



Sonderausgabe
Bau- und Architektenrecht

Inhalt

TITELSEITE / SEITE 2

- Das neue Forderungssicherungsgesetz – Schneller Geld für Bauunternehmer –

SEITE 3

- Einseitiges Aufmaß – Risiko für die Vergütung

SEITE 4

- Das gefällelose Flachdach – Risiko für Planer und Unternehmer?

Redaktion:

RA Tilmann Schellhas
Tel. 0911 588 888-0
Fax 0911 588 888-49
info@rae-schieder.de

Diesen Newsletter können Sie abonnieren oder abbestellen unter www.rae-schieder.de

Satz & Gestaltung:
www.kaller.de

RA TILMANN SCHELLHAS – Ein Bauhandwerker ist vorleistungspflichtig. Er erbringt seine Leistung (Material, Arbeitsleistung bzw. Arbeitslöhne), bekommt aber sein Geld ("Vergütung") erst nach Abschluss seiner Tätigkeit, also nach Abnahme der Bauleistung. Wird sein Auftraggeber zahlungsunfähig (insbesondere im Fall der Insolvenz), hat der Bauhandwerker seine Vorleistungen erbracht, erhält aber seine Vergütung nicht mehr (Forderungsausfall). Er kann seine Vorleistungen auch nicht mehr „zurückholen“, weil das verbaute Material wesentlicher Bestandteil des Grundstücks geworden ist und damit in das Eigentum des Grundstückseigentümers übergegangen ist. Der Grundstückseigentümer seinerseits (oder der Insolvenzverwalter) kann daher die Leistung des Bauhandwerkers benutzen oder verwerten, ohne dass der Bauhandwerker bezahlt worden ist. Forderungsausfälle, die oft 1/3 aller Betriebe in Mitleidenschaft zieht und nahezu 10 Prozent in ihrer Existenz gefährdet, waren daher häufig unvermeidbar.

Eine mögliche Sicherung des Bauhandwerkers wären angemessene Vorauszahlungen; diese müssen allerdings ausdrücklich vertraglich vereinbart werden. Der Bauhandwerker kann eine solche vertragliche Vereinbarung in der Regel nicht erreichen, weil bereits bei einer Ausschreibung von Bauleistungen die Vertragsbedingungen vom Auftraggeber diktiert werden. Ist die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B (kurz VOB/B, früher Verdingungsordnung für Bauleistungen) eine Art allgemeine Geschäftsbedingung für das Baugewerbe, vertraglich verein-

bart, kann der Bauhandwerker Abschlagszahlungen in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen einfordern. Oftmals ist die VOB/B jedoch nicht vereinbart oder die Vereinbarung ist wegen Formmangels unwirksam, so dass auf die allgemeinen Regelungen des bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) zurückgegriffen werden muss.

Mit Hilfe des zum 01.01.2009 in Kraft tretenden Forderungssicherungsgesetz sollen Handwerker und andere Gläubiger schneller an ihr Geld kommen. Zwar ist die als Kernstück bezeichnete vorläufige Zahlungsanordnung – gedacht als das frühzeitige Erlangen eines vollstreckungsfähigen Titels – nicht umgesetzt worden. Aber es sind doch einige wichtige Neuerungen in das Gesetz gekommen, die gerade kleinen und mittelständischen Betrieben helfen, wenn ihre Schuldner nicht pünktlich zahlen. Dazu im Einzelnen:

Abschlagszahlungen präzisiert

Im Werkvertragsrecht, insbesondere beim Bauvertrag, stellt sich die Frage, ob der Unternehmer, der seine Leistung teilweise, aber noch nicht vollständig erbracht hat und daher noch keinen

Fragen zum Beitrag und zum Bau- und Architektenrecht beantworten Ihnen gerne

Rechtsanwälte und
**FACHANWÄLTE FÜR
DAS BAU- UND
ARCHITEKTENRECHT
THOMAS SCHIEDER
TILMANN SCHELLHAS**

Tel. 0911 588 888-0

FORTSETZUNG AUF S.2

FORTSETZUNG VON S. 1

fälligen Anspruch auf den gesamten Werklohn hat, zumindest eine Abschlagszahlung verlangen kann, die dem Wert der bisher erbrachten Leistung entspricht.

Ein solcher Anspruch des Unternehmers bestand nach § 632 a BGB bisher nur in gewissem Umfang, nämlich nur für „in sich abgeschlossene Teile des Werkes“. Das führte zu Problemen in der Praxis und Rechtsprechung. Nunmehr können nach der neuen Fassung des Gesetzes Abschlagszahlungen für „vertragsgemäß erbrachte Leistungen“ verlangt werden, so dass wie nach § 16 Nr. 1 VOB/B ein Recht auf Abschlagszahlungen besteht. Das gilt auch für die erforderlichen Stoffe oder Bauteile, die angeliefert oder eigens angefertigt und bereitgestellt wurden, wenn dem Besteller Eigentum daran übertragen oder eine entsprechende Sicherheit hierfür geleistet wird.

Zudem wurde aufgenommen, dass wegen unwesentlicher Mängel eine Abschlagszahlung nicht verweigert werden kann.

Die Leistungen sind durch eine Aufstellung nachzuweisen, „die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen“ ermöglichen muss.

Fälligkeit der Subunternehmerforderung verbessert

Nach dem neuen Gesetz wird die Fälligkeit der Forderung des Subunternehmers erweitert. Diese wird fällig, soweit der Auftraggeber des Hauptunternehmers an diesen gezahlt hat, soweit der Auftraggeber des Hauptunternehmers dessen Werk abgenommen hat oder das Werk als abgenommen gilt oder dann, wenn der Subunternehmer dem Hauptunternehmer erfolglos eine angemessene Frist zur Auskunft über die Bezahlung bzw. Abnahme durch den Hauptunternehmer gesetzt hat.

Druckzuschlag gekürzt

Treten nach der Abnahme Mängel an den Bauleistungen des Auftragnehmers auf, zu deren Beseitigung er verpflichtet ist, hat der Auftraggeber diese dem Auftragnehmer anzuzeigen und ihn unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung aufzufordern. § 641 Abs. 3 BGB, der auf den VOB-Bauvertrag entsprechend anzuwenden ist, bestimmt hierzu, dass der Besteller (Auftraggeber), sofern er die Beseitigung eines Mangels vom Auftragnehmer fordern kann, nach der Abnahme einen angemessenen Teil der Vergütung einbehalten kann. Nach altem Recht belief sich dieser auf mindestens die Höhe des dreifachen Betrages, nach neuem Recht soll er in der Regel auf das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten gekürzt sein. Der „Druckzuschlag“ unter dem man den Betrag versteht, der über die zu erwartenden einfachen Mängelbeseitigungskosten hinausgeht, wird also vermindert. Der Auftraggeber ist berechtigt, den Druckzuschlag auszuüben, bis die Mängel endgültig beseitigt sind. Soweit der Auftragnehmer die Mängel beseitigt hat, erlischt das Recht des Auftraggebers, einen Betrag wegen Mängeln zurückzubehalten.

Bauhandwerker-Sicherungshypothek noch effektiver

Mit der Bauhandwerkersicherungshypothek hat der vorleistungspflichtige Bauhandwerker, Bauunternehmer, aber auch Architekt und Statiker die Möglichkeit, die Zahlung seiner Vergütung (Werklohnforderung) durch Eintragung einer Sicherungshypothek an einem Grundstück des Auftraggebers im Grundbuch zu sichern. Nach § 648 BGB kann der Bauhandwerker die Eintragung einer Sicherungshypothek am Grundstück des Bestellers für seine Forderungen aus dem Vertrag verlangen.

Er bekommt die Sicherungshypothek

also nicht automatisch, sondern muss seinen Anspruch notfalls gerichtlich durchsetzen. Dies kann mehrere Monate, vielleicht sogar Jahre dauern. Vor dieser überlangen Verfahrensdauer ist der Bauhandwerker geschützt, indem er seine Ansprüche kurzfristig im Wege der einstweiligen Verfügung im Grundbuch durch eine Vormerkung sichern kann.

Der neue § 648 a BGB bringt jetzt deutliche Veränderungen, die sich positiv für den Bauhandwerker auswirken können: Der Anspruch auf Erteilung der Bauhandwerkersicherung besteht jetzt auch dann, wenn der Besteller Erfüllung verlangen oder Mängelrechte geltend machen kann. Also auch dann, wenn der Auftragnehmer mangelhaft gearbeitet hat, kann er Sicherheit verlangen. Selbst wenn der Auftraggeber aufrechnet, hat dies nur dann Auswirkung auf die Höhe der Sicherheitsleistung, wenn die Aufrechnungsforderung unstreitig oder rechtskräftig festgestellt ist.

Es ist auch nicht mehr erforderlich anzukündigen, dass im Falle der Nichtbestellung der Sicherheit die Leistung verweigert wird. Der Bauhandwerker hat vielmehr nach fruchtlosem Fristablauf die freie Wahl, ob er „nur“ die Leistung verweigert, gleichzeitig auch den Auftraggeber auf Stellung der Sicherheit verklagt, oder den Vertrag kündigt. Kündigt er den Vertrag, hat er – und das ist neu (!) – Anspruch auf den restlichen Werklohn, wobei nur die ersparten Aufwendungen anzurechnen sind; das kann durchaus weit höher sein als die jetzt (vgl. unten) gesetzlichen vermuteten 5 Prozent der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung.

Werklohn bei gekündigten Verträgen – gesetzliche Vermutung von 5 %

Kündigt der Auftraggeber – ohne einen wichtigen Grund dafür zu haben – hatte der Auftragnehmer schon von

jeher einen Anspruch auf die restliche Vergütung, wobei er sich jedoch seine Ersparnisse anrechnen lassen musste. Das führte immer wieder zu Problemen in der Abrechnungspraxis und in der gerichtlichen Durchsetzung solcher Ansprüche. Deshalb wurde jetzt in § 649 BGB aufgenommen, dass eine (widerlegbare) Vermutung dafür spricht, dem Unternehmer stehen 5 Prozent der Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen zu. Gerade bei Handwerkern und Bauunternehmern, die nicht häufig mit einem höheren Gewinnanspruch als 5 Prozent kalkulieren, dürfte dies eine Erleichterung sein. Bei der Abrechnung eines gekündigten Architekten- oder Ingenieurvertrages bringt die neue Regelung nichts, denn dort liegen die Ansprüche weit darüber.

Fertigstellungsbescheinigung wird abgeschafft

Die Fertigstellungsbescheinigung hatte in der Praxis keine Bedeutung, so dass es richtig war, diese abzuschaffen.

Keine Privilegierung der VOB/B bei Verwendung gegenüber Verbrauchern statuiert

Ogbleich auch die VOB/B Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) darstellen, wurden sie einer Wirksamkeitskontrolle nach AGB-rechtlichen Bestimmungen entzogen, wenn die VOB/B insgesamt, d. h. inhaltlich unverändert, Vertragsbestandteil geworden ist, wenn deren Regelungen also nicht durch zusätzliche Vereinbarungen im Bauvertrag oder in zusätzlichen Vertragsbedingungen einer Partei wieder abgeändert worden sind – sog. Privilegierung. Es gibt Vorschriften in der VOB/B, die isoliert betrachtet einer Inhaltskontrolle nicht standhalten, weil sie zu sehr zum Nachteil eines Vertragspartners vom Gesetz abweichen. Dieser Nachteil wird aber durch andere, denselben Vertragspartner günstige Vorschriften wieder ausgeglichen, so dass die VOB/B in unveränderter Form nach bisheriger Rechtsprechung insgesamt als ausgeglichen gilt. In seinem Urteil vom 22.01.2004 (BGHZ 157, 346) hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass

jede vertragliche Abweichung von der VOB/B dazu führt, dass die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart ist. Es kommt nicht auf das Gewicht der Abweichung an. Der Bundesgerichtshof hat jetzt aber zusätzlich entschieden, dass bei der Verwendung der VOB/B gegenüber Verbrauchern jede einzelne Klausel der AGB-Kontrolle nach §§ 307 ff. BGB unterliegt (BGH vom 24.07.2008, Az.: VII ZR 55/07). Das heißt, dass die Privilegierung der VOB/B bei Verwendung gegenüber den Verbrauchern selbst wenn sie als Ganzes in den Vertrag einbezogen wurde, nicht mehr gilt. Das ist durch das neue Forderungssicherungsgesetz nunmehr ausdrücklich normiert.

Anwendung

Die neuen Vorschriften sind nur auf Schuldverhältnisse anzuwenden, die nach dem Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes entstanden sind. ■

Einseitiges Aufmaß – Risiko für die Vergütung

RA THOMAS SCHIEDER – Grundsätzlich wird bei der Vereinbarung eines VOB/B-Bauvertrages davon ausgegangen, dass die vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen in einem gemeinsamen Aufmaß genommen und dokumentiert werden. Kommt es zu keinem gemeinsamen, sondern lediglich zu einem einseitigen Aufmaß, ist in einem Vergütungsprozess der Auftragnehmer grundsätzlich nicht daran gehindert, seine Vergütungsforderung auf dieses einseitige Aufmaß zu stützen. Allerdings trägt er dann die volle Darlegungs- und Beweislast für die Richtigkeit des Aufmaßes und die Erbringung der darin dokumentierten Leistungen (vgl. OLG Naumburg, Urt. v. 06.09.2007, AZ: 1 U 17/07).

In der Entscheidung des Oberlandesgerichtes Naumburg hatten die Parteien in den Geschäftsbedingungen der Auftraggeberin ein gemeinsames Aufmaß vereinbart. Allerdings kam es dann nicht zu einer gemeinsamen Aufmaßnahme und der Auftragnehmer klagt eine zwischen den Parteien des Rechtsstreites strittig gebliebene Restforderung ein. Die Klage wurde rechtskräftig abgewiesen, weil der Auftragnehmer nicht beweisen konnte, dass sein Aufmaß richtig ist und wann und wo er welche Leistungen erbrachte. Das Oberlandesgericht stellt klar, dass einseitige Aufmäße inhaltlich vollständig vorgelegt werden müssen und insbesondere auch zu erläutern wären. Wenn man schon – ohne Not –

ein einseitiges Aufmaß zur Begründung einer Werklohnforderung heranzieht und kein gemeinsames Aufmaß nimmt, trägt der Auftragnehmer dann die volle Darlegungs- und Beweislast für die von ihm erbrachten Leistungen. Hieraus ergibt sich weiter, dass Ungenauigkeiten bzw. nicht nachvollziehbare Posten im Aufmaß dazu führen, dass der Werklohnanspruch hierfür nicht zugesprochen werden kann.

Anders würde die Angelegenheit wohl dann aussehen, wenn der Auftraggeber eine gemeinsame Aufmaßnahme verweigert oder den Auftragnehmer auf ein einseitiges Aufmaß verweist. ■

Das gefällelose Flachdach – Risiko für Planer und Unternehmer?

RA THOMAS SCHIEDER – Im Flachdachbau finden sich zunehmend häufig gefällelos geplante und errichtete Flachdächer, auch bezeichnet als 0°-Dächer.

Flachdächer ohne Gefälle bringen natürlich einige Vorteile mit sich, wie z. B. der um das Gefälle verminderte flachere Dachaufbau, der größere Raumhöhen bei gleichbleibenden Abstandsflächen ermöglichen kann. Gleichzeitig ergibt sich in den meisten Fällen auch eine ansprechende Optik, da die Dachaufkantungungen bzw. die „Attika“ entsprechend niedriger dimensioniert werden können und teilweise schlicht kostengünstiger sind.

Da sich auf einem gefällelos ausgeführten Flachdach zwangsweise Niederschlagswasser sammelt und sich nicht in jedem Falle innenliegende Entwässerungseinrichtungen an den Tiefpunkten der maximalen Durchbiegung des Daches befinden, stellt sich in der Beratungspraxis immer häufiger die Frage, ob ein derart gefällelos geplantes und ausgeführtes Flachdach den einschlägigen Normen und technischen Regeln entsprechen kann.

Dies ist im Hinblick auf die relevante Normenlage nicht völlig eindeutig und auch in der Sachverständigenpraxis umstritten. So sehen zwar einerseits die Flachdachrichtlinien in der Ausgabe September 2001 vor, dass Flächen, die für die Auflage einer Dachabdichtung und/oder der damit zusammenhängenden Schicht vorgesehen sind, für die Ableitung des Niederschlagswassers

mit einem Gefälle von mindestens 2 % geplant werden sollen. Andererseits regeln die Flachdachrichtlinien auch, dass Dächer und/oder Dachbereiche mit einem Gefälle von unter 2 % und begrünte Dächer mit Wasseranstau sogenannte „Sonderkonstruktionen“ sind, die besondere Maßnahmen erfordern, die eine höhere Beanspruchung in Verbindung mit stehendem Wasser auszugleichen geeignet sind.

Dem scheint zu entnehmen zu sein, dass Flachdächer auch in Übereinstimmung mit den Flachdachrichtlinien und DIN 18351 und 18195 errichtet werden können, die weniger als 2 % Gefälle oder eben überhaupt kein Gefälle aufweisen. Allerdings sind dann wiederum besondere Maßnahmen erforderlich, die beispielsweise auch in einer Erhöhung der vorgeschriebenen Foliendicke liegen können. Es fragt sich dann aber, wie die Dachentwässerung anzulegen ist, ob lediglich über außenliegende „Wasserspeier“ oder eine innenliegende Entwässerung, die natürlich – wie immer bei Leitung von Wasser durch ein Gebäude – wiederum technische Risiken mit sich bringt.

Es ist derzeit offensichtlich unter Sachverständigen umstritten, ob ein gefälleloses Dach überhaupt ohne das Vorliegen entsprechender Zwangsmomente als solches geplant werden kann oder ob dies zwar möglich ist, dann jedoch an den Tiefpunkten der größten Durchbiegung einer Dachfläche innenliegende Entwässerungseinrichtungen zu schaffen sind, die die Vorteile einer gefällelosen Dachkonstruktion weitgehend wieder zu neutralisieren scheint.

In Anbetracht der Tatsache, dass in Deutschland nach Angaben von Herstellern von Baumaterial mehrere Millionen Quadratmeter gefällelose Flachdächer geplant und errichtet wurden, ist sowohl die unklare Regelungslage in den einschlägigen Richtlinien und DIN-Normen schwer verständlich, als auch das Gewährleistungsrisiko für Planer und bauausführende Unternehmungen schwer beherrschbar. Dies schon vor dem Hintergrund, dass Sachverständige nicht begrünte gefällelose Dächer unterschiedlich zu beurteilen scheinen und eben auch keine eindeutige Normenlage festzustellen ist.

Empfohlen werden kann Planern, wie ausführenden Unternehmungen daher nur dringendst, den Bauherren in dokumentierbarer Art und Weise auf eventuelle Risiken, die sich aus der Erstellung eines 0°-Daches ergeben können, ausdrücklich schriftlich und damit – am besten im Vereinbarungswege – nachweisbar hinzuweisen. Nur auf diese Art und Weise lassen sich die soeben geschilderten Unsicherheitsmomente vermeiden. ■

Fragen zum Beitrag und zum Bau- und Architektenrecht beantworten Ihnen gerne
Rechtsanwälte und
**FACHANWÄLTE FÜR
DAS BAU- UND
ARCHITEKTENRECHT
THOMAS SCHIEDER
TILMANN SCHELLHAS**
Tel. 0911 588 888-0