

EDITORIAL

Doppelt genäht hält besser ...

denken sich manche Auftraggeber, wenn sie in ihren Bauverträgen die Vorlage sogenannter „Kombibürgschaften“ verlangen. Wie der BGH jüngst entschieden hat, kann dies jedoch zu einer AGB-widrigen Übersicherung führen, was die Bürgschaften wertlos macht. Einzelheiten hierzu legt unser RA Bach in einem

Rechtsanwalt
Dr. Ulrich
Dieckert



Beitrag auf Seite 4 des Newsletters dar. Auch sonst berichten wir über interessante Entscheidungen aus der letzten Zeit, wie z. B. dem Urteil des OLG Frankfurt zur Haftung des im Auftrage des Bauherrn tätigen Prüfmengenieurs (Seite 3) und der Entscheidung des BGH zur (ausnahmsweise) unanfechtbaren Direktzahlung des Bauherrn an die Lieferanten seines Auftragnehmers (Seite 5).

Des Weiteren finden Sie eine Nachlese zu unserem Unternehmergespräch vom 18.09.2014 sowie einen Überblick über unser Seminarangebot im vierten Quartal 2014.

Ein Interview mit Herrn Dr.-Ing. Jürgen Lang über effiziente Heizzentralen rundet diesen Newsletter ab.

AUS DEM INHALT:

Entscheidung BGH zur „Kombisicherheit“ **Seite 4**

Interview mit Dipl.-Ing. Jürgen Lang **Seite 8**

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Unverzügliche Mängelrüge bei Materialkauf

1. Nach § 377 HGB muss eine Ware bei einem Handelsgeschäft sofort nach Lieferung untersucht und ein Mangel unverzüglich nach seiner Entdeckung geltend gemacht werden.

2. Für die Behauptung eines Sachmangels bedarf es eines substantiierten Tatsachenvortrags: Eine präzise Beschreibung des Mangels ist erforderlich.

LG Potsdam, Urteil vom 22.08.14 – 4 O 91/14

Der Unternehmer, der auf dem Gebiet der Sicherheits- und Videotechnik tätig ist und u. a. Videoüberwachungstechnik bei Kunden installiert, bestellt bei seinem Lieferanten Bewegungsmelder für IR-Teleskope. Er installiert die gelieferte Ware bei einem Kunden im September 2013 als Anlage zur Zaunsicherung. Sofort nach Inbetriebnahme der Anlage treten täglich zahlreiche Fehlalarme auf, die eine effektive Benutzung der Anlage durch den Kunden unmöglich macht. Der Unternehmer führt zahlreiche Tests durch, um die Ursache der Fehlalarme zu untersuchen, ohne jedoch den Lieferanten zu informieren. Er zahlt im Anschluss den Kaufpreis nicht, auch nicht nach mehrfacher Mahnung durch den Lieferanten. Erst nachdem im Dezember 2013 ein Mahnbescheid gegen den Unternehmer erlassen wird, meldet er sich im Januar 2014 bei dem Lieferanten und teilt diesem mit, er habe gegen den Mahnbescheid Widerspruch eingelegt mit der Begründung: „Es wurde festgestellt, dass die gelieferte Ware teilweise fehlerhaft ist bzw. gar nicht funktioniert.“ Da sich der Unternehmer weiterhin weigert, den Kaufpreis zu zahlen, klagt der Lieferant den Anspruch beim LG Potsdam ein.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Das Gericht gibt der Klage statt. Dem Anspruch aus dem Kaufvertrag stehen keine Mängelgewährleistungsrechte entgegen, der Unternehmer hätte

unverzüglich nach Lieferung der Ware diese untersuchen und auftretende Mängel rügen müssen. Hierfür gelten die Vorschriften für das Handelskaufrecht, insbesondere § 377 HGB. Das Argument des Unternehmers, er habe den Mangel erst im Januar 2014 nach mehreren Tests endgültig feststellen können, lässt das Gericht nicht gelten: Eine Mängelrüge setze nicht voraus, dass der Erwerber die Ursache eines Fehlers aufdeckt. Selbst wenn der Fehler bei einer rechtzeitigen Untersuchung der Ware nicht aufgetreten wäre, sondern erst nach Inbetriebnahme, hätte der Unternehmer sofort nach Feststellen der Funktionsprobleme seinen Lieferanten informieren und beteiligen müssen. Zudem sei der Unternehmer gem. § 363 BGB darlegungs- und beweispflichtig für die Mangelhaftigkeit der gelieferten Sache. Es sei ihm zuzumuten, da er im Bereich der Sicherheits- und Videotechnik tätig ist, eine präzise technische Beschreibung des Mangels an der bestellten Ware vorzubringen: Lediglich die Behauptung, die Ware sei „teilweise fehlerhaft“ und würde „nicht funktionieren“ reichte dem Gericht nicht.

Mängelrüge muss unverzüglich und hinreichend konkret sein

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Die Entscheidung zeigt wieder einmal, dass die Vorschriften für die Mängelrüge im Handelskaufrecht bei Bauunternehmern kaum

bekannt sind. Im Unterschied zum Werkvertragsrecht muss im Handelskaufrecht die bestellte Ware unverzüglich nach Lieferung auf Mängel untersucht werden! Eine Missachtung dieser Vorschriften kann wie im vorliegenden Fall zur Folge haben, dass der Unternehmer trotz bestehender Mängel an der gekauften Ware, keine Mängelgewährleistungsrechte geltend machen kann, wenn er sich mit der Rüge zu viel Zeit lässt. Aus diesem Grund ist eine Auseinandersetzung mit den Vorschriften des § 377 HGB und eine konsequente und ordnungsgemäße Ausübung der Mängelrüge gerade für Bauunternehmer unabdingbar. ■

IMPRESSUM

Herausgeber, V.i.S.d.P.:
RA Dr. Ulrich Dieckert
WITT ROSCHKOWSKI DIECKERT
Steuerberater, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer

WRD Berlin

Leipziger Platz 15
10117 Berlin
Telefon: 030 278707
Telefax: 030 278706
E-Mail: berlin@wrd.de

Redaktion/Beiträge:

Dr. Ulrich Dieckert, RA
Bernd Kimmich, RA
Hendrik Bach, RA
Markus Fiedler, RA
Stephan Becker, RA
Dr. Annette Funk, StB
Dr. Benedikt Overbuschmann, RA
Rebekka Friedrich, RAin
Christian Zeiske, RA

WRD Hamburg

Alte Rabenstraße 32
20148 Hamburg
Telefon: 040 180401-0
Telefax: 040 180401-150
E-Mail: hamburg@wrd.de

WRD Schwerin

Dr. Hans-Wolf-Straße 15
19056 Schwerin
Telefon: 0385 59003-0
Telefax: 0385 59003-33
E-Mail: schwerin@wrd.de

WRD Dresden

Königstraße 4
01097 Dresden
Telefon: 0351 21117-60
Telefax: 0351 21117-77
E-Mail: dresden@wrd.de

WRD Frankfurt a. M.

Friedrich-Ebert-Anlage 56
60325 Frankfurt am Main
Telefon: 069 75699-0
Telefax: 069 75699-105
E-Mail: frankfurt@wrd.de

www.wrd.de

www.bauleiterschulung.de

www.baurecht-wrd.de

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

„Unverzüglichkeit“ der Rüge nicht so eng auslegen

Im Hinblick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs darf der unbestimmte Rechtsbegriff „unverzüglich“ nicht zu eng ausgelegt werden, sodass eine Rüge nach § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB innerhalb von 7 Werktagen noch rechtzeitig sein kann, wobei vieles dafür spricht, aus Rechtssicherheitsgründen auf den Eingang der Rüge abzustellen.

OLG München, Beschluss vom 19.12.2013
- Verg 12/13 -

Die Stadtwerke schreiben Projektsteuerungsleistungen im Rahmen der Errichtung eines Sport- und Freizeitbades aus. Zur Abgabe von Angeboten werden vier Bieter aufgefordert, was der Vorgabe in den Ausschreibungsunterlagen (nur 3 Bieter) widerspricht. Dies wird von einem Bieter mit Faxschreiben vom 09.08.2013 (Freitag) gerügt, welches bei den Stadtwerken um 14:28 Uhr eingeht. Diese Verspätung, weil der Bieter die Tatsache, dass vier Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollen, bereits am 02.08.2013 bekannt gewesen sei. Da die Vergabestelle der Rüge nicht abhilft, wird ein Nachprüfungsverfahren vor der zuständigen Vergabekammer eingeleitet, welche dem Antrag stattgibt. Wegen einer daraufhin eingelegten sofortigen Beschwerde eines Mitbewerbers muss das OLG über die Sache entscheiden.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Das OLG bestätigt die Entscheidung der Vergabekammer und stellt fest, dass die Rüge rechtzeitig erhoben wurde. Denn das Tatbestandsmerkmal der „Unverzüglichkeit“ in § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB sei in Ansehung der EuGH-Rechtsprechung großzügig auszulegen. Dieser Rechtsprechung ließe sich entnehmen, dass der primäre Rechtsschutz nicht durch zu unklare Anforderungen verhindert werden soll. Unverzüglich bedeutet gemäß § 121 BGB „ohne schuldhaftes Zögern“. In der vergaberechtlichen Rechtsprechung sei anerkannt, dass zur Abklä-

rung, ob eine Rüge – und damit nachfolgend ein Nachprüfungsantrag – eingereicht werden soll, der Rat eines Anwalts eingeholt werden bzw. dem Bieter eine Überlegungsfrist zuzubilligen ist. Dies sei in Anbetracht der nicht leicht zu durchschauenden rechtlichen Fragen und der nicht unerheblichen finanziellen Folgen, welche sich an die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens knüpfen, auch berechtigt. Unter Anwendung dieser Grundsätze würde eine Rüge innerhalb von 7 Werktagen ab Kenntniserlangung noch ausreichen. Hierbei muss aus Gründen der Rechtssicherheit nicht auf die Absendung, sondern auf den Eingang der Rüge abgestellt werden. Da das Fax erst am Freitag um 14:28 Uhr bei der Antragsgegnerin einging, wird man einen Zugang wohl erst am Morgen des 12.08.2013 (Montag) annehmen können. Selbst dann würden jedoch zwischen der Kenntniserlangung und dem Eingang der Rüge nur sechs Werktage liegen.

Rüge innerhalb von 7 Werktagen kann rechtzeitig sein

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Das OLG hat sich in diesem Fall nicht festgelegt, ob die Formulierung in § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB, wonach eine Rüge „unverzüglich“ einzulegen ist,

dem Europarecht widerspricht oder nicht. Der Europäische Gerichtshof hatte in einer Entscheidung vom 28.01.2001 angemerkt, dass derartige unbestimmte Rechtsbegriffe gegen die Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG verstoßen. Seitdem liegen unterschiedliche Entscheidungen der deutschen Oberlandesgerichte vor. Solange die Frage nicht höchstrichterlich vom Bundesgerichtshof geklärt wird, sollten sich Bieter weiterhin bemühen, rechtliche Verstöße der Vergabestellen sobald wie möglich zu rügen. Dabei wird man künftig unter Berufung auf die Entscheidung des OLG München wohl von einem Zeitraum von einer Woche ausgehen können. Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber in Umsetzung der neuen Vergaberechtsrichtlinie 2014/24/EU eine Klarstellung in den Rügevorschriften des GWB vornimmt, um mehr Rechtssicherheit in Bezug auf die Rügefristen herzustellen. ■

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Haftung des im Auftrag des Bauherrn tätigen Prüfsachverständigen

Ein Prüfsachverständiger, der vom Bauherrn mit der Prüfung der von der Bauaufsichtsbehörde im vereinfachten Genehmigungsverfahren geforderten bautechnischen Nachweise beauftragt wird, übt ein öffentliches Amt im haftungsrechtlichen Sinne aus. Für etwaige Mängel seiner statischen Berechnungen haftet er deshalb nicht persönlich.

OLG Frankfurt, Urteil vom 25.03.2014,
- 14 U 202/12 -
[Leitsatz entsprechend IBR 2014, 491]

Ein Einfamilienhaus wurde in Hanglage errichtet. Die Baugenehmigung enthielt die Auflage für die Bauherren, der Bauaufsichtsbehörde vor Baubeginn einen Standsicherheitsnachweis gemäß § 59 Abs. 3 Satz 1 der Hessischen Bauordnung (HBO, Fassung 2002) vorzulegen. Mit der Prüfung der bautechnischen Nachweise über die statische Berechnung und mit den Baukontrollen am Bauvorhaben beauftragten die Bauherren einen Prüfsachverständigen. Nach Errichtung des Gebäudes kam dieses aufgrund seiner statisch unzureichenden Konstruktion ins Rutschen. Die Bauherren nahmen daraufhin unter anderem den beauftragten Prüfer auf Schadensersatz in Anspruch. Das Landgericht gab der Klage statt. Die statisch-konstruktive Planung des Gebäudes sei mangelhaft gewesen, weil die Erddruckbelastung der Kelleraußenwände unzureichend berücksichtigt worden sei. Der Keller hätte wie ein Stützmauerwerk konstruiert werden müssen, d. h. aus Stahlbeton. Diesen Fehler bei der Planung des Kellergeschosses hätte der beklagte Prüfsachverständige bei der Prüfung der Planungsunterlagen feststellen müssen und deshalb die Standsicherheit nicht bescheinigen dürfen.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Das OLG Frankfurt gab der Berufung des Prüfsachverständigen gegen das erstinstanzliche Urteil statt. Denn dieser sei für die geltend gemachten Schadensersatzansprüche nicht passivlegitimiert. Mit seiner Tätigkeit als Sachverständiger habe er

i. S. d. § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. m. Artikel 34 Satz 1 Grundgesetz ein öffentliches Amt für die zuständige Bauaufsichtsbehörde ausgeübt. Insofern treffe die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit nicht den Prüfsachverständigen, sondern den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er bei seiner Tätigkeit gestanden hat.

Für das Gericht ist es unerheblich, dass der Prüfsachverständige im vorliegenden Fall nicht formal im Namen der Behörde tätig wurde, sondern vom Bauherrn zivilrechtlich beauftragt worden ist. Das Gericht bezieht sich hier auf die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, wonach eine Person ein öffentliches Amt bereits dann ausübt, wenn die eigentliche Zielsetzung ihres Handelns einem hoheitlichen Tätigkeitsbereich zuzurechnen ist und die fragliche Handlung in einem engen äußeren und inneren Zusammenhang mit dieser Zielsetzung steht. Insofern sei nicht auf die Person des Handelnden, sondern auf die Aufgabe, die sie mit ihrer konkreten Tätigkeit wahrnimmt, abzustellen. Auch ein sachverständiger Prüfer kann danach hoheitlich tätig sein, selbst wenn er keine – zwangsweise durchsetzbaren – Maßnahmen gegen die von seiner Prüftätigkeit betroffene Person ergreifen kann. Es genügt, dass dessen Arbeit in einem engen Zusammenhang mit der Verwaltungstätigkeit einer Behörde steht und der Prüfer in die behördliche Tätigkeit maßgeblich eingebunden ist. Ein enger Zusammenhang der Prüftätigkeit mit einer behördlichen Genehmigungs- oder Überwachungsaufgabe besteht nach Auffassung des Gerichtes auch dann, wenn nicht die zuständige Behörde, sondern der Antragsteller den Sachkundigen mit der konkreten Prüfung

Zielsetzung der Prüfung ist dem hoheitlichen Tätigkeitsbereich zuzurechnen

beauftragt und vergütet, soweit dessen Aufgabe durch öffentlich-rechtliche Normen hinreichend bestimmt wird. Zwar sieht die Hessische Bauordnung in ihrer novellierten Fassung aus dem Jahr 2002 keine behördliche Überprüfung bauordnungsrechtlicher Vorschriften bei der Genehmigungs-

gung von Wohngebäuden mehr vor. Vielmehr gilt hier nunmehr das sogenannte „vereinfachte

Die Beauftragung des Prüfers durch Bauherrn ist unerheblich

Genehmigungsverfahren“, wonach der Bauherr der Behörde die erforderlichen Standsicherheitsnachweise vorzulegen hat (vgl. § 59 Abs. 1 Satz 1 und 2 HBO 2002). Nach Auffassung des Gerichtes wird durch dieses vereinfachte Verfahren der enge Funktionszusammenhang der

Tätigkeit des Prüfsachverständigen als Sachverständiger mit der Aufgabe der Bauaufsichtsbehörde aber nicht aufgehoben. Denn der Verzicht auf die behördliche Präventivkontrolle privater Bauvorhaben ändert nichts daran, dass es gemäß § 53 Abs. 2 Satz 1 HBO 2002 zentrale Aufgabe der Bauaufsichtsbehörden ist, bei baulichen Anlagen für die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften, d. h. auch für die Vorschriften über die Standsicherheit, zu sorgen.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Mit dieser Entscheidung liegt das OLG Frankfurt auf einer Linie mit den Entscheidungen des Landgerichtes Bonn vom 20.05.2009 und des Landgerichtes Paderborn vom 30.08.2012, die eine zivilrechtliche Haftung des Prüfsachverständigen aus den gleichen Gründen abgelehnt hatten. Allerdings war im Lande Hessen die auf Grundlage der M-PPVO erlassene „Hessische Verordnung über Prüfberechtigte und Prüfsachverständige“ vom 18. Dezember 2006 zum Zeitpunkt der Beauftragung des Prüfsachverständigen noch nicht in Kraft, wonach die im Auftrage des Bauherrn tätigen Prüfsachverständigen „keine hoheitlichen bauaufsichtlichen Prüfaufgaben wahrnehmen“. Insofern musste sich das Gericht mit dieser Regelung bei der Beurteilung der rechtlichen Einordnung der Prüftätigkeit nicht befassen. Der Urteilsbegründung sind jedoch deutliche Zweifel des Gerichtes zu entnehmen, ob die Regelung in der neuen Hessischen Prüfverordnung, wonach die im Auftrage des Bauherrn tätigen Prüfsachverständigen keine hoheitlichen Prüfaufgaben wahrnehmen, die grundsätzliche Einschätzung erschüttern kann, dass die Tätigkeit eines Prüfsachverständigen im Funktionszusammenhang mit den Aufgaben der Baubehörde erfolgt und insofern als hoheitlich zu qualifizieren ist. ■

AKTUELLES

BGH: Kombisicherheit für Vertragserfüllung

In den vergangenen Monaten hat eine auf den Ersten Blick unspektakuläre Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 20.03.2014 (VII ZR 248/13) erhebliche Unsicherheiten in der Bauwirtschaft ausgelöst. Die wirtschaftliche Brisanz der Entscheidung ist selbstverständlich auch von den großen Kautionsversicherern VHV und R+V erkannt worden. Konkret geht es darum, dass in vielen Bauverträgen unwirksame Vereinbarungen über die Stellung von Vertragserfüllungs- und Gewährleistungssicherheiten enthalten sind, was bei Eintritt des Sicherungsfalles dazu führt, dass die Bank oder Versicherung die Auszahlung der Bürgschaftssumme verweigert.

Es ist weitgehend üblich, dass eine Vertragserfüllungsbürgschaft nach ihrem vom Auftraggeber vorgegebenen Text auch Mängelansprüche absichern soll. Dabei wird in der Regel nicht zwischen Mängelansprüchen vor Abnahme und solchen nach Abnahme differenziert. Folglich sichern diese „Kombibürgschaften“ auch Gewährleistungsansprüche ab. Allerdings entspricht es ständiger Rechtsprechung, dass Gewährleistungssicherheiten in AGB nicht höher als 5 % sein dürfen. Der Grund hierfür ist, dass nach der Abnahme das berechtigte Sicherungsinteresse des Auftraggebers deutlich geringer bewertet wird als vor der Fertigstellung bzw. Abnahme.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Wörtlich heißt es in der Entscheidung des Bundesgerichtshofes:

„Die Regelungen zur Vertragserfüllungsbürgschaft benachteiligen den Generalunternehmer deshalb unangemessen, weil dieser der Klägerin auch für einen Zeitraum über die Abnahme hinaus wegen Mängelansprüchen eine Sicherheit von 10 % der Auftragsumme zu stellen hat (vgl. BGH, Urteil vom 5. Mai 2011 – VII ZR 179/10).“

Seine Einschätzung stützt der Bundesgerichtshof darauf, dass die Vertragserfüllungsbürgschaft auch Mängelansprüche absichern sollte, und die Rückgabe dieser „kombinierten“ Vertragserfüllungsbürgschaft erst Zug-um-Zug gegen Rückgabe von Zahlungsbürgschaft(en) des Auftraggebers erfolgen sollte. Wenn also der

Auftraggeber seinen eigenen Zahlungsverpflichtungen aus dem Vertrag nicht nachkam und der Auftragnehmer deshalb die Zahlungsbürgschaft behalten musste, bekam er auch seine Vertragserfüllungsbürgschaft trotz Fertigstellung der Leistungen nicht zurück.

Der Bundesgerichtshof schließt hierbei an eine BGH-Entscheidung aus dem Jahr 2011 an. In dem dortigen Fall war als Rückgabezeitpunkt für die Vertragserfüllungsbürgschaft geregelt, dass diese erst

„nach vorbehaltloser Annahme der Schlusszahlung zurückgegeben (wird), wenn der Auftragnehmer die Leistung vertragsgemäß erfüllt hat, etwaige erhobene Ansprüche befriedigt hat und eine vereinbarte Sicherheit für die Gewährleistung geleistet hat.“

Der Auftraggeber konnte danach unberechtigte Rechnungskürzungen vornehmen und, wenn der Auftragnehmer mit diesen unberechtigten Rechnungskürzungen nicht einverstanden war (keine vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung), die Rückgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft weit über die Fertigstellung und Abnahme hinaus verweigern.

In beiden vom BGH entschiedenen Fällen lautet der entscheidende Kritikpunkt, dass der Auftraggeber durch die Verschiebung des Rückgabezeitpunktes der Vertragserfüllungsbürgschaft weit über die Fertigstellung und Abnahme hinaus eine

Bei unwirksamer Vereinbarung wird Auszahlung der Bürgschaft verweigert

Übersicherung verursacht, weil die Vertragserfüllungsbürgschaft nach ihrem Text auch Mängelansprüche sicherte. Wenn aber eine Bürgschaft in Höhe von 10 % der Auftragsumme, die auch Mängelansprüche sichert, nach den vertraglichen Regelungen weit über die Fertigstellung und Abnahme hinaus behalten werden darf, stellt genau dies eine unangemessene Benachteiligung dar. Erst recht gilt das, wenn zusätzlich noch eine Gewährleistungsbürgschaft gestellt werden muss, um die Auszahlung des Sicherheitseinbehaltes zu erreichen. Der Auftraggeber hat dann Sicherheiten für Mängelansprüche in Höhe von insgesamt 15 % der Auftragsumme.

AG wird durch Verschiebung des Rückgabezeitpunktes übersichert

Leider ist diese stringente Argumentation des Bundesgerichtshofes in der Kommentierung der BGH-Entscheidung nicht so deutlich herausgearbeitet worden, wie dies wünschenswert gewesen wäre. Vielmehr wurde pauschal behauptet, eine „Kombi-Sicherheit“, also eine Vertragserfüllungsbürgschaft, die auch Mängelansprüche sichert, könne in AGB überhaupt nicht wirksam vereinbart werden. Dies ist bei genauer Lektüre beider BGH-Entscheidungen gerade nicht der Fall, sondern der entscheidende rechtliche Gesichtspunkt ist der, dass eine solche Kombi-Sicherheit nicht über die Fertigstellung und Abnahme hinaus behalten werden darf, weil das Sicherungsinteresse des Auftraggebers nach der Abnahme deutlich geringer ist als in der Vertragserfüllungsphase.

Dem trägt im Übrigen die VOB/B Rechnung, wo es in § 17 Abs. 8 Nr. 1 heißt:

„Der Auftraggeber hat eine nicht verwertete Sicherheit für die Vertragserfüllung zum vereinbarten Zeitpunkt, spätestens nach Abnahme und Stellung der Sicherheit für Mängelansprüche zurückzugeben, es sei denn, dass Ansprüche des Auftraggebers, die nicht von der gestellten Sicherheit für Mängelansprüche umfasst sind, noch nicht erfüllt sind. Dann darf er für diese Vertragserfüllungsansprüche einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurückhalten.“

Die VOB/B trifft also eine angemessene und nicht zu beanstandende Regelung. Wer hiervon in seinen Vertragswerken abgewichen ist, weil ihm diese Regelung nicht „scharf genug“ war, ist nun damit bestraft, dass die auf Grundlage dieser Vertragsklauseln übergebenen Vertragserfüllungsbürgschaften und Gewährleistungsbürgschaften wertlos sind, da der Bürge sich auf die Unwirksamkeit der Sicherungsvereinbarung berufen kann. ■

UNSER AUTOR:



Rechtsanwalt
Hendrik Bach

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Direktzahlung des Bauherrn an Lieferanten

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

BGH, Urteil vom 17.07.2014
– IX ZR 240/13

Eine Hausbaufirma gerät in Zahlungsschwierigkeiten, insbesondere gegenüber ihrem Lieferanten für Fenster und Türen. Sie vereinbart daraufhin mit dem Lieferanten und dem Bauherrn in einer dreiseitigen Vereinbarung, dass der Bauherr den Kaufpreis für die einzubauenden Fenster und Türen direkt an den Lieferanten zahlen soll und dieser die Werkteile sodann an die Baustelle ausliefert. Nach absprachegemäßer Zahlung werden die bestellten Fenster und Türen geliefert. Wenig später stellt die Hausbaufirma Insolvenzantrag. Nach Eröffnung des Verfahrens fordert der Insolvenzverwalter vom Lieferanten die Direktzahlungen des Bauherrn im Wege der Insolvenzanfechtung zurück. Eine Zahlungsklage bleibt in den Vorinstanzen erfolglos, sodass schließlich der Bundesgerichtshof angerufen wird.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Auch der BGH weist die Klage des Verwalters zurück. Zwar hätten die Zahlungen des Bauherrn an den Lieferanten zu einer objektiven Gläubigerbenachteiligung nach § 129 Abs. 1 InsO geführt. Denn durch die Zahlungen des Bauherrn an den Lieferanten hat dieser eigene Verbindlichkeiten gegenüber der Hausbaufirma getilgt, sodass die Masse in Höhe der Direktzahlungen verkürzt worden ist. Gleichwohl besteht nach Auffassung des Gerichtes kein Rückgewähranspruch nach § 143 Abs. 1 InsO, weil die dreiseitige Vereinbarung und die daraus folgenden Zahlungen nach keinem der in Betracht

kommenden Anfechtungstatbestände anfechtbar seien. Zwar handelt es sich bei Direktzahlungen eines Bauherrn an die Lieferanten seines Auftragnehmers in der Regel um inkongruente Deckungshandlungen gemäß § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO, weil der Lieferant keinen vertraglichen Anspruch auf solche Direktzahlungen hat. Im vorliegenden Fall sei dieser Anspruch jedoch durch Abschluss der dreiseitigen Vereinbarung begründet worden, bevor Leistungen ausgetauscht wurden. Weder hatte die Hausbaufirma die bestellten Türen und Fenster bereits bezahlt noch waren diese von dem Lieferanten ausgeliefert worden. Aber auch eine Anfechtung wegen einer kongruenten Deckungshandlung (§ 130 Abs. 1 InsO) ist nach Auffassung des Gerichtes nicht möglich. Denn bei der Lieferung der Fenster und Türen gegen die vereinbarte Direktzahlung des Bauherrn würde es sich um ein sogenanntes Bargeschäft gemäß § 142 InsO handeln. Ein solches ist immer dann gegeben, wenn aufgrund von Zahlungen in engem zeitlichen Zusammenhang eine gleichwertige Gegenleistung erfolgt. Schließlich könne die dreiseitige Vereinbarung auch nicht gemäß § 132 InsO wegen Gläubigerbenachteiligung angefochten werden. Denn die Werklohnforderungen, die die Hausbaufirma durch die späteren Direktzahlungen des Bauherrn verlor, seien nämlich bei Abschluss der dreiseitigen Vereinbarung wirtschaftlich wertlos gewesen, weil nicht mehr durchsetzbar. Erst die Vertragsänderungen hätten die Werklohnforderungen werthaltig gemacht, sodass eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung zum Zeitpunkt der Vereinbarung nicht vorgelegen hätte. Schließlich ist auch eine Anfechtung wegen vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes der Hausbaufirma nach § 133 Abs. 1 InsO nicht gegeben. Denn die Hausbaufirma hätte ohne die Direktzahlungen des Bauherrn das Bauvorhaben nicht fortsetzen können und hätte insofern die berechtigte Aussicht, die nächste Werklohnrate oder gar alle Raten zu verdienen, verloren. Insofern sei ihr durch dieses Geschäft ein unmittelbarer Vorteil

zugeflossen, der der späteren Masse und damit auch den Gläubigern diene.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

In Anbetracht der Tatsache, dass der Bundesgerichtshof Anfechtungen in der Regel bestätigt, stellt diese Entscheidung eine erfreuliche Ausnahme dar. Gleichwohl ist weiterhin Vorsicht bei der Vereinbarung von Direktzahlungen des Bauherrn an die Lieferanten seines insolvenzgefährdeten Auftragnehmers geboten. Wie die vorliegende Entscheidung zeigt, müssen eine Reihe von Voraussetzungen erfüllt sein, damit diese Zahlungen insolvenzfest bleiben. Entscheidend dürfte sein, dass die Vereinbarung,

aufgrund derer die vertraglichen Zahlungsbedingungen abgeändert werden, zu einem Zeitpunkt erfolgen, in dem noch kein Leistungsaustausch zwischen dem Auftragnehmer und seinen Lieferanten stattgefunden hat. Außerdem müssen diese Vereinbarungen so beschaffen sein, dass sie den Voraussetzungen eines anfechtbaren Bargeschäftes genügen. Die Direktzahlung durch den Bauherrn und die Lieferung des Materials muss daher in einem engen zeitlichen und wertmäßigen Zusammenhang stehen. Schließlich muss für den Auftragnehmer zumindest die Aussicht bestehen, dass er durch den Abschluss der dreiseitigen Vereinbarung das Bauvorhaben noch fortsetzen kann, um im Interesse seines Unternehmens (und damit der späteren Gläubiger) noch ausstehende Werklohnansprüche zu realisieren.

Zahlung und Lieferung müssen einem „Bargeschäft“ entsprechen

Zahlungsvereinbarung muss vor Austausch von Leistungen geschlossen werden

WRD-UNTERNEHMERGESPRÄCH AM 18.09.2014

Unternehmergespräch zu § 648 a BGB: Nachlese

Wie im letzten Newsletter angekündigt, haben wir am 18.09.2014 ein Unternehmergespräch zu den Konsequenzen der neuen Entscheidung des BGH zu § 648 a BGB durchgeführt. Dabei mussten wir aufgrund der hohen Teilnehmerzahl in einen größeren Vortragssaal umziehen, den wir schließlich in der Humboldt-Universität gefunden haben.



Im dortigen Hörsaal 1.101 referierte Rechtsanwalt Kimmich vor den ca. 100 Teilnehmern zunächst über die rechtlichen Auswirkungen der BGH-Entscheidung. Danach wird es für den Auftragnehmer künftig einfacher sein, von seinem Auftraggeber auch nach (kündigungsbedingter) Beendigung des Vertragsverhältnisses eine Sicherheit nach § 648 a BGB zu erlangen, wenn noch Werklohnansprüche ausstehen. Nach der Entscheidung des BGH reicht bei einer Klage auf Stellung der Sicherheit eine schlüssige Darlegung des noch offenen Anspruchs aus. Keine Rolle soll es spielen, ob der Auftraggeber Gegenansprüche (etwa wegen Mängeln oder wegen kündigungsbedingter Mehrkosten) hat. Auch soll der AG nicht mit der Behauptung gehört werden, die tatsächlichen Voraussetzungen für die vereinbarte Vergütung lägen nicht vor, etwa weil die berechneten Mengen nicht geleistet seien oder der Unternehmer einen anderweitigen Erwerb gehabt habe. Denn der Sicherungszweck des § 648 a BGB wäre gefährdet, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen für die Berechnung des Vergütungsanspruchs erst langwierig geklärt werden müssen.

Rechtsanwalt Kimmich legte dar, dass dies auch für schlüssig dargelegte Nachtragsan-

sprüche gelten muss und wohl auch für Ansprüche, die dem Auftragnehmer aus nicht zu vertretenden Behinderungen entstehen. Solche Sicherungsansprüche sollten künftig viel häufiger klageweise geltend gemacht werden, weil der Auftraggeber im Falle einer Verurteilung für die Herreichung der Sicherheit in der Regel Festgeld in gleicher Höhe bei dem Bürgschaftsgeber hinterlegen muss. In einer solchen Drucksituation ist ein Auftraggeber viel eher bereit, sich mit dem Auftragnehmer über die noch zu zahlende Vergütung zu verständigen.

Im zweiten Teil der Veranstaltung erläuterte Herr Dipl.-Ing. Thien von der Bauprozess GmbH, wie Nachtragsansprüche schlüssig dargelegt werden können, um die Anforderungen der o. a. Entscheidung zu erfüllen. Er nahm dabei Bezug auf ein Papier des Arbeitskreises Nachtragsmanagement der Deutschen Bahn AG, welches in Zusammenarbeit mit Vertretern der Auftragnehmer entwickelt worden ist.

Danach soll in Nachtragsangeboten zunächst lokalisiert werden, an welcher Stelle des Bauwerks genau eine zusätzliche oder geänderte Leistung erfolgt. Sodann ist die zu erbringende Nachtragsleistung dem bisherigen Bausoll (Hauptvertragsleistung) gegenüber zu stellen, wobei die Abweichungen nachvollziehbar herauszuarbeiten sind.



Wichtig ist sodann die Darlegung der Anordnung, d. h. wer, wann, wie, gegenüber wem welche zusätzliche oder geänderte Leistung angeordnet hat. Zur Herstellung der nötigen Preistransparenz sind sodann die Kalkulationsgrundlagen und die konkrete Kalkulation der Nachtragsleistung darzulegen. Schließlich muss der Auftraggeber darüber informiert wer-

den, welche zeitlichen Konsequenzen die zu erbringende zusätzliche/geänderte Leistung hat. Lässt sich dies zum Zeitpunkt der Nachtragsstellung nicht voraussehen, sind entsprechende Vorbehalte dem Grunde nach anzubringen.



Im Anschluss an die Vorträge entwickelte sich eine lebhafte Diskussion, bei der keine Fragen unbeantwortet blieben. Die Teilnehmer „erholten“ sich dann bei einem Umtrunk, mit dem die Veranstaltung abgeschlossen wurde.

Wer an dem Unternehmergespräch nicht teilnehmen konnte, kann sich die dortigen Vortragsfolien über den am Anfang des Artikels angebrachten Link herunterladen. Wir werden eine solche Veranstaltung auch im nächsten Jahr durchführen und freuen uns wieder über Ihre rege Teilnahme.

NEUIGKEITEN AUS DER KANZLEI:

Wir dürfen Ihnen mitteilen, dass unser Kollege **Stephan Becker** im September 2014 von der Rechtsanwaltskammer Berlin zum

Fachanwalt für Arbeitsrecht

ernannt wurde. RA Becker steht Ihnen daher künftig verstärkt für die Bearbeitung Ihrer arbeitsrechtlichen Mandate zur Verfügung.

WWW.BAULEITERSCHULUNG.DE

Seminarangebot 4. Quartal 2014

Auch im 4. Quartal 2014 bieten wir wieder baurechtliche Schulungen an. Dabei differenzieren wir nach den Seminaren, die wir für einen offenen Teilnehmerkreis in unserer Kanzlei durchführen und unsere „Inhouse-Schulungen“, die wir bei unseren Mandanten vor Ort realisieren. Nähere Einzelheiten zu diesen Schulungen können Sie unserer Internetseite www.bauleiterschulung.de entnehmen. Dort können Sie sich auch anmelden. Für inhaltliche Rückfragen stehen Ihnen die jeweiligen Referenten in unserem Berliner Büro gerne zur Verfügung. Darüber hinaus bieten wir die Durchführung von projektbezogenen Schulungen an. Einzelheiten hierzu entnehmen Sie unserer Website www.baurecht-wrd.de.

20 TIPPS UND TRICKS FÜR AUFTRAGNEHMER

Kaufmännische Bestätigungsschreiben, Loslösung vom Pauschalpreis, Leistungsverweigerung bei streitigen Nachträgen, Wirksamkeit vertraglicher Klauseln, Abwehr der Vertragsstrafe, Beweislastumkehr beim Aufmaß und mehr

Datum: 23.10.2014 **Dauer:** 1 Tag
Referent: RA Markus Fiedler
Seminarunterlagen: umfangreiches Skript
Konditionen: € 290,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

VOB/B FÜR KAUFLEUTE

Rechtssicherheit bei der kaufmännischen Abwicklung von Bauvorhaben

Datum: 17.11.2014 **Dauer:** 1 Tag
Referent: RA Markus Fiedler
Seminarunterlagen: Handbuch „VOB für Bauleiter“
Konditionen: € 290,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

NACHTRAGS- UND BEHINDERUNGSMANAGEMENT

Kompakte Darstellung der beiden strengsten Themen am Bau an einem Tag

Datum: 20.11.2014 **Dauer:** 1 Tag
Referent: RA Bernd Kimmich
Seminarunterlagen: Handbuch „VOB für Bauleiter“
Konditionen: € 290,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

BAULEITERSCHULUNG: DIE VOB/B IN DER PRAXIS

Die komplette VOB/B an zwei Tagen - unser meistgebuchtes Seminar

Datum: 01./02.12.2014 **Dauer:** 2 Tage
Referenten: RA Bernd Kimmich,
RA Markus Fiedler
Seminarunterlagen: Handbuch „VOB für Bauleiter“
Konditionen: € 540,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

INTERDISZIPLINÄRES SEMINAR: NACHTRÄGE AM BAU

Nachträge aus rechtlicher und baubetriebswirtschaftlicher Sicht

Datum: 04.12.2014 **Dauer:** 1 Tag
Referenten: RA Bernd Kimmich
Dipl.-Wirtsch.-Ing. Frank Bötzes
Seminarunterlagen: umfangreiches Skript
Konditionen: € 380,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

MÄNGEL, ABNAHME UND BEWEISSICHERUNG

Mangelbegriff, Prüfungs- und Bedenkenhinweispflicht, Beweissicherung und gesamtschuldnerische Haftung zwischen Auftragnehmer und Architekten bzw. Ingenieure

Datum: 11.12.2014 **Dauer:** 1 Tag
Referenten: RA Hendrik Bach
RA Markus Fiedler
Seminarunterlagen: Handbuch „VOB für Bauleiter“
Konditionen: € 290,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

VOB/B FÜR POLIERE

Basiswissen bei der Dokumentation des Bauablaufes (Nachträge, Behinderungen, Stundenlohnarbeiten, Abnahme und Mängel, Aufmaß und Abrechnung)

Datum: 15.01.2015 **Dauer:** 1 Tag
Referent: RA Markus Fiedler
Seminarunterlagen: Handbuch „VOB für Bauleiter“
Konditionen: € 290,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

TERMINE

Veranstaltungen, auf denen Berufsträger unserer Kanzlei im nächsten Quartal als Referenten auftreten

Videüberwachung bei Sparkassen

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert
Termin/Ort: 17.10.2014, Hannover
Veranstalter: Sparkasse Akademie

Claimmanagement auf dem Bau

Referent: RA Hendrik Bach
Termin/Ort: 21.10.2014, Wuppertal
Veranstalter: TAW-Akademie

Videüberwachung durch Drohnen

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert
Termin/Ort: 19.11.2014, Bad Hersfeld
Veranstalter: weko-online.de

Öffentliches Baurecht für Eisenbahningenieure

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert
Termin/Ort: 24./25.11.2014, Wuppertal
Veranstalter: TAW-Akademie

Neues zur Videüberwachung

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert
Termin/Ort: 27.11.2014, Frankfurt
Veranstalter: BHE Akademie

Die anerkannten Regeln der Technik aus rechtlicher Sicht

Referent: Bernd Kimmich
Termin/Ort: 16.10.2014, Weimar
21.10.2014, München (Stockdorf)
23.10.2014, Nürnberg
04.11.2014, Stuttgart
06.11.2014, Frankfurt
11.11.2014, Münster
13.11.2014, Köln
19.11.2014, Berlin
26.11.2014, Hannover
Veranstalter: Triflex GmbH & Co. KG

DAS AKTUELLE INTERVIEW

„Effiziente Heizzentralen“

Interview mit Herrn Dipl.-Ing. Jürgen Lang, Inhaber Ingenieurbüro Lang, Berlin

NEWSLETTER: *Herr Lang, dieses Jahr wurde erstmals der „Deutsche TGA Award“ ausgelobt, eine nationale Auszeichnung für Fachplaner und Hersteller der TGA-Branche. In der Kategorie „innovatives Konzept/Heizungstechnik“ ist ihr Ingenieurbüro der Preisträger. Warum?*

LANG: In Berlin gibt es ein Wohngebiet aus den dreißiger Jahren mit ca. 800 Wohnungen, das unter Denkmalschutz steht. Die Wärmeversorgung musste saniert werden, die Energiekosten waren zu hoch. Zusätzliche Dämmmaßnahmen und neue Fenster waren aber aus Denkmalschutzgründen nicht machbar. Deshalb haben wir uns ausschließlich auf die Technik in der Heizzentrale, der zentralen Trinkwassererwärmung und Wärmeverteilung in den Häusern konzentriert. Vor kurzem kam für die Mieter die „Stunde der Wahrheit“, d. h. die erste Jahreskostenabrechnung nach der Sanierung. Die Freude der Mieter war groß, die Heizenergiekosten wurden fast halbiert, es gab beachtenswerte Rückzahlungen und die Mieten konnten um einen deutlichen Betriebskostenanteil gesenkt werden.

NEWSLETTER: *Aber Sie haben die Auszeichnung doch nicht allein wegen der freudigen Mieter bekommen?*

LANG: Natürlich nicht. Wir haben am Beispiel dieser Anlage, in der die von uns entwickelte „Brennwerttuning“-Technologie zum Einsatz kam, gezeigt, worauf es in der Heizungstechnik zukünftig vor allem ankommt: auf „effiziente Heizzentralen“. Dabei liegt ein wesentlicher Bestandteil des möglichen Einsparpotentials in der Effizienzsteigerung vorhandener Wärmeerzeugungsanlagen, da sie für ca. 40 % des Endenergieverbrauchs in Deutschland verantwortlich sind. Eine aktuelle Analyse von Techem, einem der großen Energiedienstleister hat ergeben: Der Jahresnutzungsgrad von erdgasbetriebenen Heizkesseln in Anlagen ohne Betriebsführung (Contracting) liegt heizwertbezogen bei 89,6 %. Die technische Grenze liegt bei 110 %. Der Jahres-

nutzungsgrad von ölbetriebenen Heizkesseln in Anlagen ohne Betriebsführung (Contracting) liegt heizwertbezogen bei 78,9 %. Die technische Grenze liegt bei 102 %. Damit ergibt sich allein für Heizzentralen ein reales Einsparpotential von ca. 10 - 20 %.

NEWSLETTER: *Aber gibt es nicht schon viele Maßnahmen zur Energieeinsparung, wie z. B. Wärmepumpen, Solar- oder Pelletsanlagen?*

LANG: Hierzu gibt es eine Erkenntnis, die, wenn man ehrlich ist, etwas ernüchternd wirkt. Zu häufig wurden die genannten Techniken, vorhandenen Kesselanlagen „aufgepappt“, oh-



ne sich um die betriebswirtschaftlichen Folgen zu kümmern. Ich kenne z. B. eine Heizkesselanlage in Niedersachsen, wo für mehrere hunderttausend Euro eine thermische Solaranlage nachgerüstet wurde. Nach dem Monitoring stellte sich heraus, dass der Gasverbrauch dadurch gestiegen ist. Was war passiert: durch eine falsche hydraulische Einbindung der Solaranlage sowie einer schlechten Regelungstechnik haben sich die Effizienzwerte der Kesselanlage stark verschlechtert. Solche und ähnliche Vorkommnisse gab es leider häufig.

NEWSLETTER: *Was zeichnet denn das von Ihnen entwickelte Konzept aus?*

LANG: Es gilt zunächst die vorhandene Technik, wie z. B. Heizkessel auf eine höchst effiziente Fahrweise zu trimmen. Aus dieser für den Menschen auch notwendigen Technik ist mittels Hydraulik, Regelungstechnik und Fahrweise energetisch alles Machbare heraus zu holen. Erst wenn die praktischen Grenzwerte erreicht sind, können zusätzliche Ressourcen wie Solar-

technik, Wärmepumpen etc. zum Einsatz gebracht werden, um den Primärenergieverbrauch weiter zu senken. Genau in dieser Reihenfolge.

NEWSLETTER: *Auf dieser Basis wollen Sie eine Kampagne „Effiziente Heizzentralen“ starten?*

LANG: Genau. Neben kostenintensiven Baumaßnahmen (Außenwanddämmung, neue Fenster, etc.) und Vergabe von Betriebsführungen (Contracting) möchte ich eine geringinvestive Kampagne als dritte Säule zur Effizienzsteigerung von Heizzentralen etablieren. Dazu gehört neben einer ganz spezifischen Ingenieursarbeit u. a. die Schaffung eines Energielabels für „effiziente Heizzentralen“ sowie eine verstärkte Öffentlichkeitsarbeit zum Schwerpunkt „effiziente Heizzentralen“. In dieser Beziehung wollen wir den Aufbau eines deutschlandweiten Netzwerkes von Ingenieurbüros organisieren, welches die Kampagne „effiziente Heizzentralen“ umsetzt und etabliert. Hierfür suchen wir noch weitere Unterstützung, wie z. B. Zuschüsse aus Stiftungen, Beteiligungen o. ä.

NEWSLETTER: *Herr Lang, wir danken für das Gespräch.*

