

Sicherung von Bauforderung

Vortrag im Rahmen des Rockwoolforums

vom 15.11.2012 in Dortmund

I. Einleitung

Die Sicherung von Bauforderung spielt in der Praxis eine erhebliche Rolle, weswegen der Gesetzgeber unter anderem mit Einführung und Änderung des § 648a BGB, aber auch mit Einführung des § 632 a BGB im Rahmen des am 01.01.2009 in Kraft getretenen Forderungssicherungsgesetzes zusätzlich Regelungen getroffen hat, um einerseits den Bauunternehmer zu sichern, andererseits eine Beschleunigung der Zahlung zu erreichen. Die Beschleunigung der Zahlung entspricht auch einer Vorgabe der Europäischen Union, weswegen ja die VOB/B 2012 hinsichtlich der Zahlungsfälligkeiten bzw. des Prüfungszeitraumes der Schlussrechnung abgeändert wurde. Der Zeitraum der Prüfung beträgt jetzt nur noch 30 Tage und nicht mehr wie früher 2 Monate. 60 Tage kann eine Schlussrechnung nur in großen Ausnahmen überprüft werden, die vorher vertraglich geregelt werden müssen.

Im folgenden Vortrag möchte ich eingehen auf den § 648 a BGB, die Bestellung einer Sicherungshypothek gem. § 648 BGB, auf die Voraussetzungen von Abschlagszahlungen nach BGB gem. § 632 a BGB, auf die Auswirkung des Gesetzes zur Sicherung von Bauforderungen neu gefasst durch das FoSigG und einer neuen Entscheidung des OLG Jena sowie letztlich auf die Insolvenzverschleppungshaftung von GmbH-Geschäftsführern.

II. Sicherheitsleistung, § 648a BGB

Beginnen wir zunächst mit der Vorschrift des § 648 a BGB. Danach kann der Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon Sicherheit für seine Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen verlangen.

1. Art der Sicherheit

Die Art der zu stellenden Sicherheit ist im Gesetz ausdrücklich geregelt. Gestellt werden muss eine Garantie oder ein Zahlungsverprechen eines Kreditinstitutes oder eines Kreditversicherers im Geltungsbereich des BGB. Die Gesetzänderung ab 01.01.2009 hat zu einer deutlichen Verbesserung zur Stellung des Unternehmers geführt, weil ihm ein Anspruch auf Sicherheitsleistung zusteht, den er im Wege der Klage durchsetzen kann. Nach altem Recht war das nicht der Fall, hier endete der Auftrag automatisch, wenn der Besteller die vom Unternehmer gesetzte Nachfrist versäumt hat. Das Versprechen muss so sein, dass der Unternehmer vom Kreditinstitut oder vom Kreditversicherer unmittelbar Zahlung seiner erbrachten Leistung verlangen kann. (BGH Urteil v. 09.11.2000 VII ZR 82/99) Das Kreditinstitut hat nach dem Gesetz lediglich die Möglichkeit, dem Unternehmer gegenüber zu erklären, dass für künftige nach Zugang der Erklärung noch nicht erbrachte Leistungen die Garantiepflcht entfällt. Dann kann der Unternehmer seine Arbeiten zurückhalten.

1. Wer ist Berechtigter und kann die Sicherheit verlangen:

Jeder der Unternehmer ist und an einem Bauwerk tätig ist. Das gilt zunächst sowohl für unmittelbar vom Bauherren und Grundstückeigentümer beauftragte Unternehmer. § 648a BGB gilt aber auch für Subunternehmer und selbstverständlich auch für Architekten, Tragwerksplaner und Sonderfachleute, die aufgrund eines Werkvertrages für den jeweiligen Besteller, zum Beispiel Generalunternehmer oder auch als Subunternehmer oder sogar als Subsubunternehmer tätig werden.

Auch bei lediglich planerischen Leistungen, die sich noch nicht im Bauwerk verwirklicht haben, also vor Baubeginn erbracht wurden, bejaht beispielsweise das OLG Düsseldorf Baurecht 2005 Seite 585 und der überwiegende Teil der Literatur einen Anspruch auf Sicherheitsleistung (Pastor in Werner-Pastor Rdn. 323). Dies dürfte auch richtig sein, weil es nicht darauf ankommt, im Rahmen des § 648 a BGB ob sich das Bauvorhaben bereits konkretisiert hat. Es bedarf lediglich eines Werkvertrages und der entsprechenden Honorarvereinbarung.

2. Anspruchsgegner

Anspruchsgegner ist der Besteller, also derjenige der den Auftrag zur Bauleistung erteilt hat. Beispielsweise ist Besteller beim Subunternehmer der Haupt- oder Generalunternehmer

oder Generalunternehmer ohne Rücksicht auf das Eigentum am Baugrundstück, diese Kette kann sich ohne weiteres weiter nach unten verlängern (Sub-Subunternehmer).

Es gibt Ausnahmen, wann eine Sicherheitsleistung nicht verlangt werden kann. Dies gilt für öffentlich rechtliche Besteller, also ausschließlich öffentlich rechtliche Sondervermögen. Dazu gehören beispielsweise Privatunternehmen, die der öffentlichen Hand gehören. Hier kann selbstverständlich Sicherheit verlangt werden. Weitere Ausnahme ist der Besteller eines Einfamilienhauses mit und ohne Einliegerwohnung. Diesbezüglich kann eine Sicherheit dann nicht verlangt werden.

3. Wann entsteht der Anspruch und in welcher Höhe:

Der Anspruch entsteht mit Vertragsabschluss in voller Höhe des Vergütungsanspruchs, der nach dem Vertrag geschuldet wird unabhängig davon, ob der Unternehmer überhaupt eine Leistung erbracht hat. Gesichert werden sollen seine Vorleistungen. Der Unternehmer kann deswegen den berechtigten, aber nicht erfüllten Vergütungsanspruch in jeder Situation des Bauvorhabens zur Grundlage eines Sicherungsverlangens machen. Dies gilt vor und nach Abnahme und auch nach Kündigung durch den Besteller, der Anspruch auf Sicherheitsleistung besteht auch dann, wenn die Schlussrechnung gestellt worden ist. Er besteht auch, wenn der Unternehmer insolvent geworden ist (OLG Celle Urteil vom 25.04.2012 7 U 234/11). Es sind damit absicherbar alle Ansprüche aus gekündigtem Werkvertrag, aus Zusatzleistungen, wie beispielsweise Ansprüche aus § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B, Ansprüche aus nichtgesicherten Nachtragsforderungen, Schadensersatzansprüche statt der Leistung. Es geht immer um den vollen vertraglichen Vergütungsanspruch einschließlich zusätzlicher oder geänderter Leistungen. (Pastor a.a.O. Rdn. 328 m.w.N.)

Für den Fall, dass der Unternehmer Mängel verursacht hat, bedeutet das nicht, dass sich der Anspruch auf Sicherheitsleistung bzw. das Sicherungsverlangen der Höhe nach mindert, solange der Unternehmer rechtlich und tatsächlich in der Lage ist, die vorhandenen Mängel zu beseitigen und hierzu auch bereit ist. (BGH 09.11.2000 VII ZR 82/99)

Streitige Ansprüche zwischen den Beteiligten berühren das Sicherungsinteresse des Werkunternehmers nicht, die entsprechende Sicherheit ist zu stellen. Nur unstrittige Gegenansprüche beispielsweise auf Schadensersatz können den Vergütungsanspruch und damit das Sicherungsverlangen mindern. (Pastor a.a.O. Rdn 330)

Die Sicherheit kann auch verlangt werden für nichtbefriedigte Ansprüche nach Abnahme der Werkleistung, ausdrücklich nunmehr in § 648 a BGB geregelt und war vorher schon geregelt durch entsprechende Entscheidung des BGH. BGH Urteil vom 09.12.2004 VII ZR 199/03). Nur dann, wenn der Unternehmer nicht bereit oder nicht mehr in der Lage ist, die von ihm geschuldete Leistung zu erbringen, darf er keine Sicherheit mehr verlangen.(BGH Urteil vom 27.09.2007 VII ZR 80/05; Pastor a.a.O. Rdn. 331) Hieran sind strenge Anforderungen zu stellen, die Insolvenzeröffnung allein reicht dazu nicht aus. OLD Düsseldorf, BauR 2005, 573 22 U 108/03)

Auch dann, wenn der Unternehmer eine überhöhte Sicherheit fordert, führt das nicht dazu, dass das Sicherungsverlangen insgesamt unberechtigt ist (BGH Urteil vom 09.11.2000 VII ZR 82/99). Der Besteller kann deswegen auf eine Zuvielforderung nicht dadurch reagieren, dass er gar nichts macht, sondern er muss dem Besteller dann die richtige bzw. die Bestellung der richtigen Sicherheit anbieten (BGH Urteil vom 09.11.2000 VII ZR 82/99). Der Besteller muss deswegen Sicherheit in der Höhe leisten, wie sie vom ihm gemäß einem nachvollziehbar begründeten Sicherungsverlangen geschuldet ist.

In der Praxis müssen beide Parteien jedoch davor gewarnt werden, eine Kündigung des Werkvertrages auszusprechen, wenn aus ihrer Sicht eine zu hohe Sicherheit gefordert bzw. eine zu niedrige angeboten wird. Beide laufen dann Gefahr, eine unberechtigte Kündigung auszusprechen mit der Folge, dass der Unternehmer seinen Vergütungsanspruch verliert oder der Besteller den Mehraufwand nach Kündigung nicht durchsetzen kann und darüberhinaus den Unternehmer vergüten muss. Beide haben dann erhebliche Verluste zu tragen, je nachdem wie ein Rechtsstreit dann ausgeht. (Schmitz in Kniffka, Bauvertragsrecht, § 648a Rdn. 64)

4. Fristsetzung

Gem. § 648 a Abs. 5 BGB kann der Unternehmer dem Besteller eine Frist setzen zur Erbringung der Sicherheit. Nach Fristablauf ist der Unternehmer berechtigt, weitere Leistung, zum Beispiel Mängelbeseitigungsmaßnahmen, zu verweigern oder den Vertrag zu kündigen. Anders als in der bisherigen Rechtslage, bei der der Vertrag automatisch auslief, kann der Besteller, wenn er berechtigt kündigt, nunmehr die nach dem abgeschlossenen Vertrag insgesamt geschuldeten Vergütungen abzüglich ersparter Eigenaufwendungen verlangen.

Fällig wird der Werklohn für erbrachte Leistungen jedoch erst nach Abnahme, der Unternehmer muss deswegen auf Abnahme seiner Leistung hinwirken oder nachweisen, dass seine Leistung abnahmefähig ist. (Schmitz a.a.O Rdn. 133)

Der Unternehmer ist jedoch verpflichtet, während des Laufes der Frist, weiter zu arbeiten und ist nicht berechtigt, bereits vor Fristablauf seine Leistung einzustellen. Unabhängig von dem Recht, die Leistung einzustellen, bleibt der Unternehmer verpflichtet, den Besteller nicht zu schädigen, d. h. er muss ggf. ihn warnen vor künftigen Schäden, die durch die Arbeitseinstellung entstehen und ggf. muss er selbst Schutzmaßnahmen vornehmen. (OLG Koblenz Urteil vom 27.11.2003 5 U 1880/01 NJW RR 2004, S. 667; Schmitz a.a.O. § 648a Rdn. 107ff)).

5. Pattsituation

Häufig entsteht der Streit um die Bestellung der Sicherheit gem. § 648 a BGB bei einem Streit um Mängelbeseitigungsansprüche, es gibt dann einen sogenannten praktischen Wettlauf um Fristen mit der Folge einer Pattsituation. (Pastor, a.a.O. Rdn. 332 ff; Schmitz a.a.O. Rdn. 111)

Eine berechtigte Leistungsverweigerung des Unternehmers hat nämlich zur Folge, dass der Besteller keine Leistung verlangen kann, d. h. auch keine Mängelbeseitigung. Der Unternehmer kann vielmehr den Vertrag kündigen und behält seinen Anspruch auf Vergütung, jedoch kann er keine Vergütung verlangen für mit Mängeln behaftete Leistungen. Hat aber der Besteller dem Unternehmer bereits eine Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt so ist diese abgelaufen bevor der Unternehmer wie § 648 a BGB die Sicherheit gefordert hat, hat der Besteller die Wahl, ob er noch weiter die Nacherfüllung verlangt oder Ansprüche auf Vorschuss, Schadensersatz oder Minderung geltend macht und diese selbstverständlich zur Aufrechnung stellt. Eine Pattsituation zwischen den Beteiligten kann entstehen, wenn der Besteller die Sicherheit nicht stellt und der Unternehmer den Werkvertrag nicht kündigt. (Schmitz a.a.O. Rdn. 111) Der Besteller hat ja häufig ein Interesse daran, dass die Arbeiten fortgesetzt werden bzw. die Mängel beseitigt werden. In diesem Fall bleibt dem Besteller nur die Möglichkeit, weil er den Unternehmer nicht zur Kündigung zwingen kann, seinerseits vom Recht der Kündigung nach § 649 Gebrauch zu machen mit der Folge, dass der Unternehmer sein Werklohnanspruch behält, aber natürlich gekürzt um die Kosten der Mängelbeseitigung. Unternehmer kann seinerseits die Pattsituation beenden indem er von seinem Kündigungsrecht aus § 648a BGB Gebrauch macht. Er muss dann aber eine Nachfrist zur

Gestellung einer Sicherheit setzen. Er behält dann ebenfalls den Anspruch auf Leistungsvergütung, abzüglich der Mängelbeseitigungskosten, weil er dann keine weitere Mängelbeseitigungsleistungen mehr erbringen muss, wenn eine Mängelbeseitigung noch möglich ist oder abzüglich Minderwert wenn Mängelbeseitigung unverhältnismäßig ist. (Pastor a.a.O. Rdn. 334f.; Schmitz a.a.O Rdn. 112; BGH Urteil 09.12.2004 VII ZR 199/03; BGH Urteil v. 12.10.2006 VII ZR 307/04)

Das Verlangen nach Sicherheit ist im Übrigen formfrei, es muss keine Androhung der Kündigung erfolgen, wenn der Unternehmer eine angemessene Frist zur Bestellung der Sicherheit geleistet hat und die Frist abgelaufen ist. Der Unternehmer muss allerdings die Vorgaben des § 648a BGB einhalten, er darf z.B. keine Bankbürgschaft verlangen (Schmitz a.a.O. Rdn. 102).

6. Verhältnis zu § 648 BGB

Das Gesetz regelt in § 648a Abs. 4 ausdrücklich, dass eine Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek nicht verlangt werden kann, in dem Umfang, in dem eine Sicherheit nach § 648a BGB gestellt worden ist. Der umgekehrte Fall ist gesetzlich nicht geregelt. Nach allgemeiner Auffassung ist bei einer Absicherung durch Sicherungshypothek ein Anspruch auf Gewährung der Sicherheit gem. § 648a BGB nur insoweit ausgeschlossen, als die Sicherheiten gleichwertig oder annähernd gleichwertig sind. (Pastor a.a.O. Rdn. 317; Schmitz a.a.O Rdn. 81; OLG Dresden BauR. 2008, S. 1161 6 U 1213/06).

7. Kosten der Sicherheit

§ 648a Abs. 3 BGB verpflichtet den Unternehmer, dem Besteller die Kosten der Sicherheit bis zur Höhe von 2% des gesicherten Betrages zu erstatten. Der Anspruch ist fällig nur in Höhe der nachweislich tatsächlich dem Besteller entstandenen Kosten und zahlbar nachdem sie angefallen sind. Sie können gegen Abschlagszahlungen aufgerechnet werden. (Schmitz a.a.O. Rdn. 95)

III. Sicherungshypothek § 648 BGB

Die Sicherungshypothek des Bauunternehmers gem. § 648 BGB hat nicht die Schlagkraft wie das Verlangen nach einer Sicherheitsleistung gem. § 648a BGB. Allerdings ist die Sicherungshypothek auch heute noch, wenn sie im Grundbuch eingetragen ist, ein geeignetes Druckmittel, um den ggf. schleppenden Zahlungsweisen des Bestellers beizukommen (Pastor, a.a.O. Rdn. 183). Die Sicherungshypothek hat nämlich häufig die

wirtschaftliche Wirkung einer Grundbuchsperrung mit der Folge, dass Belastungen, Veräußerungen und Nachfinanzierungen nur noch mit Zustimmung des gesicherten Unternehmers vorgenommen werden können. Es gibt keine Parallelvorschrift zu § 648a Abs. 7 BGB mit der Folge, dass individualvertraglich der Anspruch ausgeschlossen werden kann.

1. Wer ist Anspruchsberechtigt?

Anspruchsberechtigt ist zunächst der Bauunternehmer, der eine werkvertragliche Leistung aufgrund eines Werkvertrages für den Grundstückseigentümer erbracht hat. Hintergrund für die Einräumung der Sicherungshypothek ist die Tatsache, dass der Bauunternehmer, der eine Wertverbesserung auf dem Grundstück geschaffen hat, in Höhe dieser geschaffenen Wertverbesserung sich auf dem Grundstück besichern kann und besichern soll.

Sicherungsgegenstand ist der geschaffene Mehrwert auf dem Grundstück des Bestellers durch den Unternehmer. Mit dem Bau muss deswegen immer begonnen worden sein, bevor der Anspruch besteht. (OLG Hamburg, BauR 2009, S. 1452; Pastor, a.a.O. Rdn 237) Immer muss es sich um Arbeiten handeln, die an einem Bauwerk, nicht an einem Grundstück, vorgenommen werden. Freianlagen werden über § 648a BGB gesichert. Bauwerk ist eine unbewegliche, durch Verbindung von Arbeit und Material mit dem Erdboden verbundene Sache. (Pastor a.a.O. Rdn. 203 m.w.N.) Zu derartigen Arbeiten gehören z.B. auch Baureinigungsarbeiten, weil die Befreiung des Bauvorhabens von Bauschutt und anderen Rückständen auf die Herstellung des Bauwerks gerichtet (OLG Celle BauR 1976 S. 365).

Gesichert wird auch nach Baubeginn:

Der Werklohnanspruch des lediglich planenden Architekten OLG Koblenz NZBau 2006, S. 188

Der Anspruch des Tragwerksplaners (Pastor, a.a.O. Rdn. 217)

Der Anspruch des Grundstücksvermessers bei Vermessung zum Zwecke der Bebauung (BGH BauR. 1972, S. 255)

Lieferanten von Baumaterialien scheiden als Bauunternehmer aus.

2. Grundstück des Bestellers

Ein Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek besteht jedoch nur am Grundstück des Bestellers, d. h. Besteller und Eigentümer müssen identisch sein. Das bedeutet, dass der Subunternehmer des Generalunternehmers beispielsweise eine Sicherungshypothek

nicht eintragen lassen kann, weil der Generalunternehmer eben nicht Grundstückeigentümer ist. Nur in Ausnahmefällen kann davon abgewichen werden, wenn z.B. der Besteller eine GmbH ist, aber Grundstückseigentümer der alleinige Gesellschafter der GmbH, dem die Vorteile aus der Bauleistung zu Gute kommen. (BGH NJW 1988, S. 255)

3. Mängel und Sicherungshypothek

Ein Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek besteht nur in Höhe der mangelfrei erbrachten Leistung, weil nur insoweit ein absicherungsfähiger Wertzuwachs feststellbar ist. (Pastor, a.a.O. Rdn. 234 m.w.N.) Der Bauherr hat ein schutzwürdiges Interesse daran, dass sein Grundstück nicht mit Sicherungshypotheken belastet wird, mit denen kein entsprechender Wertzuwachs des Grundstücks verbunden ist. (BGH, BauR. 1977, S. 208) Es gibt deswegen auch keinen Anspruch auf Eintragung „Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung“, weil aus grundbuchlicher Sicht nicht praktikabel. (BGH a.a.O.)

4. Einstweilige Verfügung

Der Anspruch auf Eintragung der Sicherungshypothek ist durch Vormerkung sicherbar. Diese Vormerkung wird nach Erlass einer einstweiligen Verfügung im Grundbuch des Bestellers eingetragen in Höhe der mangelfreien Werkleistungen, die der Unternehmer jeweils erbracht hat. Die entsprechende einstweilige Verfügung ergeht in der Regel innerhalb kurzer Zeit und in der Regel auch ohne mündliche Verhandlung, wenn die Ansprüche hinreichend glaubhaft gemacht worden sind. Hiervon erhält der Besteller erst Kenntnis, wenn die Vormerkung im Grundbuch eingetragen worden ist. Hiergegen richtet sich dann in der Regel der Widerspruch des Bauherren, der durch Vorlage von Privatgutachten oder in anderer Weise das Vorliegen von Mängeln glaubhaft macht, um die Vormerkung ganz oder teilweise aus dem Grundbuch wieder zu entfernen. (Pastor a.a.O. Rdn. 272ff). Dabei hilft ihm jedenfalls vor Abnahme die Beweislastverteilung, denn vor Abnahme muss der Unternehmer die Mängelfreiheit seiner Leistung beweisen. Eine detaillierte Mängelaufstellung des bauleitenden Architekten und eine entsprechende Zeugenaussage in der mündlichen Verhandlung wird der Unternehmer kaum etwas entgegenzusetzen haben.

5. Schutzschrift

Gerade weil die Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek bzw. die entsprechende Vormerkung zur Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek wirtschaftlich die Wirkung einer Grundbuchsperre hat, hat sich das Rechtsinstitut der

Schutzschrift entwickelt, die der Auftraggeber bei Gericht einreichen kann, damit das Gericht die Argumente des Auftraggebers bei Eingang der einstweiligen Verfügung bereits berücksichtigt bzw. berücksichtigen kann. Die Einreichung einer Schutzschrift ist insbesondere dann sinnvoll, wenn Unklarheiten hinsichtlich des Leistungsumfangs bestehen und der Auftraggeber der Auffassung ist, dass Mängel an der Leistung des Auftragnehmers vorhanden sind, weil ja Mängel nicht zu einem Wertzuwachs führen und damit kein Anspruch auf Einräumung einer Sicherheit besteht. Sinnvoll ist es, in der Schutzschrift bereits die detaillierte Mängelaufstellung mit Bewertung durch den Architekten einzureichen.

Vollzogen werden muss die einstweilige Verfügung durch eine Klage auf Eintragung einer Sicherungshypothek. Die Zahlungsklage, also die Werklohnklage allein, würde hierzu nicht ausreichen.

IV. Abschlagszahlungen gem. § 632a BGB

Mit dem Forderungssicherungsgesetz vom 23.10.2008, welches am 01.01.2009 in Kraft trat, wurde die Regelung des § 632a BGB vollständig neu gefasst. Abschlagszahlungen waren im BGB nicht geregelt, grundsätzlich konnte der Werkunternehmer im Rahmen eines BGB-Vertrages Abschlagszahlungen nicht verlangen, sondern er musste seine Vorleistungsverpflichtung vollständig erfüllen bis zur Abnahmereife seiner Leistung und dann nach Abnahme seinen Werklohn fällig stellen. Eine Ausnahme ist § 641 Abs. 1 Satz 2, wenn das Werk in Teilen abzunehmen war und die Vergütung für die einzelnen abnahmefähigen Teile bestimmt gewesen sind. (Werner, in Werner-Pastor, a.a.O. Rdn. 1585)

1. Berechtigung:

Der Auftragnehmer kann danach vom Auftraggeber für eine vertragsgemäße erbrachte Leistung eine Abschlagszahlung in der Höhe verlangen, in der der Auftraggeber einen Wertzuwachs erlangt hat. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abschlagszahlung nicht verweigert werden, die Leistung ist durch eine Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistung ermöglicht. Das kommt der Prüfbarkeit gem. VOB/B sehr nahe. Für Baustoffe oder Bauteile die angeliefert oder eigens angefertigt werden müssen, kann eine Abschlagszahlung verlangt werden, wenn nach Wahl des Auftraggebers Eigentum übertragen wird oder Sicherheit verlangt wird. Ist der Auftraggeber Verbraucher, ist

darüber hinaus eine Sicherheit in Höhe von 5% der Auftragssumme durch den Auftragnehmer zu stellen, wenn er Abschlagszahlungen verlangen will.

2. Mängel

Anders als in der VOB, in der Abschlagszahlungen die Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen verlangt werden können, verlangt § 632 a BGB eine im Wesentlichen mangelfreie Leistung und Wertzuwachs beim Auftraggeber. Der Unterschied besteht hier darin, dass die VOB auf die anteilige vertragliche Leistung abstellt und das BGB darüber hinaus einen objektiv ermittelten Wert verlangt. (von Rintelen in Kniffka, § 632a BGB, Rdn 11)

Wenn der Unternehmer Abschlagszahlungen verlangt, muss er also nachweisen, dass die Leistung, die er durch im Ergebnis prüfbare Aufstellung ermittelt hat, der vertraglichen Leistung entspricht. (von Rintelen a.a.O. Rdn. 28)

Streitpotential beim Verlangen der Abschlagszahlung besteht dann, wenn der Auftraggeber Mängel feststellt. Hier ist zu unterscheiden zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln. Bei wesentlichen Mängeln besteht kein Anspruch auf Abschlagszahlung. Ein wesentlicher Mangel liegt dann vor, wenn die Mängelbeseitigungskosten hoch sind oder der Mangel sich auf die Funktionsfähigkeit der Gesamterkleistung auswirkt (Pastor a.a.O. Rdn. 1834.) Beweispflichtig dafür, dass die Leistung des Bauunternehmers von wesentlichen Mängeln frei ist, ist der Auftragnehmer, der die entsprechende Zahlung verlangt.

Bei unwesentlichen Mängeln muss die Abschlagszahlung geleistet werden. Allerdings hat der Auftraggeber auch in diesem Fall das Recht, seine Leistung zurückzuhalten; das ist ausdrücklich durch den Hinweis auf § 641 Abs. 3 geregelt. Das Recht beschränkt sich danach auf den zweifachen für die Mängelbeseitigung erforderlichen Aufwand.

3. Wertzuwachs

Streitpunkt und Angelpunkt des § 632a wird der sogenannte Wertzuwachs sein. Man stelle sich hier die Kette vor, zwischen Subunternehmer, Generalunternehmer und Bauherr. Der Generalunternehmer muss durch die Leistung des Subunternehmers einen Wertzuwachs erlangen, dieser Wertzuwachs kann darin bestehen, dass durch die Leistung des Subunternehmers der Hauptunternehmer einen entsprechenden Anspruch gegenüber dem

Bauherren erwirbt. Es erfolgt damit eine vermögensrechtliche Zuordnung der vom Auftragnehmer erbrachten Leistung beim Auftraggeber. (von Rintelen, a.a.O. Rdn. 11; Werner a.a.O., Rdn. 1589) Kritisch wird der Wertzuwachs bei sogenannten Teilleistungen, den der Wertzuwachs muss in der Person des Bestellers also des Auftraggebers entstehen und nicht etwa im Bauobjekt. (von Rintelen, a.a.O. Rdn. 11) Man stelle sich deswegen vor, dass beispielsweise ein Dach teilweise eingedeckt wird. Dann stellt sich die Frage des Wertzuwachses beim Besteller, weil diesem ein teilweise eingedecktes Dach nichts nützt, sondern nur das Dach, was insgesamt vor Eindringen von Wasser schützt, also die Funktion des Daches tatsächlich übernimmt. Die Teilleistung muss nämlich eigenständig genutzt und für die funktionsgerechte Erfüllung verwendet werden können. (Werner a.a.O. Rdn. 1589; von Rintelen a.a.O. Rdn.12). Es kommt nicht auf die Übertragung des Eigentums an.

4. Zeitliche Abstände

Im BGB nicht geregelt ist, die Frage in wie weit nach zeitlichen Abständen Abschlagszahlungen verlangt werden können. Wird hier ähnlich wie in § 15 Abs. 2 HOAI neuer Fassung eine entsprechende Regelung annehmen müssen, dass lediglich in angemessen zeitlichen Abständen, und nicht wie in § 16 Abs. 1 VOB/B geregelt, in möglichst kurzen Zeitabständen Abschlagszahlungen verlangt werden können.

5. Schlussrechnungsreife

Abschlagszahlungen können nicht mehr geltend gemacht werden, wenn Schlussrechnungsreife eingetreten ist, also die Abnahme der Leistung erfolgt ist und die Frist zur Vorlage der Schlussrechnung abgelaufen ist. BGH v. 20.08.2009 VII ZR 205/07 zu § 16 VOB/B). Die Werklohnforderung nach BGB wird fällig ohne Rechnung, aber, aus der Natur der Abschlagszahlung folgt die Pflicht, eine Schlussrechnung zu erstellen, weil ermittelt werden muss, ob dem Unternehmer noch eine Forderung zusteht. Das BGB kennt nicht die Frist des § 14 Abs. 3 VOB/B, so dass sofortige Fälligkeit eintritt. (Rintelen a.a.O. Rdn. 41)

V. Bauforderungssicherungsgesetz

1. Einleitung

Das Bauforderungssicherungsgesetz hat das alte Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen vom 01.06.1909 ersetzt und erheblich geändert. Die bisherigen §§ 2,3 und 6

wurden aufgehoben, womit unter anderem die Pflicht zur Führung eines Bautagebuchs entfiel. Das Bauforderungssicherungsgesetz ist für den Werkunternehmer eine realistische Chance, fehlende Werklohnansprüche durchzusetzen durch die persönliche Haftung der Geschäftsführer bzw. Vorstände eines Unternehmens, was anhand einer neueren Entscheidung des OLG Jena bestätigt wird. Die Änderung des Bauforderungssicherungsgesetzes hat deswegen bereits zu Kritik geführt, weil Generalunternehmer mit erheblichen Problemen für ihr Liquidationsmanagement konfrontiert werden.

Die wichtigste Vorschrift ist § 1 des Bauforderungssicherungsgesetzes, wonach Baugeld zur Befriedigung solcher Personen, die an der Herstellung oder dem Umbau des Baues aufgrund eines Werk- Dienst oder Kaufvertrages beteiligt sind, zu verwenden ist. Eine anderweitige Verwendung von Baugeld ist nur zulässig, wenn z. B. aus Eigenmitteln der Empfänger von Baugeld die entsprechenden Mittel verwendet hat für den geschützten Personenkreis, d. h. für diejenigen, die an dem konkreten Bauvorhaben tätig geworden sind. (Pastor, a.a.O. Rdn. 2376) Die Verpflichtung gilt auch für Baubetreuer, die über Baugeld verfügen.

Die Definition des Baugeldes hat sich ebenfalls in dem neuen Bauforderungssicherungsgesetz geändert. Baugeld sind Geldbeträge, die zum Zwecke der Bestreitung der Kosten eines Baues oder Umbaus in der Weise gewährt werden, dass zur Sicherung der Ansprüche 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 erfolgen soll oder solche Gelder, die der Empfänger von einem Dritten für eine im Zusammenhang mit der Herstellung des Baues oder Umbaus stehende Leistung erhalten hat, wenn an dieser Leistung andere Unternehmer aufgrund eines Werk- Dienst oder Kaufvertrages beteiligt waren. Empfänger von Baugeld können deswegen Generalunternehmer, Bauträger, Generalübernehmer und auch Fertighaushersteller sein, weil hier Gelder gewährt werden für das Herstellen eines Baues. (Pastor, a.a.O. Rdn. 2379) Die zweckwidrige Verwendung von Baugeld ist darüber hinaus strafrechtlich sanktioniert im Bauforderungssicherungsgesetz, sodass § 1 Bauforderungssicherungsgesetz Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist mit der Folge, dass der Vorstand einer Aktiengesellschaft oder der oder die Geschäftsführer einer GmbH gegen Verpflichtung verstoßen können und deswegen persönlich für den Ausfall von

Forderungen in Anspruch genommen werden können. Wie weit die Inanspruchnahme geht zeigt eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Jena vom 18.04.2012 (7 U 762/11). Die Leitsätze des Oberlandesgerichts sind sehr deutlich und zwingen die Baugeldempfänger zu einem sorgfältigen Umgang mit dem Baugeld. Nach der Entscheidung des Oberlandesgerichts Jena ist der Baugeldempfänger zu folgendem verpflichtet:

1.

Er muss die bestimmungsmäßige Verwendung bis auf jeden Cent anhand geeigneter Belege nachweisen. Es reicht nicht, auf ein Anlagenkonvolut zu verweisen, z. B. auf Kontoauszüge und vorgelegte und bezahlte Rechnungen.

2.

Der Baugeldempfänger muss bis auf jeden einzelnen Cent anhand geeigneter Belege nachweisen, dass er das Baugeld zweckentsprechend verwendet hat. Hierzu gehört der Nachweis, dass die angeführten Zahlungen an Dritte Unternehmer das fragliche Bauvorhaben betreffen.

Der mit seiner Werklohnforderung ausgefallene Bauunternehmer darf sich darauf beschränken zu bestreiten, dass das Baugeld ordnungsgemäß verwendet worden ist. Im entschiedenen Fall wurde der Geschäftsführer der verklagten GmbH zur Zahlung des Werklohnes, der der Klägerin nicht gezahlt worden war, verurteilt. Zwar ist ein Verstoß gegen das Bauforderungssicherungsgesetz nur vorsätzlich möglich, es genügt aber hier der bedingte Vorsatz. Dazu genügt es wiederum, dass das Vorstandsmitglied oder Geschäftsführer weiß, dass die Gesellschaft Baugeld empfängt und damit auch weiß, dass die empfangenen Gelder für ein bestimmtes Bauvorhaben zu verwenden sind.

VI. Insolvenzverschleppungshaftung des GmbH-Geschäftsführers

1. Einleitung

Wenn es dem Auftraggeber oder dem Generalunternehmer gelingt nachzuweisen, dass er das Baugeld gemäß den Vorgaben des Gesetzes verwendet hat, schließt dass eine persönliche Haftung der Geschäftsführer oder des Vorstandes nicht aus. Ausgangspunkt für die Insolvenzverschleppungshaftung ist die § 15a Abs. 1 INSO, wonach bei Vorliegen der

Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung innerhalb der Frist von 3 Wochen Insolvenz angemeldet werden muss durch die Geschäftsführer der GmbH bzw. Vorstände der AG.

2. Informationspflicht

Der BGH hat in zwei Entscheidungen aus dem Jahre 2012 nämlich einmal am 27.03.2012 und einmal am 14.05.2012 sich zu den die hiermit im Zusammenhang stehenden Problemen geäußert. In der Entscheidung vom 27.03.2012 (II ZR 171/10) hat der BGH erneut betont, dass der Geschäftsführer einer GmbH bzw. der Vorstand einer AG sich ständig über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft informieren muss, insbesondere über die Prüfung der Insolvenzreife. In dem Augenblick, indem ein Geschäftsführer oder Vorstand erkennt oder erkennen kann, dass die Gesellschaft zu einem bestimmten Stichtag nicht in der Lage ist, ihre fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten vollständig zu bedienen, muss er die Zahlungsfähigkeit der GmbH an Hand einer Liquiditätsbilanz überprüfen (BGH a.a.O. Rdn. 15).

Er handelt fahrlässig, wenn er sich nicht rechtzeitig die erforderlichen Informationen und die Kenntnisse verschafft, die er für die Prüfung benötigt und muss, wenn er nicht über ausreichende Kenntnisse verfügt, fachkundigen Rat einholen. Er muss weiter dafür sorgen, dass der fachkundige Rat möglichst schnell erteilt wird und dann den fachkundigen Rat einer Plausibilitätskontrolle unterziehen. Verletzt er diese Verpflichtung und stellt nicht rechtzeitig innerhalb der 3 Wochenfrist den Insolvenzantrag haftet er persönlich für die Schäden, die einem Dritten aus der nicht rechtzeitigen Insolvenzantragstellung entstehen.

Dabei ist Zahlungsunfähigkeit gegeben, wenn die Gesellschaft nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen und sich die für die Erfüllung der fälligen Verbindlichkeiten erforderlichen Gelder nicht innerhalb der Frist von 3 Wochen beschaffen kann. Dabei genügt es, dass die Liquiditätslücke innerhalb der 3 Wochenfrist 10 % oder mehr beträgt. Dann ist Zahlungsunfähigkeit in der Regel gegeben und das löst die Insolvenzantragsverpflichtung aus. Für den Geschäftsführer oder Vorstand ist die Situation deswegen immer kritisch, weil die Erkennbarkeit der Insolvenzreife vermutet wird und der Geschäftsführer sich deswegen entlasten muss, was nur sehr schwierig gelingt. Der Zustand der Gesellschaft lässt sich für einen Gläubiger durch Einsicht in das Gutachten des Insolvenzverwalters feststellen oder durch Einsicht in die staatsanwaltliche Ermittlungsakte als Geschädigter.

3.

In der weiteren Entscheidung vom 14.05.2012 (II ZR 130/10) hat sich der BGH mit dem Umfang des Schadens beschäftigt, den der Geschäftsführer zu ersetzen hat. Der Schaden besteht hier darin, dass der geschädigte Unternehmer auf die Tatsache vertraut hat, dass der Auftraggeber nicht insolvenzreif ist. Der Geschädigte habe Anspruch auf Ausgleich des Schadens, der dadurch entstanden ist, dass er in eine Rechtsbeziehung zu einer zahlungsunfähigen oder überschuldeten Gesellschaft getreten sind (BGH a.a.O. Rdn. 13). Hintergrund dafür ist die Tatsache, dass das Verbot der Insolvenzverschleppung dazu dient, konkursreife Gesellschaft vom Geschäftsverkehr fernzuhalten, damit durch das Auftreten derartiger Gebilde nicht Gläubiger geschädigt oder gefährdet werden. (BGH a.a.O.) Der Schaden besteht deswegen darin, dass Geld oder Sachmittel einer Gesellschaft zur Verfügung gestellt werden, und zwar im Vertrauen auf die Solvenz eines Unternehmens, ohne einen entsprechenden werthaltigen Gegenanspruch oder eine entsprechende Gegenleistung zu erlangen. Auszugleichen ist deswegen das negative Interesse in Form von Waren- und Lohnkosten, die dem insolventen Unternehmen zugewandt worden sind. Anspruch auf Ausgleich des entgangenen Gewinns besteht nicht, sondern lediglich ein Aufwendungsersatzanspruch. Alternativ beispielsweise für Auftraggeber, die einer insolvenzreifen Gesellschaft einen Auftrag erteilen und dann Werklohn leisten ohne dafür eine entsprechende Gegenleistung zu bekommen, können den Werklohn zurück verlangen (BGH a.a.O. Rdn. 23). Der Schadensersatzanspruch bezieht sich auch auf Mängelansprüche und damit Schadensersatzansprüche die durch eine Schlechtleistung der insolventen Gesellschaft verursacht worden sind.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.