine Forderungen aus dem Vertrag auch die Einräumung einer Sicherungshypothek am Baugrundstück des (nächsten) Bestellers verlangen, § 648 Satz 1 BGB. Zur Sicherung dieses Anspruchs kann eine Vormerkung ins Grundbuch eingetragen werden, § 883 Abs. 1 Satz 1 BGB; soweit der Betroffene deren Eintragung nicht bewilligt, kann sie auf Grund einer einstweiligen Verfügung erfolgen, § 885 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Anders als bei der Bauhandwerkersicherung (§ 648 a BGB) hilft die Bauhandwerkersicherungshypothek (§ 648 BGB) nur weiter, wenn der Besteller *Eigentümer* des Baugrundstücks ist und der Bauunternehmer seine Bauleistung *mangelfrei* erbracht hat; außerdem gehen bei § 648 BGB sämtliche Sub- oder Zwischenunternehmer ohne unmittelbare Vertragsbeziehung mit dem Bauherrn (Grundstückseigentümer) leer aus, ebenso der Garten- und Landschaftsbauer sowie der Abbruchunternehmer (gleiches gilt bei Arbeiten zur Beseitigung von Altlasten). Trotzdem sollte die *Druckwirkung* der Bauhandwerkersicherungshypothek nicht unterschätzt werden. Sie kann nur erlangt werden, soweit Unternehmer *Bau* für seinen Vergütungsanspruch keine Bauhandwerkersicherung erhalten hat, § 648 a Abs. 4 BGB.

III. Baugeld und VOB/B

1. Baugeld

a. Fälle zum Einstieg

Fall 1: Malermeister *Michael Maler* wurde von der *Bauträger GmbH* (vertr. dr. GF *Gerd Geldweg*) mit Malerarbeiten beauftragt, für eine Vergütung von 20.000,00 € Nachdem die *Bauträger GmbH* nicht zahlte, führte *Maler* einen Prozess gegen sie, den er auch gewann. Noch bevor er aber erfolgreich vollstrecken konnte, meldete die *Bauträger GmbH* Insolvenz an. *Maler* begibt sich zu *Rechtsanwalt Bert Sondersschlau*, der einen Blick ins Grundbuch wirft. Er stellt fest, dass zur Finanzierung des Bauvorhabens eine Grundschuld in Höhe von 500.000,00 € eingetragene wurde. Die *Bauträger GmbH* hat also ein Darlehen von 500.000,00 € erhalten, welches sie – offensichtlich – nicht zu Gunsten der auf der Baustelle tätigen Handwerker, Lieferanten oder Arbeitskräfte eingesetzt hat. Was kann *Maler* tun?

Fall 2: Der Generalunternehmer *Gierig + Untreu GmbH* (ebenfalls vertr. dr. Geschäftsführer *Gerd Geldweg*) erhält eine Abschlagszahlung des Bauherrn in Höhe von 60.000,00 € Malermeister *Michael Maler*, der sein Geld nicht erhalten hat (wie oben), nimmt nun Geschäftsführer *Geldweg* persönlich in Anspruch. Dieser verteidigt sich im Prozess damit, dass die Zahlung für andere Leistungen, die aus einem anderen Bauvorhaben herrühren, geleistet wurden. Die Rechnungshöhe sei nur zufällig identisch. Zum Beweis bietet er Zeugen und Urkunden an. Kommt er damit durch?

b. Das neue Gesetz ²²

§ 1

(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

²² Das BauFordSiG hatte dieses Ziel im Wesentlichen nicht erreicht und spielt in der Praxis eine nur geringe Rolle. Dies könnte sich mit der Neufassung des (schon hundert Jahre alten) Gesetzes ändern, vgl. amtl. Begr. des Dt. Bundestags (Drs. 16/5611), S. 1 – im Internet unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/005/1600511.pdf> : „Ferner wird das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen modernisiert und vereinfacht.“ Als (wohl) kleinstes Gesetz Deutschlands soll es ein „komprimiertes, effektives und schlagkräftiges Regelwerk“ werden; Stammkötter, Bauforderungssicherungsgesetz, Vorwort zur 3. Auflage. Das neue Bauforderungssicherungsgesetz besteht „nur“ aus zwei Paragraphen: § 1 regelt, was unter dem Begriff „Baugeld“ zu verstehen und wie dieses zu verwenden ist. § 2 enthält einen Straftatbestand, der die zweckwidrige Verwendung unter Strafe stellt.

Leistung andere 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 Umbaues gewährt werden, sind insbesondere Abschlagszahlungen und solche, deren Auszahlung ohne nähere Bestimmung des Zweckes der Verwendung nach Maßgabe des Fortschrittes des Baues oder Umbaues erfolgen soll.

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

§ 2

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.

c. Bewertung

Der Baugeldbegriff (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 und Nr.2 BauFordSiG): Die „klassische“ Definition des Baugeldes enthält (noch immer) § 1 Abs. 3 Nr. 1 BauFordSiG - werden auf Basis eines sog. Baugeldvertrages Geldbeträge zum Zweck der Bestreitung von Baukosten gewährt, und handelt es sich dabei um fremdfinanzierte, kreditweise zur Verfügung gestellte Mittel und sind diese darüber hinaus grundpfandrechlich gesichert, handelt es sich um Baugeld. Der Baugeldbegriff setzt also *drei Elemente* voraus:

- Die Zweckbestimmung zur Bestreitung der Baukosten,
- die Gewährung von Geldbeträgen und
- die grundpfandrechliche Sicherung.

Der „alte“ Baugeldbegriff wurde mit der Reform des Gesetzes und der neu eingefügten Baugelddefinition nach § 1 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BauFordSiG quasi „überholt“ und wesentlich erweitert:²³ Enthält nämlich der „Empfänger“ (i.d.R. der Generalunternehmer/Generalübernehmer, aber auch der Baubetreuer) Geld von einem „Dritten“ (dem Bauherrn) für eine Leistung, die im Zusammenhang mit der Herstellung eines Baus besteht, handelt es sich um Baugeld, wenn (wie üblich) an dieser Bauleistung „andere Unternehmer“ (also i. d. R. Bauunternehmer, Arbeiter und Lieferanten) beteiligt waren. Kurz: Erhält in der Kette „Bauherr -> GU -> NU -> SU“ der GU Geld²⁴, handelt es sich (meist) um Baugeld! Entscheidend ist, ob der Hauptunternehmer Mittel des Bauherrn, egal aus welcher Quelle, für die Bauerrichtung oder den Umbau erhalten hat.

Darüber hinaus *ist* nach § 1 Abs. 3 S. 2 BauFordSiG jede Abschlagszahlung, die vom Bauherrn an den Generalunternehmer geleistet wird, Baugeld. Es handelt sich hier nach der Vorgabe des Gesetzes zwingend um Baugeld.²⁵

²³ Der Baugeldbegriff des § 1 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BauFordSiG ist seit der Reform nur noch dann von Interesse, wenn Ansprüche unmittelbar gegen den Darlehensnehmer geltend gemacht werden, also denjenigen, der als Bauherr oder Bauträger am Darlehensvertrag beteiligt ist und das Baugeld direkt von der Bank in Empfang nimmt; *Stammkötter*, BauFordSiG, § 1 Randnr. 288.

²⁴ Auch Eigenmittel oder Fördermittel (!), vgl. die aml. Begr. des Dt. Bundestags (Drs. 16/5611), S. 23 – im Internet unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/005/1600511.pdf>.

²⁵ Vgl. Fall 1; dazu kommt, dass nach § 1 Abs. 4 BauFordSiG die Beweislast den Empfänger trifft, wenn die Baugeldeigenschaft streitig ist. Dieser muss also konkret darlegen und beweisen, dass es sich nicht um Baugeld handelte; aml. Begr. des Dt. Bundestags (Drs. 16/5611), S. 23 – URL: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/005/1600511.pdf>.

Die Baugeldverwendungspflicht, § 1 Abs. 1 BauFordSiG: Nach § 1 Abs. 1 BauFordSiG ist der Empfänger von Baugeld verpflichtet, das Baugeld zur Befriedigung der Bauunternehmer²⁶ zu verwenden. Die Vorschrift enthält das *Verbot*, Baugeld *zweckwidrig* zu verwenden, aber auch das *Gebot*, das Baugeld *zweckentsprechend* zu verwenden.

Der Baugeldempfänger hat also alles Zumutbare zu unternehmen, um die Baubeteiligten zu schützen, insbesondere den weiteren Baugeldempfänger sorgfältig auszuwählen, ihm das Geld unverzüglich auszuzahlen und über die Baugeldeigenschaft zu unterrichten.²⁷ Das Baugeld ist daher auf einem *Sonderkonto* zu verwahren, das kontoführende Kreditinstitut ist über die Baugeldeigenschaft zu unterrichten. Das Baugeld darf nicht mit anderen Geldern vermischt werden, die Baugeldeigenschaft ist zu erhalten.²⁸

Der Verstoß gegen die Baugeldverwendungspflicht und seine Folgen: Wenn der Baugeldempfänger gegen die vorgenannten Pflichten verstößt, vor allem also Baugeld an Dritte, die keine Baugeldgläubiger sind, ausbezahlt, hat dies erhebliche Konsequenzen: § 1 Abs. 1 BauFordSiG ist Schutzgesetz im Sinn von § 823 BGB. Wer also hiergegen verstößt, macht sich schadensersatzpflichtig. Damit besteht auch die Möglichkeit, den Geschäftsführer (oder sonstigen Vertreter einer juristischen Person) *persönlich* in Anspruch zu nehmen. Dazu kommt, dass sich der Baugeldempfänger dann strafbar macht, wenn er zum Nachteil der Gläubiger gegen die Verwendungspflicht verstoßen hat (was i.d.R. der Fall sein wird).

d. Lösung zu den Fällen

Fall 1: Da § 1 Abs. 1 BauFordSiG ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB ist, haftet *Gerd Geldweg* als Geschäftsführer der *Bauträger GmbH*²⁹ (neben dieser) auch persönlich. Da er als Geschäftsführer der *Bauträger GmbH* mit der Finanzierung des Bauvorhabens befasst war (sein musste), wusste er auch, dass es sich bei dem gewährten Geld um *Baugeld* handelte. Dieses hat er zweckwidrig verwendet, was schon wegen der gesetzlichen Vermutungsregelung nach § 1 Abs. 4 BauFordSiG anzunehmen ist. Als Schaden schuldet er deshalb die Vergütungsforderung des *Michael Maler*, weshalb *Rechtsanwalt B. Sondersschlau* empfehlen wird, gegen *Geldweg* persönlich vorzugehen. In diesem Zusammenhang wird er auch raten, *Geldweg* auf die strafbaren Folgen seines Verhaltens hinzuweisen. Womöglich auch darauf, dass sich ein zügiger Ausgleich der Forderung evtl. strafmildernd auswirkt.

Fall 2: Nein. Einer Beweisaufnahme bedarf es hier nicht. Nach § 1 Abs. 3 S. 2 BauFordSiG ist die Abschlagszahlung Baugeld. *Geldweg* haftet persönlich.

²⁶ Oder anderer Personen, die an der Herstellung oder dem Umbau des Baus aufgrund eines Werk-, Dienst- oder Kaufvertrages beteiligt sind.

²⁷ *Stammkötter*, BauFordSiG, § 1 Randnr. 9 mit Verweis auf *OLG Hamburg*, BauR 1994, 123, 124; *Mügel*, Baugeldverwendung und Baubuch, Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, 1910, 1.

²⁸ Dabei ist auch zu beachten, dass die Verwendungspflicht auch hinsichtlich der Umsatzsteuer besteht. Der Umsatzsteueranteil ist Bestandteil des Vergütungsanspruchs und aus dem Baugeld zu bedienen, vgl. *Stammkötter*, ebenda, Randnr. 10.

²⁹ Hinweis: Der Bauträger ist i. d. R. nicht Baugeldempfänger nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 BauFordSiG. Allerdings ist er ggf. Empfänger von Baugeld nach § 1 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BauFordSiG.

e. Ausblick

Das neue BauFordSiG wird wohl dazu beitragen, den Schutz der Bauunternehmer vor rechtswidrigen Handlungen von unseriösen Auftraggebern zu verstärken.³⁰ Es birgt damit Chancen und Risiken. Wenn es einmal finanziell „eng“ wird, ist deshalb gerade Baugeldempfängern dringend zu raten, sich hier genau zu informieren.

2. Das Ende der Privilegierung der VOB/B

a. Alte und neue Regelung

Im Gesetzgebungsverfahren schlug die Bundesregierung ergänzend zum ursprünglichen Entwurf des Forderungssicherungsgesetzes vor, das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen abzuändern. Die Privilegierung der VOB/B gegenüber den sonstigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) für Verbraucherverträge sollten aufgehoben werden. Andererseits sollte sie für Verträge im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern oder mit der öffentlichen Hand gesetzlich festgeschrieben werden.^{31 32 33}

Das Forderungssicherungsgesetz sieht deshalb vor, dass jeweils der letzte Halbsatz der §§ 308 Nr. 5 und 309 Nr. 8 b, ff BGB entfallen sollte.³⁴ § 310 Abs. 1 BGB wurde um Satz 3 ergänzt, wonach § 307 Abs. 1 und 2 auf Verträge, in welche 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 findet.

b. Bewertung

Mit den gestrichenen Regelungen nach § 308 Nr. 5 BGB und § 309 Nr. 8 b), ff) BGB sollte der Rechtsprechung des BGH zur Privilegierung der VOB/B als Ganzes Rechnung getragen werden. Diese Rechtsprechung sollte ohne inhaltliche Änderung im Gesetzeswortlaut seine Entsprechung finden.³⁵ Allerdings wurde das Vorgehen des Gesetzgebers zum Teil missverstanden.³⁶ Es wurde zum Teil angenommen, dass nur diese beiden Klauseln der VOB/B privilegiert werden sollten, im Übrigen aber eine vollständige AGB-Kontrolle der VOB/B möglich sein sollte. Der Gesetzgeber, der die Rechtsprechung des BGH zur Privilegierung der VOB/B kannte, hatte dies jedoch nicht beabsich-

³⁰ Vgl. auch *Stammkötter*, Bauforderungssicherungsgesetz, Vorwort zur 3. Auflage.

³¹ Vgl. Drs. 16/511, III.

³² Hintergrund war hier auch die gewandelte Rechtsprechung des BGH. Dieser hatte nach der Schuldrechtsreform im Jahr 2002 in seinen Entscheidungen vom 22.01.04 und 15.04.04 die Privilegierung der VOB/B nach der Reform ausdrücklich offen gelassen, vgl. *BGH*, Urteil vom 22.01.04, Az.: VII ZR 419/02: „Jede vertragliche Abweichung von der VOB/B führt dazu, dass diese nicht als Ganzes vereinbart ist. Es kommt nicht darauf an, welches Gewicht der Eingriff hat“; Urteil vom 15.04.04, Az.: VII ZR 129/02: „Jede vertragliche Abweichung von der VOB/B führt dazu, dass diese nicht als Ganzes vereinbart ist“.

³³ Zuletzt hat der *BGH* im Juli 2008 entschieden, dass die Privilegierung der VOB/B bei Verwendung gegenüber von Verbrauchern nicht gerechtfertigt sei, vgl. *BGH*, Urteil vom 24.07.08, Az.: VII ZR 55/07: „Wird die VOB Teil B gegenüber Verbrauchern verwendet, unterliegen ihre einzelnen Klauseln auch dann einer Inhaltskontrolle, wenn sie als Ganzes vereinbart ist“.

³⁴ In § 308 Nr. 5 b) BGB a.F. war geregelt, dass in Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Fiktion von Erklärungen unter gewissen Voraussetzungen unwirksam sein sollte, ausgenommen bei Verträgen mit Vereinbarung der VOB/B als Ganzes. Dieser Zusatz wurde nun gestrichen. Nach § 309 BGB a.F. war eine Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wonach die Verjährungsfrist in unzulässiger Weise erleichtert wurde, unzulässig, ausgenommen wiederum Verträge, in denen die VOB/B insgesamt einbezogen war. Auch dieser Satz wurde nun gestrichen.

³⁵ Vgl. Bundestags-Drs. 14/6040, S. 154 zu § 308 Nr. 5 BGB.

³⁶ Vgl. hierzu *Hoff*, *BauR* 2001, 1654, 1659; *Peters*, *NZBau* 2002, 113, 115; *Preussner*, *BauR* 2002, 231, 241; *Kniffka*, *IBR Online-Kommentar*, Stand 03.01.06, Die Privilegierung der VOB/B, 2.4.3.2.1.

tigt.³⁷ Deshalb beschloss er nun, die Privilegierung der VOB/B – wie schon damals bei § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG³⁸, im Rahmen des Anwendungsbereichs nach § 310 BGB zu verankern.³⁹ Dies sollte deutlich machen, dass die Privilegierung der VOB/B nur bei der Verwendung gegenüber Unternehmen im Sinne des § 14 BGB, juristischen Personen des Öffentlichen Rechts und Sondervermögen des Öffentlichen Rechts gilt. Für den Verbraucherbereich ist die Privilegierung aufgehoben.⁴⁰

c. Praxistipp

Wenn *kein* Verbraucher beteiligt ist: Wenn die Vertragsparteien die VOB/B insgesamt vereinbart haben, kann keine individuelle Klauselkontrolle am Maßstab der §§ 307 ff BGB stattfinden. Möglich bleibt aber eine Kontrolle der VOB/B als Ganzes.

Wenn ein Verbraucher beteiligt ist: Bei der Verwendung der VOB/B gegenüber Verbrauchern unterliegt die VOB/B der vollständigen Inhaltskontrolle.

Literatur

- *Basty*, Gregor: „Forderungssicherungsgesetz und Bauträgervertrag“, in: DNotZ 2008, S. 891 – 903
- *Drittler*, Matthias: „FoSiG: Vereinfachung der Abrechnung einer frei gekündigten Leistung: Oder bleibt (fast) alles beim Alten?“, in: IBR 2008, S. 700
- *Gehlen*, Hans von: „Das Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen“, in: NZBau 2008, S. 612 – 619 (Heft 10)
- *Heiland*, Gregor: „FoSiG: Drei gute Gründe für die Klagbarkeit des Anspruchs aus dem neuen § 648 a BGB im Urkundenprozess“, in: IBR 2008, S. 628
- *ders.*: „Forderungssicherungsgesetz: Als Anspruch ist § 648 a BGB ein scharfes Schwert!“, in: IBR 2008, S. 493
- *Hildebrandt*, Thomas: „Das neue Forderungssicherungsgesetz (FoSiG) – Ein erster kritischer Ausblick“, in: BauR 2009, S. 4 – 13 (Heft 1)
- *Leinemann*, Ralf: „Das Forderungssicherungsgesetz - Neue Perspektiven im Bauvertragsrecht?“, in: NJW 2008, S. 3745 - 3751 (Heft 52)
- *Lembcke*, Moritz: „Klage auf Sicherheitsleistung nicht im Urkundenprozess!“, in: IBR 2008, S. 629
- *Palandt*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 65., 67. und 68. Aufl.
- *Stammkötter*, Andreas: Kommentar zum Bauforderungssicherungsgesetz, 3. Aufl. 2009
- *Wagenführ*, Gerald: „Änderungen im BGB durch das neue Forderungssicherungsgesetz“, in: ZAP Fach 2, S. 561 - 566 (Nummer 24 v. 17.12.08)
- *Weyer*, Friedhelm: „FoSiG: Anspruch aus § 648 a Abs. 1 BGB ein scharfes Schwert?“, in: IBR 2008, S. 701
- *ders.*: „FoSiG: Wie wird der Anspruch auf Sicherheitsleistung aus § 648 a Abs. 1 BGB gerichtlich durchgesetzt?“, in: IBR 2008, S. 702

³⁷ Vgl. hierzu Drs. 16/511, S. 32, zu III.

³⁸ „Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen“; dieses ging mit der Schuldrechtsreform im BGB auf.

³⁹ § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB lautet: „In den Fällen des Satzes 1 findet § 307 Abs. 1 und 2 auf Verträge, 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“.

⁴⁰ Damit sollte auch die Kritik, § 308 Nr. 9 b, ff BGB widerspreche der EG – Klauselrichtlinie, Rechnung getragen werden, vgl. hierzu *Palandt-Heinrichs*, BGB, 65. Auflage, § 309 Randnr. 76 m. w. N., *MüKo-Basedow*, BGB, 4. Auflage, § 309 Randnr. 77).