Frankfurter Allgemeine
ZEITUNG FÜR DEUTSCHLAND

Bezahlt ist noch nicht

Angst macht sich in der Immobilienwirtschaft breit: Wenn ein Projektentwickler Rechnungen nicht mehr zahlt, muss der Baubetrieb handeln. Besser ist es, sich früh abzusichern. Der Elbtower in Hamburg wird zum mahnenden Beispiel.

Von Friedrich-Karl Scholtissek, Hamburg

Es ächzt im Gebälk eines Immobilienimperiums. Hier eine offene Forderung bezüglich erbrachter und beauftragter Leistungen in Höhe von knapp 200.000 Euro eines mittelständischen Planungsbüros, dort eine von wohl 37 Millionen Euro des Rohbauunternehmers hinsichtlich des Hamburger Elbtowers. Werthaltig abgesichert? Eher nicht. Ängste machen sich breit. Erinnerungen an 1994 und das Straucheln eines Großinvestors in der Villa Andreae in Königstein im Taunus werden wach.

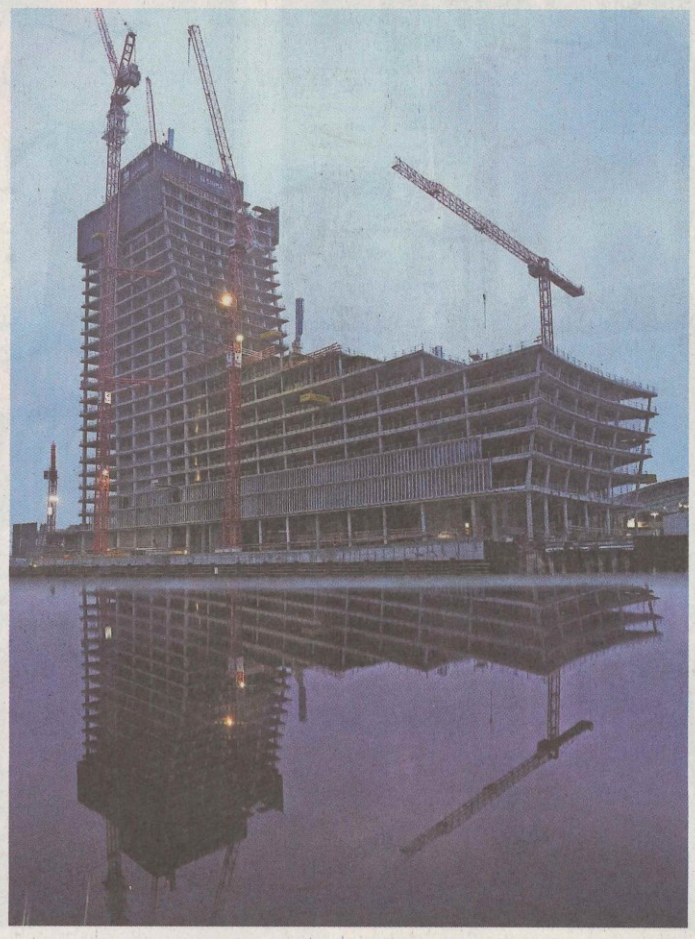
Mit „Hamburg meine Perle" hat der Musiker Lotto King Karl der nördlichsten deutschen Metropole eine klangliche Liebeserklärung beschert. Die Hansestadt ist geprägt von aufstrebenden Kirchtürmen und dem Rathausturm – das ist die still vereinbarte maximale Höhensilhouette der Elbmetropole. Städtebauliche Patzer bilden die Ausnahme, bis der sich aus Hamburg verabschiedende ehemalige Bürgermeister und heutige Bundeskanzler Olaf Scholz (SPD) wohl noch ein Denkmal setzen wollte. Der Elbtower soll als dritthöchstes Hochhaus Deutschlands errichtet werden, aber ist derzeit nur als Stummelbauwerk an der Elbe zu sehen und als etwaig drohende künftige Bauruine vom schillernden Signa-Imperium.

Trotz vieler Warnrufe, sich mit einem doch seit Langem bemerkenswerten Investor für ein solches städtebaulich schreiendes und nicht der hanseatischen Zurückhaltung entsprechendes Projekt einzulassen, musste das Politik-Monumentbauwerk seine vertragliche Begründung erfahren. Neben dem lauten Elbtowerprojekt klafft von derselben Investorengruppe an prominent innerstädtischer Gänsemarktlage eine beräumte Baufläche oder die Hamburger Flüggerhöfe – beworben mit dem Slogan „Willkommen in einer Welt des Aufbruchs". Das wirft die Frage auf, ob es doch eher „eine Welt des Zusammenbruchs" ist?

Sofern Auftragnehmer nicht früh Sicherheiten für Honorare und Werklöhne eingefordert hat, dürfte der Ruf danach für viele dieser Projekte laut werden. Wiederholt war hier Thema, wie sich vereinbarte und offene Unternehmerforderungen absichern lassen (F.A.Z. vom 27. Oktober und vom 6. Oktober). Gerade in der angespannten Baukrise zeigt sich jedoch, dass für Planer und ausführende Unternehmen das Postulat gelten muss, sehr frühzeitig Sicherungsansprüche gegenüber dem Auftraggeber zu aktivieren. Ein zu spätes Agieren kann das Durchsetzen dieser Ansprüche zum nicht mehr rasierklingenscharfen Instrument werden lassen.

Die Aufforderung, eine Bauhandwerkersicherung zu verlangen, betrifft sowohl die Bauunternehmen wie die Planer. Folgt der Bauherr dieser nicht, besteht das maßgebliche Druckmittel darin, die Leistungen einzustellen – nach einer angemessenen gesetzten Frist zur Legung der Sicherheit. In der Regel folgt der Auftraggeber dieser Aufforderung, um Sekundär-Negativ-Folgen zu vermeiden. Auch gleicht er Zahlungen meist zügig aus, um nicht mit allzu hohen Sicherheiten selbst belastet zu sein – insbesondere mit Blick auf das Absicherungsverlangen durch den Bürgen.

Gleichwohl müssen sich Planer und Bauunternehmer auch mit der Absicherung von Honorar- und Werklohnforderung im Klaren darüber sein, dass ein einfaches Durchgreifen auf den Bürgen nicht möglich ist. Regelhaft wird als Sicherheit im Bauwesengeschehen eine entsprechende Bürgschaft zur Absicherung gelegt. Was zunächst mit gewisser Euphorie beginnt, wird gedämpft durch die gesetzliche Regelung, dass das Kreditinstitut oder der Kreditversicherer die Zahlung an den Auftragnehmer nur leisten darf, wenn der Bauherr den Vergütungsanspruch anerkennt oder durch vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung verurteilt worden ist und die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Zwangsvollstreckung begonnen werden darf.



Spiegelbild der Branchenlage: *Wann wird am Elbtower weiter gebaut?* Foto dpa

Dies bedarf der Erläuterung. Denn der Gesetzgeber hat hiermit eine Fälligkeitsvoraussetzung geschaffen, die vorhanden sein muss, damit der Auftragnehmer überhaupt auf den sichernden Bürgen zugreifen kann. Zwar ist dies höchstrichterlich noch nicht geklärt. Mag auch eine Bedingung, eine Einrede oder eine Verwertungsbeschränkung vorliegen: Alle eint, dass es eine Hürde für den Sicherungsinhaber bedeutet, um sich aus der gegebenen Sicherheit zu befriedigen.

Alternativ kann der Bürge auch dann in Anspruch genommen werden, wenn der Vergütungsanspruch anerkannt wird. Voraussetzung ist, dass der Vergütungsanspruch also einredefrei durch eine maßgebliche Erklärung des Auftraggebers sein muss. Als Anerkenntnis genügt, wenn die Feststellung der Forderung zur Insolvenztabelle erfolgt, was mehrfach höchstrichterlich entschieden ist (unter anderem Oberlandesgericht Frankfurt, Urteil vom 25. Februar 2019, Aktenzeichen: 29 U 81/18). Denn dies wirkt wie ein rechtskräftiges Urteil.

Die bürgende Bank oder der bürgende Kreditversicherer kann sich so lange darauf berufen, die Auszahlung zu verweigern, bis ein vorläufig vollstreckbares Urteil des Bauherrn vorliegt, das sich auf die geltend gemachte Forderung bezieht. Ist ein Urteil auf Feststellung zur Insolvenztabelle erstritten worden, was in Form einer Feststellungsklage erfolgen kann, ist dies gleichermaßen ausreichend.

Ist ein Urteil gegenüber dem Bauherrn auf Zahlung der vereinbarten Vergütung erstritten, sind die Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen in der Regel dann gegeben, wenn ein Titel wie meist das Urteil zur Vollstreckungsklausel vorliegt und die Zustellung des Titels erfolgt ist. Die Zwangsvollstreckung hängt meist von einer Sicherheitsleistung ab – vor allem für Urteile in der ersten Instanz. Dann kann der Auftragnehmer von den Bürgen verlangen, die erfolgte Sicherheitsleistung auszuzahlen.

Damit bleibt die Sicherheit nach dem Bauhandwerkersicherungsgesetz durchaus ein probates Mittel zur Risikominimierung, gerade dann, wenn die Insolvenz des Auftraggebers droht. Das Durchsetzen des Anspruchs auf Zahlung und damit die Inanspruchnahme des Bürgen, ist jedoch ein zeitaufwendiger und zumeist auch kostenintensiver Weg. Dies schmerzt gerade Unternehmen, die schon erheblich investiert haben: Nun müssen sie um Honorar- und Werklohnforderungen kämpfen und haben weiteren Kosten zur Rechtsverfolgung.

Damit ist festzuhalten, dass die Absicherung durch eine selbstschuldnerische Bürgschaft für das Vorleistungsrisiko das dynamischere Mittel ist, beauftragte Vergütungsforderungen abzusichern. Möge dies der Gesetzgeber im Zuge der Evaluierung des Bauvertragsrechtes zukünftig berücksichtigen, damit der vorleistungspflichtige Auftragnehmer eine durchschlagskräftigere Absicherung erhält.

Im Übrigen muss Beachtung finden, dass der Bürge Einwendungen gegen den geltend gemachten Anspruch ohne Weiteres behält – trotz eines vorläufig vollstreckbaren Urteils oder eines Anerkenntnisses. Ebenso wenig wird es dem Auftragnehmer helfen, dem Bürgen im Zuge einer gerichtlichen Auseinandersetzung den Streit zu verkünden. Vielmehr wird er sich darauf verweisen lassen müssen, wie gegenüber seinem Auftraggeber auch gegenüber dem Bürgen zu klagen, was die Kosten weiter erhöht.

Folglich hat Hamburg nun in seiner Perlenkette nicht nur einen Tower-Stummel des ehemaligen Bürgermeisters und des schillernden Investors, sondern auch ein Unternehmen mit ungewissem Ausgang hinsichtlich derer offenen Honorarforderungen. Wenn denn die Annahme zutreffend sein mag, liegt das jedenfalls für den Elbtower an politischer Eitelkeit, der haftungsrechtlich nicht beizukommen ist. Denn es ist eben Politik.

Der Autor ist Rechtsanwalt und Gründungspartner der Sozietät SK-Rechtsanwälte in Hamburg sowie Professor für privates Baurecht an der Hafen-City Universität Hamburg (HCU).