

Rundbrief 5 – August 2014**1. Bürgschaft für strittige Forderungen**

Es ist sinnvoll, in Bauverträgen Vereinbarungen zu treffen, die eine kostenträchtige Eskalation zwischen den Parteien während des Bauvorhabens vermeiden helfen und den oft durch schwierige rechtliche und tatsächliche Erwägungen geprägten Streit „in Ruhe“ nach Abschluss der Baumaßnahme führen zu können, ohne dass eine Partei ein unangemessenes Insolvenzrisiko eingeht.

Mit einer solchen Klausel hatte sich der BGH in der Entscheidung vom 26.06.2014 – VII ZR 289/12 zu beschäftigen. Hier der Inhalt dieser Entscheidung:

Stellt ein Auftraggeber gemäß vertraglicher Regelung „Macht einer der Vertragspartner Leistungsverweigerungs- oder Zurückbehaltungsrechte geltend, so ist er verpflichtet, denjenigen Betrag zu beziffern, wegen dessen er das Recht geltend machen will. Der andere Vertragspartner ist in diesem Fall berechtigt die Geltendmachung des Leistungs- oder Zurückbehaltungsrecht durch Sicherheitsleistung in Höhe des bezifferten Betrages abzuwenden. Sicherheit kann insbesondere durch eine selbstschuldnerische Bürgschaft geleistet werden“ kann die Herausgabe der Bürgschaft unmittelbar mit Abrechnungsreife herausgefordert werden, denn die Hingabe der Bürgschaft hatte allein den Zweck, die Streitigkeiten der Parteien auf einen späteren, nach Erbringung der Leistungen liegenden Zeitpunkt zu verschieben. Im Verfahren auf Herausgabe ist dann zu klären, ob die vom Auftragnehmer geltend gemachten Forderungen berechtigt sind.

Hinweis:

Unbedingt in den zu schließenden Bauvertrag eine entsprechende Klausel aufnehmen, die Vorstehendes regelt und auch Streitigkeiten wegen Mängel am Bauwerk während der Ausführung und vor Abnahme der Werkleistung mit erfasst.

Hier folgender Formulierungsvorschlag:

Nachtragsleistungen – Leistungsverweigerungs- und Zurückbehaltungsrechte

Der NU ist verpflichtet, weitere und/oder geänderte Leistungen auf Anordnung von Unternehmer zu erbringen.

Besteht zwischen U und NU Streit darüber, ob diese angeordneten Leistungen Zusatzleistungen sind oder sie zu den geschuldeten Leistungen gehören und somit vom Leistungssoll und der vereinbarten Vergütung erfasst sind, oder besteht Streit darüber, ob Mängel an der bisher erbrachten Werkleistung Mängel vorhanden sind oder nicht und besteht U auf Beseitigung, gilt zur Vermeidung der

Unterbrechung, des Stillstands oder gar der Kündigung des Vertragsverhältnisses durch NU oder U folgendes:

- a. *NU nicht berechtigt, die Durchführung der Arbeiten zu verweigern und ein Leistungsverweigerungs- oder Zurückbehaltungsrecht geltend zu machen.*
- b. *U ist wegen Mängel an der bisher erbrachten Werkleistungen nicht berechtigt, solche Rechte (Leistungsverweigerungs- oder Zurückbehaltungsrechte) geltend zu machen.*
- c. *In diesen Fällen ist der jeweilige Vertragspartner, der solche Rechte erhebt, verpflichtet, denjenigen Betrag zu beziffern, wegen dessen er die Rechte geltend macht. Der andere Vertragspartner ist in diesem Fall berechtigt, die Geltendmachung des Leistungsverweigerungs- oder Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung in Höhe des bezifferten Betrags abzuwenden. Die Sicherheit kann in Form einer selbstschuldnerischen Bürgschaft einer deutschen Bank, Sparkasse oder Genossenschaftsbank erbracht werden.*
- d. *Die hingeebene Bürgschaft, ist nach Abrechnungsreife der geschuldeten Werkleistungen zurückzugeben und es kann die Herausgabe der Bürgschaft eingeklagt werden; im Rahmen der Klage auf Herausgabe der Bürgschaft ist dann zu prüfen, ob die Nachtragsforderungen berechtigt sind oder die Mängelansprüche zu Recht bestanden.*

2. Insolvenz und Nichtfortführung der Baumaßnahme droht

Es kommt nicht selten vor, dass gerade bei Errichtung von Bauwerken im Bauherrenmodell der Investor in Zahlungsschwierigkeiten kommt, ein Lieferant von Bauteilen/ Subunternehmer von Bauwerksleistungen, der bereits hohe offene Forderungen aus vorausgegangenen Bauteillieferungen/Werkleistungen hat, sich weigert, weitere Lieferungen/ Bauwerksleistungen vorzunehmen und deshalb die Beendigung des Bauvorhabens ernsthaft in Gefahr gerät.

Was kann man tun, um dieses Situation zu vermeiden?

Hier zeigt das Urteil des BGH vom 17.07.2014 – IX ZR 240/ 13 eine Lösungsmöglichkeit. Der amtliche Leitsatz dieser Entscheidung:

Trifft ein zahlungsunfähiger Schuldner mit seinem Auftraggeber (Bauherrn) und seinem Lieferanten vor der Fälligkeit der nächsten Kaufpreistrate die Vereinbarung, dass der Kaufpreis für die vom Lieferanten zu liefernden Bauteile von dem Auftraggeber vor der Lieferung direkt gezahlt werde, kann in dem vom Schuldner veranlassten Direktzahlung eine kongruente Deckung liegen und der Schuldner trotz erkannter Zahlungsunfähigkeit ohne Benachteiligungsvorsatz handeln.

Vorteil:

Wird der Schuldner dann doch noch insolvent, kann der Insolvenzverwalter von dem Lieferanten aus Insolvenzanfechtung keinen Zahlungsanspruch auf Rückzahlung geltend machen, weil es an der Gläubigerbenachteiligung fehlt.

Zur Begründung führt der BGH in der zitierten Entscheidung aus:

- grundsätzlich ist zwar eine Direktzahlung durch den Auftraggeber an den Subunternehmer oder Lieferanten seines Auftraggebers eine inkongruente Leistung i.S. § 131 Abs. 1 InsO, denn Subunternehmer und Lieferanten haben aufgrund ihres Werk- oder Werklieferungsvertrages regelmäßig keinen Anspruch gegen den Auftragnehmer auf Zahlung des Werklohns oder des Kaufpreises durch den Auftraggeber. Befriedigungen, die nicht in der Art erbracht werden, in der sie geschuldet sind, gewähren eine inkongruente Deckung i.S. von § 131 Abs. 1 InsO und sie sind nicht geschuldete Direktzahlungen und deswegen dem Empfänger gegenüber als inkongruente Deckung anfechtbar und die erhaltenen Beträge sind zurückzuzahlen
- ein Abänderungsvertrag stellt allerdings dann keine unwirksame Kongruenzvereinbarung dar, wenn sie nicht anfechtbar ist.
 - a. Vertragsparteien können den Inhalt ihrer Vereinbarungen noch abändern, ohne den Charakter der Bardeckung zu gefährden, wenn sie die Abänderungsvereinbarung treffen, bevor die erste Leistung eines Vertragsteils erbracht ist. Dies ist der Fall, wenn zum Zeitpunkt der Abänderungsvereinbarung weder die Lieferung noch die Werkleistung erbracht ist und die Direktzahlung nur die danach erfolgte Leistung betrifft
 - b. Der Auftraggeber nicht mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz handelt. Dies ist bei einer dreiseitigen Vereinbarung und den danach unmittelbar nach den Zahlungen zu erfolgenden Auslieferungen oder Bauleistungen nicht der Fall, da sie bewirken, dass das Bauvorhaben fortgesetzt wird und somit zum Wohle aller Gläubiger den noch ausstehenden Werklohn verdienen konnte
 - c. Ein Gläubigerbenachteiligungsvorsatz auszuschließen ist, wenn der Schuldner in einem engen zeitlichen Zusammenhang eine kongruente Gegenleistung für die von ihm empfangene Leistung erbringt, welche zur Fortführung seines eigenen Unternehmens nötig ist und damit den Gläubigern im Allgemeinen nützt. Dies gilt auch bei vereinbarter Vorkasse für die von diesem erbrachten Leistungen. Mithin kann der subjektive Tatbestand entfallen, wenn im unmittelbaren Zusammenhang mit den potentiell anfechtbaren Rechtshandlungen eine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gelangt, also ein Leistungsaustausch ähnlich einem Bargeschäft stattfindet.

Formulierungsvorschlag für eine solche Vereinbarung:

Fa. A- GmbH (Schuldnerin) steht in ständiger Geschäftsbeziehung zu B-GmbH (Lieferung/ Nachunternehmer), die für A-GmbH Lieferungen/ Werkleistungen erbracht hat. Hierfür bestehen erhebliche Zahlungsrückstände gegenüber B-GmbH. Versprochene Ratenzahlungsvereinbarungen und/oder versprochene Sicherheiten erbrachte A-GmbH nicht. Die B-GmbH ist daher nicht bereit weitere Lieferungen/ Werkleistungen für A-GmbH an dem Bauvorhaben des Bauherrn C-GmbH zu erbringen, wodurch die Fertigstellung des Bauvorhabens der C-GmbH gefährdet ist. Um die Fertigstellung zu gewährleisten vereinbaren A-GmbH, B-GmbH und C-GmbH folgendes:

Für die noch an dem Bauvorhaben zu liefernde Bauteile/zu erbringenden Bauwerksleistungen zum Wert von € erbringt C-GmbH eine Vorauszahlung direkt an B-GmbH, die unmittelbar nach Zahlungseingang die noch zu liefernden Bauteile liefert/ noch zu erbringenden Werkleistungen durchführt.

Ort, Datum

Unterschriften

A-GmbH

B-GmbH

C-GmbH

3. Unerheblichkeit versteckter Änderungen in Annahmeerklärung

Es ist allgemein bekannt, dass die Annahmeerklärung eines Angebots die Ablehnung desselben verbunden mit einem neuen Antrag ist (§ 150 BGB), der wiederum auch konkludent angenommen werden dadurch, dass der Empfänger, ohne zu widersprechen, die Leistungen danach ausführt, was manchmal weitreichende rechtliche und wirtschaftliche Nachteile mit sich bringt.

Zu dieser Problematik ist nunmehr eine interessante neue Entscheidung erlassen (BGH Ur. v. 15.05.2014 – VII ZR 334/12). Der Entscheidung zugrundeliegender Sachverhalt:

Nach einem Angebot eines Unternehmers über auszuführende Arbeiten übersandte der Bauherr dem Unternehmer einen Auftrag zur Unterzeichnung. Dort war festgelegt für die Zahlungen:

Abschläge in Höhe von 90% auf die erbrachten Leistungen

5% nach Fertigstellung und Abnahme

5% Sicherheitseinbehalt auf die Dauer der Gewährleistungszeit

Der Unternehmer sandte mit Anschreiben, dessen Wortlaut lautete: Anbei erhalten sie 2 Exemplare des Bauvertrages unterschrieben zurück. Wir möchten sie bitten, ein Exemplar an uns unterschrieben zurückzusenden.

Tatsächlich war aber der Inhalt der Zahlungsweise und zum Sicherheitseinbehalt gelöscht und an deren Stelle mit geändert worden mit identischer Schrifttype stattdessen folgender Text eingefügt:

Der Auftraggeber verpflichtet sich, die gesamte Summe an den Auftragnehmer auszahlen. Verrechnungen mit alten Bauvorhaben dürfen nicht vorgenommen werden.

Der Auftraggeber bemerkte diese Änderung nicht. Er hatte schon zuvor mit dem Unternehmer ein Bauvorhaben durchgeführt und machte in diesem wegen Mängel einen Kostenvorschussanspruch geltend und verrechnete diesen mit dem Werklohnanspruch aus dem zweiten Vertrag

Der BGH ist der Auffassung, dass die Verrechnungsabrede in dem geänderten Vertrag nicht greift. Der Leitsatz der Entscheidung lautet:

Die Grundsätze von Treu und Glauben erfordern, dass der Empfänger eines Vertragsangebots seinen davon abweichenden Vertragswillen in der Annahmeerklärung klar und unzweideutig zum Ausdruck bringt.

Diese Anforderungen können im Einzelfall nicht gewahrt sein, wenn der Empfänger eines schriftlichen Angebots an Stelle des ursprünglichen Textes die von ihm vorgenommenen wesentlichen Änderungen mit gleichem Schriftbild so in den Vertragstext einfügt, dass diese nur schwer erkennbar sind, und in einem Begleitschreiben der Eindruck erweckt wird, er habe das Angebot unverändert angenommen.

Erk Winkelmann
Rechtsanwalt und Notar a. D.
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht