Holger Langer

Vergütungsrisiken des Subunternehmers im internationalen Industrieanlagenbau

Eine vergleichende Studie über die Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln nach deutschem, amerikanischem und englischem Recht

Juristische Reihe TENEA / www.jurawelt.com Bd. 73

Holger Langer Vergütungsrisiken des Subunternehmers
73
Juristische Reihe TENEA / www.jurawelt.com

TENEA

Die dem General- und Subunternehmereinsatz typische »Kettenvergütung«, bei der die Zahlung des Werklohns zunächst vom Auftraggeber an den Generalunternehmer erfolgt und von diesem pro rata an den Subunternehmer weitergeleitet wird, führt zu erheblichen Problemen, wenn es auf der Auftraggeber- oder der Generalunternehmerebene zu einer Unterbrechung des cash flows kommt. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich für den Generalunternehmer, wenn eine Zahlung des Auftraggebers wegen Insolvenz unterbleibt, er aber aufgrund der Trennung der Vertragsverhältnisse verpflichtet bleibt, den vollen Werklohn an den Subunternehmer abzuführen. Im anglo-amerikanischen Rechtskreis hat sich mit den sogenannten »pay-if-paid«- bzw. »pay-when-paid«-Klauseln eine vertragliche Regelung etabliert, die dieses Dilemma zu überwinden versucht, indem sie den Werklohnanspruch des Subunternehmers unter die aufschiebende Bedingung einer Zahlung durch den Auftraggeber stellt. Diese »bedingenden« Zahlungsklauseln sind dogmatisch nach deutschem Recht nicht unproblematisch. Vor dem Hintergrund der neueren Rechtsprechung und Gesetzgebung in den USA und Großbritannien stellt die Arbeit die Rechtslage dar und bietet eine praxisorientierte Betrachtung derartiger Klauseln, insbesondere vor dem Hintergrund moderner Finanzierungsmethoden, wie der Projektfinanzierung.

Holger Langer geb. 1972 in Hildesheim; 1991 Abitur am Bischöflichen Gymnasium Josephinum in Hildesheim; 1991–1993 Ausbildung zum Bankkaufmann; 1993–1994 Zivildienst; 1994–1998 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Hannover; 1998 Erste Juristische Staatsprüfung; 1999–2000 LL.M. Studium an der University of London, Queen Mary & Westfield College; 2001–2003 Referendariat am Hans. OLG Hamburg, Stationen u.a. bei der Deutschen Botschaft in Manila, Freshfields Bruckhaus Deringer, Hamburg, und Baker & McKenzie, Frankfurt; 2003 Zweite Juristische Staatsprüfung; seit 2004 Tätigkeit als Rechtsanwalt bei CMS Hasche Sigle, Hamburg, im Bereich Privates Baurecht.

TENEA

ISBN 3-86504-084-5 35 €

TENEA

Juristische Reihe TENEA / www.jurawelt.com Bd. 73

Tenea (ἡ Τενέα), Dorf im Gebiet von Korinth an einem der Wege in die → Argolis, etwas s. des h. Chiliomodi. Sehr geringe Reste. Kult des Apollon Teneates. T. galt im Alt. sprichwörtl. als glücklich, wohl wegen der Kleinheit […]

Aus: K. Ziegler, W. Sontheimer u. H. Gärtner (eds.): *Der Kleine Pauly.* Lexikon der Antike. Bd. 5, Sp. 585. München (Deutscher Taschenbuch Verlag), 1979.

Holger Langer

Vergütungsrisiken des Subunternehmers im internationalen Industrieanlagenbau

Eine vergleichende Studie über die Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln nach deutschem, amerikanischem und englischem Recht.

TENEA

Holger Langer

Vergütungsrisiken des Subunternehmers
im internationalen Industrieanlagenbau.
Eine vergleichende Studie über die Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln nach deutschem, amerikanischem und englischem Recht.

(Juristische Reihe TENEA/www.jurawelt.com; Bd. 73)

Zugleich Universität Hannover
Dissertation 2004

Gedruckt auf holzfreiem, säurefreiem,
alterungsbeständigem Papier

© TENEA Verlag für Medien
Berlin 2004
Alle Rechte vorbehalten. All rights reserved.
Digitaldruck und Bindung:
Polyprint GmbH · 12489 Berlin
Umschlaggestaltung: nach Roland Angst, München
TENEA-Graphik: Walter Raabe, Berlin
Printed in Germany 2004

ISBN 3-86504-084-5

Vorwort

Diese Arbeit hat in den vergangenen fünf Jahren etliche Höhen, aber auch einige Tiefen erlebt. Der gravierendste dieser Tiefpunkte war der überraschende Tod meines Doktorvaters Prof. Dr. Oskar Hartwieg, dem ein Großteil des Dankes für das Gelingen der vorliegenden Arbeit gebührt. Sein Engagement und Einsatz machten es möglich, die Arbeit von einer vagen Idee bis hin zu der nun vorliegenden Fassung zu entwickeln. Auch wenn er das Ergebnis dieser Bemühungen nicht mehr erlebt hat, gab er der Arbeit damit ihre methodologische Prägung.

Mein Dank gilt darüber hinaus Herrn Prof. Dr. Christian Wolf, der nach dem Ableben Prof. Hartwiegs spontan die Betreuung übernommen hat. Ihm ist es zu verdanken, dass die Arbeit an diesem schwierigen Punkt nicht aufgegeben werden musste, sondern im Sinne Prof. Hartwiegs fortgeführt werden konnte. Des weiteren danke ich Herrn Prof. Dr. Rolf Kniffka für seine kritischen Anregungen und die Übernahme der Zweitbegutachtung.

Ein ganz besonderer Dank gilt meiner Familie, die das Entstehen der Arbeit über die letzten Jahre hinweg begleitet und hilfreich unterstützt hat, indem sie mir insbesondere in den schwierigen Zeiten geduldig und aufmunternd zur Seite stand und mir nicht zuletzt auch diejenige Unterstützung zukommen ließ, die die umfangreichen Recherchen zu dieser Arbeit überhaupt erst ermöglichten.

Darüber hinaus gilt mein Dank allen Freunden und Kollegen, die mir in zahlreichen Diskussionen viele hilfreiche Impulse gegeben haben.

Hamburg, im Juli 2004 *Holger Langer*

„I cannot help thinking that the literal interpretation of contracts and statutes is a departure from real truth. It makes words the master of men instead of their servants."

(Lord Denning, 33rd Earl Grey Lecture at King's College,
Newcastle-upon-Tyne, 27 May 1953)

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis ..... **I**

Literaturverzeichnis ..... **XI**

Verzeichnis der zitierten Entscheidungen ..... **XXII**

Amerikanische Entscheidungen XXII

Englische Entscheidungen und Entscheidungen aus (ehemaligen) Ländern des Commonwealth XXVII

Abkürzungsverzeichnis ..... **XXVIII**

Einleitung **1**

I. Kapitel: Grundlagen des Anlagenbaus **5**

A. Gegenstand des Anlagenbaus 5

B. Der Anlagenbau in der Geschichte 7

C. Charakteristika des Anlagenbaus 8

D. Die besondere Risikolage im internationalen Anlagenbau 10

I. Grundlagen der Risikobeurteilung 10

II. Sonderrisiken im internationalen Anlagenbau 12

1. Baurisiken 12

2. Politische und juristische Risiken 14

3. Markt- und Finanzierungsrisiken 14

E. Anmerkungen zur Terminologie 16

II. Kapitel: Die besondere Problematik der Subunternehmervergütung in Deutschland **18**

A. Die Strukturen des Anlagenbaus als Basis bedingender Zahlungsklauseln 18

I. Der Einsatz von Einzelunternehmern 20

II. Kooperationsformen mehrerer Beteiligter 23
1. Die Arbeitsgemeinschaft in der Bauwirtschaft (Arge) 23
2. Das Konsortium 25
3. Weitere Kooperationsformen im Anlagenbau 28
III. Der Einsatz von General- und Subunternehmern 30
1. Die inhaltliche Ausgestaltung der Generalunternehmerschaft 31
2. Das Verhältnis des Generalunternehmers zu den anderen Beteiligten 33
a. Die Bedeutung des Subunternehmereinsatzes 34
b. Die „Zwei-Fronten-Stellung“ des Generalunternehmers 37
c. Die Benennung bestimmter Subunternehmer 41
aa. Die Benennung von Subunternehmern durch den Auftraggeber 42
bb. Die Benennung von Subunternehmern durch den Generalunternehmer 43
cc. Erstreckung der Benennung auf Zulieferer 45
B. Die Vergütungssystematik des deutschen Werkvertragsrechts 47
I. Das Vergütungssystem des BGB 47
1. Entstehung des Werklohnanspruchs 48
2. Fälligkeit der Vergütung 49
II. Neuregelungen im Bereich des Werkvertragsrechts 50
1. Änderung der Verzugsregelungen 51
2. Einführung von Abschlagszahlungen 52
3. Neuregelung des Fälligkeitseintritts 53
a. Abnahmepflicht des Bestellers gem. § 640 Abs. 1 S. 2 BGB 54
b. Abnahmefiktionen 54
aa. Die Abnahmefiktion des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB 54
bb. Die Abnahmefiktion des § 641a BGB 55

III. Bestehende Entwürfe zur zukünftigen Gesetzeslage 57
1. Der baurechtliche Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 57
2. Der Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes 59
IV. Die Vergütungsregelungen der VOB/B 60
1. Entstehung und Fälligkeit des Vergütungsanspruchs 60
2. Anwendung der VOB/B in Subunternehmerverträgen 61
C. Vergütungsprobleme beim Einsatz von Subunternehmern 63
I. Zahlungsprobleme auf der Generalunternehmerebene 64
1. Durchgriff des Subunternehmers auf den Auftraggeber 65
2. Durchgriffsfälligkeit nach § 641 Abs. 2 BGB 65
3. Die Sicherung des Subunternehmers nach §§ 647, 648 und 648a BGB 69
4. Die Sicherung des Subunternehmers nach dem BauFG 71
5. Direktzahlungen des Auftraggebers an den Subunternehmer 73
II. Zahlungsprobleme auf der Auftraggeberebene 74
1. Gleichschaltung der Abnahmezeitpunkte beim Subunternehmervertrag 75
2. Der Einsatz bedingender Zahlungsklauseln 76
a. Die Ausgangssituation 76
b. Die kollidierenden Sichtweisen der Vertragsparteien 78
aa. Der Standpunkt des Subunternehmers 79
bb. Der Standpunkt des Generalunternehmers 83
c. Die Beurteilung bedingender Zahlungsklauseln im deutschen Recht 85
aa. Die Verwendung bedingender Zahlungsklauseln in AGB 86
bb. Die Verwendung bedingender Zahlungsklauseln in Individualverträgen 91
(1) Die Auslegung als Fälligkeitsregelung 93
(2) Die Auslegung als echte Bedingung im Sinne von § 158 Abs. 1 BGB 94

D. Zusammenfassung 96

III Kapitel: Die Verteilung des Vergütungsrisikos durch bedingende Zahlungsklauseln im amerikanischen Recht 99

A. Die grundlegende Bedeutung bedingender Zahlungsklauseln in den USA 99

B. Der Streit über die Zulässigkeit von *contingency payment clauses* 100

I. Die Konkretisierung des Problems durch die Rechtsprechung 101

1. Abgrenzung von *pay-if-paid*- und *pay-when-paid* Klauseln 103

2. Die Entwicklung der *Dyer* Richtlinie 105

a. Die Zielsetzung der Parteien als zentraler Ausgangspunkt der Vertragsauslegung .. 107

b. Die Entwicklung der „*reasonable time doctrine*“ 109

3. Auswirkungen der *Dyer* Rechtsprechung 111

a. Auslegung zugunsten des Subunternehmers 112

aa. Die faktische Situation in den beiden Ausgangsfällen *Southern States v. Jones* und *Strahan v. Landis* 112

bb. Die Interpretationsvielfalt der Präzedenzfälle 114

cc. Die Entscheidung des Louisiana Supreme Courts in den Louisiana World Exposition Fällen 117

(1) Die Unterscheidung zwischen „*term*“ und „*condition*“ 118

(2) Die Intention der Parteien als entscheidendes Element 119

dd. Die Anwendung der *Dyer* Leitlinie zugunsten des Subunternehmers in anderen Staaten 121

(1) Die Rechtsprechung New Jerseys 123

(2) Die Rechtsprechung Floridas 123

(3) Die Rechtsprechung Tennessees 127

(4) Die Rechtsprechung Colorados 129

b. Auslegung zugunsten des Generalunternehmers 130

aa. Die praktische Anwendung der *Dyer* Analyse in Georgia 131

bb. Die weniger radikale Auslegung bedingender Zahlungsklauseln in Connecticut 134

cc. Die Rechtsnatur bedingender Zahlungsklauseln in Illinois 136

c. Entbehrlichkeit der *Dyer* Analyse wegen klarer und unzweideutiger Vertragssprache 138

d. *Dyer* Auslegung führt zu einem gemischten Ergebnis 145

e. Die Auswirkungen der *Dyer* Leitlinie auf die Rechtsprechung in der Zusammenfassung 149

4. Die Behandlung bedingender Zahlungsklauseln bei Nichtzahlung aus anderen Gründen als der Auftraggeberinsolvenz 151

II. Der neue Ansatz in der Rechtsprechung 158

1. Der zweistufige Prüfungsaufbau in *West-Fair Electric v. Aetna* 160

2. Der kalifornische Ansatz in *Wm. R. Clarke Corp. v. Safeco* 164

a. Die Entwicklung in den Vorinstanzen 165

b. Die Mehrheitsentscheidung des California Supreme Court 167

c. Die Auswirkungen der *Wm. R. Clarke* Entscheidung 169

aa. Die Reaktionen in der juristischen Literatur 169

bb. Das abweichende Votum der Minderheit in *Wm. R. Clarke Corp. v. Safeco* 170

cc. Die Ausweitung der Grundsätze in *Capitol Steel v. Mega Construction* 172

III. Stellungnahme 172

C. Neuere Bestrebungen in der Gesetzgebung 174

I. Allgemeine Gesetzgebung 175

II. Contingency-payment-Gesetzgebung 176

1. Gescheiterte Gesetzesinitiativen 176

2. Die legislative Vorreiterrolle North Carolinas 177

3. Die gesetzlichen Regelungen in Illinois 178

4. Die Gesetzgebung in Wisconsin 181

5. *Conditional-payment*-Gesetzgebung in Maryland 182

6. Entsprechende Gesetzgebung in Missouri 183

III. Spezielle Aspekte bei der Betrachtung öffentlicher Projekte 183

1. Der Schutz des Subunternehmers unter dem Federal Miller Act 1935 184

2. Construction Industry Payment Protection Act 1999 185

3. Der Einfluß von bedingenden Zahlungsklauseln auf die Haftung des Garantiegebers . 186

a. Die Situation des Garantiegebers in öffentlichen Projekten 187

b. Die Situation des Garantiegebers in privaten Projekten 190

aa. Entscheidungen, nach denen der Garantiegeber sich auf die bedingende Zahlungsklausel berufen kann 191

bb. Entscheidungen, nach denen der Garantiegeber sich nicht auf die bedingende Zahlungsklausel berufen kann 194

D. Zusammenfassung 198

IV. Kapitel: Die Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln im englischen Rechtssystem 200

A. Die generelle Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln im englischen Recht 200

B. Die Auslegung als „condition precedent“ 204

I. Die Sichtweise der englischen Gerichte 204

II. Die Behandlung bedingender Zahlungsklauseln in den Commonwealth Staaten. 208

C. Gesetzliche Regelungen 213

I. Gesetzliche Neuregelungen in England 213

a. Der Latham Report von 1994 213

b. Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 (HGCRA) Part II 216

aa. Anwendbarkeit des HGCRA 1996 217

(1) Die Regelungen in s. 104 und s.105 HGCRA 1996 Part II 217

(2) Die Construction Contracts (England and Wales) Exclusion Order 1998 219

bb. Die grundlegenden Vergütungsregelungen des HGCRA 1996 Part II .. 220

(1) Das Recht auf Abschlagszahlungen in s. 109 220

(2) Das grundsätzliche Verbot bedingender Zahlungsklauseln in s. 113 221

(3) Die alternativen Regelungen des Scheme for Construction Contracts 224

II. Building and Construction Industry Security of Payment Act 1999 (NSW) 224

1. Die zentralen Zahlungsregelungen des BCISPA 1999 225

2. Der Anwendungsbereich des BCISPA 1999 227

III. Unfair Contract Terms Act 1977 227

D. Zusammenfassung 229

V. Kapitel: Vergleich der Regelungsvorschriften der unterschiedlichen Rechtssysteme 232

A. Vergleichbarkeit der Regelungsansätze 232

I. Die Ansätze der Subunternehmervergütung im Vergleich 232

II. Die Wirkung bedingender Zahlungsklauseln 234

1. Die Behandlung bedingender Zahlungsklauseln als Fälligkeitsregelung 235

2. Die öffentliche Ordnung als Regulativ 237

3. Die Behandlung bedingender Zahlungsklauseln als echte Bedingung 239

4. Auswirkungen der Erkenntnisse auf den deutschen Regelungsansatz 241

a. Dogmatische Einordnung individueller Vereinbarungen 241

b. Begründung spezieller Verpflichtungen des Generalunternehmers 245

B. Anforderungen an die zukünftige Betrachtung bedingender Zahlungsklauseln 247

I. Die Erforderlichkeit eines neuen strukturellen Selbstverständnisses 247

II. Die Notwendigkeit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise 250

1. Die Bedeutung des *cash flows* für den Projekterfolg 251

2. Die Verwendung bedingender Zahlungsklauseln vor dem Hintergrund moderner Finanzierungsstrukturen 252

a. Die Strukturierung von Projektfinanzierungen 253

b. Die potentielle Notwendigkeit bedingender Zahlungsklauseln in Projektfinanzierungen 255

aa. Die Risikostrukturierung einer Projektfinanzierung 255

bb. Der Einfluss bedingender Zahlungsklauseln 256

3. Einführung alternativer Sicherungsstrukturen 258

III. Weitere rechtspolitische Erwägungen 261

C. Schlussbetrachtung 265

Anhang A - Louisiana Civil Code (Auszüge) XXXV

La. Civ. Code Ann. Art. 1767 (West 1987) XXXV

La. Civ. Code Ann. Art. 1777 (West 1987) XXXV

La. Civ. Code Ann. Art. 1778 (West 1987) XXXV

Anhang B – New York Lien Law (Auszüge) XXXV

New York Lien Law § 3 (McKinney 1993) XXXV

New York Lien Law § 34 (McKinney 1993) XXXVI

Anhang C – California Civil Code (Auszüge) XXXVI

Cal. Civ. Code § 2809 (West 1993) XXXVI

Cal. Civ. Code § 3140 (West 1993) XXXVI

Cal. Civ. Code § 3226 (West 1993) XXXVII

Cal. Civ. Code § 3262 (West 1993) XXXVII

Cal. Civ. Code § 3528 (West 1997) XXXVII

Anhang D – Constitution of the State of California 1879 (Auszüge) XXXVIII

Cal.Const. Art. XIV, § 3 (West 1996) XXXVIII

Anhang E – General Statutes of North Carolina (Auszüge) XXXVIII

N.C. Gen. Stat. Ch. 22c, § 2 (1998) XXXVIII

N.C. Gen. Stat. Ch. 22c, § 3 (1998) XXXVIII

Anhang F – Illinois Compiled Statutes (Auszüge) XXXVIII

770 Ill. Comp. Stat. 60/1.1 (West 1993) XXXVIII

770 Ill. Comp. Stat. 60/21 (West 1993) XXXIX

770 Ill. Comp. Stat. 60/21-02 (West 1999) XLI

Anhang G – Wisconsin Statutes (Auszüge) XLI

Wis. Stat. Ann. § 779.135 (West 1999) XLI

Anhang H – Annotated Code of Maryland (Auszüge) XLII

Md. Code Ann., [Real Property Code], § 9-113 (1999) XLII

Anhang I – Vernon's Annotated Missouri Statutes (Auszüge) XLII

Mo. Ann. Stat. § 413-183 (West 2000) XLII

Anhang J – 40 U.S.C.A. § 270 „Miller Act" XLII

40 U.S.C.A. § 270a XLII

40 U.S.C.A. § 270b XLIII

40 U.S.C.A. § 270c XLIV

40 U.S.C.A. § 270d XLIV

40 U.S.C.A. § 270d-1 XLV

Anhang K – Construction Industry Payment Protection Act of 1999 XLV

Anhang L – Virgin Islands Code Annotated (Auszüge) XLVI

V.I. Code Ann., title 28, § 253 (2000) XLVI

V.I. Code Ann., title 28, § 259 (2000) XLVI

Anhang M – Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 Part II (Auszüge)..... XLVII

s. 104 – Construction contracts XLVII

s. 105 – Meaning of "construction operations" XLVIII

s. 106 – Provisions not applicable to contract with residential occupier. XLIX

s. 107 – Provisions applicable only to agreements in writing..... L

s. 108 – Right to refer disputes to adjudication. L

s. 109 – Entitlement to stage payments LI

s. 110 – Dates for payment. LI

s. 111 – Notice of intention to withhold payment LII

s. 112 – Right to suspend performance for non-payment. LII

s. 113 – Prohibition of conditional payment provisions. LIII

s. 114 – The Scheme for Construction Contracts. LIV

Anhang N – Building and Construction Industry Security of Payment Act 1999 (NSW) (Auszüge)..... LIV

s. 7 – Application of Act LIV

s. 8 – Rights to progress payments..... LV

s. 9 – Amount of progress payment LVI

s. 11 – Due date for payment LVI

s. 12 – Effect of "pay when paid" provisions..... LVI

Literaturverzeichnis

Adams, John N. / Brownsword, Roger	The Unfair Contract Terms Act: A Decade of Discretion, 104 L.Q.R. (1988), S. 94 – 119.
ASA	ASA News Release no. a-11-97, abrufbar unter http://www.asaonline.com/miller.htm (URL vom 12.05.1999)
Barthet, Patrick C. / Goodman, Nadine H.	Waiting to Get Paid: Are "Pay When Paid" Provisions a Matter of When or If?, 73 Fla. B.J. (1999), S. 64 – 67.
Bartmann, Gümter	Inwiefern macht eine „Abnahme" den Werklohn fällig, BauR 1977, S. 16 – 21.
Blackler, Tony	Triple helping, 14 Building (1998), S. 28.
Bovis, Christopher	Who's Afraid of the Private Finance Initiative?, 3 PFIJ 6 (1999), S. 20 – 23.
Bragg, Dorry A. / Tyson, John J.	„Pay When Paid" Clauses - Time for Payment or Condition Precedent, 38 FICC Quarterly 11 (1987), S. 95 – 101.
Brailsford, Daniel T.	Subcontractor Payment Practises: A Gathering Storm, abrufbar unter http://www.robinsonlaw.com/subcontr.htm (URL vom 01.09.1999)
Bühler, Theodor	Vertragsrecht im Maschinenbau und Industrieanlagenbau unter besonderer Berücksichtigung der Schweiz und des Exportgeschäfts, Zürich 1987.
Bunni, Nael G.	The FIDIC Form of Contract: The Fourth Edition of the Red Book, 2. Aufl., Oxford 1997.
Button, Roger	Pay when paid clauses: let the payer beware, CSM 2 (2000), S. 32.
Cornes, David L.	Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996, Part II – The „Latham Legislation", 15 ICLR (1998), S. 329 – 370.
Craushaar, Götz von	Die Regelung des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen im Überblick, BauR 2001, S. 471 – 481.
Crawford-Tate, Theresa	It's the Law! „If" or „When" – What a Difference a Word Makes, abrufbar unter http://builderslaw.com/articles/law897.htm (URL vom 28.04.1999).
Cushman, Kenneth M. / Ficken, Bruce W. / Levin, Kenneth I.	Contractor's Rights and Duties: Bid Disputes and Associated Problems, Differing Site Conditions and Site Inspection Clauses, Change Orders, and Contract Technical Defenses, 391 PLI/Real, S. 61 – 169.
Cuypers, Manfred	Das neue Bauvertragsrecht, 2. Aufl., München 2002.
Dähne, Horst	Die Schlussrechnung des Auftraggebers nach § 14 Nr. 4 VOB/B, BauR 1981, S. 233 – 239.
Davenport Philip	Construction Contracts: Security of payment, (2000) 38 (2) LSJ, S. 46.
Davis, Richard	Construction Insolvency, 2. Aufl., Bembridge 1999.
Dawson, Philip	Introduction of a Statutory Right to Progress Payments: Outline and Review of the Building and Construction Industry Security of

	Payment Act 1999 (NSW), 17 ICLR (2000), S. 611 – 621.
Deutsche Gesellschaft für Baurecht e.V. (Hrsg.)	Seminar ARGE / Generalunternehmer / Subunternehmer, Schriftenreihe der Deutschen Gesellschaft für Baurecht e.V., Band 19, Wiesbaden u.a. 1992.
Deventer, Rob van	The Law of Construction Contracts, London u.a. 1993.
Dreher, Meinrad	Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht, NZBau 2002, S. 245 – 259.
Drömann, Dietrich	Germany – a developing market für PPPs, abrufbar unter http://www.pwcglobal.com/uk/eng/about/svcs/pfp/PwC_PPP_Germany.doc.
Dünnweber, Inge	Vertrag zur Erstellung einer schlüsselfertigen Industrieanlage im internationalen Wirtschaftsverkehr, Schriftenreihe Recht des internationalen Wirtschaftsverkehrs, Band 1, Berlin u.a. 1984.
DVA	Erläuterungen zur Zusammenfassung von Fachlosen, Bildung von Teillosen, Stand 30.08.2000, abrufbar unter: http://www.bmvbw.de/Anlage6906/DVA-Erlaeuterungen-zur-Fachlosvergabe.pdf (URL vom 28.07.2002).
Englert, Klaus / Grauvogl, Josef / Maurer, Michael	Handbuch des Baugrund- und Tiefbaurechts, 2. Aufl., Düsseldorf 1999.
Erkelenz, Peter	Wieder einmal: Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen – Rechtspolitisches und Rechtliches –, ZfBR 2000, S. 435 – 440.
Feldrappe, Ludwig	Bietergemeinschaft und ARGE, in: *Deutsche Gesellschaft für Baurecht e.V.* (Hrsg.), Seminar ARGE / Generalunternehmer / Subunternehmer, S. 13 – 23.
FIEC	Untervergabe in der Bauwirtschaft: Grundprinzipien der Zusammenarbeit zwischen den Partnern, FIEC-Veröffentlichung vom 10.05.1998.
Fisher, J.A.	Sub-Contractors‘ Payment Problems in East Asia, 5 ICLR (1988), S. 126 – 129.
Flocke, Hans-Joachim	Risiken beim Internationalen Anlagenvertrag – Hinweise zu ihrer Bewertung sowie Möglichkeiten der Risikobeschränkung durch Vertragsgestaltung, Heidelberg 1986.
Franz, Otmar	Dienstleistungen im internationalen Anlagengeschäft, ZfbF 1982, S. 456 – 461.
Gammon, Mark John	Payment, Mechanisms, 3 PFIJ 3 (1998), S. 32 – 37.
Geisler, Markus	German Project Finance, Azur 6/2001, Beilage.
Gierke, Otto von	Dauernde Schuldverhältnisse, Jherings Jahrbücher 64 (1914), S. 355 – 411.

Gifis, Steven H. Dictionary of Legal Terms, 2. Aufl., New York 1993.

Glatzel, Ludwig / Hofmann, Olaf / Frikell, Eckhard Unwirksame Bauvertragsklauseln nach dem AGB-Gesetz, 8. Aufl., Stamsried 1998.

González, Manuel / Arruñada, Benito / Fernández, Alberto Causes of Subcontracting: Evidence from Panel Data on Construction Firms, abrufbar unter http://www.isnie.org/ISNIE99/Papers/gonzalez.pdf (URL vom 03.07.2002).

Greenwood, David / Klein, Rudi Security of Payment in the Light of the Latham Report: An Opportunity to Remove Unacceptable Risks?, (1995) 11 Constr. L.J., S. 255 – 261.

Grochla, Erwin / Wittmann, Waldemar (Hrsg.) Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, 4. Aufl., Stuttgart 1976

Gutbrod, Max B. Bauhandwerkersicherung: Der neue § 648a BGB – Schutz oder Hemmnis?, DB 1993, S. 1559 – 1562.

Gwyn, Allen Holt Contractor and Subcontractor Payments, The Construction Lawyer, August 1990, S. 41 – 44.

Hager, Günter Die Verflechtung von Verträgen: Planung und Risikoverteilung bei Großprojekten, in: *Weyers* (Hrsg.), Die Verflechtung von Verträgen, S. 65 – 113.

Hautkappe, Bernhard Unternehmereinsatzformen im Industrieanlagenbau, Heidelberg 1986.

Hendrick, David R. / Spangler, John I. / Wedge, Robert B. Battling for the Bucks: The Great Contingency Payment Clause Debate, The Construction Lawyer, Juli 1996, S. 12 – 29.

Heuchemer, Claus Das Baugrundrisiko in der internationalen Vertragspraxis, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Sonderrisiken bei Bau- und Anlagenverträgen (Teil II), S. 12 – 16.

Hevey, Gareth Pay When Paid Clauses, (1995) 11 Constr. L.J., S. 79 – 89.

Hill, William M. / Evans, Donna M. Pay When Paid Provisions: Still a Conundrum, The Construction Lawyer, April 1998, S. 16 – 21.

Hoffman, Scott L. The Law and Business of International Project Finance, Den Haag 1998.

Hoffmann, Bernd von International Construction Arbitration, in: *Šarčević* (Hrsg.), Essays on International Commercial Arbitration, S. 223 – 240.

Hofmann, Olaf Die rechtliche Gestaltung von Subunternehmerverträgen, in: *Deutsche Gesellschaft für Baurecht e.V.* (Hrsg.), Seminar ARGE / Generalunternehmer / Subunternehmer, S. 66 – 75.

Hofmann, Olaf / Koppmann, Werner Die neue Bauhandwerkersicherung, Stamsried 2000.

Hök, Götz-Sebastian Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlung – Kurzkritik im Lichte der europäischen Richtlinie 2000/35/EG vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung des Zahlungsverzuges –, ZfBR 2000, S. 513 – 518.

Huxtable, P.J.C. Remedying Contractual Abuse in the Building Industry, Chartered Institute of Building Technical Information Service No. 99, Ascot 1988.

IfBF Baurechtlicher Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BauR 2001, Sonderdruck zu Heft 4.

Ingenstau, Heinz / Korbion, Hermann (Begr.) VOB Teile A und B, Kommentar, 14. Aufl., Düsseldorf 2001.

Jacobs, H.H. Die Abnahme beim Werkvertrag, AcP 183 (1983), S. 145 – 188.

Jani, Michael Neuregelung des Zahlungsverzuges und des Werkvertragsrechts durch „Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen" vom 30.03.2000, BauR 2000, S. 949 – 953.

Jaynes, Gordon L. Dispute Review Boards: The World Bank is Aboard, 13 ICLR (1996), S. 17 – 27.

Jenkins, Jane The Latham Report Trust Fund Proposals, (1995) 11 Constr. L.J., S. 262 – 273.

dies. The Housing Grants Construction and Regeneration Act 1996 and its Effect on PFI Transactions, (1998) 14 Constr. L.J., S. 395 – 397.

Jewkes, Robert Sub-Contractors Under Threat: A Personal View, 5 ICLR (1988), S. 118 – 125.

Joussen, Peter Der Industrieanlagen-Vertrag, 2. Aufl., Heidelberg 1996.

Kaiser, Gisbert Aktuelle Rechtsfragen im privaten Baurecht – Teil 2 –, ZfBR 1985, S. 55 – 61.

Kamine, Barney Pay-if-Paid Clauses are Dead for Now, California Construction Link, Oktober 1997, S. 23 – 26.

Kiesel, Helmut Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, NJW 2000, S. 1673 – 1682.

Kilduff, David Planning Risk, 4 PFIJ 5 (1999), S. 70 – 72.

Kirksey, Gerald B. „Minimum Decencies" – A Proposed Resolution of the „Pay-When-Paid" / „Pay-If-Paid" Dichotomy, The Construction Lawyer, Januar 1992, S. 1, 40 -–47.

Kniffka, Rolf Rechtliche Probleme des Generalunternehmervertrages, ZfBR 1992, S. 1 – 9.

ders. Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen – Neuregelung des Bauvertragsrechts und seine Folgen –, ZfBR 2000, S. 227 – 236.

ders. Rechtliche Probleme des Generalunternehmervertrages, in: *Deutsche Gesellschaft für Baurecht e.V.* (Hrsg.), Seminar ARGE /

Generalunternehmer / Subunternehmer, S. 46 – 65.

Knutson, Robert Disputes Provisions – Recent Developments at FIDIC and the World Bank, 13 ICLR (1996), S. 174 – 179.

Korbion, Hermann / Locher, Horst AGB-Gesetz und Bauerrichtungsverträge, 3. Aufl., Düsseldorf 1997.

Kraus, Steffen / Vygen, Klaus / Oppler, Peter Michael Ergänzungsentwurf Kraus / Vygen / Oppler zum Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen der Fraktionen der SPD und Bündnis 90 / Die Grünen, BauR 1999, S. 964 – 970.

Kremer, Gottfried Die Rolle des Subunternehmers im Rahmen des Gesamtprojekts aus der Sicht des Ingenieurs, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, S. 7 – 28.

Krumm, Hein Anlagenverträge im Osthandel – Probleme beim Abschluss von Anlagenverträge mit Partnern aus den Staatshandelsländern des RGW, Abhandlungen zum Recht der internationalen Wirtschaft, Band 5, Heidelberg 1987.

Kus, Alexander / Markus, Jochen / Steding, Ralf FIDIC's New „Silver Book" under the German Standard Form Contracts Act, 16 ICLR (1999), S. 533 – 550.

Laporte, Susan R. „Pay When Paid": Reasonable Time Term or Conditional Obligation? *Southern States Masonry, Inc. v. J.A. Construction Co*., 34 Loy. L.Rev. (1988), S. 431 – 447.

Larson, Eric N. Freedom from the Freedom-to-Contract: California Supreme Court invokes Public-Policy to invalidate „Pay-if-Paid" Clauses in Construction Contracts, 21 T. Jefferson L.Rev. (1999), S. 253 – 281.

Latham, Michael Constructing the Team – Joint Review of Procurement and Contractual Arrangements in the United Kingdom Construction Industry, London 1994.

Laver, Anthony / Bick, Paul Construction Industry Reform in the United Kingdom, The Construction Lawyer, November 1995, S. 35 – 42.

Lenzen, Elmar Bauhandwerker-Sicherungshypothek bei „wirtschaftlicher Identität" von Besteller und Grundstückseigentümer, BauR 1981, S. 434 – 436.

Lessard, Donald / Miller, Roger Understanding and Managing Risks in Large Engineering Projects, MIT Sloan Working Paper No. 4214-01, abrufbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id:289260 (URL vom 24.05.2004)

Lighterness, Tony A Borrower's View of Project Lending, BJIBFL 1993, S. 344 – 350.

Lionnet, Klaus Liefer- und Leistungskonsortien – Rechtliche Zuordnung und Risiken, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, S. 121 –

133.

Lithgow, Christine Securing payments under construction contracts, (1999) 37 (11) LSJ, S. 38.

Lloyd, Humphrey / Bunni, Nael G. Report on Construction Industry Arbitrations, International Chamber of Commerce, Commission on International Arbitration, Doc 420/21-002 vom 30.03.2000.

Locher, Ulrich Anmerkung zur Entscheidung des OLG Celle, Urteil vom 9. Juli 1985 – 16 U 216/84 –, BauR 1986, S. 358 – 361.

Löffelmann, Peter / Korbion, Hermann Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag am 20. Oktober 1990, Düsseldorf 1990.

Loots, Philip C. Construction Law and Related Issues, Kapstadt 1995.

Lotz, Burkhard Der Begriff „schlüsselfertig" im Anlagenbau, BB 1996, S. 544 – 549.

Mangat, Indraj Opportunities and Risks, 4 PFIJ 2 (1999), S. 82 – 84.

Maritz, Klaus Das GSB – eine beschränkte Sicherheit für Bauunternehmen, BauR 1990, S. 401 – 406.

Markowsky, Peter Der Bauvertrag im internationalen Rechtsverkehr – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des IPR, Europäische Hochschulschriften Reihe II, Band 1969, Frankfurt am Main u.a. 1997.

Marks, David Going Dutch, 4 PFIJ 4 (1999), S. 40 – 41.

Marshall, John J. Risk Analysis in Dispute Resolution, 12 ICLR (1995), S. 600 – 613.

May, Anthony (Hrsg.) Keating on Building Contracts, 6. Aufl., London 1995, zitiert als: Keating.

McCormick, Roger Project Finance: Legal Aspects (Part 1), BJIBFL 1992, S. 373 – 379.

ders. Project Finance in Central and Eastern Europe, BJIBFL 1998, S. 6 – 13.

Medicus, Dieter Abnahme und Gewährleistung im Verhältnis Generalunternehmer – Subunternehmer, in: *Deutsche Gesellschaft für Baurecht e.V.* (Hrsg.), Seminar ARGE / Generalunternehmer / Subunternehmer, S. 76 – 85.

Michaelis de Vasconcellos, Harald Das besondere Vertragsrecht des Anlagenbaus: Auf dem Weg zu einer internationalen Rechtsvereinheitlichung?, RIW 1997, S. 455 – 464.

Minogue, Ann Should the act apply to PFI?, 36 Building (1998), S. 42.

Moecke, Hans-Jürgen Vertragsgestaltung bei Zusammenarbeit auf dritten Märkten – Konsortialverträge – Joint Ventures – Kooperation, RIW 1978, S. 73 – 79.

Mootz, Francis J. the Enforceability of Pay when Paid Clauses in Construction Contracts, 64 Conn. B.J. (1990), S. 257 – 274.

Murdoch, John / Hughes, Will Construction Contracts – Law and Management, 2. Aufl., London u.a. 1996.

Murphy, Harold J. „Pay When Paid“ Clauses in Construction Subcontracts: Condition Precedent or Terms of Payment?, 6 ICLR (1989), S. 196 – 209.

Nicklisch, Fritz Positive Experiences with Conciliation Integrated in Arbitration in Civil Law Systems, 14 ICLR (1997), S. 289 – 297.

ders. Die Rolle des Subunternehmers im Rahmen des Gesamtprojekts aus juristischer Sicht, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, S. 29 – 43.

ders. Rechtsfragen des Subunternehmervertrages bei Bau- und Anlagenprojekten im In- und Auslandsgeschäft, NJW 1985, S. 2361 – 2370.

ders. Risiken bei Bau- und Anlagenverträgen aus rechtlicher Sicht – Besondere Vertragsstrukturen mit speziellen Risiken, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, S. 41 – 58.

ders. Sales Contracts against Construction Contracts – Their Similarities and Differences in Civil Law, IBL 1988, S. 253 – 255.

ders. Vorteile einer Dogmatik für komplexe Langzeitverträge, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Der komplexe Langzeitvertrag, S. 17 – 28.

Nicklisch, Fritz (Hrsg.) Bau- und Anlagenverträge – Risiken, Haftung, Streitbeilegung –, Schriftenreihe Technologie und Recht, Band 4, Heidelberg 1984.

ders. Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, Schriftenreihe Technologie und Recht, Band 7, Heidelberg 1986.

ders. Sonderrisiken bei Bau- und Anlagenverträgen (Teil II), BB 1991, Beilage 20 zu Heft 29/1991.

ders. Der komplexe Langzeitvertrag – Strukturen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Schriftenreihe Technologie und Recht, Band 8, Heidelberg 1987.

Nicklisch, Fritz / Weick, Günter Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B, 3. Aufl., München 2001.

Niemöller, Christian Abnahme und Abnahmefiktionen nach dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, BauR 2001, S. 481 – 492.

Noone, Michael / Benson, Robert The Pay-When-Paid Dilemma, 25 Colo. Law. (1996), S. 79 – 84.

Palandt, Otto (Begr.) Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl., München 2002.

Parker, Martin / Scott, Neil Points to Consider in the Design of Payment Mechanisms, 4 PFIJ 2 (1999), S. 90 – 93.

Parlasca, Peter Privatfinanzierung öffentlicher Bauaufgaben – Gebot der Effizienz oder Folge eines verkürzten Wirtschaftlichkeitsbegriffs, BbauBl. 1999, Heft 3, S. 18 – 22.

ders. Private Finanzierung öffentlicher Bauinvestitionen – Erfahrungen in Großbritannien und den Niederlanden, BbauBl. 2000, Heft 3, S. 10 – 16.

Pause, Hans Bedeutung, Grenzen und Probleme des Einsatzes von

	Subunternehmern im Baubereich, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, S. 135 – 155.
Perlman, Matthew S.	Contract Interpretation – Pay When Paid Clauses, 7 ICLR (1990), S. 138 – 140.
Peters, Frank	Die Handwerkerrechnung und ihre Begleichung, NJW 1977, S. 552 – 557.
ders.	Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, NZBau 2000, S. 169 – 174.
Philipp, Fritz	Risiko und Risikopolitik, in: *Grochla* (Hrsg.), Handwörterbuch der Betriebswirtschaft
Pitzer, Christoph	Generalunternehmer – Planung und Kostenkontrolle, in: *Deutsche Gesellschaft für Baurecht e.V.* (Hrsg.), Seminar ARGE / Generalunternehmer / Subunternehmer, S. 39 – 45.
Praeder, Duri	Technische Risiken beim Tunnel- und Stollenbau, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Sonderrisiken bei Bau- und Anlagenverträgen (Teil II), S. 2 – 6.
Price, Jennie	Should the act apply to PFI?, 36 Building (1998), S. 42.
Price, Jennie / Klein, Rudi	Is pay-when-certified legal?, 31 Building (1998), S. 34.
Quack, Friedrich	Die Bauhandwerkersicherung – Ketzerisches zu einem immer noch ungelösten Problem, BauR 1995, S. 319 – 322.
Ramming, Klaus	Überlegungen zur Ausgestaltung von Nachunternehmerverträgen durch AGB, BB 1994, S. 518 – 529.
Rathjen, Peter	Sicherungshypothek des Bauunternehmers bei enger Verflechtung zwischen Besteller und Grundstückseigentümer, DB 1977, S. 987 – 990.
Rebmann, Kurt / Säcker, Franz-Jürgen / Rixecker, Roland	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4: Schuldrecht – Besonderer Teil II (§§ 607 – 704), 3. Aufl., München 1997.
dies.	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht – Besonderer Teil III (§§ 705 – 853), 3. Aufl., München 1997.
Redeker, Helmut	Gestaltung von Subunternehmerverträgen, CR 1999, S. 137 – 144.
Riegger, Bodo / Weipert, Lutz (Hrsg.)	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV, München 1995.
Roos, Ronald	Gesetzesentwürfe zur Änderung des Baurechts, BauR 2000, S. 459 – 470.

Rother, Werner Die Bedeutung der Rechnung für das Schuldverhältnis, AcP 164 (1964), S. 105 – 121.
Šarčević, Peter (Hrsg.) Essays on International Commercial Arbitration, London 1989.
Saucerman, Stephen S. Pay-when-paid is emotional subject / 1, World Fence News, April 1999
Schlegelberger, Franz Handelsgesetzbuch, Band IV, §§ 343 – 372, 5. Aufl., München 1976.
Schlechtriem, Peter / Neufang, Paul Haftung des Subunternehmers gegenüber dem Bauherrn nach französischem Recht, ZfBR 1987, S. 55 – 59.
Schneider, Michael E. Arbitration of Construction Disputes, 2 ICLR (1984), S. 317 – 321.
Schuhmann, Ralph Das Vergütungsrisiko des Subunternehmers im Anlagenbau bei konkretisierungsbedürftiger Leistungsbeschreibung, BauR 1998, S. 228 – 235.
Schulz, Matthias Das Puzzle des Philosophen, Der Spiegel 53/1998, S. 159 – 167.
Schütze, Rolf A. / Weipert, Lutz (Hrsg.) Münchener Vertragshandbuch, Band 2 – Handels- und Wirtschaftsrecht, 4. Aufl., München 1997.
Schwartz, Eric A. Resolution of International Construction Disputes, IBL 1995, S. 149 – 157.
Seewald, Thomas Alexander Bauvertragsgesetz / Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, BauR 2000, S. 37 – 46.
Seppala, Christopher R. The New FIDIC Provision for a Dispute Adjudication Board, 14 ICLR (1997), S. 443 – 462.
Sessler, Robert J. Bottom of the Totem Pole: Legal Risk and Payment Problems of Subcontractors, The Construction Lawyer, November 1992, S. 23 – 35.
Shadbolt, Richard A. Resolution of Construction Disputes by Dispute Review Boards, 16 ICLR (1999), S. 101 – 111.
Sherman, Henry What's Dutch for PFI?, 23 Building (2000), S. 54.
Siebel, Ulf R. (Hrsg.) Projekte und Projektfinanzierung, München 2001.
Siegburg, Peter Das geplante „Bauhandwerkersicherungsgesetz", BauR 1990, S. 647 – 664.
Simons, Klaus Vertragsrisiken und Risk Management bei Bau- und Anlagenverträgen, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, S. 61 – 79.
Soergel, Hans Theodor (Begr.) Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 4/1, Schuldrecht III/1 (§§ 516 – 651), Gesetz zur Regelung der Miethöhe, Verbraucherkreditgesetz, 12. Aufl., Stand Frühjahr 1997-1998, Stuttgart 1998.
Stapenhorst, Hermann Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, DB 2000, S. 909 – 915.
Staub, Hermann Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, Erster Band: Einleitung; §§ 1 – 104, 4. Aufl., Berlin u.a. 1995.
Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz

(Begr.)	und Nebengesetzen, Zweites Buch – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 631 – 651, 12. Aufl. Neubearbeitung 2000.
Sweet, Justin	Legal Aspects of Architecture, Engineering and the Construction Process, 6. Aufl., St. Paul u.a. 1999.
Swoboda, Hans Wolfgang	Risiken bei Auslandsbauverträgen aus ökonomisch-technischer Sicht, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, S. 21 – 39.
Tennekoon, Ravi	The Law and Regulation of International Finance, London 2000.
Tieder, John B.	The Globalisation of Construction – Evolving International Standards of Construction Law, 15 ICLR (1998), S. 550 – 606.
Ulmer, Peter / Brandner, Hans Erich / Hensen, Horst-Dieter	AGB-Gesetz, 9. Aufl., Köln 2001.
Vernon, Walter N.	„Show Me the Money!“: A Comment on the Enforceability of „Pay-if-Paid“ Clauses in Contracts for Professional Services, 33 U.S.F. L.Rev. (1998), S. 99 – 131.
Vetter, Eberhard	Gefahrtragung beim grenzüberschreitenden Industrieanlagen-Vertrag – Anmerkung zu BGH, RIW 1982, S. 441 ff., RIW 1984, S. 170 – 176.
ders.	Subunternehmerverträge im internationalen Industrieanlagengeschäft – Aspekte der Risikodurchstellung und Risikoverlagerung, RIW 1986, S. 81 – 91.
ders.	Aspekte der Risikodurchstellung zwischen Hauptvertrag und Subunternehmervertrag im internationalen Anlagengeschäft, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, S. 77 – 91.
Wagner, Gerd	Haftung der ARGE-Partner untereinander, in: *Deutsche Gesellschaft für Baurecht e.V.* (Hrsg.), Seminar ARGE / Generalunternehmer / Subunternehmer, S. 24 – 38.
Walde, Hermann / Berlinghoff, Gerd	Das Auslandsgeschäft mit Industrieanlagen, München 1967.
Wallace, I.N.Duncan	Construction Contracts: Principles and Policies in Tort and Contract, London 1986.
Weick, Günter	Vereinbarte Standardbedingungen im deutschen und englischen Bauvertragsrecht, München 1977.
Werner, Ulrich / Pastor, Walter	Der Bauprozess – Prozessuale und materielle Probleme des zivilen Bauprozesses, 9. Aufl., Düsseldorf 1999.
Westphalen, Friedrich Graf von	Subunternehmerverträge bei internationalen Bauverträgen – Unangemessenheitskriterium nach § 9 AGB-Gesetz?, in: *Löffelmann*

	/ *Korbion* (Hrsg.), Festschrift für Horst Locher, S. 375 – 392.
ders.	Rechtsprobleme des Anlagenvertrages, BB 1971, S. 1126 – 1135.
Westphalen, Friedrich Graf von (Hrsg.)	Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 11. Ergänzung, Stand Januar 2002, München 2002.
Weyers, Hans-Leo	Typendifferenzierung im Werkvertragsrecht, AcP 182 (1982), S. 60 – 79.
Weyers, Hans-Leo (Hrsg.)	Die Verflechtung von Verträgen – Planung und Risikoverteilung bei Großprojekten, Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Band 149, Baden-Baden 1991.
Wiegand, Christian	The Applicable Substantive Law in the Case of International Construction Contracts – The Application to Contracts fort he Export of Construction in Private International Law, 1 ICLR (1983), S. 133 – 158.
Wolf, Manfred / Horn, Norbert / Lindacher, Walter F.	AGB-Gesetz, 4. Aufl., München 1999.
Wood, Philip R.	International Loans, Bonds and Securities Regulation, London 1995.
Yazdani, Bijan	Das Internationale Bauprojekt und der Sicherungsanspruch des Auftragnehmers nach deutschem Recht, RIW 2001, S. 124 – 128.

Verzeichnis der zitierten Entscheidungen

Amerikanische Entscheidungen

A. A. Conte, Inc. v. Campbell-Lowrie-Lautermilch Corp., 132 Ill.App. 3d 325, 477 N.E.2d 30, 87 Ill.Dec. 429 (Ill. App. Ct., 1985).
A. J. Wolfe Co. v. Baltimore Contractors, Inc., 355 Mass. 361, 244 N.E.2d 717 (Mass., 1969)
Action Interiors, Inc. v. Component Assembly Systems, Inc., 144 A.D.2d 606, 535 N.Y.S.2d 55 (N.Y.A.D., 1988)
Aesco Steel, Inc. v. J.A. Jones Constr. Co., 621 F.Supp. 1576 (E.D.La., 1985).
Allen Electric Co., Inc. v. Fidelity & Deposit Co. of Maryland, Inc., 1989 WL 54791, 1 (Tenn. Ct. App., 1989).
Amelco Electric v. Donald M. Drake Co., 583 P.2d 648 (Wash. Ct. App., 1978)
American Drilling Service Co. v. City of Springfield, 614 S.W.2d 266 (Mo. App., 1981)
American Surety Co. of New York v. Hinds, 260 F.2d 366, 368 (10th Cir., 1958).
Amos v. Coffey, 228 Va. 88, 91-92, 320 S.E.2d 335, 337 (Va., 1984).
Architectural Systems, Inc. v. Gilbane Building. Co., 760 F.Supp. 79 (D. Md., 1991).
Atlantic States Constr. Co. v. Drummond & Co., 251 Md. 77, 246 A.2d 251 (Md., 1968)
Bayer and Mingolla Industries, Inc. v. A.J. Orlando Contracting Co., Inc., 6 Mass. App. Ct. 1, 370 N.E.2d 1381 (Mass. App. Ct., 1978)
Bentley Constr. Development & Engineering Inc. v. All Phase, 562 So.2d 800, 15 Fla. L. Weekly D1498 (Fla. Dist. Ct. App., 1990).
Berkel & Company Contractors v. Christman Co., 210 Mich.App. 416, 533 N.W.2d 838 (Mich. Ct. App., 1995).
Bloom v. Bender, 48 Cal.2d 793, 802; 313 P.2d 568 (Cal., 1957).
Brown and Kerr, Inc. v. American Stores Properties, Inc., 240 Ill.Dec. 117, 306 Ill.App.3d 1023, 715 N.E.2d 804 (Ill. App. Ct., 1999).
Byler v. Great American Insurance Co., 395 F. 2d 273 (10th Cir., 1968)
C. Bel for Awnings, Inc. v. Blaine-Hays Constr. Co., Inc., 532 So.2d 830 (La. Ct. App., 1988)
Cahn Electric Company, Inc. v. Robert E. McKnee, Inc., 490 So.2d 647 (La. Ct. App., 1986).
Calcasieu-Marine National Bank of Lake Charles v. Darling, 399 So.2d 1245 (La. Ct. App., 1981).
Capitol Steel Fabricators v. Mega Construction Co., 58 Cal.App.4th 1049, 68 Cal.Rptr.2d 672 (Cal. Ct. App., 1997).
Carr v. Louisville & N.R. Co., 141 Ga. 219, 80 S.E. 716 (Ga., 1914.).
Chartres Corp. v. Charles Carter & Co., Inc. 346 So. 2d 796 (La. Ct. App., 1977).
City of Leesburg v. Hall, 96 Fla. 186, 191, 117 So. 840, 841 (Fla., 1928)

City of New Orleans v. Texas and Pacific Railway Company, 171 U.S. 312, 18 S.Ct. 875, 43 L.Ed. 178 (U.S., 1898).
City of Orlando v. H.L. Coble Construction Co., 282 So.2d 25, 26 (Fla. Dist. Ct. App., 1973).
City of Roanoke v. Blair, 107 Va. 639, 641, 60 S.E. 75, 76 (Va., 1908).
Clifford F. MacEvoy Co. v. United States ex rel Calvin Tomkins Co., 322 U.S. 102, 64 S.Ct. 890, 88 L.Ed. 1163 (U.S., 1944).
Colonial Roofing Corp. v. John Mee, Inc., 105 Misc.2d 140, 431 N.Y.S.2d 931(N.Y. Sup. Ct., 1980)
Crass v. Scruggs, 22 So. 81 (Ala., 1897).
Crown Plastering Corp. v. Elite Associates, Inc., 166 A.D.2d 495, 560 N.Y.S.2d 694 (N.Y. App. Div., 1990).
D. I. Corbett Electric, Inc. v. Venture Constr. Co., 140 Ga.App. 586, 231 S.E.2d 536 (Ga. Ct. App., 1976).
D. K. Meyer Corp. v. Bevco, Inc., 206 Neb. 318, 292 N.W.2d 773 (Neb., 1980).
Dancy v. Williams J. Howard, Inc., 297 F.2d 686 (7th Cir., 1961)
Darrell T. Stuart Contractor of Arizona v. J. A. Bridges & Rust-Proofing, Inc., 2 Ariz.App. 63, 406 P.2d 413 (Ariz. Ct. App., 1965)
David Fanarof, Inc. v. Dember Constr. Corp., 195 A.D.2d 346, 600 N.Y.S.2d 226 (N.Y. App. Div., 1993).
DEC Electric., Inc. v. Raphael Constr. Corp., 14 Fla. L. Weekly 521 (Fla. Dist. Ct. App., 1989) ; 558 So.2d 427, 15 Fla. L. Weekly S161 (Fla., 1990).
Dyser Plumbing Co. v. Ross Plumbing & Heating, 515 So.2d 250, 12 Fla. L. Weekly 2153 (Fla. Dist. Ct. App., 1987).
Eastern Heavy Constructors, Inc. v. Fox, 231 Md. 15, 188 A.2d 286 (Md., 1963)
Elk & Jacobs Drywall v. Town Contractors, Inc., 229 S.E.2d 260 (S.C., 1976)
F.W. Sims, Inc., v. Federal Insurance Co., 788 F.Supp. 149 (E.D.N.Y., 1992)
Fanderlik-Locke Co. v. United States ex rel Morgan, 285 F.2d 939 (10th Cir., 1960).
Fishman Constr. Co. v. Hansen, 238 Md. 418, 209 A.2d 605 (Md., 1965)
Galloway Corp. v. S. B. Ballard Constr. Co., 250 Va. 493, 464 S.E.2d 349, (Va., 1995).
General Motors Acceptance Corp. v. Daniels, 303 Md. 254, 261, 492 A.2d 1306 (Md., 1985).
Gilbane Building Co. v. Brisk Waterproofing Co., Inc., 86 Md.App. 21, 585 A.2d 248 (Md., 1991).
Grady v. S. E. Gustafson Constr. Co., 251 Iowa 1242, 103 N.W.2d 737 (Iowa, 1960).
Gray v. Akin, 205 Ga. 649, 652, 54 S.E.2d 587 (Ga., 1949).
Grossman Steel and Aluminum Corp. v. Samson Window Corp., 54 N.Y.2d 653, 426 N.E.2d 176, 442 N.Y.S.2d 769 (N.Y., 1981)
GuIf Constr. Co., Inc. v. Self, 676 S.W.2d 624 (Tex. App., 1984)
Havens Steel Co. v. Randolph Engineering Co., 613 F.Supp. 514 (W.D.Mo., 1985)
Hawley v. Orange County Flood Control District, 211 Cal.App.2d 708, 716, 27 Cal.Rptr. 78 (Cal.

Ct. App., 1963).
Hertzka & Knowles v. Salter, 6 Cal.App.3d 325, 335, 86 Cal.Rptr. 23 (Cal. Ct. App., 1970)
Houston v. Jefferson Standard Life Ins. Co., 119 Ga.App. 729, 732, 168 S.E.2d 843 (Ga. Ct. App., 1969).
Howard-Green Electrical Co. v. Chaney & James Constr. Co., 12 N.C.App. 63, 182 S.E.2d 601 (N.C. Ct. App., 1971)
Howdeshell, Inc. v. Kline Corp., 56 B.R. 122 (M.D.Fla., 1985)
Hussey v. Crass, 53 S.W. 986 (Tenn. Ch. App., 1899).
Imagine Constr., Inc. v. Centex Landis Constr. Co., Inc., 97-1653, 1, 707 So.2d 500 (La. Ct. App., 1998).
J.M. Montgomery Roofing Co. v. Fred Howland, Inc., 98 So.2d 484 (Fla., 1957).
Jeremiah Sullivan & Sons, Inc. v. Kay-Locke, Inc., 17 Mass.App.Ct. 997, 459 N.E.2d 837 (Mass. App. Ct., 1984)
Jerome Distributors, Inc. v. B. L. I. Constr. Co., Inc., 142 Ga.App. 776, 237 S.E.2d 13 (Ga. Ct. App., 1977).

John J. Calnan Co. v. Talsma Builders, Inc., 40 Ill.App.3d 62, 351 N.E.2d 334 (Ill. App. Ct., 1976), 67 Ill.2d 213, 10 Ill.Dec. 242, 367 N.E.2d 695 (Ill., 1977), 77 Ill.App.3d 221, 395 N.E.2d 1076, 32 Ill.Dec. 695 (Ill. App. Ct., 1979).
KaIwall Corp. v. K. Capolino Design & Renovation, 54 A.D.2d 941, 388 N.Y.S.2d 346 (N.Y. App. Div., 1976)
Koch v. Construction Technology, Inc., 1995 WL 60000, 1 (Tenn. Ct. App., 1995), 924 S.W.2d 68 (Tenn., 1996).
Kooleraire Service & Installation Corp. v. Board of Education of the City of New York, 28 N.Y.2d 101, 106, 320 N.Y.S.2d 46, 268 N.E.2d 782 (N.Y., 1971).
Lewis v. Tipton, 10 Ohio St. 88, 1859 WL 52, 75 Am.Dec. 498 (Ohio, 1859).
Main Electric, Ltd. v. Printz Services Corp., 980 P.2d 522 (Colo., 1999).
Mathews Corp. v. Tutten Enten Inc., 343 So.2d 902 (Fla. Dist. Ct. App., 1977)
Mayfair Roofing and Renovating Co. v. Ramco Technologies, Inc., 18 Conn. App. 682, 560 A.2d 464 (Conn. App. Ct., 1989).
McGhee Interests, Inc. v. Alexander National Bank, 102 Fla. 140, 135 So. 545 (Fla., 1931).
Midland Engineering Co. v. John A. Hall Constr. Co., 398 F.Supp. 981 (N.D. Ind., 1975)
Mignot v. Parkhill, 237 Or. 450, 391 P.2d 755 (Or., 1964)
*Miller v. Housing Authority of New Orleans***,** 175 So. 2d 326 (La. Ct. App., 1965), 249 La. 623, 190 So. 2d 75 (La., 1966).
Mock v. Trustees of First Baptist Church of Newport, 67 S.W.2d 9, 252 Ky. 243, 94 A.L.R. 716 (Ky., 1934).
Moore v. Continental Casualty Co., 366 F. Supp. 954 (W.D. Okla., 1973)

Mularz v. Greater Park City Co., 623 F.2d 139 (10th Cir., 1980)
New Amsterdam Casualty Co. v. Allen Co., 446 S.W.2d 278 (Ky. App., 1969)
Nicholas Acoustics & Specialty Co. v. H & M Constr. Co., Inc., 695 F. 2d 839 (5th Cir., 1983)
North Market Association v. Case, 99 Ohio App. 187, 132 N.E.2d 122 (Ohio App., 1955).
OBS Co., Inc. v. Pace Constr. Corp., 558 So. 2d 404 (Fla., 1990).
Orman v. Ryan, 25 Colo. 386, 388, 55 P. 168, 170 (Colo., 1897).
Otis Elevator Co. v. George A. Fuller Co., 172 A.D.2d 732, 569 N.Y.S.2d 118 (N.Y. App. Div., 1991)
Pace Constr. Corp. v. OBS Co., Inc., 531 So.2d 737, 13 Fla. L. Weekly 2120 (Fla. 2nd D.C.A., 1988).
Pacific Lining Co. v. Algernon-Blair Constr. Co., No. 85-3740 (E.D.La., Nov. 25, 1985), 812 F.2d 237 (5th Cir., 1987), 506 So. 2d 505 (La., 1987), 819 F.2d 602, 603 (5th Cir. 1987).
Peacock Constr. Co., Inc. v. Modern Air Conditioning, Inc., 353 So.2d 840 (Fla., 1977)
Peacock Constr. Co., Inc. v. A. M. West, 111 Ga.App. 604, 142 S.E.2d 332 (Ga. Ct. App., 1965).
Pelican Construction Co. v. Sewerage & Water Board of New Orleans, 240 So. 2d 556 (La. Ct. App., 1970).
Pioneer Roofing Co. v. Mardian Constr. Co., 152 Ariz. 455, 733 P.2d 652 (Ariz. Ct. App., 1986)
Platt Pacific, Inc. v. Bruce D. Andelson, 6 Cal.4th 307, 313, 24 Cal.Rptr.2d 597, 862 P.2d 158 (Cal., 1993).
Portsmouth Gas Co. v. Shebar, 209 Va. 250, 253, 163 S.E.2d 205, 208 (Va., 1968).
*Power & Pollution Services v Suburban Powers Piping C*orp., 74 Ohio App.3d 89, 598 N.E.2d 69 (Ohio Ct. App., 1991)
Printz Services Corp. v. Main Electric, Ltd., 949 P.2d 77 (Colo.App., 1997).
R.W. Dunteman Co. v. C/G Enterprises, Inc., 229 Ill.Dec. 533, 181 Ill.2d 153, 692 N.E.2d 306 (Ill., 1998).
Reynolds v. Tufts, 123 Ga.App. 147, 149, 179 S.E.2d 652 (Ga. Ct. App., 1970).
Riley Constr. Co., Inc. v. Schillmoeller & Krofl Co., 70 Wis.2d 900, 236 N.W.2d 195 (Wis., 1975)
Robert F. Wilson, Inc. v. Post-Tensioned Structures, Inc., 522 So.2d 79, 13 Fla. L. Weekly 620 (Fla. Dist. Ct. App., 1988).
Rotodyne, Inc. v. Consolidated Edison, 85 Misc.2d 347, 378, N.Y.S.2d 899, 902 (N.Y. Sup. Ct., 1975).
Sasser & Co. v. Griffin, 133 Ga.App. 83, 210 S.E.2d 34 (Ga. Ct. App., 1974).
Schuler-Haas Electric Corp. v. Aetna Casualty & Surety Co., 49 A.D.2d 60, 371 N.Y.S.2d 207 (N.Y. Sup. Ct., 1975), 40 N.Y.2d 883, 357 N.E.2d 1003, 389 N.Y.S.2d 348 (N.Y., 1976)
Seal Tite Corp. v. Ehret, Inc., 589 F.Supp. 701 (D.N.J., 1984).
Shearman & Associates, Inc. v. Continental Casualty Co., 901 F.Supp. 199 (D. Virgin Islands, 1995).
Sheldon L. Pollack Corp. v. Falcon Industries, 794 S.W.2d 380 (Tex. App., 1990)

Smith v. Shoemaker, 162 N.E.2d 237, 81 Ohio Law Abs. 451 (Ohio Com. Pl., 1959).
Snead Constr. Corp. v. Langerman, 369 So.2d 591 (Fla. Dist. Ct. App., 1978)
Southern States Masonry, Inc. v. J.A. Jones Constr. Co., 498 So.2d 151 (La. Ct. App., 1986), 507 So. 2d 198 (La., 1987).
Star Contracting Corp. v. Manway Constr. Co., Inc., 337 A.2d 669 (Conn. Super. Ct., 1973).
Statesville Roofing & Heating v. Duncan, 702 F. Supp. 118 (W.D.N.C., 1988)
Strahan Painting Co. v. Landis Constr. Co., Inc., 499 So.2d 417 (La. Ct. App., 1986).
Sturdy Concrete Corp. v. NAB Constr. Corp., 65 A.D.2d 262, 411 N.Y.S.2d 637 (N.Y. App. Div., 1978)
Sunshine Steak, Salad & Seafood, Inc. v. W.I.M. Realty, Inc., 135 A.D.2d 891, 522 N.Y.S.2d 292 (N.Y. App. Div., 1987).
T.G.I. East Coast Constr. Corp. v. Fireman's Funds Ins. Co., 534 F.Supp. 780 (S.D.N.Y., 1982)
Thos. J. Dyer Co. v. Bishop International Engineering Co., 303 F.2d 655 (6th Cir.(Ohio), 1962).
Trinity Universal Insurance Co. v. Smithwick, 222 F.2d 16 (8th Cir., 1955).
United Plate Glass Co. v. Metal Trims Industries, Inc., 106 Pa.Commw. 22, 525 A.2d 468 (Pa. Commw. Ct., 1987)
United States ex rel B's Co. v. Cleveland Elec. Co. of South Carolina, 373 F.2d 585 (4th Cir., 1967).
United States ex rel DDC Interiors, Inc. v. Dawson Constr. Co., Inc., 895 F.Supp. 270, 272 (D.Colo., 1995).
United States ex rel Delta Metals, Inc. v. R.M. Wells Co., Inc., 497 F.Supp. 541, 544 (S.D.Ga., 1980).
United States ex rel F.E. Robinson Co. of North Carolina, Inc. v. Alpha-Continental, 273 F.Supp. 758, 774 (E.D.N.C., 1967).
United States ex rel Harrington v. Trione, 97 F.Supp 522 (D.C. Colo., 1951).
United States ex rel Moseley v. Mann, 197 F.2d 39 (10th Cir., 1952).
United States Rubber Products v. Clark, 145 Fla. 631, 200 So. 385 (Fla., 1941).
Watson Constr. Co. v. Reppel Steel & Supply Co., Inc., 123 Ariz. 138, 598 P.2d 116 (Ariz. Ct. App., 1979)
West-Fair Electric Contractors and L.J. Coppola v. Aetna Casualty & Surety Co. and Gilbane Building Co., 872 F.Supp. 1212 (S.D.N.Y., 1994), 49 F.3d 48 (2nd Cir., 1995), 85 N.Y.2d 890, 650 N.E.2d 413, 626 N.Y.S.2d 754 (N.Y., 1995), 87 N.Y.2d 148, 661 N.E.2d 967, 638 N.Y.S.2d 394 (N.Y., 1995), 78 F.3d 61 (2nd Cir., 1996).
Wm. R. Clarke Corp. v. Safeco Insurance Co. of America, 47 Cal.App.4th 1352, 46 Cal.Rptr.2d 183 (Cal. Ct. App., 1995), 15 Cal.4th 882, 938 P.2d 372, 64 Cal.Rptr.2d 578 (Cal., 1997).
Yamanishi v. Bleily & Collishaw, Inc., 29 Cal.App.3d 457, 105 Cal.Rptr. 580 (Cal. Ct. App., 1972).
Zehler v. E.L. Bruce Co., Inc., 208 Va. 796, 799, 160 S.E.2d 786, 789 (Va., 1968).

Englische Entscheidungen und Entscheidungen aus (ehemaligen) Ländern des Commonwealth

Abouloff v. Oppenheimer & Co., (1882) 10 Q.B.D. 295

Alghussein Establishment v. Eton College, [1988] 1 W.L.R. 587

Bailes v. Modern Amusements Pty. Ltd., [1964] V.R. 436, 441

Brightside Mechanical and Electrical Services Group v. Hyundai Engineering and Construction Co. Ltd., [1988] 1 M.L.J. 500; 41 B.L.R. 110.

Cerium Investments Ltd. v. Evans, (1991) 93 Cr.App.R. 203.

Churchfield Construction v. Waymans, Entscheidung vom 25. Juli 1996, unveröffentlicht, siehe hierzu *Davis*, S. 64.

Davies & Co (Shopfitters) v. William Old, (1969) 113 S.J. 262, 67 L.G.R. 395.

DR Bradley (Cable Joining) v. Jefco Mechanical Services, (1989) 6 CLD 7-21.

Dunlop & Ranken v. Hendall Steel Structures, [1957] 1 W.L.R. 1102.

Durabella Ltd. v. J. Jarvis & Sons Ltd., Case 1998 ORB 33, Urteil vom 19.09.2001.

Gilbert-Ash (Northern) Ltd. v. Modern Engineering (Bristol) Ltd., [1974] A.C. 689 [HL]

Hong Kong Teakwood Works Ltd. v. Shui On Construction Co. Ltd., [1984] H.K.L.R. 235.

Iezzi Constructions Pty. Ltd. v. Currumbin Crest Development Pty. Ltd., (1994) 10 B.C.L. 403.

John Lee & Son (Grantham) Ltd. et alia v. Railway Executive, [1949] 2 All E.R. 581.

Larocque v. Beauchemin, [1897] A.C. 358 [PC].

McCrone v. Boots Farm Sales Ltd., 1981 SLT 103.

Nin Hing Electronic Engineering v. Aoki Corp, 40 B.L.R. 107.

Richco International Ltd. v. Alfred C. Toepfer International GmbH (The „Bonde"), [1991] 1 Lloyd's Rep. 136

Roberts v. Bury Improvement Commissioner, (1870) L.R. 5 C.P. 310.

Rushpass v. Trentham, Entscheidung vom 10. Mai 1991, unveröffentlicht, siehe *Davis*, S. 64.

Schindler Lifts (Hong Kong) Ltd. v. Shui On Construction Co. Ltd., 29 B.L.R. 95

Smith and Smith Glass Ltd. v. Winstone Architectural Cladding Systems Ltd., [1992] 2 N.Z.L.R. 473.

Tersons Ltd. v. Stevenage Development Corporation, [1963] 2 Lloyd's Rep. 333.

Timbro Developments Ltd. v. Grimsby Diesel Motors Inc., (1988) 32 C.L.R. 32.

Trade Indemnity Australia Ltd. v. Parkinson Air-Conditioning Pty. Ltd., (1994) 13 A.C.L.R. 19.

Trans Trust S.P.R.L. v. Danubian Trading Co. Ltd., [1952] 2 Q.B. 297.

Die Zitierung der Entscheidungen entspricht der allgemein üblichen Zitierweise des Bluebook (Harvard Law Review Association (Hrsg.), The Bluebook – A Uniform System of Citation, 16. Aufl., Cambridge (Mass.) 1996).

Abkürzungsverzeichnis

2nd Cir.	United States 2nd Circuit Court of Appeals
5th Cir.	United States 5th Circuit Court of Appeals
6th Cir.	United States 6th Circuit Court of Appeals
7th Cir.	United States 7th Circuit Court of Appeals
8th Cir.	United States 8th Circuit Court of Appeals
10th Cir.	United States 10th Circuit Court of Appeals
A., A.2d	Atlantic Reporter
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
A.C.	Appeal Cases
A.C.L.R.	Australian Company Law Reports
A.D., A.D.2d	Appellate Divion Reports
a.F.	alte Fassung
A.L.R.	American Law Reports
ABlEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBE	Bunte, Entscheidungssammlung zum AGB-Gesetz
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AGC	Associated General Contractors of America
AIA	American Institute of Architects
Ala.	Supreme Court of Alabama
All E.R.	All England Law Reports
Am.Dec.	American Decisions
arg.ex	argumentum ex
Arge	Arbeitsgemeinschaft in der Bauwirtschaft
Ariz.	Arizona Reports
Ariz. Ct. App.	Arizona Court of Appeals
Ariz.App.	Arizona Appeals Reports
Art.	Art.
ASA	American Subcontractors Association
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
Azur	Anwälte der Zukunft im Rechtsmarkt
B.C.L.	Building and Construction Law
B.L.R.	Building Law Reports
B.R.	Bankruptcy Reporter
BauFG	Bauforderungsgesetz
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und private Baurecht

BauVertrG	Bauvertragsgesetz
BB	Betriebs-Berater
BBauBl.	Bundesbaublatt
BCISPA 1999	Building and Construction Industry Security of Payment Act 1999 (NSW)
Bd.	Band
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BJIBFL	Butterworth's Journal of International Banking and Finance Law
BOOT	Build-Own-Operate-Transfer
BOT	Build-Operate-Transfer
BPF	British Property Foundation
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache
Bros.	Brothers
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
C.L.R.	Commonwealth Law Reports
ca.	circa
Cal.	Supreme Court of California
Cal. Civ. Code	West's Annotated California Civil Code
Cal. Const.	Constitution of the State of California 1879
Cal. Ct. App.	California Court of Appeal
Cal., Cal.2d, Cal.3d, Cal.4th	California Reports
Cal.App., Cal.App.2d, Cal.App.3d, Cal.App.4th	California Appellate Reports
Cal.Rptr., Cal.Rptr2d	West's California Reporter
Can$	Kanadische Dollar
Ch.	Chapter
CIC	Construction Industry Council
CIEC	Construction Industry Employers Council
CIPS	Chartered Institute of Purchasing and Supply
CLG	Constructors Liaison Group
Co.	Company
Colo.	Supreme Court of Colorado; Colorado Reports
Colo. Ct. App.	Colorado Court of Appeals
Colo. Law.	Colorado Lawyer
Con LR	Construction Law Report
Conn. App. Ct.	Connecticut Appellate Court
Conn. B.J.	Connecticut Bar Journal
Conn. Super. Ct.	Superior Court of Connecticut
Conn.App.	Connecticut Appellate Reports

Constr.	Construction
Constr. L.J.	Construction Law Journal
Corp.	Corporation
CR	Computer und Recht
Cr. App. R.	Criminal Appeal Reports
CSM	Chartered Surveyor Monthly
D. Colo.	United States District Court for the District of Colorado
D. Md.	Maryland District Court
D. Virgin Islands	United States District Court for the District of Virgin Islands
D.N.J.	United States District Court for the District of New Jersey
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	Dieselbe, dieselben
DLR	Deakin Law Review
DOE	Department of Environment
DVA	Deutscher Verdingungsausschuss für Bauleistungen
E.D.La.	United States District Court for the Eastern District of Louisiana
E.D.N.C.	United States District Court for the Eastern District of North Carolina
E.D.N.Y.	United States District Court for the Eastern District of New York
EEF	Europäischer Entwicklungsfonds
Einl.	Einleitung
etc.	et cetera
evtl.	eventuell
EZB	Europäische Zentralbank
F., F.2d, F.3d	Federal Reporter
f., ff.	folgende
F.Supp.	Federal Supplement
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FICC Quarterly	Federation of Insurance and Corporate Counsel Quarterly
FIDIC	Fédération Internationale des Ingenieurs-conseils
FIEC	Fédération de l'Industrie Européenne de la Construction
Fla.	Supreme Court of Florida; Florida Reports
Fla. B.J.	Florida Bar Journal
Fla. Dist. Ct. App.	Florida District Court of Appeal
Fla. L. Weekly	Florida Law Weekly
Fn.	Fußnote
Ga.	Supreme Court of Georgia; Georgia Reports
Ga. Ct. App.	Georgia Court of Appeals
Ga.App.	Georgia Appeals Reports
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung

H.K.L.R.	Hong Kong Law Reports
h.M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
HGCRA 1996	Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996
HL	House of Lords
HOAI	Honorarordnung für Architekten und Ingenieure
HR	House of Representatives
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.V.m.	in Verbindung mit
IBL	International Business Lawyer
ICLR	International Construction Law Review
IfBF	Institut für Baurecht Freiburg e.V.
Ill. App. Ct.	Illinois Appellate Court
Ill. Comp. Stat.	Illinois Compiled Statutes
Ill. Comp. Stat.	Illinois Compiled Statutes
Ill.App., Ill.App.2d, Ill.App.3d	Illinois Appellate Court Reports
Ill.Dec.	Illinois Decisions
Inc.	Incorporated
inkl.	inklusive
Ins.	Insurance
insb.	insbesondere
Iowa	Supreme Court of Iowa; Iowa Reports
IPR	Internationales Privatrecht
J.	Judge; Justice
J.A., JJ.A.	Justice of Appeal, Justices of Appeal
Jhd.	Jahrhundert
KG	Kammergericht
Ky.	Supreme Court of Kentucky; Kentucky Reports
Ky. Ct. App.	Kentucky Court of Appeals
L.Ed., L.Ed. 2d	Lawyer's Edition
L.G.R.	Local Government Reports
L.Q.R.	Law Quarterly Review
L.R. – C.P.	Law Reports: Common Pleas
La. Civ. Code Ann. Art.	West's Louisiana Civil Code Annotated
La. Ct. App.	Louisiana Court of Appeals
La. Rev. Stat. Ann.	West's Louisiana Revised Statutes Annotated
LG	Landgericht
lit.	litera
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports

Loy. L. Rev.	Loyola Law Review
LSJ	New South Wales Law Society Journal
Ltd.	Limited
m	Meter
M.D.Fla.	United States District Court for the Middle District of Florida
M.L.J.	Malaysia Law Journal
MaBV	Makler- und Bauträgerverordnung
Mass.	Supreme Judicial Court of Massachusetts; Massachusetts Reports
Mass. App. Ct.	Massachusetts Appeals Court; Massachusetts Appeals Court Reports
Md.	Maryland Court of Appeals; Maryland Reports
Md. Code Ann.	Annotated Code of Maryland
Md.App.	Maryland Appellate Reports
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
Mich. App.	Michigan Appeals Reports
Mich. Ct. App.	Michigan Court of Appeals
Mio.	Millionen
Misc., Misc.2d	New York Miscellaneous Reports
Mo. Ann. Stat.	Vernon's Annotated Missouri Statutes
Mo. Ct. App.	Missouri Court of Appeals
Mrd.	Milliarden
MünchKomm	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
N.C. Ct. App.	North Carolina Court of Appeals
N.C. Gen. Stat.	General Statutes of North Carolina
N.C.App.	North Carolina Court of Appeals Reports
N.D. Ind.	United States District Court for the Northern District of Indiana
N.E., N.E.2d	North Eastern Reporter
n.F.	neue Fassung
N.W., N.W.2d	North Western Reporter
N.Y.	New York Court of Appeals
N.Y. App. Div.	New York Supreme Court, Appellate Division
N.Y. Sup. Ct.	New York Supreme Court of Judicature
N.Y., N.Y.2d	New York Reports
N.Y.S., N.Y.S.2d	West's New York Supplement
N.Z.L.R.	New Zealand Law Reports
Neb.	Supreme Court of Nebraska; Nebraska Reports
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
NSCC	National Specialist Contractors Council
NSW	New South Wales
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
o.	oben

Ohio	Supreme Court of Ohio
Ohio App.	Ohio Appellate Reports
Ohio Com. Pl.	Ohio Court of Common Pleas
Ohio Ct. App.	Ohio Court of Appeals
Ohio Law Abs.	Ohio Law Abstracts
Ohio St., Ohio St.2d, Ohio St.3d	Ohio State Reports
OLG	Oberlandesgericht
Or.	Supreme Court of Oregon; Oregon Reports
P., P2d	Pacific Reporter
p.a.	per annum
Pa. Commw.	Pennsylvania Commonwealth Court Reports
Pa. Commw. Ct.	Pennsylvania Commonwealth Court
PC	Privy Council
PFI	Private Finance Initiative
PFIJ	Private Finance Initiative Journal
PLI/Real	Practising Law Institute, Real Estate Law and Practice Course Handbook
PPP	Public Private Partnership
PS	Pferdestärken
Pub. L.	Public Law
Q.B.D.	Queens Bench Division
Rdnr.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite, Satz
s.	Section
S.C.	Supreme Court of South Carolina
S.Ct.	Supreme Court Reporter
S.D.Ga.	United States District Court for the Southern District of Georgia
S.D.N.Y.	United States District Court for the Southern District of New York
S.E., S.E.2d	South Eastern Reporter
S.J.	Solicitor's Journal
S.L.T.	Scots Law Times
S.W., S.W.2d	South Western Reporter
SECG	Specialist Engineering Contractors Group
SFH	Schäfer / Finnern / Hochstein – Rechtsprechung zum privaten Baurecht
SI	Statutory Instrument
So., So.2d	Southern Reporter
sog.	sogenannt

Stat.	United States Statutes at Large
T. Jefferson L. Rev.	Thomas Jefferson Law Review
Tenn.	Supreme Court of Tennessee
Tenn. Ch. App.	Tennessee Court of Chancery Appeals
Tenn. Ct. App.	Tennessee Court of Appeals
Tex. App.	Texas Courts of Appeals
u.	unten
u.a.	und andere; unter anderem
U.S.	United States Supreme Court
U.S.C.	United States Code
U.S.C.A.	United States Code Annotated
U.S.F.L. Rev.	University of San Francisco Law Review
UCTA 1977	Unfair Contract Terms Act 1977
URL	Uniform Resource Locator
US$	Amerikanische Dollar
v.	versus
v.Chr.	vor Christus
V.I. Code Ann.	Virgin Islands Code Annotated
V.R.	Victorian Reports
Va.	Supreme Court of Virginia; Virginia Reports
vgl.	vergleiche
VHB	Vergabehandbuch des Bundes
VOB / (A/B)	Verdingungsordnung für Bauleistungen / (Teil A / Teil B)
W.D. Okla.	United States District Court for the Western District of Oklahoma
W.D.Mo.	United States District Court for the Western District of Missouri
W.D.N.C.	United States District Court for the Western District of North Carolina
W.L.R.	Weekly Law Reports
Wash Ct. App.	Washington Court of Appeals
Wis.	Supreme Court of Wisconsin
Wis. Stat. Ann.	West's Wisconsin Statutes Annotated
Wis., Wis.2d	Wisconsin Reports
WL	West Law Publishing
WM	Wertpapiermitteilungen
z.B.	zum Beispiel
z.Zt.	zur Zeit
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung

Im übrigen vgl. Kirchner, Hildebert, Abkürzungen der Rechtssprache, 4. Aufl., Berlin 1993 sowie Harvard Law Review Association (Hrsg.), The Bluebook – A Uniform System of Citation, 16. Aufl., Cambridge (Mass.) 1996.

Einleitung

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der Verteilung des Vergütungsrisikos zwischen Generalunternehmern und Subunternehmern im internationalen industriellen Anlagenbau und untersucht damit einen der zentralen Aspekte des wirtschaftlichen Beziehungsgeflechts der Beteiligten. Gerade im internationalen Anlagenbau sind neben einer typischerweise langen Vertragsdauer und einer hohen Komplexität der Projekte und darauf basierender Unvorhersehbarkeiten bei der Bauausführung in erster Linie große Geldsummen involviert. Für alle Beteiligten steht bei der Durchführung eines Großprojektes finanziell viel auf dem Spiel. Möglicherweise ist bei Fehlern in Planung, Konzeptionierung und Ausführung des Projekts gar die wirtschaftliche Existenz einzelner Beteiligter bedroht. Dementsprechend stellt die Insolvenz eines der Hauptbeteiligten in nahezu allen Fällen eine Katastrophe für diejenigen Beteiligten dar, deren Rechnung bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht oder nicht vollständig bezahlt war.

Besonders deutlich tritt dies im Verhältnis des Generalunternehmers zum Subunternehmer hervor. Der Generalunternehmer sieht sich in einer Zwei-Fronten-Stellung, die er vertraglich so zu koordinieren hat, dass er auf beiden Seiten in einer wirtschaftlich akzeptabel starken Position ist. Auf der einen Seite steht für ihn das Vertragsverhältnis zu seinem Auftraggeber, gegenüber dem er zur ordnungsgemäßen Errichtung der Anlage verpflichtet ist und von dem er seine Vergütung erhält. Auf der anderen Seite steht das Verhältnis zu seinen Subunternehmern, denen er – nunmehr selber als Auftraggeber – seinerseits zur Vergütung der für ihn erbrachten Leistungen verpflichtet ist. Für den Generalunternehmer geht es bei seinen Vertragsverhandlungen daher in hohem Maße darum, den stetigen Fluss von finanziellen Mitteln zu gewährleisten, damit er sich nicht irgendwann in einer Situation befindet, in der er Zahlungen zu leisten hat, seinerseits aber keine Zahlungen erlangen kann. Die Insolvenz des Auftraggebers stellt sich daher für ihn als potentielle Bedrohung dieses Idealbildes dar.

Demgegenüber steht der Subunternehmer in der unangenehmen Situation, zwei Beteiligte vor sich zu haben, die in einer gewissen Abhängigkeit voneinander für die erfolgreiche Abwicklung des Projektes verantwortlich sind. Damit trägt der Subunternehmer im Hinblick auf seine Vergütung ein doppeltes Risiko, da sowohl die potentielle Insolvenz seines eigentlichen Vertragspartners, des Generalunternehmers, als auch die Insolvenz des Auftraggebers seinen Anspruch auf vollständige Bezahlung bedroht, ohne dass er realistische Möglichkeiten hat, dieser Situation vorzubeugen.

Ein wesentlicher Punkt bei den Vertragsverhandlungen zwischen Generalunternehmer und Subunternehmern wird es daher sein, die Risiken des oben beschriebenen Szenarios, d.h. die

Insolvenz des Auftraggebers, vertraglich klar zu verteilen. Ein Weg, dieses zu tun, ist der Einsatz von bedingenden Zahlungsklauseln, die eine Vergütung des Subunternehmers von der vorherigen Vergütung des Generalunternehmers abhängig machen. So einfach diese Regelung klingt, so kompliziert stellt sie sich in der Praxis dar, da sie sehr tief in das vertragliche und wirtschaftliche Verhältnis der beiden Beteiligten eingreift und somit erhebliches juristisches Konfliktpotential birgt.

Nichtsdestotrotz gehören solche Zahlungsklauseln heutzutage zum alltäglichen Geschäft in der Bauindustrie. Hierzulande ist ihr Einsatz bedauerlicherweise bisher nur sehr vereinzelt in gerichtlichen Entscheidungen in Erscheinung getreten, so dass die rechtliche Bewertung solcher Klauseln in Deutschland nur unzulänglich möglich ist. Dies sollte jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass solche Regelungen vielfältige Verwendung finden und jedes Jahr ihren Weg in hunderte von Vertragswerken in der Bauindustrie finden. Dennoch wird die Existenz bedingender Zahlungsklauseln allzu häufig mit wenig Aufmerksamkeit und allenfalls halbherzigem juristischen Interesse bedacht. Der Gebrauch solcher Klauseln wird in der juristischen Diskussion daher ohne weitere Differenzierung entweder uneingeschränkt gebilligt oder pauschal abgelehnt.

Demgegenüber ist insbesondere in den anglo-amerikanischen Rechtssystemen die Stellung bedingender Zahlungsklauseln allgemein anerkannt. Insbesondere in den USA ist der Gebrauch sehr verbreitet und seit über hundert Jahren etabliert. Für die Industrie stellen sich die mit dem Gebrauch solcher Klauseln verbundenen Härten zu Lasten einzelner Beteiligter, die nicht selten die Missbrauchsgrenze überschreiten, als eines der dringendsten Probleme der Gegenwart dar. Die Zulässigkeit solcher Klauseln ist daher seit etlichen Jahren auf dem Prüfstand der Rechtsprechung und der Gesetzgeber. Eine vergleichbare Situation lässt sich im Vereinigten Königreich beobachten, wo der Gebrauch bedingender Zahlungsklauseln gleichermaßen etabliert ist. In den verschiedenen Staaten des Commonwealth findet sich eine Vielzahl von Ansätzen, die Probleme solcher Klauseln juristisch zu erfassen und einer angemessenen Regelung zu unterwerfen. Insbesondere neueste gesetzgeberische Maßnahmen verdienen dabei Beachtung.

Vor diesem Hintergrund verfolgt diese Arbeit verschiedene korrespondierende Ziele. Das erste Kapitel soll ein generelles Verständnis für die besonderen Strukturen und Risiken des internationalen Anlagenbaus beim Leser schaffen, damit auf dieser Grundlage die sich hieraus ergebenden Probleme für die Situation des Generalunternehmers und des Subunternehmers näher untersucht werden können.

Darauf aufbauend sollen im zweiten Kapitel vor dem Hintergrund des deutschen Rechts zunächst die grundlegenden Strukturen im Anlagenbau und die hierauf basierenden

Vergütungsmechanismen in ihren Grundzügen dargestellt werden, um eine Einordnung des Problems bedingender Zahlungsklauseln zu ermöglichen. Wegen seiner besonderen Bedeutung wird dabei verstärkt auf den Einsatz von Subunternehmern und die sich hieraus ergebenden rechtlichen Gesichtspunkte der Subunternehmervergütung eingegangen werden. In dieser Hinsicht wurden in den letzten Jahren insbesondere mit dem Beschleunigungsgesetz neue Regelungen geschaffen, die eine Verbesserung der Zahlungsmoral und die beschleunigte Durchsetzung von Zahlungsansprüchen zum Ziel haben

Eine der Besonderheiten des Subunternehmereinsatzes im Anlagenbau ist – wie bereits oben erwähnt – die Verwendung bedingender Zahlungsklauseln. Diese Klauseln spielen in der Praxis eine große Rolle, die sich bedauerlicherweise in der rechtlichen Betrachtung nur unzureichend widerspiegelt. In der deutschen Rechtsprechung finden sich nur wenige Entscheidungen, die sich dieses Problems angenommen haben. Sofern diese Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendet werden, ist es mittlerweile einhellige Meinung, dass sie – auch im geschäftlichen Verkehr unter Kaufleuten – unverhältnismäßig und damit unwirksam sind. Weitestgehend ungeklärt ist jedoch die Beurteilung solcher Klauseln in individuell ausgehandelten Verträgen. Hier bereitet bereits die dogmatische Einordnung der beabsichtigten Wirkung solcher Klauseln erhebliche Schwierigkeiten.

Das dritte Kapitel ist danach als Kernstück der Arbeit dem Ursprungsland bedingender Zahlungsklauseln, den Vereinigten Staaten von Amerika, gewidmet und wird umfassend darzustellen versuchen, welche unterschiedlichen Sichtweisen sich in den einzelnen Bundesstaaten sowohl durch die Rechtsprechung als auch durch die Initiative des Gesetzgebers hinsichtlich der Verwendung bedingender Zahlungsklauseln in Subunternehmerverträgen eröffnet haben. Angesichts der Fülle von Materialien werden die sich hieraus ergebenden einzelnen Fallgruppen anhand ausgewählter Entscheidungen amerikanischer Gerichte dargestellt und bewertet werden. Die verschiedenen Lösungsansätze zeigen in ihrer Unterschiedlichkeit sehr anschaulich, wie weit das Spektrum möglicher Betrachtungsweisen reicht, und können insofern Hilfestellung bei einer dogmatischen Einordnung bedingender Zahlungsklauseln innerhalb des deutschen Rechts geben.

Das vierte Kapitel widmet sich der Behandlung bedingender Zahlungsklauseln im Vereinigten Königreich. Da hier die Auswahl an einschlägigen Entscheidungen ähnlich begrenzt ist wie in Deutschland, wird besonderes Augenmerk auf die neuen Regelungen des englischen Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996, insbesondere auf den 1998 in Kraft getretenen zweiten Teil sowie die hierzu vorliegenden Statutory Instruments, gelegt werden. Hier wurden vor dem Hintergrund einer sehr modernen und differenzierten Sichtweise explizite Regelungen zum Umgang mit bedingenden Zahlungsklauseln geschaffen.

Daneben werden einzelne Entscheidungen und Regelungen aus anderen Staaten des Commonwealth Erwähnung finden, die sich in der Vergangenheit deutlicher als die englischen Gerichte zum Problem bedingender Zahlungsklauseln geäußert haben.

Im fünften Kapitel wird versucht werden, einzelne Regelungsaspekte der untersuchten Systeme miteinander zu vergleichen. Hierbei werden in erster Linie die Notwendigkeiten eines neuen Selbstverständnisses der Beteiligten und einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise aufgezeigt werden. Insbesondere auch die sich aus anderen für den Anlagenbau relevanten Teilgebieten – wie z.B. der Projektfinanzierung – ergebenden Besonderheiten, werden in die Betrachtung einbezogen, da sich hieraus möglicherweise Argumente für eine begrenzte Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln ergeben können.

Die vorliegende Arbeit widmet sich zwar auch den dogmatischen Grundlagen dieses Teilbereichs des internationalen Baurechts, versucht aber gleichzeitig, den Blick für die Praxis zu bewahren. Das Problem des Vergütungsrisikos ist in erster Linie ein Problem der Praxis, da es aus den in der Praxis des Anlagenbaus gewachsenen Strukturen entspringt und erhebliche Schwierigkeiten bei der praktischen Bewältigung verursacht. Da es den Kernbereich der wirtschaftlichen Beziehungen in der Bauindustrie betrifft, sollte es als Aufgabe der jeweiligen Rechtsordnung verstanden werden, diesbezüglich nicht nur restriktiv in die vertragliche Praxis der Bauindustrie einzugreifen, sondern auch durch angemessene Regelungen den Weg für eine international wettbewerbsfähige und zukunftsorientierte Bauwirtschaft zu ebnen. Insofern darf diese Arbeit in ihren bescheidenen Grenzen – ganz im Sinne Sir Michael Lathams - auch als Plädoyer für ein neues Verständnis von Zusammenarbeit und Teamwork in der Bauindustrie verstanden werden. Durch die Einbeziehung der Projektfinanzierung in eine primär baurechtliche Betrachtung soll darüber hinaus deutlich gemacht werden, wie weit gerade im Zusammenhang mit vertraglichen Vergütungsregelungen Wechselwirkungen dieser beiden Bereiche entstehen können.

I. Kapitel: Grundlagen des Anlagenbaus

Die hier beabsichtigte Untersuchung der Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln in verschiedenen Rechtssystemen erfolgt vor dem Hintergrund des industriellen Anlagenbaus, der über eigene Strukturen und Besonderheiten verfügt, die mit dem allgemeinen Bau- und Werkvertragsrecht nur teilweise vergleichbar ist. Die zur Beurteilung der Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln relevanten Aspekte beruhen zu einem großen Teil auf diesen Besonderheiten, so dass hier zum besseren Verständnis der in der Folge geführten Untersuchung zunächst einige grundlegende Darstellungen des Anlagenbaus erfolgen sollen, um gleichermaßen die Bedeutung wie auch die Komplexität dieses Bereiches des Baugewerbes zu betonen.

A. Gegenstand des Anlagenbaus

Um vom Anlagenbau als einem rechtlich bedeutsamen Teilgebiet der Rechtswissenschaft und –praxis mit eigenen besonderen Vertragsstrukturen wie dem Anlagenvertrag sprechen zu können, bedarf es zunächst einer inhaltlichen Abgrenzung zu anderen verwandten Rechtsgebieten.

Entgegen seinem Wortlaut ist der „Anlagenbau“ zwar wesentlich, aber nicht ausschließlich durch das Erbringen von Bauleistungen geprägt[1]. Im internationalen Anlagengeschäft werden heutzutage in aller Regel „schlüsselfertige“ Anlagen verlangt, so dass es in erster Linie darum geht, ein betriebsbereites Bauwerk zu erstellen, dass neben der eigentlichen gebäudlichen Struktur auch über die erforderlichen speziellen Einrichtungen zum Betrieb der Anlage verfügt[2]. Aus diesem Grunde erstreckt sich der Anlagenbau über die Bauleistungen hinaus auch auf Bereiche der Planung, Finanzierung, Lieferung, Errichtung und Inbetriebnahme von Anlagen[3], was von essentieller Bedeutung für die Struktur und rechtliche Zuordnung des Anlagenvertrags ist.

Eine Legaldefinition des Begriffes „Anlage“ existiert bisher nicht. Man kann in der Praxis grundsätzlich industrielle und nicht-industrielle Anlagen unterscheiden[4]. Zu den industriellen Anlagen gehören zunächst einmal die klassischen Fälle der Kraftwerke (Atom-, Wärme-, Wind- und Wasserkraftwerke inkl. der zu letzteren gehörenden Staudämme etc.) sowie der Rohstoffgewinnungs- und –verarbeitungsanlagen (Bergwerksanlagen, Bohrinseln, Raffinerien, Stahlwerke, Chemieanlagen, Maschinenfabriken etc.). Hierzu zählen aber auch

---

[1] *Markowsky*, S. 37 ff.

[2] *Korbion,* in*: Ingenstau* / *Korbion*, VOB, Anhang 1, Rdnr. 135.

[3] *Franz*, ZfbF 1982, S. 456; zum Begriff „schlüsselfertig“ vgl. insb. *Lotz*, BB 1996, S. 544 ff.

[4] *Krumm*, S. 16.

die vielfältigen Formen der Entsorgungsanlagen (Müllverbrennungs-, Abwasseraufbereitungsanlagen etc.), der Verkehrsanlagen (Eisenbahn- inkl. Untergrundbahn-, Kanal-, Tunnel-, Flughafen- und Hafenanlagen etc.) sowie der Kommunikationsanlagen (Rundfunk- und Fernmeldeanlagen, Telefon- und Datennetze etc.). Nach einem sehr weiten Verständnis des Begriffes „Anlage" wird auch der Bau eines Satelliten unter den Begriff des Anlagenbaus subsumiert[5] und wäre dann der letztgenannten Kategorie der Kommunikationsanlagen zuzuordnen. Setzt man jedoch für die Einordnung als Anlage eine gewisse Immobilität voraus, wie sie auf alle übrigen genannten Anlagen zutrifft, und will man aus diesem Grunde einer weiten Auffassung des Anlagenbegriffs nicht folgen, so ist zumindest festzustellen, dass auch diese Vorhaben starke Übereinstimmungen und Gemeinsamkeiten mit dem klassischen Anlagenbau in den Bereichen der Planung und Abwicklung haben, so dass die zum Anlagenbau entwickelten Grundsätze und Verfahrensweisen auch auf diese Fälle größtenteils anwendbar sind.

Zu den Anlagen im nicht-industriellen Bereich sind u.a. die Hotel- und Ferienanlagen, Veranstaltungszentren, Stadien, Schwimmbäder und andere Sportanlagen, Krankenhäuser, Sanatorien, Opern-, Schauspiel- und Konzerthäuser etc. zu zählen.

Das Dilemma einer umfassenden Definition stellt sich anschaulich an einem Definitionsversuch von *Walde* und *Berlinghoff* dar, wonach eine Industrieanlage eine Ganzheit von vielen einzelnen, in ihrer Funktion meist selbständigen Bauelementen, wie Maschinen, Apparaten, elektrischen Antrieben und deren verschiedenen Elementen, wie Rohrleitungen, elektrischen Verbindungsleitungen, dazugehörigen Transportanlagen, oft auch einer Mehrzahl von Baugruppen, die aufgrund eines vorher festgelegten Verfahrens mechanischer oder chemisch-metallurgischer Art ausgewählt und zu einem Projekt zusammengefasst werden, das nach seiner Verwirklichung in der Lage ist, ein bestimmtes Zwischen- oder Endprodukt in wirtschaftlicher Form herzustellen[6]. Mit der zusammenfassenden Aufzählung einer Vielzahl möglicher Kriterien wird versucht, den Bereich der industriellen Anlage abzugrenzen. Diese Definition ist jedoch zu einseitig auf den Bereich des klassischen Anlagenbaus ausgerichtet und kann daher nicht abschließend sein, da das Nichtvorliegen eines der Merkmale nicht automatisch die Annahme eines Bauvorhabens außerhalb des Anlagenbaus zur Folge haben kann. Wäre dies der Fall, müsste beispielsweise der oben erwähnte Bereich der Verkehrs- und Kommunikationsanlagen aus dem Begriff des

[5] *Michaelis de Vasconcellos*, RIW 1997, S. 455.

[6] *Walde / Berlinghoff*, S. 13.

Anlagenbaus entfallen, da hier nur schwer ein bestimmtes in wirtschaftlicher Form hergestelltes Zwischen- oder Endprodukt identifizierbar ist[7].

In diesem Zusammenhang schlägt *Krumm* daher vor, von einer Typenbeschreibung auszugehen und beim Vorliegen von typischen Merkmalen – abgestuft nach Intensität – zwischen „volltypischen Anlagen", „mindertypischen Anlagen" und „Nichtanlagen" zu differenzieren[8]. Aber auch eine solche Typisierung wird kaum in der Lage sein, den Bereich des Anlagenbaus klar von anderen rechtlich relevanten Teilen abzugrenzen, zumal keine einheitlichen Grenzen für den Übergang von dem einen zum anderen Typus gesetzt sind und daher schon die Abgrenzung der einzelnen Typen untereinander erhebliche Schwierigkeiten bereitet.

Es bleibt festzuhalten, dass der Gegenstand des Anlagenbaus nicht gesetzlich definiert ist und alle Versuche einer umfassenden Definition in der Literatur bisher gescheitert sind. Hieran wird sich – zumindest nach der hier vertretenen Ansicht – auch in Zukunft kaum etwas ändern, da gerade der Anlagenbau durch seine immense Komplexität charakterisiert wird. Nicht zuletzt ist die begriffliche Unklarheit dieses Rechtsgebietes ein Grund für die unüberschaubaren Risiken bei einem Anlagenprojekt und begründet damit auch die Notwendigkeit umfassender vertraglicher Vereinbarungen, um diesen Risiken zu begegnen. Nur auf diese Weise ist eine präzise Abgrenzung des Vertragsgegenstandes und damit des Anlagenbauprojektes möglich, was inhaltlich zwar einer Definition sehr nahe kommt, aber bedauerlicherweise nur für den Einzelfall Gültigkeit beanspruchen kann.

B. Der Anlagenbau in der Geschichte

Bereits vor tausenden von Jahren entstanden Bauwerke – wie z.B. die Pyramiden oder die chinesische Mauer –, die nach heutiger Betrachtungsweise der damaligen Verhältnisse eine kaum nachvollziehbare Ingenieurleistung darstellen. Diese Fertigkeiten spiegeln sich auch im Anlagenbau wider, der zu den ältesten Disziplinen menschlicher Bautätigkeit gehört und dementsprechend auf eine lange Tradition zurückblickt.[9] Diese lange Tradition wird vielfach

---

[7] Gleiches gilt für den Bereich der sozialen oder kulturellen Zwecken dienenden Anlagen, wie z.B. Krankenhäusern, die *Walde* explizit zu den Industrieanlagen zählt, vgl. *Walde / Berlinghoff*, S. 27, und bei denen ebenfalls nicht unbedingt ersichtlich ist, worin hier das „Endprodukt" besteht.

[8] *Krumm*, S. 18.

[9] Insbesondere die wassertechnischen Bauleistungen waren dabei beachtlich So sind z.B. bereits um 3000 v.Chr. in Ägypten die ersten Staudämme entstanden, mit denen der Nil in erwünschte Bahnen gezwungen wurde. Zu Zeiten des „Mittleren Reiches" (um 2040 – 1650 v.Chr.) legten die Ägypter darüber hinaus mittels eines 100 Kilometer langen Kanals vom Nil in der Wüstensenke Fayum eine 1800 Quadratkilometer große künstliche Oase an. Daneben sind z.B. komplexe Systeme von Bewässerungs- und Versorgungsanlagen heutzutage nicht nur in

durch eine eingeengte Sicht der Disziplin verkannt. *Walde* und *Berlinghoff*, die den Begriff der „Anlage“ – wie zuvor gezeigt – zu sehr auf industrielle Anlagen beschränken, vertreten die Auffassung, dass die ersten Anlagen vor mehr als hundert Jahren – also vor relativ kurzer Zeit – im Ausland gebaut wurden und dem Verkehr und der Rohstoffgewinnung dienten, und nennen Eisenbahnen, Erzgewinnungsanlagen etc. als Beispiele[10]. Es ist davon auszugehen, dass hier auf den Industrialisierungsprozess insbesondere in England angespielt werden soll, der z.B. zu den ersten massiven Errichtungen von Industriebetrieben im Bereich der Stahlgewinnung geführt hat.

Diese enge historische Einordnung läßt sich kaum halten. Zwar ist einzuräumen, dass zu dieser Zeit mit den wachsenden technischen Möglichkeiten auch die Investitionen drastisch anstiegen.[11] Sofern es nach der oben angeführten Definition aber ausschlaggebend sein soll, dass durch einen mechanischen Prozess ein bestimmtes wirtschaftliches Endprodukt erzeugt wird, müßte darauf verwiesen werden, dass nach dem damaligen Stand der Technik eine mittelalterliche Wassermühle diese Kriterien z.B. ebenso erfüllte, wie die zur damaligen Zeit bereits bestehenden sehr leistungsfähigen Werften. Wenn dann noch – wie hier – die Auffassung vertreten wird, dass der Begriff der Anlage sich nicht auf Industrieanlagen beschränken läßt und u.a. auch Staudämme und Hafenbecken zu den „Anlagen“ zu zählen sind, auch ohne dass sie ein bestimmtes Zwischen- oder Endprodukt in wirtschaftlicher Form herstellen, muss der Ursprung des Anlagenbaus zeitlich sehr viel früher eingestuft werden.

C. Charakteristika des Anlagenbaus

Allen oben genannten Beispielen wohnt eine Gemeinsamkeit inne, die gleichermaßen herausragendes Charakteristikum des Anlagenbaus ist. Im Gegensatz zu herkömmlichen Bauvorhaben wie beispielsweise der Errichtung von Wohngebäuden ist der Anlagenbau –

Form der römischen Aquädukte bekannt, sondern finden sich in astronomischen Ausmaßen auch im heutigen Grenzgebiet von Armenien und Ostanatolien und zeugen dort von bereits weit fortgeschrittener Baufertigkeit zur Zeit des Großreiches Urartu (9. bis 7. Jhd. v.Chr.), wie sie auch schon im babylonischen Reich unter der Regentschaft König Hammurabis (1728 – 1686 v.Chr.) ansatzweise zu beobachten war. Als abschließendes Beispiel sei die Hafenanlage der Burg von Pylos genannt. Während der Blütezeit der mykenischen Kultur im 15. Jhd. v.Chr. wurde vor der Burg an der Westküste der Peloponnes ein Schiffsbecken künstlich ausgehoben und damit die erste Hafenanlage Europas angelegt, die sogar über einen Spülmechanismus gegen Verlandung verfügte, siehe zu diesen Beispielen *Schulz*, Der Spiegel 53/1998, S. 159 f.

[10] vgl. *Walde* / *Berlinghoff*, S. 18

[11] Die damaligen Projekte, insbesondere der weltweit einsetzende Eisenbahnbau, aber auch Großprojekte, wie der Suez- oder Panamakanal mit ihren spezifischen Strukturen gelten z.T. als die Vorläufer moderner Projektfinanzierung, vgl. *Siebel*, in: *Siebel (Hrsg.)*, Projekte und Projektfinanzierung, S. 2 f.

neben anderen Merkmalen – in aller Regel durch eine weit überdurchschnittliche Größe und Komplexität der angestrebten Projekte gekennzeichnet.

Die Errichtung der Hibernia Ölbohrplattform vor der Küste Neufundlands machte z.B. wegen den mit einer Höhe von insgesamt 224 m und einem Gesamtgewicht von mehr als 1 Mio. Tonnen immensen Dimensionen der Plattform verschiedene begleitende Baumaßnahmen notwendig, die die Gesamthöhe der Projektkosten erheblich steigerten. So wurde z.B. eigens ein Trockendock und eine Siedlung für ca. 5000 Arbeiter in der kanadischen Wildnis errichtet sowie mehrere hundert Kilometer Straße angelegt, um die Versorgung zu sichern. Insgesamt beliefen sich die Kosten des Projekts (Konstruktionskosten und Betriebskosten der Plattform) auf geschätzte 14,2 Mrd. Can$.[12] Hierdurch wird gleichzeitig die wirtschaftliche Bedeutung des Anlagenbaus erkennbar. Durch die hohen Vertragswerte und die Beteiligung vieler Unternehmer kommt es zu einer umfangreichen gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung. Dies drückt sich in jüngster Zeit in erster Linie durch einen drastischen Anstieg der Kredite aus, die zur Finanzierung solcher Projekte vergeben werden. Weltweit betrug diese Summe alleine im Jahr 2000 bereits US$ 131,7 Mrd.[13]

Hierdurch werden zum einen die Dimensionen, mit denen sich der industrielle Anlagenbau beschäftigt, und die Komplexität der Projekte, die sich nicht auf die eigentliche Anlage beschränken, verdeutlicht. Zum anderen wird aber auch die besondere Notwendigkeit der Kooperation deutlich, da sowohl die Finanzierung eines solchen Projektes als auch die technische Verwirklichung nur durch den gebündelten Einsatz internationalen Kapitals und Know Hows möglich werden. Dies hat verstärkt in den letzten Jahren zu einer Globalisierung insbesondere des Anlagenbaus geführt, die nachhaltige Veränderungen in den Strukturen der beteiligten wirtschaftlichen Bereiche und der rechtlichen Handhabung und Beurteilung solcher Projekte hervorgerufen hat.[14] Gerade komplexe Langzeitprojekte sind nicht länger Gegenstand einer nationalen Betrachtung. Heutzutage vereinen solche Projekte eine Vielzahl von Leistungen, die von einer Vielzahl von Beteiligten aus den unterschiedlichsten Staaten – und damit aus den unterschiedlichsten Rechtsordnungen – über die ganze Welt verteilt erbracht werden.[15] Die Vielzahl der Beteiligten stellt hierbei hinsichtlich der tatsächlichen und

---

[12] vgl. zum Hibernia-Projekt die Website der Projektgesellschaft, abrufbar unter www.hibernia.ca.

[13] *Geisler*, Azur 6/2001, Beilage.

[14] So auch *Lloyd / Bunni*, Draft Report on Construction Industry Arbitrations, S. 3.

[15] Siehe zu einem anschaulichen Beispiel *Tieder*, 16 ICLR (1998), S. 550 f.

rechtlichen Koordinierung der einzelnen Leistungen eine immense Herausforderung an die Beteiligten selber, aber auch an die zugrundeliegenden Rechtsordnungen dar.[16]

Zuletzt drücken sich die Komplexität der Projekte und die Vielzahl der Beteiligten auch in der weit über dem Durchschnitt liegenden Zeiträume für die Verwirklichung der Vorhaben aus. Allein die Bauphase solcher Projekte dauert regelmäßig mehrere Jahre an, je nach technischem Schwierigkeitsgrad und den vorherrschenden Rahmenbedingungen. Nimmt man dann noch die Planungs- und Vorbereitungsphasen im Vorfeld hinzu, die insbesondere den Entwurf der Anlage, mögliche Genehmigungsverfahren, Finanzierung, Ausschreibungsverfahren, Vertragsanbahnung und Vertragsvergabe beinhalten, sowie die einzelnen Phasen nach dem Abschluss der Errichtung, was insbesondere die unterschiedlichen Testphasen, Abnahme, Inbetriebnahme, Gewährleistungsabwicklung und möglicherweise den fortdauernden Betrieb der Anlage im Rahmen der Konzessionsvereinbarung umfasst, so erreicht ein solches Projekt leicht einen zeitlichen Rahmen von mehreren Jahrzehnten. Besonders *Nicklisch* hat sich in seinen umfangreichen Werken zum Anlagenvertrag diesem Aspekt verstärkt gewidmet und hierbei insbesondere den Rahmen- und Langzeitcharakter solcher Verträge untersucht.[17]

D. Die besondere Risikolage im internationalen Anlagenbau

I. Grundlagen der Risikobeurteilung

Mehr als die meisten anderen Projekttypen ist der Anlagenbau, wie bereits erwähnt, durch die außerordentliche Komplexität und die überdurchschnittlichen Dimensionen der Einzelprojekte geprägt. Mit der Komplexität und der Größe eines Projektes wächst aber auch das Risiko der Projektteilnehmer.

Bei dem Wort Risiko handelt es sich um einen Begriff, der in erster Linie der betriebswirtschaftlichen Entscheidungslehre entstammt[18]. Das „Risiko“ eines Projektes weist unmittelbar auf die ihm innewohnenden Gefahren hin[19], die wegen der o.a. Charakteristika des Anlagenbaus vielfältig sind. Wegen dieser Vielfalt sind die möglichen Gefahrsituationen

---

[16] Zur überaus komplizierten Bestimmung des anwendbaren Rechts in internationalen Bauverträgen siehe *Wiegand*, 1 ICLR (1983), S. 133 ff.

[17] Siehe z.B. *Nicklisch*, NJW 1985, 2362 f.

[18] *Flocke*, S. 26 mit Hinweis auf *Philipp*, in: *Grochla (Hrsg.)*, Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, Sp. 3454; eingehender zum betriebswirtschaftlichen Risikoaspekt beim Anlagenbau *Flocke*, a.a.O., S. 26 ff.

[19] Vermutlich entstammt der Begriff „Risiko“ dem lateinischen „resecum“ („Felsklippe“) und war damit ursprünglich gleichbedeutend mit dem Begriff der dort für Schiffe lauernden „Gefahr“, was den hier angedeuteten Zusammenhang weiter verdeutlicht.

für einen Anlagenbauer oder einen Auftraggeber einer Anlage kaum überschaubar und unterliegen damit einer großen Unsicherheit hinsichtlich des Eintritts unvorhergesehener Situationen und den hieraus erwachsenden Handlungsalternativen[20].

Die Risikobeurteilung bedeutet für die Beteiligten zunächst also eine Identifizierung aller drohenden Gefahren, eine Beurteilung des Umfangs und der Wahrscheinlichkeit einer Gefahrverwirklichung sowie eine Einschätzung der sich hieraus ergebenden Konsequenzen.[21] Damit wird die Beurteilung der Risiken einer Unternehmung mehr als alles andere zum zentralen und beeinflussenden Aspekt des unternehmerischen Entscheidungsprozesses und ist daher insbesondere beim internationalen Anlagenbau von erheblicher Bedeutung.

Es geht letztendlich um die Frage, ob ein bestimmtes Risiko für die Durchführung eines Anlagenprojektes akzeptabel oder inakzeptabel ist. Der Unternehmer steckt in dem Dilemma, dass wirtschaftlich lukrative Projekte meist ein großes Wagnis darstellen, da sie mit hohen Risiken behaftet sind. Mit der Dimension und Komplexität der Anlage steigt auch das Risiko eines Misserfolgs überproportional an, so dass bei einer Fehlentscheidung nicht nur das Projektergebnis, sondern möglicherweise sogar die Existenz des Unternehmens selber gefährdet ist. Der Unternehmer wird sich aber nicht einfach mit einem zu hohen Risiko abfinden und das Projekt aufgeben. Er wird vielmehr Wege suchen, das inakzeptable Risiko in ein akzeptables Risiko umzuwandeln, um das Projekt dennoch durchführen zu können[22]. Um eine solche Risikogestaltung zu erreichen, stehen mehrere Wege zur Verfügung.

Nachdem man die Risiken eines Projektes identifiziert hat, bestehen im wesentlichen zwei projektspezifische Möglichkeiten, mit derartigen Risiken umzugehen. Zum einen besteht die Möglichkeit, die Risiken bzw. die ihnen zugrunde liegenden Faktoren zu gestalten und hierdurch die Risiken zu mindern, z.B. indem Arbeitsabläufe geändert, Materialien ausgetauscht werden etc.[23] All dies ist Gegenstand einer primär organisatorischen Entscheidung, die eher für die wirtschaftliche Betrachtung eines Anlagenprojektes und des dazugehörigen Risiko-Managements von Bedeutung ist. Dies gilt um so mehr, sofern wegen der Undurchführbarkeit des ursprünglich geplanten Projekts Änderungen von solcher Tragweite vorgenommen werden, dass sich der Vertragsgegenstand selber verschiebt und damit nicht mehr die Risikosituation eines bestimmten Geschäftes beeinflusst wird, sondern

---

[20] vgl. *Flocke*, S. 26.

[21] Zur Bedeutung der Risikoanalyse für die spätere Streitbeilegung der Parteien im Konfliktfall siehe *Marshall*, 13 ICLR (1995), S. 600 ff.

[22] *Simons*, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, S. 65.

[23] *Lessard / Miller*, S. 10.

eine in erster Linie wirtschaftliche Entscheidung zwischen zwei verschiedenen Geschäften getroffen wird[24].

Ausgehend von einem festen Vertragsgegenstand besteht aber daneben die Möglichkeit, nicht den Umfang oder die Eintrittswahrscheinlichkeit eines Risikos zu mindern, sondern eine größere Gruppe von Beteiligten an den Risiken teilnehmen zu lassen, um somit das Risiko für jeden einzelnen zumutbar und akzeptabel zu machen. Dafür stehen grundsätzlich zwei Wege zur Verfügung, die für die vorliegende Arbeit von besonderer Bedeutung sind. Zum einen besteht die Möglichkeit, ein bestimmtes Risiko ganz oder teilweise auf andere beteiligte Unternehmer abzuwälzen und auf diese Weise den eigenen Risikoanteil derart zu mindern, dass er zu einem akzeptablen Risiko wird. Zum anderen lässt sich dieses Ziel erreichen, indem man die bestehenden Risiken so weit wie möglich versichert und auf diese Weise weitere Teilnehmer einer Solidargemeinschaft in den Kreis der Risikoträger aufnimmt[25].

Der Erfolg dieser beiden letztgenannten Möglichkeiten hängt – im Gegensatz zur Risikominderung durch Organisationsentscheidung – im wesentlichen von der juristischen Gestaltung der zugrundeliegenden Vereinbarungen ab und ist daher als Ausgangspunkt dieser Arbeit zu sehen.

II. Sonderrisiken im internationalen Anlagenbau

Aufgrund der Weite des als Anlagenbau bezeichneten Gebietes stellen sich die Risiken eines Projektes in jedem Einzelfall höchst unterschiedlich dar. Während einige Risiken typischerweise bei nahezu allen Projekten auftreten, hängen einige sehr von den Eigenarten des Einzelprojektes ab. Eine abschließende Aufzählung der Risiken im Anlagenbau ist somit nicht möglich. Dennoch soll versucht werden, einige der typischen Risiken kurz zu erwähnen, um einen groben Überblick über den potentiellen Risikoumfang eines Anlagenbauprojektes zu verschaffen.

1. Baurisiken

Zunächst existieren einige Risiken, die unmittelbar mit dem Bau der Anlage verknüpft sind und die daher allgemein auch als Baurisiko oder *construction risk* bezeichnet werden. Ihre Identifizierung erfolgt in der Regel auf der Basis einer technischen Durchführbarkeitsstudie im Vorfeld der Bauausführung. Die hierbei zugrunde zu legenden Kriterien können je nach Art des Projektes höchst unterschiedlich sein. Während z.B. für die Durchführung eines Verkehrsprojektes eine Verkehrsflussprognose maßgebend sein kann, hängt die

[24] *Flocke*, S. 42.

[25] *Simons*, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, S. 67.

Durchführbarkeit industrieller Fertigungsanlagen oftmals an der prognostizierten Versorgungssituation mit den für den Fertigungsprozess erforderlichen Rohstoffen. Ein hieraus resultierendes Risiko könnten z.B. die Unterversorgung der Anlage oder die Überschätzung der Kapazität und Effizienz der Anlage sein.[26] Ähnliche Risiken liegen in der Verfügbarkeit von qualifizierten Arbeitskräften und in der Versorgung mit einer adäquaten Transportinfrastruktur.

Weitere typische Baurisiken sind die technischen Risiken, die eine Umsetzung der theoretischen Erkenntnisse in den praktischen Betrieb einer Anlage beeinträchtigen können. Dies sind zum einen die Standortbedingungen der Anlage, zum anderen aber auch die möglichen technischen Probleme in den Phasen der Planung, Herstellung und Errichtung der Anlage. Neben der bereits erwähnten Versorgungslage werden die Standortbedingungen in erster Linie durch das Baugrundrisiko[27] sowie die klimatischen Verhältnisse vor Ort bestimmt. Im weitesten Sinne fallen hierunter auch diejenigen Ereignisse, die allgemein als höhere Gewalt oder *force majeure* bezeichnet werden, wie Überschwemmungen, Erdbeben etc., und die sich gänzlich der Kontrolle der Parteien entziehen. Weitere Risikofaktoren, die nur teilweise in den Kontrollbereich der Beteiligten fallen, sind die potentiellen Bauunfälle, die sich in erster Linie durch eine entsprechend sorgfältige Ablauforganisation begrenzen lassen. Eines der größten Risiken im Anlagenbau, der eine Vielzahl von Einzelleistungen kombiniert, ist das sogenannte Schnittstellenrisiko. Da viele Teilleistungen aufeinander aufbauen und damit nur erfolgreich geleistet werden können, wenn die grundlegenden Leistungen ordentlich

---

[26] Insbesondere im internationalen Anlagenbau stellt sich die Frage, ob die zur Baudurchführung benötigten Materialien sowie die zum Betrieb der Anlage erforderlichen Rohstoffe in ausreichender Qualität – auch im Hinblick auf lokale Zulieferer – vor Ort verfügbar sind, oder ob eine Einfuhr dieser Stoffe nötig und möglich ist. Gegebenenfalls sind hier besondere Einfuhrrestriktionen des Herstellungslandes zu beachten. Im Hinblick auf den grenzüberschreitenden Verkehr ist hier zu beachten, dass eingeführte Stoffe möglicherweise den Einsatzbedingungen vor Ort, z.B. hinsichtlich des Klimas, nicht genügen, oder dass vor Ort eingekaufte Stoffe möglicherweise Qualitätsschwankungen unterliegen, die negative Auswirkungen auf die Qualität der Endprodukte haben können, vgl. *Kremer*, S. 9.

[27] Das Baugrundrisiko erlangt spätestens dann eine übergeordnete Bedeutung, wenn die Anlage ganz oder zu einem großen Teil im Baugrund selbst erstellt wird, wie dies z.B. beim Tunnelbau der Fall ist. Es umfasst die Gesamtheit der an der Baustelle vorgefundenen Bodenverhältnisse, d.h. in erster Linie die geologischen Verhältnisse, die durch Sondierbohrungen oder seismische Prospektion zu bestimmen sind, *Prader*, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Sonderrisiken bei Bau- und Anlagenverträgen (Teil II), S. 3 ff. Daneben können allerdings auch die chemischen, biologischen oder radiologischen Bodenbelastungen zu einem ernsthaften Baugrundrisiko erwachsen, vgl. *Heuchemer*, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Sonderrisiken bei Bau- und Anlagenverträgen (Teil II), S. 12. Dem Baugrundrisiko verwandt ist das Wellen- und Seegangsrisiko, das insbesondere im Bereich des Hafen- und Brückenbaus Bedeutung erlangt, vgl. *Simons*, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, S. 72.

und zeitgemäß erbracht wurden, liegt hier in Abweichungen von den vorgegebenen Normen ein sehr großes Risiko, das zu erheblichen Verzögerungen und Mehrkosten führen kann. Insgesamt ist zu beachten, dass die soeben genannten Risiken nicht isoliert voneinander betrachtet werden können, sondern teilweise miteinander verknüpft sind und in eine gewisse Wechselwirkung zueinander treten. So ist es z.B. denkbar, dass eine Verwirklichung des Baugrundrisikos durch Vorfinden unvorhergesehener schwieriger Bodenverhältnisse zu einer Verzögerung der Baudurchführung führt und hierdurch wiederum eine Unterversorgung mit bestimmten Materialien eintritt, da sich in diesem Zeitraum die Marktlage evtl. dahingehend geändert hat, dass diese Materialien nicht oder nur zu erheblich gestiegenen Preisen erhältlich sind. Soweit auf vertraglicher Ebene hier keine Vorsorge getroffen wird, besteht erhebliches Konfliktpotential hinsichtlich der entsprechenden Kostentragungspflicht.

2. Politische und juristische Risiken

Daneben existiert eine Vielzahl von politischen und juristischen Risiken, die eine erfolgreiche Verwirklichung des geplanten Projektes gefährden können. Diese Risiken steigen überproportional an, wenn das Projekt grenzüberschreitend erbracht wird, da hier zusätzliche politische und rechtliche Systeme Unsicherheitsfaktoren darstellen. Neben einigen drastischen politischen Risiken wie Krieg oder Bürgerkrieg, Aufständen oder auch der Enteignung von wirtschaftlichen Gütern sind beim Anlagenbau die jeweiligen Berührungspunkte mit diesen Systemen höchst störanfällig. Unsicherheiten können hier z.B. entstehen, wenn Konzessionen, Genehmigungen etc. nicht oder nicht rechtzeitig erteilt werden oder die Bestellung und Verwirklichung von Kreditsicherheiten erschwert ist. Besondere Gefahren stellen schleichende Risiken dar, deren Verwirklichung aufgrund gesetzgeberischer Maßnahmen nur schrittweise über einen langen Zeitraum erfolgt, die jedoch das Projekt zunehmend unprofitabel werden lassen. Zu denken ist hier insbesondere an Steuererhöhungen, steigende Sozialversicherungskosten, Reduzierung von Import- und Exportlizenzen oder Änderungen in den Konzessionsbedingungen.

3. Markt- und Finanzierungsrisiken

Darüber hinaus existiert eine Vielzahl von wirtschaftlichen und finanziellen Risiken, die in erster Linie die Finanzierung und Refinanzierung des Projektes und die Sicherstellung des Zahlungsstromes betreffen.

Zum einen bestehen erhebliche Marktrisiken, da die Errichtung einer industriellen Anlage in aller Regel langfristig angelegt ist und vom Planungsbeginn bis zur Inbetriebnahme nicht selten mehrere Jahre bis hin zu Jahrzehnten vergehen. Risiken liegen hier darin, dass zum Zeitpunkt der Konzeptionierung des Projektes bereits eine Prognose getroffen werden muss,

inwiefern zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme ein entsprechender Markt für das produzierte Gut besteht, inwiefern physischer und kommerzieller Zugang zu diesem Markt bestehen wird und inwiefern das wirtschaftliche Produkt der Anlage vor dem Hintergrund technologischer Innovation zu diesem zukünftigen Zeitpunkt noch absatzfähig ist. Minimierungen dieser Risiken lassen sich allenfalls durch frühzeitige vertragliche Bindung zukünftiger Kunden mittels entsprechender langfristiger Abnahmeverträge erreichen.[28]

Neben diesen sehr anlagenspezifischen Risiken sind finanzielle Risiken zu beachten, die hauptsächlich auf konjunkturelle Entwicklungen zurückzuführen sind. Diese Risiken gehen insbesondere von hoher Preisvolatilität auf den Finanzmärkten, steigenden Zinsen und Devisenkursen sowie inflationären Konjunkturentwicklungen aus. In erster Linie sind in diesem Zusammenhang monetäre Risiken wie z.B. das Währungsrisiko zu nennen. Hier gilt es, zu bedenken, in welchen Währungen die Kosten abgerechnet werden, ob diese Währungen frei konvertierbar sind, welchen staatlichen Regulierungen bzw. Beschränkungen der Devisentransfer unterliegt und wie das Wechselkursrisiko abgesichert werden kann.[29]

Ein weiterer Aspekt der Risikobeurteilung im Anlagenbau – und gleichzeitig zentraler Risikoaspekt der vorliegenden Untersuchung - ist ferner das Insolvenzrisiko der Beteiligten, da der Anlagenbau wie kaum ein anderes wirtschaftliches Betätigungsfeld von einem funktionierenden Zahlungsstrom abhängt. Dies hat seine Ursache in erster Linie darin, dass der Anlagenbau sich durch die Kombination vieler Einzelleistungen auszeichnet, die miteinander eng verknüpft sind und auf diese Weise nicht nur in vertraglicher, sondern auch in finanzieller Hinsicht in einem komplexen Beziehungsgeflecht resultieren, aus dem sich bestimmte Hierarchien und Abhängigkeiten ergeben. Auftraggeber, Generalunternehmer und Subunternehmer formen beispielsweise eine Vergütungskette[30], die einen kontinuierlichen Zahlungsstrom voraussetzt, welcher bei der Insolvenz eines der Beteiligten unterbrochen werden könnte. Bei der Beurteilung der finanziellen Verfassung der Beteiligten besteht daher hauptsächlich die Gefahr, dass von falschen Informationen ausgegangen wird oder relevante Informationen nicht oder nur unzureichend verfügbar sind.[31] Da sich die Insolvenzauswirkungen in erster Linie von der höheren auf die tiefere Hierarchieebene

---

[28] Innerhalb dieser Verträge finden sich oftmals Minimalbestimmungen hinsichtlich der Absatzmengen und – soweit dies wettbewerbsrechtlich zulässig ist – hinsichtlich der Preise.

[29] Dieser Risikokomplex ist regelmäßig mit der vertraglich zu klärenden Frage verbunden, wo die Kosten und die Erlöse des Projektes anfallen sollen, vgl. *Swoboda*, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, S. 34.

[30] Sehr anschaulich dargestellt bei *FIEC*, Untervergabe in der Bauwirtschaft: Grundprinzipien der Zusammenarbeit zwischen den Partnern, FIEC-Veröffentlichung vom 10.05.1998.

[31] *Bühler*, S. 130; *Swoboda*, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, S. 33.

auswirken, gleichzeitig jedoch auch ein wirtschaftliches Machtgefälle in dieser Richtung besteht, sind die Möglichkeiten der Minimierung des Insolvenz- oder Ausfallrisikos sehr gering. Es ist z.B. kaum zu erwarten, dass ein Generalunternehmer Einfluss auf die finanzielle Verfassung seines Auftraggebers nehmen kann, da er aufgrund der schlechteren Verhandlungsposition in aller Regel nicht über entsprechende Informationen hinsichtlich der finanziellen Verfassung des Auftraggebers verfügt.

E. Anmerkungen zur Terminologie

Abschließend sollen hier einige Anmerkungen zu der im weiteren verwendeten Terminologie erfolgen. Es gibt hinsichtlich der untersuchten Strukturen in den einzelnen Rechtsordnungen keine einheitlichen Definitionen oder Benennungen.

Dies gilt zunächst für die Beteiligten. Trotzdem inhaltliche Unterschiede festzustellen sind, werden die Begriffe Subunternehmer, Nachunternehmer, Nebenunternehmer usw. in der deutschen Literatur und Rechtsprechung teilweise synonym gebraucht, während in den anglo-amerikanischen Rechtsordnungen fast ausschließlich vom s*ubcontractor* die Rede ist. Gleichermaßen wird der Generalunternehmer auch als Generalübernehmer oder Hauptunternehmer oder im Hinblick auf das deutsche Werkvertrags- und VOB-Recht auch schlicht als Unternehmer oder Bauunternehmer bezeichnet. Im Englischen sind hier die Begriffe c*ontractor* oder m*ain contractor* gebräuchlich. Ferner wird der Auftraggeber im Deutschen oftmals als Bauherr oder Hauptauftraggeber bezeichnet, während die englischen Rechtsordnungen meistens vom *owner* oder *employer* sprechen.[32]

Die vorliegende Arbeit versucht hingegen vornehmlich, die Wirkungsweise bestimmter Vertragsklauseln innerhalb einer bestimmten Vergütungskette zu untersuchen. Dementsprechend werden hier ausschließlich die Bezeichnungen Auftraggeber, Generalunternehmer und Subunternehmer verwendet, sofern nicht eine speziellere Bezeichnung wegen der Besonderheit des dargestellten Einzelfalles angezeigt ist. Diese Benennungen sind jedoch primär funktional zu verstehen, da sie innerhalb der Vergütungskette auch verschoben werden können. So ist z.B. der Generalunternehmer gleichzeitig auch Auftraggeber des Subunternehmers usw. da der Anlagenbau durch eine Vielzahl von Ebenen gekennzeichnet ist und die untersuchten Klauseln auch zwischen den unteren Ebenen die gleichen Wirkungen entfalten können, beschränkt sich diese Arbeit auf die oben genannte einheitliche Benennung der Beteiligten.

---

[32] Innerhalb von Finanzierungsszenarien wird der Auftraggeber auch oftmals als *sponsor* bezeichnet.

Daneben resultieren viele Unklarheiten in der Rechtsprechung und Literatur aus einer uneinheitlichen und teilweise inhaltlich vermengten Benennung der untersuchten Zahlungsklauseln. Da die Klauseln darauf abzielen, den Zahlungsanspruch des Subunternehmers unter eine Bedingung zu stellen, ist in den anglo-amerikanischen Rechtssystemen die Bezeichnung als *contingency payment clauses* etabliert. Durch die Unterscheidung zwischen einer rein temporalen und einer kausalen Wirkung dieser Klauseln haben sich auch die Bezeichnungen *pay-when-paid*- und *pay-if-paid clauses* durchgesetzt. Dennoch ist keine einheitliche Verwendung dieser Begriffe zu beobachten, da oftmals auch Klauseln mit kausaler Wirkung als *pay-when-paid* bezeichnet werden. Das deutsche Rechtssystem kennt hingegen keine spezielle Bezeichnung der vorgenannten Vereinbarungen. Sofern nicht wegen der besonderen Umstände des Einzelfalles eine spezielle Benennung indiziert ist, werden diese Klauseln hier im folgenden einheitlich als bedingende Zahlungsklauseln bezeichnet.

II. Kapitel: Die besondere Problematik der Subunternehmervergütung in Deutschland

Wie bereits erwähnt, wird der Gegenstand dieser Arbeit hauptsächlich sein, die Problematik der Subunternehmervergütung zu untersuchen und den im Zusammenhang hiermit stehenden Einsatz von bedingenden Zahlungsklauseln zur Bewältigung des Insolvenzrisikos des Auftraggebers kritisch zu betrachten. Hierbei werden insbesondere die unterschiedlichen Ansatzpunkte und Sichtweisen in den anglo-amerikanischen Rechtskreisen sowie im deutschen Recht eingehender diskutiert werden.

Hierzu ist jedoch zunächst einmal näher zu erörtern, worum es sich bei einer bedingenden Zahlungsklausel überhaupt handelt, auf welchen Strukturen sie basiert, welche Motive auf Seiten der Vertragsparteien zu ihrer Anwendung führen und welche Probleme mit einer solchen Anwendung verbunden sind.

A. Die Strukturen des Anlagenbaus als Basis bedingender Zahlungsklauseln

Der Bereich des privaten Baurechts war schon immer durch eine hohe Zahl an rechtlichen Auseinandersetzungen der Beteiligten gekennzeichnet, sei es vor ordentlichen Gerichten oder vor Schiedsgerichten. Dies lässt sich im wesentlichen auf die besonders komplexen Strukturen und immensen Risiken im Baubereich zurückführen, wie sie oben teilweise erörtert wurden. Diese Besonderheiten des Anlagenbaus zwingen die Beteiligten oftmals dazu, Unklarheiten in den gegenseitigen Rechten und Pflichten möglichst bald und pragmatisch zu klären, um nicht den Erfolg des Projektes und damit oftmals auch die eigene wirtschaftliche Existenz zu gefährden. Damit lassen sich gleichzeitig die gesteigerte Akzeptanz und der damit verbundene erhebliche Anstieg im Rahmen der Bauschiedsgerichtsbarkeit erklären, die in den letzten Jahren zu einer Fülle von Veröffentlichungen zum Sinn und Zweck solcher Bauschiedsgerichte und zu ihrer Organisation und Durchführung geführt haben[33]. Gerade in jüngster Zeit wurde dabei insbesondere auch den Weiterentwicklungen und speziellen Ausprägungen der Schiedsgerichtsbarkeit im Bauwesen Rechnung getragen.[34] Bemerkenswert und insoweit in Übereinstimmung mit der in dieser Arbeit wesentlich dargestellten Problematik ist die

---

[33] Siehe stellvertretend für viele *Schneider*, 2 ICLR (1984), S. 317 ff.; *Schwartz*, IBL 1995, S. 149 ff.; *von Hoffmann*, in: *Šarčević* (Hrsg.), Essays on International Commercial Arbitration, S. 223 ff.

[34] Zum neu in die FIDIC Bedingungen eingeführten Dispute Adjudication Board (DAB) siehe insbesondere *Knutson*, 14 ICLR (1996), S. 174 ff.; *Seppala*, 15 ICLR (1997), S. 443; *Shadbolt*, 17 ICLR (1999), S. 101 ff.; *Jaynes*, 14 ICLR (1996), S. 17 ff.; zur verstärkt geforderten Einbindung von Schlichtungsversuchen in die Schiedsgerichtsbarkeit siehe *Nicklisch*, 15 ICLR (1997), S. 289 ff.

Feststellung, dass sich der Schwerpunkt der Auseinandersetzungen in den letzten Jahren vom klassischen Streit des Auftraggebers mit dem Generalunternehmer deutlich hin zu den Streitigkeiten zwischen Generalunternehmern und Subunternehmern verlagert hat.[35] Diese Beobachtungen decken sich auch mit den Entwicklungen der letzten Jahre in der deutschen Bauindustrie und den hiermit verbundenen und vermehrt aufgetretenen Insolvenzfällen, in denen es zu langjährigen Streitigkeiten der unbezahlt gebliebenen Subunternehmer kam. Dies führte letztendlich auch zu den unten teilweise näher dargestellten Neuregelungen des Werkvertragsrechts durch das sog. Beschleunigungsgesetz, wenngleich die dort erfasste Problematik sich letztendlich doch grundsätzlich von den hier dargestellten Ursachen für die Nichtbezahlung der Subunternehmer unterscheidet, indem sie als Ausgangspunkt die Insolvenz des Generalunternehmers und nicht, wie hier, die Insolvenz des Auftraggebers in den Vordergrund stellt.[36]

Neben weiteren zumeist wirtschaftlichen Überlegungen basiert der Einsatz bedingender Zahlungsklauseln nicht zuletzt auf den üblicherweise vorherrschenden Strukturen im Anlagenbau und wird teilweise durch diese bedingt oder erst ermöglicht. § 4 Nr. 3 S.1 VOB/A sieht vor, dass Bauleistungen verschiedener Handwerks- oder Gewerbezweige grundsätzlich nach Fachgebieten oder Gewerbezweigen in sogenannten Fachlosen getrennt zu vergeben sind. Eine zusammenhängende Vergabe mehrerer Fachlose ist nach der Neufassung des § 4 Nr. 3 S. 2 VOB/A möglich, sofern technische oder wirtschaftliche Gründe dafür sprechen. Die Zusammenfassung von Fachlosen kann dabei von der Bildung von Leistungspaketen bis hin zur Generalunternehmervergabe gehen.[37] Die Bündelung von Fachlosen kann zum einen potentiellen Bietern ermöglichen, dass sie ihre Leistungen fächerübergreifend anbieten, den Koordinierungsaufwand minimieren und Synergieeffekte nutzen können. Der Auftraggeber profitiert von einer Bündelung möglicherweise durch eine einheitliche Gewährleistung und höhere Kosten- und Terminsicherheit. Zum anderen wird sich der Koordinierungsaufwand auch für ihn minimieren.[38]

Auch wenn mit § 4 Nr. 3 S. 2 VOB/A zunächst eine Grundentscheidung für die separate Vergabe nach Fach- und Teillosen getroffen wird, begünstigt die Regelung in der Praxis verstärkt den Zusammenschluss mehrerer Beteiligter, so dass sich eine Vielzahl unterschiedlicher Unternehmereinsatzformen beobachten lässt. Zu den gewichtigsten zählen

---

[35] *Lloyd / Bunni*, Draft Report on Construction Industry Arbitrations, S. 3.

[36] siehe insbesondere unten, II. Kapitel C. I. 2.

[37] Deutscher Verdingungsausschuss für Bauleistungen (DVA), Erläuterungen zur Zusammenfassung von Fachlosen, Bildung von Teillosen, Nr. 1.2.

[38] vgl. DVA a.a.O., Nr. 3.1.

der Einzelunternehmereinsatz, der Generalunternehmereinsatz sowie das Konsortium bzw. die Arbeitsgemeinschaft im Baugewerbe (Arge). Die kurze Darstellung dieser Unternehmereinsatzformen – insbesondere der Einsatz von General- und Subunternehmern – erscheint insoweit geboten, als auf dieser Grundlage die Verwendung bedingender Zahlungsklauseln gegenüber Subunternehmern anschließend eingehender erörtert werden kann.

I. Der Einsatz von Einzelunternehmern

Die denkbar einfachste Form des Unternehmereinsatzes im Baugewerbe ist die Verpflichtung von Einzelunternehmern. Im Rahmen kleinerer Bauvorhaben ist dies die wohl gebräuchlichste und auch vom deutschen Baurecht bevorzugte Organisationsform.[39] Sowohl der prinzipiell als punktueller Austauschvertrag konzipierte Werkvertrag im Rahmen der §§ 631 ff. BGB als auch der VOB-Vertrag gehen in ihren Grundsätzen nicht von einer Mehrheit von Auftragnehmern aus, auch wenn diese Einsatzformen – mangels spezieller Regelung - weitestgehend dem allgemeinen Werkvertragsrecht zugeordnet werden.[40]

Als Einzel- oder Alleinunternehmer wird derjenige bezeichnet, der im Rahmen seines Betriebes alle Bauarbeiten selbst durchführt, die zu dem ihm erteilten Auftrag gehören, wobei es unerheblich ist, ob dieser Auftrag die gesamte Bauleistung oder nur Teile hiervon erfasst.[41] Unerheblich ist auch, ob es sich bei dem Alleinunternehmer um eine Einzelperson oder eine Mehrheit von Personen handelt, die entweder als Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder in einer Gesellschaftsform des Handelsrechts zusammengeschlossen sind. Entscheidend ist, dass der Bauherr für die gesamten zu einem Fach- oder Teillos gehörigen Einzelleistungen einen einzigen Bauunternehmer verpflichtet. Dieser ist dementsprechend verpflichtet, sämtliche zu leistenden Arbeiten im Rahmen seines Betriebes zu erbringen. Eine weitere Einschaltung von Subunternehmern erfolgt grundsätzlich nicht. Je nachdem, wie weitreichend das entsprechende Fachlos oder die Bündelung in Leistungspaketen ausgestaltet ist, bedeutet dies für den Auftraggeber möglicherweise, dass er zur Realisierung des Projektes lediglich einen

---

[39] *Korbion,* in*: Ingenstau / Korbion*, VOB, Anhang 1, Rdnr. 2.

[40] vgl. beispielsweise *Nicklisch*, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, S. 29 f. Im Gegensatz hierzu sieht das englische Recht den Einsatz mehrerer Beteiligter, wie z.B. beim Generalunternehmereinsatz, als Regelfall an, wie beispielsweise die vom englischen Recht geprägten FIDIC-Verträge mit ihren ausgeprägten Subunternehmer- und Generalunternehmerregelungen verdeutlichen, siehe hierzu auch *Weick*, Vereinbarte Standardbedingungen im deutschen und englischen Bauvertragsrecht, 1977, S. 86 f. mit weiteren Nachweisen in Fn. 321.

[41] *Korbion,* in*: Ingenstau* / *Korbion*, VOB, Anhang 1, Rdnr. 2.

einzigen Vertrag schließen muss, für deren Erfüllung ausschließlich der Alleinunternehmer haftet.[42]

Aus dieser Grundannahme ergeben sich zwei grundsätzliche Konstellationen der Einzelunternehmerschaft. Zum einen ist es denkbar, dass – wie soeben erwähnt – der gesamte Auftrag an lediglich einen Alleinunternehmer vergeben wird. Diesbezüglich ist die Abgrenzung in der Literatur nicht klar. Da hier der Auftrag die gesamten zum Projekt gehörigen Leistungen umfasst, erfüllt er gleichzeitig die Anforderungen an den Haupt- bzw. Generalunternehmer[43], der insoweit teilweise auch als Totalunternehmer bezeichnet wird. Es erscheint aber sachdienlich, den Unternehmer dann der Alleinunternehmerschaft zuzurechnen, wenn er alle geschuldeten Leistungen selber im eigenen Betrieb erbringt, ohne sich weiterer Subunternehmer zu bedienen, da die Einschaltung von Subunternehmern wohl begriffsnotwendig zur Haupt- und Generalunternehmerschaft hinzuzurechnen ist.[44]

Während diese Einsatzform im „normalen" Baubetrieb für die Beteiligten noch überschaubar ist, ergeben sich hier Besonderheiten hauptsächlich im Bereich des Industrieanlagenbaus. Sofern der Auftrag die Erstellung der gesamten Anlage umfasst,- wie z.B. im Rahmen des heutzutage verbreiteten und üblichen *turnkey*-Vertrages – fallen dem Einzelunternehmer dabei die Konzeption, Koordination und Durchführung der Bauarbeiten ebenso zu, wie die Verantwortung für das vertragsgemäße Funktionieren der Gesamtanlage im Rahmen der vertraglich festgelegten Leistungsgrenzen. Diese Bandbreite an geschuldeten Leistungen verdeutlicht gleichzeitig die Problematik dieser Unternehmereinsatzform im Kontext des Industrieanlagenbaus. Wie zuvor an anschaulichen Beispielen beschrieben wurde, ist der Anlagenbau in erster Linie durch Komplexität und Größe der Projekte sowie die hiermit zusammenhängende hohe finanzielle Belastung geprägt. Ein Unternehmen, das im Wege der Alleinunternehmerschaft die Erstellung einer Industrieanlage übernimmt, müsste nicht nur in der Lage sein, sämtliche Leistungen, wie wirtschaftliche und technische Planung, Montage der Anlage und Durchführung von Testphasen bis hin zur betriebsbereiten Übergabe der Anlage, zu erbringen, sondern müsste daneben auch die finanziellen Dimensionen des

---

[42] *Hautkappe*, S. 38.

[43] Insoweit wurde festgestellt, dass das Verhältnis von Generalunternehmer und Auftraggeber im Grundsatz nicht von der Alleinunternehmerschaft zu unterscheiden ist, vgl. BGH, WM 1974, 197.

[44] vgl. beispielsweise die Formulierung in Nr. 3.2 der „Erläuterungen zur Zusammenfassung von Fachlosen, Bildung von Teillosen" des DVA, wo es heißt: „Als Generalunternehmer wird derjenige Hauptunternehmer bezeichnet, der sämtliche [...] erforderlichen Bauleistungen zu erbringen hat und wesentliche Teile hiervon selbst ausführt." Die Begrenzung der Eigenleistung auf wesentliche Teile macht hier deutlich, dass nicht die gesamte Leistung gemeint ist; vgl. auch *Hautkappe*, S. 41; *Markowsky*, S. 51.

Projektes meistern können und möglicherweise die Gesamtfinanzierung des Projektes für den Auftraggeber konzipieren und sicherstellen. Die oben am Beispiel der Hibernia-Plattform dargestellten Größenordnungen typischer Anlagenprojekte machen bereits deutlich, dass es kaum ein Unternehmen geben wird, dass diesen Anforderungen im Rahmen des Anlagenbaus gerecht werden könnte. Insbesondere der hohe Spezialisierungsgrad, der für die Erstellung einzelner Bauteile moderner Industrieanlagen notwendig ist, macht eine wirtschaftliche Fertigung unter Verzicht auf fremde Zulieferungen und fremdes know-how in aller Regel unmöglich. Selbst wenn die Auftragsvergabe an den Einzelunternehmer nicht die gesamte Bauleistung, sondern nur Teile hiervon betrifft, zwingt dieser Spezialisierungsgrad in aller Regel zu weiterer Kooperation mit entsprechenden Zulieferern oder Lizenzgebern. Bedenkt man daneben, dass Auftragseingänge im Anlagenbau nur sehr aperiodisch erfolgen und die betroffenen Fertigungsfaktoren wie Arbeiter, Maschinen etc. in den Bauphasen für lange Zeiten gebunden sind, ist es kaum vorstellbar, innerhalb eines einzelnen Unternehmens einen Auslastungsgrad aller für den Industrieanlagenbau relevanten Bereiche sicherzustellen, der einen dauerhaften wirtschaftlichen Betrieb des Unternehmens überhaupt ermöglicht.

Daneben ist es allerdings denkbar, dass nicht der gesamte Auftrag an einen einzigen Unternehmer vergeben wird, sondern lediglich gebündelte Fachlose an jeweils einen Einzelunternehmer vergeben werden. Die einzelnen Unternehmer agieren dann völlig selbständig und unabhängig voneinander, d.h. sie müssen nicht einmal von der Existenz der anderen Unternehmer erfahren. Im Rahmen des Industrieanlagenbaus ist ein solcher Einsatz von Einzelunternehmern aber allenfalls dort denkbar und wirtschaftlich durchführbar, wo standardisierte Verfahren eingesetzt werden.[45] Der Auftraggeber ist hier in der Regel daran interessiert, über eine möglichst große Aufteilung der Leistungen im Vergabeverfahren eine größtmögliche Auswahl an Bietern zu erreichen. Über die so erlangte Preistransparenz kann er dann versuchen, die Gesamtkosten seines Projektes weitestgehend zu minimieren. Die für die Teilleistungen verpflichteten Unternehmer wären dann nebeneinander für ihren jeweiligen Leistungsanteil als Nebenunternehmer verantwortlich. Für den Auftraggeber hätte dies zwar möglicherweise finanzielle Vorteile. Ihm würde dann jedoch die Aufgabe der Koordinierung der Leistungen und damit das nicht unerhebliche Schnittstellenrisiko zukommen, welches bei einem *turnkey*-Vertrag entfiele.[46] Dementsprechend nimmt die Popularität des

[45] *Lionnet*, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Bau. und Anlagenverträge, S. 122.

[46] Von einer solchen Vergabe an eine Mehrzahl von Einzelunternehmern geht die VOB jedoch grundsätzlich aus, da durch § 4 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B dem Auftraggeber eben diese Koordinationspflicht unter den beteiligten Unternehmen auferlegt wird.

Einzelunternehmereinsatzes mit der Größe und Komplexität des Projektes und den damit verbundenen höheren Risiken für den Auftraggeber ab.

Generell lässt sich also sagen, dass der Einsatz von Einzelunternehmern im Baugewerbe zwar eine allgemein übliche und – innerhalb des Baugewerbes – auch im Anlagenbau vereinzelt vorzufindende Organisationsform ist. Ihre Bedeutung für den Industrieanlagenbau ist jedoch angesichts der stetig steigenden Popularität schlüsselfertigen Bauens verschwindend gering.[47]

II. Kooperationsformen mehrerer Beteiligter

Neben der Alleinunternehmerschaft hat sich insbesondere die Kooperation mehrerer Unternehmer in der Bauindustrie durchgesetzt. Gerade durch einen Zusammenschluss mehrerer Unternehmen können die soeben geschilderten Probleme, die ein Alleinunternehmer bei der technischen und wirtschaftlichen Abwicklung eines Industrieanlagenprojektes zu bewältigen hat, überwunden werden, sofern die Verzahnung der entsprechenden zusammengefassten Leistungsteile einen solchen Zusammenschluss begünstigt. Bedeutende Kooperationsformen sind hierbei insbesondere die Arbeitsgemeinschaft in der Bauwirtschaft sowie das Konsortium.

1. Die Arbeitsgemeinschaft in der Bauwirtschaft (Arge)

Eine sehr verbreitete Form der Kooperation ist die Arbeitsgemeinschaft in der Bauwirtschaft, auch Arge oder Bau-Arge genannt. Hierbei verpflichten sich mehrere Unternehmer gemeinschaftlich zur Erbringung unteilbarer Leistungen für die Herstellung eines konstruktiv einheitlichen Werkes.[48] Rechtlich ist die Arge als Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu qualifizieren.[49] Die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft gegenüber dem Auftraggeber im Außenverhältnis sowie zwischen den einzelnen Mitgliedern der Arge im Innenverhältnis bestimmen sich daher grundsätzlich nach den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 705 ff. BGB, sofern der zwischen den Mitgliedern getroffene Arge-Vertrag keine abweichenden Regelungen vornimmt. Eine solche Vereinbarung über die internen Rechtsbeziehungen sowie die Abgabe eines gemeinschaftlichen Angebots gegenüber dem Auftraggeber werden von der Rechtsprechung für die Arge grundsätzlich vorausgesetzt.[50]

---

[47] So auch *Hautkappe*, S. 39.

[48] BGH, NJW 1952, 217; zur vielfältigen Literatur über die Arge vgl. die Nachweise bei *Hautkappe*, S. 101 Fn. 27 sowie die Literaturhinweise bei *Korbion,* in*: Ingenstau* / *Korbion*, VOB, Anhang 1, vor Rdnr. 5.

[49] BGH, NJW-RR 1993, 1443; OLG Köln, DB 1996, 2173; MünchKomm / *Ulmer*, vor § 705 Rdnr. 30.

[50] BGH, WM 1974, 754; Eine solche Vereinbarung liegt als Mustervertrag (Allgemeine Bedingungen für Arge-Verträge im Baugewerbe) vom Hauptverband der Deutschen Bauindustrie vor, in dem die Bestimmungen der

Letzterer Aspekt ist insofern bedeutsam, als es für die Arge grundlegend erforderlich ist, dass sie als Außengesellschaft konzipiert ist und gegenüber dem Auftraggeber als Gesellschaft auftritt. Vereinbarungen zwischen den Beteiligten, die lediglich im Innenverhältnis Wirkungen zeigen, berühren das Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem nach außen auftretenden Bieter nicht.[51]

Da die Arge lediglich für ein bestimmtes Projekt gebildet wird und sich ihr Zweck somit auf die Erfüllung dieses einen Auftrages beschränkt, stellt sie einen besonderen Typus der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, eine sogenannte Gelegenheitsgesellschaft, dar.[52] Daher scheiden i.d.R. auch andere Gesellschaftsformen, wie die OHG oder die KG, für die Arge aus, da diese regelmäßig nicht auf den von § 105 HGB vorausgesetzten Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist, der nach herrschender Meinung eine planmäßige, auf gewisse Dauer gerichtete Tätigkeit am Markt erfordert[53], d.h. im Falle einer Arge also die Verbindung zur Abwicklung einer Vielzahl von Bauaufträgen. Mit Ausnahme der sehr unüblichen und seltenen sogenannten Dauer-Arge erfüllt die Arge diese Voraussetzung nicht. Unabhängig von diesen Erwägungen bietet die Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts darüber hinaus den Beteiligten jedoch auch die für die Erfüllung von Aufträgen im Baugewerbe notwendige Flexibilität, die andere Gesellschaftsformen nur in begrenztem Maße aufweisen können, so dass die Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht nur die gesetzlich vorausgesetzte, sondern auch die wirtschaftlich sinnvollste für die Beteiligten sein dürfte.

Für die Einordnung als Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist es begrifflich an sich nicht nötig, dass sie ein gemeinschaftliches Vermögen besitzt.[54] Nichtsdestotrotz ist die Arge in aller Regel dadurch gekennzeichnet, dass die Mitglieder Produktionsmittel wie Personal, Maschinen etc. als Gesamthandvermögen in die Gesellschaft einbringen, um die Abwicklung des Projektes zu gewährleisten. Hierdurch unterscheidet sich die Arge wesentlich von dem Konsortium. Zu diesem Gesamthandvermögen wird auch die der Arbeitsgemeinschaft zufließende Vergütung für die erbrachten Bauleistungen gezählt.[55]

---

§§ 705 ff. BGB teilweise abgeändert oder ergänzt worden sind, siehe hierzu auch *Wagner*, in: *Deutsche Gesellschaft für Baurecht e.V.* (Hrsg.), Seminar ARGE / Generalunternehmer / Subunternehmer, S. 32 ff.

[51] *Korbion,* in*: Ingenstau* / *Korbion*, VOB, Anhang 1, Rdnr. 17; grundlegend zur Abgrenzung von Innengesellschaft und Außengesellschaft bei der GbR siehe BGH, NJW 1960, 1851.

[52] *Palandt* / *Sprau*, BGB, § 705 Rdnr. 37; *Hautkappe*, S. 101.

[53] vgl. beispielsweise *Staub* / *Ulmer*, HGB § 105 Rdnr. 23.

[54] RG, RGZ 80, 271.

[55] *Kleine-Möller*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, § 20 Rdnr. 15.

Im Hinblick auf diesen zuletzt genannten Aspekt ist in der Praxis allerdings zu beobachten, dass im speziellen Kontext des Industrieanlagenbaus die Bedeutung der Arge im Vergleich zum Konsortium nur eine untergeordnete ist. Gerade hinsichtlich des Gesamthandvermögens ist der Arge eine deutlichere Ausrichtung auf die Abwicklung des Bauvorhabens immanent, zu dessen vertragsgemäßer Erfüllung die Mitglieder der Arge mit der Einbringung von Material, Maschinen und Personal beitragen. Die Abwicklung eines Industrieanlagenprojektes geht aber – insbesondere beim schlüsselfertigen Bauen – weit über die reine Abwicklung des Baus hinaus. Daher tritt in der Praxis in einem solchen Fall nur selten eine Arge, sondern in aller Regel ein Konsortium als übergreifendes Instrumentarium auf.[56] Dies gilt in besonderem Maße im Rahmen von internationalen Anlagenprojekten, da die Arge als typische Unternehmereinsatzform des deutschen Rechts vorwiegend in rein nationalen Projekten zum Tragen kommt.[57]

2. Das Konsortium

Ebenso wie bei der Arbeitsgemeinschaft im Baugewerbe handelt es sich beim Konsortium um eine Gelegenheitsgesellschaft, die als einzigen Zweck die Abwicklung des entsprechenden Anlagenprojektes verfolgt. Insofern steht sie der Arge in der rechtlichen Qualifizierung nahezu gleich.[58] Im übrigen sind die beiden Kooperationsformen jedoch voneinander abzugrenzen. Dies führt zu nicht unerheblichen Schwierigkeiten, da beide Formen sehr unterschiedlich in der Literatur behandelt und die Begriffe „Arbeitsgemeinschaft“ und „Konsortium“ hierbei nicht selten synonym verwendet werden.[59] Wenn auch beide Kooperationsformen teilweise erhebliche Gemeinsamkeiten aufweisen, so geht doch eine solche umfassende Gleichsetzung von Arge und Konsortium zu weit.

Konsortien finden sich in erster Linie im Kredit- und Finanzierungsgeschäft sowie im Emissionsgeschäft der Finanzinstitute.[60] Daneben erlangen sie aber insbesondere im Anlagenbau eine immer größer werdende Bedeutung. Dies ist auf die oben schon beschriebenen Probleme zurückzuführen, die ein Alleinunternehmer mit der technischen und wirtschaftlichen Bewältigung eines Anlagenprojektes hätte. Aufgrund der Komplexität ist eine Vielzahl von einzelnen, teilweise unabhängig voneinander zu erbringenden, hochspezialisierten Leistungen erforderlich, die nur von mehreren Unternehmen erbracht

---

[56] *Lionnet*, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, S. 121.

[57] so auch *Kleine-Möller*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, § 20 Rdnr. 23.

[58] *Hautkappe*, S. 101; MünchKomm / *Ulmer*, Vor § 705 Rdnr. 36; siehe auch *Bühler*, S. 58.

[59] Siehe beispielsweise bei *Dünnweber*, S. 15 oder *Moecke*, RIW 1978, S. 76.

[60] vgl. MünchKomm / *Ulmer*, § 705 Rdnr. 36 f.

werden kann. Dementsprechend sind Konsortien im Industrieanlagenbau von einer Mehrzahl von Unternehmen und einem hierauf basierenden Netzwerk von vertraglichen Beziehungen gekennzeichnet.[61] *Lionnet* weist beispielsweise darauf hin, dass am Bau eines Kernkraftwerkes nicht selten über 700 Unternehmen beteiligt sind.[62]

In rechtlicher Hinsicht lässt sich das Konsortium überwiegend als Gesellschaft bürgerlichen Rechts qualifizieren.[63] Diese Einordnung in ein primär gesellschaftsrechtlich zu beurteilendes Rechtsverhältnis ist jedoch nicht unumstritten. Häufig kommt es bei der Beurteilung der dem Konsortium zugrundeliegenden Vertragsbeziehungen zu Verquickungen mit anderen Vertragstypen, wie dem Werkvertrag[64] oder dem Werklieferungsvertrag[65]. Dies hat seinen Ursprung nicht zuletzt darin, dass im Gegensatz zur Arbeitsgemeinschaft in der Bauwirtschaft die Abwicklung des Projektes weit weniger auf einer gemeinsamen Basis vorgenommen wird. Während bei der Arge die Partner gemeinsam die Ausführung der Bauleistungen schulden und hierzu entsprechendes Gesamthandsvermögen in Form von Maschinen, Personal etc. bilden, gibt es ein solches gesamthänderisches Vermögen beim Konsortium in aller Regel nicht. Als solches könnten allenfalls die gegen den Auftraggeber wegen geleisteter Arbeiten erworbenen Vergütungsansprüche gelten.[66] Diese Forderungen werden jedoch üblicherweise durch eine konsortialvertragliche Sonderregelung von dem Auseinandersetzungsvermögen i.S.d. § 740 bei Auflösung der Gesellschaft ausgenommen, so dass es sich letztendlich nicht um typisches Gesellschaftsvermögen handelt.[67] Vielmehr wird die Vergütung für erbrachte Leistungen vom Auftraggeber an den Konsortialführer gezahlt, der diese lediglich treuhänderisch verwaltet und unmittelbar nach Eingang *pro rata* an die Konsorten weiterzuleiten hat.[68] Auf diese Weise wird allerdings dennoch ein gewisses Maß an Gemeinsamkeit innerhalb des Konsortiums geschaffen, da die Beteiligung *pro rata* regelmäßig an einen Ausgleich unter den Konsorten im Falle der Überbezahlung eines Konsorten geknüpft ist. Die Folge ist, dass beispielsweise die gerichtliche Beitreibung offener Forderungen durch einzelne Mitglieder in der Regel einer gemeinsamen konzertierten Aktion

---

[61] *Lotz*, ZfBR 1996, S. 233.

[62] *Lionnet*, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, S. 122; Hierbei ist allerdings einschränkend zu beachten, dass sich diese Zahl auf die Anzahl der Beteiligten generell bezieht und nicht zwangsläufig nur auf Konsortien zu beziehen ist, sondern ebenso für die Einschaltung von Subunternehmern gilt.

[63] vgl. BGHZ 72, 267; WM 1992, 1225; *Markowsky*, S. 48; *Joussen*, § 3 Rdnr. 12; *Hautkappe,* S. 105.

[64] Siehe beispielsweise bei *Nicklisch*, NJW 1985, S. 2365.

[65] So z.B. *Lionnet*, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, S. 128.

[66] vgl. *Lionnet*, a.a.O., S. 125.

[67] *Staudinger* / *Kessler*, BGB, § 740 BGB Rdnr. 1.

[68] *Lotz*, ZfBR 1996, S. 234.

weicht, da die von einem einzelnen Konsorten erstrittenen Gelder ebenfalls unverzüglich aufgeteilt werden müssten, sofern sie nicht vom sogenannten *pro rata sharing* ausgenommen wären.[69]

Demzufolge haften die Konsorten im Außenverhältnis gesamtschuldnerisch für die Abwicklung des Gesamtprojektes, sind aber untereinander nur für die von ihnen nach Maßgabe des Leistungsverzeichnisses jeweils übernommenen Teilleistungen verantwortlich.[70] Hierbei ist aber wieder zu beachten, dass so gut wie keine gemeinsamen Leistungen erbracht werden, da üblicherweise die Arbeiten so weit wie möglich in den heimischen Produktionsstätten der Konsorten geleistet und die so erstellten Anlagenteile erst im Anschluss vor Ort montiert werden. Auch diese Montage erfolgt aber üblicherweise durch jeden Konsorten für seinen Leistungsteil separat.[71] Gegenüber dem Auftraggeber werden die Leistungen daher grundsätzlich so erbracht, als ob die Konsortialpartner jeweils einen selbständigen Vertrag mit dem Auftraggeber abgeschlossen hätten. Solche Klarstellungen werden bisweilen sogar explizit in den Konsortialvertrag aufgenommen. Dem Verfasser liegt z.B. ein Konsortialvertrag zweier bekannter deutscher Schwermaschinenbauunternehmen über die Projektierung eines Stahl- und Walzwerks in Jian Yin, China, vor, in dem in Art. 5.4 folgendes bestimmt ist:

> „Im Innenverhältnis ist jeder PARTNER unbeschadet der Federführung verpflichtet, seinen Lieferanteil gemäß dem Kundenvertrag und diesem Vertrag zu erbringen, so als hätte er mit dem Kunden für seinen Lieferanteil einen separaten Vertrag abgeschlossen.“[72]

Insofern entspricht eine Einordnung als Gesellschaft bürgerlichen Rechts am ehesten dieser rechtlichen Lage, so dass die Leistungen der Konsorten als die nach § 706 geschuldeten Gesellschaftsbeiträge zu bewerten sind. Für eine über dieses Maß hinausgehende Bewertung der jeweiligen Verpflichtungen der Konsorten als separaten Werkvertrag besteht keine Notwendigkeit, sofern im Konsortialvertrag nicht ausdrücklich entgegenstehende Regelungen getroffen wurden.[73]

Die Gemeinsamkeiten von Arbeitsgemeinschaft und Konsortium beschränken sich dementsprechend auf die Bereiche der gemeinsamen Planung, der gegenseitigen Abstimmung

---

[69] vgl. *Wood*, Rdnr. 6-16 und *Tennekoon*, S. 101 für den insofern vergleichbaren Bereich des Kreditkonsortiums.

[70] *Nicklisch*, NJW 1985, S. 2364; *Markowsky*, S. 49.

[71] *Lionnet*, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, S. 126.

[72] Auf eine inhaltsgleiche Klausel weist beispielsweise auch *Lionnet* hin, vgl. *Lionnet*, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, S. 126.

und Koordinierung der Lieferungen und Leistungen und die gesamtschuldnerische Haftung im Außenverhältnis.[74] Beide Kooperationsformen stellen in der modernen Terminologie auch ein sogenanntes *Contractual Joint Venture* dar, da das gemeinsame Wirken der Beteiligten auf die vertragliche Kooperation innerhalb der Gesellschaft, beispielsweise auf die Abgabe eines gemeinsamen Angebotes oder die gemeinsame Ausführung eines Auftrages, beschränkt bleibt. Demgegenüber findet man in Bereichen außerhalb der Bauwirtschaft häufig die Kooperationsform des Gemeinschaftsunternehmens, auch *Equity Joint Venture* genannt, bei dem die Partner an einer gemeinsamen Kapitalgesellschaft beteiligt sind.

Neben dem zuvor dargestellten Fall des Außenkonsortiums, in dem die Konsortialpartner zwar separate Leistungen in eigener Verantwortung und ohne gemeinsame Betriebsmittel erbringen, diese aber bündeln und im Außenverhältnis gegenüber dem Auftraggeber gesamtschuldnerisch erbringen, existiert die Abwandlung des sogenannten Innenkonsortiums. Bei diesem Modell tritt lediglich einer oder mehrere der Konsorten – regelmäßig der Federführer –, nicht aber alle der Konsortialpartner gegenüber dem Kunden auf. Für den Auftraggeber hat dies den Vorteil, dass er es einerseits mit einer geringeren Anzahl an Vertragspartnern zu tun hat, er andererseits durch die Regelungen des Konsortialvertrages im Innenverhältnis – die grundsätzlich mit den Regelungen im Außenkonsortium übereinstimmen – aber dennoch eine Haftungsverteilung auf eine Vielzahl von Unternehmen erreichen kann. Teilweise wird das Innenkonsortium mit der stillen Arge oder der Beteiligungsgemeinschaft gleichgesetzt. Da sich aber hinsichtlich der oben dargestellten Abgrenzungen des Außenkonsortiums zur Arbeitsgemeinschaft auch beim Innenkonsortium nichts Grundlegendes ändert, besteht für eine solche Gleichsetzung kein Anlass, auch wenn eine weitgehende Vergleichbarkeit beider Regelungsmodelle hier nicht in Abrede gestellt werden soll.

3. Weitere Kooperationsformen im Anlagenbau

Parallelerscheinungen bzw. spezielle Ausprägungen der Arbeitsgemeinschaft im Baugewerbe oder des Konsortiums sind die sogenannten Bietergemeinschaften und die Beihilfegemeinschaften. Als Bietergemeinschaft bezeichnet man den Zusammenschluss von Unternehmern auf vertraglicher Grundlage mit dem Zweck, Bauaufträge für gleiche oder verschiedene Fachgebiete oder Gewerbezweige gemeinsam auszuführen.[75] Gegenstand der

---

[73] So auch *Lotz*, ZfBR 1996, S. 237.

[74] vgl. *Lionnet*, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, S. 126; siehe auch *Lotz*, ZfBR 1996, S. 237, der jedoch hinsichtlich der gemeinsamen Planung einen abweichenden Standpunkt einnimmt.

[75] vgl. VHB 2000, Richtlinie zu § 8a VOB/A Nr. 3.3.

Bietergemeinschaft ist es also, ein gemeinsames Angebot abzugeben, um die Chancen einer Auftragsvergabe im Vergabeverfahren zu erhöhen. Grundsätzlich handelt es sich auch hier um eine Gelegenheitsgesellschaft, bei der jedoch im Unterschied zur Arge die Zusammenarbeit der Beteiligten auf die Abgabe des Angebots beschränkt bleibt und dementsprechend auch kein Gesamthandsvermögen zur Abwicklung des Projektes gebildet wird.[76]

Bei der Beihilfegemeinschaft, die auch als Beteiligungsgemeinschaft[77] bezeichnet wird, tritt keine Gesellschaft gegenüber dem Auftraggeber auf. Der Auftrag wird vielmehr in aller Regel an einen oder mehrere, jedoch nicht alle Beteiligte vergeben. In die Ausführung des Auftrages beziehen diese Auftragnehmer jedoch noch weitere Unternehmer ein, deren Rechte und Pflichten lediglich im Innenverhältnis geregelt sind. Entscheidend für die Beihilfegemeinschaft ist, dass alle Partner auf vertraglich gleicher Ebene agieren, die Beiträge der nicht nach außen auftretenden Gesellschafter also nicht als Subunternehmerleistungen zu qualifizieren sind.[78] Im Hinblick auf die fehlende Außenwirkung der Gesellschaft handelt es sich bei der Beihilfegemeinschaft zwar nicht um eine reine Arbeitsgemeinschaft, wie sie oben dargestellt wurde. Neben dem Vertretungsaspekt spricht auch das fehlende Gesamthandsvermögen gegen diese Annahme, dessen Bildung wegen des mangelnden gemeinsamen Auftretens nach außen unterbleibt. Die Qualifizierung als Gesellschaft bürgerlichen Rechts bleibt jedoch erhalten, da weder ein gesamthänderisches Vermögen noch ein Auftreten der Gesellschaft gegenüber Dritten zwingend vorausgesetzt wird und die Einordnung einer solchen Gesellschaft als Innengesellschaft allgemein anerkannt wird.[79]

Da insoweit sowohl die Bietergemeinschaft als auch die Beihilfegemeinschaft wegen des mangelnden Gesamthandsvermögens und des mangelnden Auftretens nach außen nicht als Arbeitsgemeinschaft im eigentlichen Sinne zu werten sind, drängt sich jedoch ein Vergleich zu den oben dargestellten Formen des Konsortiums auf. Letztendlich ist es aber unerheblich, welche Bezeichnung für die jeweilige Kooperationsform gefunden wird. Entscheidend sind vielmehr – wie stets – die rechtliche Qualifizierung der Beteiligten, die Ausgestaltung ihrer Rechte und Pflichten sowie ihre Stellung im Hinblick auf das zu verwirklichende Gesamtprojekt.

---

[76] *Kleine-Möller*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, § 20 Rdnr. 17.

[77] *Korbion, in: Ingenstau / Korbion*, VOB, Anhang 1 Rdnr. 105.

[78] *Korbion, in: Ingenstau / Korbion*, a.a.O.

[79] *Kleine-Möller*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, § 20 Rdnr. 20; Die Beihilfegemeinschaft wird insofern teilweise auch als „Innen-Arge“ bezeichnet, vgl. *Feldrappe*, in: *Deutsche Gesellschaft für Baurecht e.V.* (Hrsg.), Seminar ARGE / Generalunternehmer / Subunternehmer, S. 14.

Neben diesen ad hoc Zusammenschlüssen existieren ferner auch sogenannte Exportgemeinschaften, die sich dauerhaft für die Projektierung von Industrieanlagen in aller Welt zusammengeschlossen haben.[80] Zu diesen Gemeinschaften zählen in Deutschland beispielsweise die auf die Projektierung von Krankenhäusern spezialisierte und zum Fresenius-Konzern gehörige hospitalia international GmbH, die auf die Projektierung von textilverarbeitenden Anlagen spezialisierte TEXPROJEKT Industrieanlagen GmbH, die auf die Projektierung von Nahrungsgüter-, Verpackungs-, Abfüll-, Recycling- und Wiederaufarbeitungsanlagen spezialisierte UNITECHNA GmbH sowie die UNIONMATEX Industrieanlagen GmbH, die auf die Projektierung von Industrieanlagen in den Bereichen Textil- und Bekleidungsindustrie, Lederverarbeitung, Linterszellulose- und Papierindustrie, Tierzucht- und Lebensmittelindustrie sowie Umweltschutztechnologie spezialisiert ist.

III. Der Einsatz von General- und Subunternehmern

Neben diesen Kooperationsformen hat sich mit der Einschaltung von General- und Subunternehmern gerade im Industrieanlagengeschäft eine Unternehmereinsatzform behauptet, die in gewisser Weise eine organisatorische Zwischenstufe, vergleichbar mit dem Modell des Innenkonsortiums, einnimmt. Zum einen trägt diese Organisationsform Züge der Alleinunternehmerschaft, da lediglich ein Unternehmer gegenüber dem Auftraggeber auftritt. Zum anderen trägt sie jedoch auch kooperative Züge, da sie letztendlich eine Vielzahl von Unternehmern in die Abwicklung des Gesamtprojektes einbindet. Auch wenn insbesondere im Industrieanlagenbau zuletzt in immer stärkerem Maße eine Tendenz zur Konsortialbildung erkennbar wird – was nicht zuletzt auf die in dieser Arbeit diskutierten Probleme in der Subunternehmervergütung zurückzuführen ist[81] –, wird nach wie vor der größte Teil der Projekte entweder ganz oder zu einem großen Teil über die Organisationsform des Generalunternehmers abgewickelt. Dies gilt in besonderem Maße im internationalen Großanlagengeschäft[82], und hierbei wiederum insbesondere bei Projekten in Entwicklungsländern, da dort sehr häufig der Einsatz lokaler Subunternehmer zur Konjunkturbelebung vom Gesetzgeber vorgeschrieben ist.[83] Der Deutsche Verdingungsausschuss für Bauleistungen bevorzugt hingegen in seiner Empfehlung grundsätzlich die Vergabe in Leistungspaketen gegenüber der Vergabe an einen Generalunternehmer, da nach einer Erhebung des Bundesrechnungshofes die

---

[80] *Hautkappe*, S. 102 f.; *Dünnweber*, S. 16.

[81] So auch *Lotz*, ZfBR 1996, S. 234.

[82] *Vetter*, RIW 1984, S. 172.

[83] vgl. auch *Swoboda*, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, S. 21.

Generalunternehmervergabe ca. 10% teurer ist als die Vergabe nach Fachlosen.[84] Ausnahmen werden allerdings für Projekte mit einem hohen technischen und terminlichen Koordinierungsbedarf gemacht[85], wie sie gerade im Industrieanlagenbau typisch sind, so dass auch insofern die bedeutsame Rolle der Generalunternehmerschaft bestätigt wird.

1. Die inhaltliche Ausgestaltung der Generalunternehmerschaft

Wie beim Einsatz von Alleinunternehmern oder beim Innenkonsortium hat die Beauftragung eines Generalunternehmers für den Bauherren bzw. Auftraggeber zunächst den Vorteil, dass ihm für die einzelnen Leistungsabschnitte jeweils nur ein Ansprechpartner gegenübersteht, da der Auftraggeber lediglich den Generalunternehmer mit dem Bau der von ihm gewünschten Industrieanlage beauftragt und ansonsten keinerlei vertragliche Beziehungen zu den weiteren Beteiligten am Gesamtprojekt unterhält. Dementsprechend ist die Generalunternehmerschaft weitestgehend dadurch gekennzeichnet, dass der Auftrag an den Generalunternehmer sämtliche zur Erstellung der Anlage erforderlichen Leistungen umfasst, d.h. der Auftraggeber bestellt typischerweise eine betriebsbereite Industrieanlage beim Generalunternehmer.

In Abgrenzung hierzu finden sich im Rahmen der in der Literatur gebräuchlichen Terminologie weitere wesensähnliche Unternehmereinsatzformen, die an die Generalunternehmerschaft angelehnt oder ihr vergleichbar sind. Hierzu zählt zunächst der Hauptunternehmer. Die Begriffe Generalunternehmer und Hauptunternehmer werden teilweise nahezu identisch verwendet.[86] Teilweise wird der Generalunternehmer als Unterform des Hauptunternehmers behandelt.[87] Danach wird als Generalunternehmer derjenige Hauptunternehmer bezeichnet, der sämtliche für die Herstellung einer baulichen Anlage erforderlichen Bauleistungen zu erbringen hat und wesentliche Teile hiervon selbst ausführt.[88] Diese Verbindung von Generalunternehmer und Hauptunternehmer überzeugt jedoch insgesamt betrachtet nicht. Der Hauptunternehmer ist begrifflich gerade dadurch gekennzeichnet, dass er – im Gegensatz zum Generalunternehmer – nicht die gesamte Leistung übertragen bekommt, sondern lediglich derjenige Unternehmer ist, der unter mehreren Nebenunternehmern die Hauptleistung zu erbringen hat.[89] Insofern hat er aber mehr

---

[84] DVA, Erläuterungen zur Zusammenfassung von Fachlosen, Bildung von Teillosen, Nr. 3.2.

[85] DVA, a.a.O., Nr. 4.2.

[86] vgl. beispielsweise *Staudinger / Peters (2000)*, BGB, § 631 Rdnr. 31; *Korbion, in: Ingenstau / Korbion*, VOB, Anhang 1, Rdnr. 116.

[87] Siehe z.B. VHB 2000, Richtlinie zu § 8a VOB/A Nr. 3.2.

[88] VHB 2000, Richtlinie zu § 8a VOB/A Nr. 3.2.

[89] Siehe beispielsweise *Hautkappe*, S. 43.

Ähnlichkeit mit einem Einzelunternehmer als mit dem eigentlichen Generalunternehmer.[90] Abgesehen von dieser Differenzierung nach dem Umfang der vom Auftraggeber übertragenen Leistung gibt es jedoch kaum Unterschiede zwischen General- und Hauptunternehmer. Bei beiden Organisationsformen ist die Erbringung der Leistung durch die Einschaltung weiterer Subunternehmer gekennzeichnet, wobei in beiden Fällen der Unternehmer alleiniger Vertragspartner des Auftraggebers ist.[91]

Daneben existiert die Einsatzform des Generalübernehmers.[92] Dieser übernimmt ebenso wie der Generalunternehmer die Planung und Ausführung der gesamten Anlage, vergibt jedoch sämtliche erforderlichen Leistungen an Subunternehmer. Anders als beim Generalunternehmer verbleibt kein Leistungsteil beim Generalübernehmer, d.h. er übernimmt keinen Eigenfertigungsanteil am Bau. Der Generalübernehmer verfügt daher häufig nicht einmal über eine eigene Produktion.[93] Die Abgrenzung zum Generalunternehmer erfolgt dementsprechend nicht über den Umfang der vom Auftraggeber übernommenen Leistungen, sondern über den Eigenleistungsanteil am Gesamtprojekt.[94] Die Rolle des Generalübernehmers ist eher die eines Projektmanagers, dessen Hauptaufgabe es ist, die Erbringung der einzelnen Leistungen durch Dritte zu koordinieren. Von besonderer Bedeutung sind hier die Fälle, in denen der Auftrag an eine Ingenieursgesellschaft ohne eigene Produktion vergeben wird oder in denen der Auftrag zur Erstellung der Anlage von einem Unternehmen übernommen wird, das lediglich mit der Finanzierung des Projektes betraut ist.[95] Ebenso wie beim Generalunternehmer erfolgt die Einschaltung von Subunternehmern jedoch in eigener Regie, so dass auch der Generalübernehmer einziger Vertragspartner des Auftraggebers ist.

Der Generalunternehmer stellt sich daher zusammenfassend als eine Unternehmereinsatzform dar, bei der vom Unternehmer sämtliche zur Erstellung der Anlage zu erbringenden Leistungen übernommen werden, von denen ein wesentlicher Teil vom Generalunternehmer selbst erbracht wird. Dieser Eigenleistungsteil ist im reinen Baugewerbe

---

[90] Siehe hierzu oben unter I.

[91] vgl. für den Hauptunternehmer BGH, BauR 1974, 134.

[92] Siehe generell zur Einsatzform des Generalübernehmers MünchKomm / *Soergel*, § 631 Rdnr. 71; *Korbion, in: Ingenstau* / *Korbion*, VOB, Anhang 1, Rdnr. 129 ff.

[93] *Hautkappe*, S. 45.

[94] Die Bedeutung des Eigenleistungsanteils des Generalunternehmers wird besonders im Kontext des internationalen Anlagenbaus deutlich, bei dem vornehmlich die auf englischem Recht basierenden FIDIC-Bedingungen zur Anwendung gelangen. Dort ist z.B. in den FIDIC Conditions of Contract for Construction (1999) Klausel 4.4 geregelt: "The Contractor shall not subcontract the whole of the Works. […]".

[95] Siehe hierzu *Graf von Westphalen*, BB 1971, S. 1128.

regelmäßig ein Eigenfertigungsanteil an der Bauleistung, sehr häufig die Erstellung des Rohbaus. Im Industrieanlagenbau schwankt dieser Anteil erfahrungsgemäß zwischen 10 und 60%.[96] Im Bereich des Industrieanlagengeschäfts ergeben sich aber auch hier oftmals Besonderheiten, da bereits die Planungs- und Koordinierungsarbeiten bei Großanlagen von so wesentlicher Bedeutung sind, dass sie den Leistungsanteil des Generalunternehmers abdecken und sämtliche Bauleistungen durch Subunternehmer erbracht werden.[97] Insofern ist im Bereich des Industrieanlagenbaus zumindest eine gewisse inhaltliche Kongruenz von Generalüber- und Generalunternehmerschaft gegeben.

Die Vor- und Nachteile der Generalunternehmerschaft liegen auf der Hand. Der Hauptvorteil für den Auftraggeber ist die zentralisierte Verantwortlichkeit bei einem einzigen Vertragspartner. Durch die Vergabe sämtlicher Leistungen an einen Unternehmer kann er sich auf einheitliche Gewährleistungsregelungen berufen. Durch die zentralisierte Koordinierung des Gesamtprojekts kann er darüber hinaus das Schnittstellenrisiko auf den Generalunternehmer überwälzen und durch die einheitliche Koordinierung auf eine verkürzte Bauzeit hoffen. Demgegenüber ist ihm in aller Regel ein Durchgriff auf die Subunternehmer des Generalunternehmers nicht möglich, und somit die für eventuelle Gewährleistungsansprüche zur Verfügung stehende Haftungsmasse auf das Vermögen des Generalunternehmers begrenzt. Dem Generalunternehmer selber ermöglicht diese Unternehmereinsatzform ein hohes Maß an Flexibilität. Er kann seinen Eigenleistungsanteil weitestgehend selbst bestimmen und hat größere Spielräume hinsichtlich der technischen und wirtschaftlichen Realisierung des Gesamtprojektes. Demgegenüber haftet er dem Auftraggeber für die Leistungen seiner Subunternehmer und hat das gesamte Schnittstellenrisiko zu tragen, sofern es ihm nicht gelingt, einzelne Risikobereiche auf seine Subunternehmer überzuwälzen.[98]

2. Das Verhältnis des Generalunternehmers zu den anderen Beteiligten

Daraus folgt, dass sich der Generalunternehmer mehreren anderen Beteiligten an einem Anlagenprojekt gegenübersieht. Im wesentlichen sind dies der Auftraggeber, gegenüber dem er zur Erstellung der Gesamtanlage verpflichtet ist, und der Subunternehmer, den er selbständig zur Erbringung einzelner Teilleistungen verpflichtet.

---

[96] *Pause*, in: *Nicklisch*, Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträge im In- und Auslandsgeschäft, S. 143.

[97] *Hautkappe*, S. 41.

[98] *Hautkappe*, S. 94 f.

a. Die Bedeutung des Subunternehmereinsatzes

Wie bereits erwähnt, ist die Verpflichtung von Subunternehmern beim Einsatz eines Generalunternehmers eine regelmäßige Erscheinung. Sie ist zwar bei nahezu allen Projekten zu beobachten, ist aber keineswegs selbstverständlich. Wesen des Generalunternehmer- bzw. Hauptvertrages zwischen dem Auftraggeber und dem Generalunternehmer ist es zunächst einmal, dass der Generalunternehmer die zur Erstellung der Anlage erforderlichen Arbeiten in ihrer Gesamtheit übernimmt. Die weitere Einschaltung von Subunternehmern ist zwar im Falle des Generalunternehmers begrifflich vorausgesetzt.[99] Es existiert aber grundsätzlich keine rechtliche Verpflichtung zur Weitervergabe von Arbeiten an Dritte[100], so dass der Generalunternehmer in den meisten Fällen auch als Totalunternehmer tätig werden könnte. Dass dies insbesondere im internationalen industriellen Großanlagenbau zu erheblichen Problemen führen würde, ist bereits deutlich gemacht worden.[101]

Dementsprechend spielt der Einsatz von Subunternehmern bei der Durchführung internationaler Bauprojekte eine wichtige Rolle. Er basiert auf den verschiedensten Erwägungen und kann sowohl für den Auftraggeber als auch für den Generalunternehmer von Vorteil sein. Da die Einschaltung von Subunternehmern kein vereinzeltes Phänomen des Baugewerbes ist, sondern auch in vielen anderen, zumeist kreativen Wirtschaftsbereichen wie z.B. dem Software-Engineering[102] verstärkt zu beobachten ist, lassen sich zum einen generelle Beweggründe für den Einsatz der Subunternehmer finden, die für alle Wirtschaftsbereiche gelten. Daneben existieren weitere Beweggründe, die für den Einsatz von Subunternehmern im Baugewerbe sprechen und von einem bautypischen Hintergrund ausgehen.

Zu den generellen Gründen, Subunternehmer im Rahmen einer Projektverwirklichung einzusetzen, zählen Erwägungen, wie die gewachsene Komplexität vieler Projekte, welche immer höhere Anforderungen an diversifizierte Fachkenntnisse der Beteiligten stellt.[103]

---

[99] Siehe oben unter 1.

[100] Die VOB/B geht in § 4 Nr. 8 Abs.1 S. 1 sogar zunächst grundsätzlich davon aus, dass die Bauleistung ohne Einsatz von Subunternehmern geschuldet wird. Im Gegensatz zum reinen Werkvertrag nach dem BGB, bei dem die Anwendbarkeit von § 267 BGB deutlich macht, dass eine Leistungsbewirkung grundsätzlich auch durch Dritte erfolgen kann, ist der Einsatz von Subunternehmern beim VOB-Vertrag abhängig von der Zustimmung des Auftraggebers. Eine Ausnahme wird lediglich dann gemacht, wenn der Betrieb des Auftragnehmers für die Leistung oder Teile hiervon erkennbar nicht eingerichtet ist, vgl. *Englert / Grauvogl / Maurer*, S. 171 Rdnr. 167. Soweit der Auftragnehmer beim VOB-Vertrag dennoch die Weitergabe bestimmter Leistungsteile an Subunternehmer wünscht, hat er dies dem Auftraggeber schriftlich mitzuteilen, § 4 Nr. 8 Abs. 1 S. 2 VOB/B.

[101] Siehe oben unter I.

[102] Siehe hierzu beispielsweise *Redeker*, CR 1999, S. 137 ff.

[103] *González* / *Arruñada* / *Fernández*, Causes of Subcontracting, S. 7 f.

Hieraus ergibt sich bei vielen Unternehmen die Notwendigkeit, durch internes Wachstum diesen Bedarf an Fachkräften dauerhaft zu decken, oder im Gegenzug den jeweiligen Anforderungen über die Einschaltung von Subunternehmern zu entsprechen. Weitere Gründe lassen sich in der schwindenden Attraktivität dauerhafter Beschäftigung finden. Zum einen üben Gewerkschaften einen immer stärkeren Druck auf Arbeitgeber aus, vorübergehend Beschäftigte dauerhaft in den Betrieb einzubinden, so dass man von vornherein einer Einbindung durch die Einschaltung von Subunternehmern und freien Mitarbeitern entgegenwirkt. Daneben sind die Kosten dauerhafter Beschäftigung stetig gestiegen. Dies gilt neben den direkten Lohnkosten insbesondere für Ausgaben hinsichtlich Altersvorsorge, Fortbildungsmaßnahmen oder die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall.[104]

Einer der gewichtigsten Gründe dürfte in der Verteilung der projektimmanenten Risiken liegen. Während der Totalunternehmer einen großen Teil der Risiken alleine zu tragen hätte, könnte der Generalunternehmer durch den Einsatz von Subunternehmern versuchen, einen Teil seiner Risiken auf diese zu übertragen, oder zumindest eine Partizipation des jeweiligen Subunternehmers an einzelnen Risiken zu erreichen. Dies wird, wie im Rahmen dieser Arbeit gezeigt werden wird, insbesondere im bedeutsamen Bereich des Insolvenzrisikos des Auftraggebers mit der Verwendung bedingender Zahlungsklauseln seitens des Generalunternehmers versucht.

Neben diesen generellen Beweggründen zum Einsatz von Subunternehmern finden sich Erwägungen, denen spezielle Bedingungen des Baugewerbes zugrunde liegen. Keines der Kriterien wird bei der Entscheidung, Subunternehmer einzusetzen, wirklich direkt vom Generalunternehmer bedacht werden. Vielmehr wird der Generalunternehmer mit seiner Entscheidung lediglich Tendenzen und Zwängen im Baugewerbe in angemessener Weise Rechnung tragen, so dass das stetig steigende Vorherrschen der Subunternehmerschaft im Baugewerbe lediglich eines der Symptome der unten genannten Phänomene ist.

In erster Linie ist im Rahmen des Anlagenbaus erneut darauf hinzuweisen, dass die zu verwirklichenden Anlagen in den meisten Fällen Gegenstand hochspezialisierter Technik

---

[104] Im Bereich der reinen Arbeitskräfte am Bau bewirken diese hohen Kosten daneben auch eine immer stärkere Einbindung ausländischer Arbeitskräfte, da deutsche Arbeitnehmer nach Tariflohn zu vergüten sind, ausländische Arbeitnehmer hingegen nach Mindestlohn vergütet werden können, woraus sich eine Ersparnis für den Generalunternehmer von ca. 25% hinsichtlich des Lohnkostenanteils ergibt. Daher überrascht es nicht, dass beispielsweise im Zusammenhang mit den im Zuge der Rückführung russischer Soldaten vereinbarten Baumaßnahmen ca. 60% der Ausschreibungen an ausländische Baufirmen vergeben wurden, vgl. *Markowsky*, S. 284; besonders kritisch *Pause*, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, S. 143.

sind. Der Bau einzelner Teile einer solchen Anlage erfordert regelmäßig einen hohen Grad an Fachwissen und Spezialisierung der Beteiligten. Die zunehmende technische Komplexität vieler moderner Anlagen ist daher nicht selten ein direktes Ergebnis der zunehmenden Spezialisierung und des gewachsenen Know-hows der Mitwirkenden.[105] Je spezieller die Anforderungen an die Technik einer Anlage sind, desto schwieriger wird es aber für einen Generalunternehmer, diese Spezialisierung durch eigene Arbeitskräfte abzudecken. Die Erstellung unterschiedlicher Anlagen erfordert eine unterschiedliche Kombination an Fähigkeiten der Beteiligten, die auf Dauer nur schwer durch ein einzelnes Unternehmen bereitzustellen ist. Vielfach wird für bestimmte Fertigungsverfahren oder Einzelteile weltweit nur eine handvoll Unternehmen existieren, die diese Anforderungen erfüllen könnten. Hierbei handelt es sich jedoch in den meisten Fällen um relativ kleine Unternehmen, die auf die Erbringung dieser einen hochspezialisierten Leistung beschränkt sind. Demgegenüber ist als Generalunternehmer typischerweise ein Unternehmen tätig, das organisatorisch in der Lage ist, eine Vielzahl unterschiedlicher Anlagen zu erstellen. Um hierbei nicht auf einen bestimmten Anlagentyp begrenzt zu sein, bietet es sich für einen Generalunternehmer daher sowohl organisatorisch als auch aus finanziellen Erwägungen an, spezielle Leistungen durch Dritte im Rahmen der Subunternehmerschaft erbringen zu lassen.

Verstärkt wird diese Tendenz dadurch, dass es sich beim Anlagenbau vielfach primär um einen Prozess des Zusammenbauens spezieller Bestandteile handelt. Im oben angeführten Beispiel der Hibernia-Plattform wurden beispielsweise die *Topsides* an unterschiedlichen Fertigungsstandorten weltweit gefertigt und anschließend vor Ort montiert. Das Zusammenfügen der abgeschlossenen Einzelteile ist regelmäßig eine Arbeit, die der Generalunternehmer mit dem Team vor Ort übernehmen kann. Der Bau der Einzelteile ist jedoch typischerweise eine Aufgabe für dezentralisierte Spezialisten, die als Subunternehmer verpflichtet werden.

Ein weiteres Kriterium ist die gestiegene Internationalität des Anlagenbaus. Da es sich beim Anlagenbau vielfach um Infrastrukturprojekte handelt, werden diese insbesondere dort erbracht, wo Infrastrukturdefizite existieren. Das ist zu einem großen Teil in Entwicklungs- und Schwellenländern der Fall. Solche Bauprojekte sind insbesondere dadurch gekennzeichnet, dass sie geographisch zersplittert sind, d.h. dass – ähnlich wie im Fall der Hibernia – bestimmte Leistungen an einem Ort und weitere Leistungen an einem zweiten Ort erbracht werden. Diese geographische Zersplitterung erfordert eine hohe Mobilität der Beteiligten, die zwangsläufig mit erheblichen Kosten verbunden ist. Daneben geht sie oftmals

[105] *Murdoch* / *Hughes*, Construction Contracts, S. 283.

einher mit klimatischen Bedingungen, die die Arbeit der Beteiligten erschweren. Tropische Verhältnisse an der Baustelle vor Ort werden typischerweise einen europäischen Arbeiter stärker belasten als einen lokalen Subunternehmer. Starke Regenfälle in der Regenzeit können möglicherweise besser durch Unternehmer gehandhabt werden, die mit diesen widrigen Bedingungen langjährige Erfahrungen haben, usw. Darüber hinaus sind möglicherweise langwierige Verwaltungsverfahren im Hinblick auf die Erteilung von Arbeits- und Aufenthaltserlaubnissen und gesteigerte medizinische Betreuung in diesen Ländern kostensteigernd, so dass es auch hier möglicherweise wirtschaftlich sinnvoll oder geboten ist, lokale Subunternehmer einzusetzen. Verstärkt wird diese Tendenz durch die Erfordernisse der Gesetzgeber einiger Länder, wonach für bestimmte Arbeiten zum Schutz und zur Belebung der eigenen Wirtschaft der Einsatz lokaler Subunternehmer gesetzlich vorgeschrieben ist.

All diese Kriterien sind für sich allein betrachtet nicht ausreichend, um die Vorherrschaft des Subunternehmereinsatzes gegenüber anderen Unternehmereinsatzformen im Baugewerbe hinreichend zu erklären. In ihrer Gesamtheit geben sie allerdings ein Bild ab, das die Bedeutung des Subunternehmereinsatzes im internationalen Industrieanlagenbau verdeutlicht und bereits auf bestimmte Vor- und Nachteile dieser Unternehmereinsatzform hinweist.

b. Die „Zwei-Fronten-Stellung“ des Generalunternehmers

Ebenso wie beim Hauptvertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Generalunternehmer – dem eigentlichen Anlagenvertrag – geht das deutsche Recht beim Subunternehmervertrag grundsätzlich von einem punktuellen Austauschvertrag aus. Produkt dieses Denkansatzes ist die sogenannte Trennungsthese, nach der sowohl Hauptvertrag als auch Subunternehmervertrag jeweils einen separaten eigenständigen Werkvertrag darstellen, mithin also im Beziehungsgeflecht von Auftraggeber, Generalunternehmer und Subunternehmer zwei isolierte Verträge existieren, die zumindest dem Grundsatz nach gänzlich unabhängig voneinander betrachtet werden.

Inwieweit diese strikte Trennung sachgerecht ist, lässt sich zumindest in Zweifel ziehen. Realität des Industrieanlagenbaus ist es, dass die Beziehungen zwischen Auftraggeber, Generalunternehmer und Subunternehmern ein vertragliches Netzwerk bilden, das letztendlich auf die Realisierung des Gesamtprojektes gerichtet ist.[106] Die einzelnen Leistungen bauen so aufeinander auf, dass die Summe der Einzelleistungen zu dem geplanten Gesamtwerk erwächst. Dementsprechend ist es geradezu unvermeidlich, dass Ereignisse, die eine bestimmte Leistung betreffen, faktische Auswirkungen auf andere Leistungen haben. Dies kann zum einen im Verhältnis der einzelnen Subunternehmerverträge zueinander

[106] *Nicklisch*, NJW 1985, S. 2363.

zutreffen. Setzt beispielsweise die Erstellung des Rohbaus eines Gebäudes durch einen Subunternehmer die vorherige Fertigstellung des Fundamentes durch einen anderen Subunternehmer voraus, ist es unvermeidlich, dass sich Verzögerungen oder Schlechtleistungen bei der Fundamentlegung zumindest faktisch auf die Leistungserbringung des Rohbausubunternehmers auswirken. Daneben sind diese Zusammenhänge auch im Verhältnis von Hauptvertrag und Subunternehmervertrag zu beobachten. Ist es beispielsweise eine Pflicht des Auftraggebers aus dem Hauptvertrag, eine Baugenehmigung für die geplante Anlage zu erlangen, so wirken sich Verzögerungen diesbezüglich unweigerlich auf die nachgeschalteten Bauleistungen der Subunternehmer und des Generalunternehmers aus. Insofern hat *Nicklisch* bereits frühzeitig angemerkt, dass die strikte rechtliche Trennung der einzelnen Verträge trotz faktischer Verknüpfung nicht in jedem Fall sachgerecht sein kann und auch häufig nicht dem Willen der Parteien entspricht.[107]

Nichtsdestotrotz wird grundsätzlich von einer rechtlich getrennten Betrachtung der beiden Vertragsverhältnisse ausgegangen.[108] Daraus ergibt sich zunächst, dass der Subunternehmer in keinerlei rechtlicher Beziehung zum Auftraggeber des Projektes steht, da dieser vertragliche Beziehungen lediglich zum Generalunternehmer unterhält.[109] Art. 7.5 der Allgemeinen Bedingungen für die Ausführung der vom Europäischen Entwicklungsfonds (EEF) finanzierten öffentlichen Bauaufträge[110] bestimmt beispielsweise explizit:

> „Vorbehaltlich des Artikels 52 werden zwischen dem Auftraggeber und den Nachunternehmern keine vertraglichen Beziehungen hergestellt."

Eine Ausnahme wird ausschließlich in dem angesprochenen Art. 52 gemacht, wonach direkte Zahlungen des Auftraggebers an den Subunternehmer unter bestimmten, eng

---

[107] *Nicklisch*, NJW 1985, S. 2363; *Nicklisch* weist diesbezüglich besonders darauf hin, dass es sich im Hinblick auf die faktische Verknüpfung und die rechtliche Trennung der Vertragsverhältnisse nicht um zwei gegensätzliche Konzeptionen handelt, sondern dass in der Vertragswirklichkeit hier eher eine Skala von Verzahnungen der Vertragsbeziehungen in unterschiedlicher Intensität zu beobachten ist.

[108] vgl. hierzu *Kniffka*, ZfBR 1992, S. 8.

[109] Siehe beispielsweise VHB 2000, Richtlinie zu § 8a VOB/A Nr. 3.1.

[110] Anhang II zum Beschluss des Rates vom 16. Dezember 1991 zur Festlegung der Allgemeinen Vorschriften, Allgemeinen Bedingungen sowie der Schlichtungs- und Schiedsordnung für die aus dem Europäischen Entwicklungsfonds (EEF) finanzierten Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge betreffend ihre Anwendung in der Assoziation der überseeischen Länder und Gebiete mit der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 92/97/EWG, ABlEG L 040/01 vom 15.02.1992.

begrenzten Voraussetzungen möglich sind, sofern der Generalunternehmer dieser Verpflichtung nicht nachkommt.[111]

Eine ähnliche Regelung findet sich in den FIDIC Conditions of Subcontract for Works of Civil Engineering Construction (1987), die leider im Zuge der Neugestaltung der Standardbedingungen für Hauptverträge im Jahre 1999 bisher nicht überarbeitet wurden, und sich daher im wesentlichen immer noch auf die nunmehr obsoleten FIDIC Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction (1987) beziehen. In Art. 4.1 des Subunternehmerstandardvertrages wird dem Generalunternehmer die Pflicht auferlegt, dem Subunternehmer den Hauptvertrag mit dem Auftraggeber (mit Ausnahme der vertraulichen Preisgestaltung) zugänglich zu machen und ihm auf Verlangen eine Kopie desselben auszuhändigen. Darüber hinaus bestimmt Art. 4.3 der FIDIC Conditions of Subcontract (1987):

> „Nothing herein shall be construed as creating any privity of contract between the Subcontractor and the Employer."

Aus der grundsätzlichen Trennung der Vertragsverhältnisse ergibt sich des weiteren, dass der Generalunternehmer eine Doppelfunktion im Gesamtgefüge einnimmt, die praxisnah auch als „Zwei-Fronten-Stellung" bezeichnet wird.[112] Während er gegenüber dem Auftraggeber die Rolle des Auftragnehmers einnimmt, tritt er gegenüber den Subunternehmern, denen er Leistungsteile des Gesamtprojektes überträgt, seinerseits als Auftraggeber auf. Wegen der rechtlichen Trennung können sich für den Generalunternehmer besondere Risiken ergeben, sofern die beiden Rechtsverhältnisse unterschiedlich ausgestaltet sind. Besonders deutlich wird dies im Hinblick auf den Lauf der Gewährleistungsfristen. Da die Durchführung des Gesamtprojektes im Industrieanlagenbau nicht selten mehrere Jahre beträgt, kann es vorkommen, dass die Gewährleistungshaftung eines Subunternehmers für frühzeitig erbrachte Leistungen bereits verjährt ist, während der Generalunternehmer dem Auftraggeber gegenüber noch entsprechenden Mängelgewährleistungsansprüchen ausgesetzt ist.[113] Ein

---

[111] Eine ähnliche Regelung findet sich in § 16 Nr. 6 VOB/B, der eine direkte Zahlung des Auftraggebers an Subunternehmer erlaubt, sofern der Generalunternehmer in Zahlungsverzug geraten ist. Während die Regelung in Art. 52 der EEF-Bedingungen eine entsprechende Anspruchstellung des Subunternehmers voraussetzt, ist die Regelung in § 16 Nr. 6 VOB/B jedoch lediglich als Recht des Auftraggebers, nicht aber des Subunternehmers zu verstehen.

[112] *Weyers*, AcP 182 (1982), S. 71; *Vetter*, RIW 1986, S. 82; *Nicklisch*, in: *Nicklisch* (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, S. 50.

[113] *Vetter*, RIW 1986, S. 83 mit weiteren Beispielen.

anschauliches Beispiel bietet der Fall *Smith & Montgomery v. Johnson Bros*.[114] In diesem Fall sollte ein Subunternehmervertrag über Tunnelbauarbeiten im Einklang mit den im Hauptvertrag niedergelegten Spezifikationen ausgeführt werden. Nach einer Klausel des Hauptvertrages hatte der Ingenieur das Recht, einen Baustopp zu verfügen, in welchem Fall der Generalunternehmer das Recht auf eine Fristverlängerung, nicht jedoch ein Recht auf Schadensersatz hatte. Unter Berufung auf diese Klausel ordnete der Ingenieur dem Generalunternehmer gegenüber eine Unterbrechung der Tunnelarbeiten an. Dies wurde vom Generalunternehmer an den betroffenen Subunternehmer weitergeleitet, der anschließend Schadensersatz vom Generalunternehmer wegen Verletzung des Subunternehmervertrages forderte. Das Gericht sprach dem Subunternehmer den verlangten Schadenersatz zu, da der Subunternehmervertrag weder eine der Regelung des Hauptvertrages entsprechende Klausel enthielt, noch die entsprechende Regelung des Hauptvertrages durch Einbeziehung desselben Bestandteil des Subunternehmervertrages geworden war.

Zur Minderung dieses Risikos wären hier zugunsten des Generalunternehmers vertragliche Regelungen notwendig, die entweder Teilabnahmen des Auftraggebers vorsehen, so dass die Verjährungswirkung auch zugunsten des Generalunternehmers eintreten würde, oder auf eine Gewährleistungsfristverlängerung zu Lasten des Subunternehmers im Hinblick auf die Durchführung des Gesamtprojektes abzielen.

Der Generalunternehmer wird also bestrebt sein, eine rechtliche Koordinierung und Synchronisation seiner Vertragsverhältnisse zu erreichen, um seine Risiken weitestgehend zu minimieren und eine vertragsgemäße Erfüllung zu sichern.[115] Wie bereits im oben erwähnten Fall *Smith & Montgomery v. Johnson Bros.* kurz dargestellt, wird dies in der Praxis durch mehrere Ansätze verfolgt. Zum einen ist es denkbar, den Hauptvertrag mit dem Auftraggeber pauschal in den Subunternehmervertrag einzubeziehen. In diesen Fällen werden die Regelungen des Subunternehmervertrages weitestgehend auf die besonderen Erfordernisse an die entsprechende Subunternehmerleistung beschränkt. Im übrigen wird auf die Regelungen des Hauptvertrages verwiesen, der dem Subunternehmervertrag als Anlage beigefügt wird.[116] Im Rahmen des internationalen Industrieanlagenbaus finden sich Beispiele für solche „*back-to-back-conditions*“ oder „*flow-through-clauses*“[117] insbesondere im amerikanischen Recht,

---

[114] [1954] 1 DLR 392; dargestellt bei *Murdoch / Hughes*, Construction Contracts, S. 286 f.

[115] *Kniffka*, in: *Deutsche Gesellschaft für Baurecht e.V.* (Hrsg.), Seminar ARGE / Generalunternehmer / Subunternehmer, S. 60.

[116] *Vetter*, RIW 1986, S. 83.

[117] Siehe hierzu ausführlich *Sweet*, Section 28.04, S. 556.

z.B. in Art. 2.1 des AIA Standard Form of Agreement Between Contractor and Subcontractor[118], wo es heißt:

> „Subcontractor shall assume toward the Contractor all obligations and responsibilities which the Contractor, under the Prime Contract, assumes toward the Owner and Architect.“[119]

Gerade im Hinblick auf die beabsichtigte Risikominderung seitens des Generalunternehmers ist dieser Weg wenig empfehlenswert, da ein pauschaler Verweis auf die Regelungen des Hauptvertrages wenig konkretisiert ist und daher einer gewissen Auslegungsfreiheit unterliegt. Während technische Probleme auf diese Weise noch weitgehend durch den Verweis auf die technischen Spezifikationen des Hauptvertrages bewältigt werden können, kommt es regelmäßig zu Auslegungsproblemen hinsichtlich der Pflichtenverteilung und Kostenlast bei Änderungen und den hiermit zusammenhängenden Vergütungsansprüchen für erforderliche Mehrleistungen.[120] Der Trend zum pauschalen Verweis auf den Hauptvertrag scheint angesichts dieser Unwägbarkeiten daher in letzter Zeit abgenommen zu haben. Während beispielsweise die FIDIC Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction (Red Book 1987) in Klausel 59.2 noch eine Regelung enthielten, die eine spiegelbildliche und lückenlose Durchstellung der Verpflichtungen des Generalunternehmers gegenüber dem Auftraggeber an den Subunternehmer erforderten, ist in der 1999 erschienenen Neuauflage der FIDIC Conditions of Contract for Construction keine entsprechende Regelung mehr vorhanden.[121]

c. Die Benennung bestimmter Subunternehmer

Eine teilweise Durchbrechung dieser grundsätzlichen Unabhängigkeit der Vertragsverhältnisse zwischen Auftraggeber und Generalunternehmer auf der einen und Generalunternehmer und Subunternehmer auf der anderen Seite wird durch das Institut des sogenannten „benannten“ Subunternehmers erreicht, welches eine lange Tradition im englischen Recht hat und über die entsprechenden, an das englische Rechtssystem

---

[118] AIA Document 401 (1987).

[119] Zu der Verwendung von *flow-through-clauses* und anderen gebräuchlichen Klauseln zur Risikoverteilung zwischen Generalunternehmer und Subunternehmer im amerikanischen Recht siehe insbesondere *Sessler*, The Construction Lawyer, November 1992, S. 31 sowie *Sweet*, Section 28.04, S. 556.

[120] *Vetter*, RIW 1986, S. 83.

[121] vgl. Art. 59.2 FIDIC Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction (1987) und die neuen FIDIC Conditions of Contract for Construction (1999), abgedruckt z.B. in *Nicklisch* / *Weick*, VOB, Anhang 2. Eine sehr umfassende Darstellung der neuen Standardverträge von 1999 findet sich darüber hinaus in *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standard-bedingungen.

angelehnten Standardbedingungen, wie z.B. die oben erwähnten FIDIC-Bedingungen, gerade im internationalen Industrieanlagenbau Bedeutung erlangt.

Die Tatsache, dass der Generalunternehmer Teile seiner geschuldeten Arbeiten an Subunternehmer weitergeben kann, ist zwar – wie oben erläutert wurde – begrifflich vorausgesetzt, aber faktisch keineswegs selbstverständlich. Zwar fehlt dem deutschen Werkvertragsrecht eine dem § 613 BGB entsprechende Regelung, wonach die Leistung eines Dienstvertrages im Zweifel vom Schuldner in Person zu erbringen ist. Der Gläubiger hat aber möglicherweise ein bestimmtes Interesse daran, dass die Leistung, die er sucht, von dem ausgewählten Schuldner und nicht von einer ihm möglicherweise gänzlich unbekannten dritten Person erbracht wird. Möglichkeiten zur nachträglichen Hinzuziehung dritter Personen bietet das deutsche Recht beispielsweise in der befreienden Schuldübernahme nach § 414 BGB oder in der Schuldersetzung (Novation). Im letzteren Fall ist ein Vertrag nach § 305 BGB zwischen den Parteien mit der Maßgabe notwendig, dass die Aufhebung eines Schuldverhältnisses dergestalt mit der Begründung eines neuen Schuldverhältnisses verbunden wird, dass das neue Schuldverhältnis an die Stelle des alten tritt.[122] In beiden Fällen ist jedoch eine Mitwirkung des Gläubigers notwendig, sei es, dass er – wie im Falle des § 414 BGB – selber Vertragspartei ist, sei es, dass – wie im Fall des § 415 BGB – die Wirksamkeit des Vertrages von seiner Genehmigung abhängt.

aa. Die Benennung von Subunternehmern durch den Auftraggeber

Eine ähnliche Konstellation liegt der Benennung von Subunternehmern zugrunde. Hierbei wird dem Auftraggeber – ungeachtet der Trennung der beiden Vertragsverhältnisse, wie sie oben dargestellt wurde – das Recht eingeräumt, selber bestimmte Subunternehmer auszuwählen, die dann als benannte Subunternehmer oder „*nominated Subcontractors*“ bezeichnet werden. Gerade im Hinblick auf die hohen Anforderungen an die Spezialisierung der Subunternehmer soll die Einräumung dieses Rechts dem Auftraggeber ein gewisses Maß an Einflussnahme auf die Auswahl der Subunternehmer geben. Praktische Relevanz hat dieses Nominierungssystem insbesondere in Fällen, in denen die geplante Anlage des Auftraggebers auf der speziellen Technik eines bestimmten Unternehmens beruht. Relevant sind darüber hinaus die bereits oben erwähnten Fälle der Durchführung von Infrastrukturmaßnahmen in Entwicklungsländern, bei denen oftmals bestimmte lokale Subunternehmer aus primär regionalen wirtschaftspolitischen Gründen verpflichtet werden sollen. Ein direktes vertragliches Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem benannten Subunternehmer ist dabei nicht erforderlich, auch wenn in der Praxis – parallel zum Vertrag des Subunternehmers

[122] RG, RGZ 134, 155; RGZ 162, 245.

mit dem Generalunternehmer – häufig begleitende Abreden mit dem Auftraggeber existieren. Die Nominierung wird häufig bereits im Rahmen der Ausschreibung vorgenommen, so dass der Generalunternehmer bereits zu einem frühen Zeitpunkt weiß, welche Subunternehmer vom Auftraggeber gefordert bzw. vorgeschrieben werden und welche (Teil-)Leistungen sie erbringen sollen. Darüber hinaus wird regelmäßig dem Auftraggeber bzw. seinem Repräsentanten das Recht eingeräumt, im Rahmen von Änderungs- und Variationsverfahren weitere Subunternehmer nachträglich zu benennen.[123]

Die Probleme, die sich aus einer solchen Benennung ergeben, sind offensichtlich. Das Prinzip der vertraglichen Trennung von Hauptvertrag und Subunternehmervertrag wird im Hinblick auf die Auswahl der Vertragspartner des Generalunternehmers praktisch außer Kraft gesetzt. So hat beispielsweise der Generalunternehmer grundsätzlich für die Leistungen aller Subunternehmer zu haften, auch wenn er an der Auswahl der benannten Subunternehmer nur marginal oder überhaupt nicht beteiligt war. Demgegenüber hat der Auftraggeber die Auswahl des Subunternehmers getroffen, verfügt im Gegenzug aber über keinerlei Kontrolle hinsichtlich des Einsatzes und der Überwachung dieser Subunternehmer, da diese Kompetenzen ausschließlich vom Generalunternehmer wahrgenommen werden.[124] Demzufolge wird teilweise versucht, diese Diskrepanzen mittels vertraglicher Regelung abzubauen. So regelt Art. 5.2 der FIDIC Conditions of Contract for Construction (1999) z.B. ein Ablehnungsrecht des Generalunternehmers hinsichtlich eines vom Auftraggeber benannten Subunternehmers. Diese Ablehnung kann der Generalunternehmer jedoch nicht in jedem Fall, sondern nur bei begründeten Zweifeln an der Kompetenz, Finanzkraft etc. des Subunternehmers aussprechen.

bb. Die Benennung von Subunternehmern durch den Generalunternehmer

Soweit der Auftraggeber von seinem Recht zur Benennung keinen Gebrauch macht, steht es dem Generalunternehmer frei, selber Subunternehmer zu benennen und Teile seiner geschuldeten Leistungen auf diese zu übertragen. Während die deutsche Terminologie keine eigenständige Bezeichnung für diese „normalen“ Subunternehmer kennt, spricht man im Englischen von sogenannten „*domestic Subcontractors*“.[125]

---

[123] vgl. beispielsweise Art. 5.1 (b) FIDIC Conditions of Contract for Construction (1999).

[124] Siehe *Wallace*, S. 317.

[125] Siehe beispielsweise *Murdoch* / *Hughes*, Construction Contracts, Ch.19.4, S. 287 ff; *Rosener*, Internationales Anlagengeschäft, in: Münchener Vertragshandbuch, Band 2, S. 365, verwendet in diesem Zusammenhang systemwidrig auch hier den Begriff „*nominated subcontractor*“, obgleich sowohl die alte Regelung des Art. 59.1, als auch die Neuregelung in Art. 5.1 der FIDIC Conditions deutlich macht, dass das dort beschriebene

Auch bei der Benennung von Subunternehmern durch den Generalunternehmer ist den Interessen der anderen Partei, hier also des Auftraggebers, vertraglich Rechnung zu tragen. Diese Interessen gehen möglicherweise nicht so weit, dass der Auftraggeber selber geeignete Subunternehmer benennen möchte. Möglicherweise strebt er jedoch zumindest ein gewisses Maß an Mitwirkung an, um sicherzustellen, dass die Auswahl der Subunternehmer durch den Generalunternehmer seinen Interessen nicht entgegensteht. Grundsätzlich hat der Auftraggeber wegen der Trennung der Vertragsverhältnisse keinerlei Kontakt zum Subunternehmer oder Einflussmöglichkeit auf dessen Auswahl. Es ist nicht einmal zwingend, dass er überhaupt Kenntnis vom Einsatz bestimmter Subunternehmer hat, da ihn allein das beim Generalunternehmer bestellte Endprodukt interessiert, während er die Planung und Durchführung allein dem Generalunternehmer überlässt. Es ist aber beispielsweise denkbar, dass ein Auftraggeber bereits früher mit einem bestimmten Subunternehmer zusammengearbeitet hat, sich im Rahmen dieser Zusammenarbeit jedoch Probleme hinsichtlich der Kompatibilität der Leistungen des Subunternehmers mit dem Produkt des Auftraggebers ergeben haben.[126] In aller Regel dürfte der Generalunternehmer zum Zeitpunkt der Benennung über eine solche frühere Zusammenarbeit und die mit ihr verbundenen Probleme nicht informiert sein. Daher ist es üblich, dem Auftraggeber auf vertraglicher Basis eine gewisse Beteiligung an der Auswahl und am Einsatz der Subunternehmer einzuräumen, indem die Übertragung von Leistungsteilen auf Subunternehmer von der schriftlichen Zustimmung des Auftraggebers abhängig gemacht wird.[127] Eine solche Regelung fand sich beispielsweise bis vor kurzem in Klausel 4.1 der FIDIC Conditions (1987), wo es heißt:

> „[…] Except as otherwise provided by the Contract, the Contractor shall not subcontract any part of the Works without the prior consent of the Engineer.
> […] Provided that the Contractor shall not be required to obtain such consent for:
> […] (c) the subcontracting of any part of the Works for which the Subcontractor is named in the Contract."

Die Neufassung der FIDIC Conditions hat diese grundsätzliche Regelung in abgewandelter Form übernommen. In Klausel 4.4 der FIDIC Conditions (1999) heißt es nunmehr:

---

nomination system allein für den Fall der Benennung durch den Auftraggeber oder dessen Repräsentanten gelten soll.

[126] Es wird im Bereich der Hochtechnologie, die häufig die Grundlage einer Industrieanlage bildet, oftmals einen erheblichen Unterschied machen, ob ein bestimmtes Teil – beispielweise die Steuerungsanlage für bestimmte Abläufe innerhalb der Anlage – in einem Billiglohnland mit geringem Technisierungsgrad oder in einem hochtechnisierten Industrieland gefertigt wird.

[127] vgl. insgesamt *Joussen*, § 3 Rdnr. 3 f.

"The Contractor shall not subcontract the whole of the Works.[…] Unless otherwised stated in the Particular Conditions

(a) the Contractor shall not be required to obtain consent to suppliers of Materials, or to a subcontract for which the Subcontractor is named in the Contract;

(b) the prior consent of the Engineer shall be obtained to other proposed Subcontractors;"

cc. Erstreckung der Benennung auf Zulieferer

Umstritten ist, inwiefern diese Prinzipien auch auf Zulieferer Anwendung finden. Schwierigkeiten ergeben sich hier insbesondere in der Abgrenzung von Subunternehmern und Zulieferern. Nach deutschem Recht könnte man möglicherweise eine Abgrenzung nach der Art des mit ihnen geschlossenen Vertrages treffen. Sofern der Tätigkeit des Unternehmers primär ein Kaufvertrag zugrunde liegt, wäre seine Leistung als die eines Zulieferers zu werten. Schuldet der Unternehmer aber kreative Tätigkeiten im Sinne eines Werkvertrages, so wäre er als Subunternehmer zu bezeichnen. Dies alles ist insofern unproblematisch, als die Zulieferung sich lediglich auf Standard- oder Serienteile bezieht. Problematisch wird es jedoch, wenn die Tätigkeit des Unternehmers Teile einer Werkleistung umfasst, wenn also beispielsweise ein Hersteller von bestimmten Serienteilen bereits in die Konzeptionierung der zu erstellenden Anlage einbezogen wird, um eine möglichst nahtlose Einbettung seiner Teile in die Gesamtanlage zu gewährleisten.

Probleme bereitet hier zunächst das Fehlen einer verbindlichen Definition des Subunternehmers. Im deutschen Recht findet sich weder im BGB noch in der VOB eine Legaldefinition. Die Richtlinien zu § 8a VOB/A beziehen sich lediglich auf das Fehlen eines Vertragsverhältnisses zum Auftraggeber.[128] Auch nach den FIDIC Bedingungen ist eine Definition des Subunternehmers problematisch, da Klausel 1.1.2.8 der FIDIC Conditions (1999) lediglich deutlich macht, dass es sich bei dem Subunternehmer um eine Person handelt, der lediglich ein Teil der Arbeiten übertragen wurde, sich seine übrigen ihn charakterisierenden Rechte und Pflichten jedoch aus einer Vielzahl von weiteren Klauseln ergeben.[129] In den USA sind die Versuche einer Definition des Subunternehmers bislang ebenfalls wenig ergiebig gewesen. In *Clifford F. MacEvoy Co. v. United States ex rel Calvin Tomkins Co*.[130] hat die Rechtsprechung den Subunternehmer als denjenigen bezeichnet, der vom Hauptunternehmer einen bestimmten Teil der Arbeits- oder Materialerfordernisse des Hauptvertrages übernimmt. Die gesonderte Erwähnung der Materialerfordernisse legt hier nahe, dass auch reine Zulieferer vom Begriff des Subunternehmers umfasst werden sollen.

---

[128] Siehe Fn. 87 f.

[129] Zur Problematik einer Definition des Subunternehmers vgl. auch *Bunni*, S. 237.

[130] 322 U.S. 102, 64 S.Ct. 890, 88 L.Ed. 1163 (U.S., 1944).

Deutlicher wird dies durch die Regelung in Chapter 770 Act 60 § 21 der Illinois Compiled Statutes, wo es heißt:

> „[...] every mechanic, worker or other person who shall furnish any materials, apparatus, machinery or fixtures, or furnish or perform services or labor for the contractor, or shall furnish any material to be employed in the process of construction as a means for assisting in the erection of the building or improvement in what is commonly termed form or form work where concrete, cement or like material is used in whole or in part, shall be known under this Act as a sub-contractor […]"[131]

Diese Definition steht im Kontext der Pfandrechtsgesetzgebung des Bundesstaates Illinois, wonach jedem Subunternehmer eines Bauprojektes ein Pfandrecht an der Bausache zusteht. Die Definition macht deutlich, dass zu diesem Zweck auch die reinen Zulieferer von Material als Subunternehmer behandelt werden. Zwar ist die Anwendung dieser weiten Definition auf den Illinois Mechanic's Lien Act beschränkt. Nichtsdestotrotz zeigen die beiden Beispiele, dass zumindest im amerikanischen Rechtskreis eine Tendenz zur Gleichbetrachtung und –behandlung von Subunternehmern und Zulieferern existiert.

Nach deutschem Recht werden Zulieferer und Subunternehmer hingegen grundsätzlich unterschiedlich behandelt. Die besondere Behandlung des Subunternehmers beruht nicht zuletzt auf dem wirtschaftlichen Verbund, den er zusammen mit dem Generalunternehmer bildet. Nach herrschender Meinung ist die Leistung des Generalunternehmers so eng mit der Leistung des Subunternehmers verbunden, dass letzterer als Erfüllungsgehilfe des Generalunternehmers zu behandeln ist, so dass der Generalunternehmer dem Auftraggeber für das Verschulden des Subunternehmers nach § 278 BGB haftet.[132] Demgegenüber wird eine Haftung des Generalunternehmers für Zulieferer nach § 278 in der Regel abgelehnt.[133] Analog zu der oben geschilderten Situation hinsichtlich der Auswahl des Subunternehmers besteht aus der Sicht des Auftraggebers – zumindest in hochspezialisierten Bereichen – möglicherweise dennoch ein Interesse, an der Auswahl geeigneter Zulieferer mitzuwirken, um beispielsweise qualitative Mindeststandards der verwendeten Materialien und Teile zu gewährleisten. Diesbezügliche vertragliche Regelungen sollten daher grundsätzlich zulässig sein.[134] Der Spielraum hierfür wird jedoch in aller Regel deutlich enger sein als bei der Auswahl von Subunternehmern, da die verbindliche Benennung reiner Zulieferer durch den Auftraggeber weitaus stärker in die Dispositionsfreiheit des Generalunternehmers eingreift.[135]

---

[131] vgl. 770 Ill. Comp. Stat. 60/21 (West 2001).

[132] BGHZ, 66, 43.

[133] vgl. BGH, NJW 1978, S. 1157.

[134] So wohl auch *Joussen*, § 3 Rdnr. 8.

[135] Vgl, zum ganzen *Joussen*, S. 115 ff.

B. Die Vergütungssystematik des deutschen Werkvertragsrechts

Beim Subunternehmervertrag handelt es sich um eine spezielle Form des Bauvertrages.[136] Im Gegensatz beispielsweise zum französischen Recht[137] kennt das deutsche Recht jedoch keine speziellen gesetzlichen Regelungen eines solchen Vertrages. Im Rahmen des Anlagenbaus wird daher der Subunternehmervertrag ebenso wie der zugrundeliegende Hauptvertrag grundsätzlich dem Werkvertragsrecht zugeordnet.[138] Soweit die zu erbringende Subunternehmerleistung in einer Bauleistung des Subunternehmers auf dem Grundstück des Auftraggebers besteht, ist der Vertrag als reiner Werkvertrag zu qualifizieren. Da gerade im Anlagenbau jedoch Subunternehmer häufig wegen ihrer Spezialfertigkeiten eingesetzt werden, dürfte die zu erbringende Leistung nicht selten in einer Spezialanfertigung einer baulichen Teilanlage bestehen, die dezentral konzipiert und gebaut und anschließend nur noch auf dem eigentlich Bau montiert wird. Insofern kommt als Qualifizierung des Subunternehmervertrages auch der Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache in Betracht, auf den gem. § 651 S. 3 BGB zumindest teilweise Werkvertragsrecht anzuwenden ist. Hier ist im Einzelfall zu entscheiden, inwiefern die Anfertigung der Teilanlage noch als bewegliche Sache angesehen werden kann, so dass im Zweifel wegen der überwiegenden Bauleistung ein Werkvertrag anzunehmen sein wird.

Das Werkvertragsrecht hat in jüngster Vergangenheit durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und – gerade im Hinblick auf die Vergütungsproblematik – durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen wesentliche Änderungen und Ergänzungen erfahren. Bei einer solchen werkvertraglichen Betrachtung wird zwar der Generalunternehmer im Verhältnis zum Subunternehmer nicht zum Bauherren[139], aber zum Auftraggeber oder – in der Terminologie des BGB – zum Besteller. Zusätzliche Vergütungsregelungen ergeben sich daneben im Rahmen des deutschen Rechts aus der Anwendung der VOB/B[140].

I. Das Vergütungssystem des BGB

Das deutsche Werkvertragsrecht folgt zunächst der Idee des punktuellen Austauschvertrages.[141] Gem. § 631 BGB ist der Besteller oder Auftraggeber verpflichtet, dem

---

[136] *Ramming*, BB 1994, S. 518.

[137] Siehe hierzu z.B. *Schlechtriem* / *Neufang*, ZfBR 1987, 55 ff.

[138] *Palandt / Sprau*, BGB, § 631 Rdnr. 9 ff.; *Staudinger / Peters* (2000), BGB, § 631 Rdnr. 31 ff.

[139] BGH, BauR 1978, 220; NJW 1978, 1054.

[140] Soweit in der Folge §§ der VOB/B genannt werden, beziehen sich diese auf die VOB 2000 in der Neufassung vom 30.05.2000.

[141] *Nicklisch*, NJW 1985, S. 2363.

Werkunternehmer für die erbrachten Werkleistungen die vereinbarte Vergütung zu zahlen. Hieraus ergeben sich für den Werkunternehmer zwei Voraussetzungen, die er seinerseits zu erfüllen hat, bevor er die Vergütung beanspruchen kann.

1. Entstehung des Werklohnanspruchs

Zum einen muss der Werklohnanspruch des Werkunternehmers entstanden sein, d.h. der Unternehmer muss die vereinbarte Werkleistung für eine bestimmte Vergütung erbracht haben. Welche Vergütung letztlich geschuldet ist, richtet sich nach der Vereinbarung der Parteien. § 632 BGB enthält zwar eine Zweifelsregelung, wonach eine Vergütung auch stillschweigend vereinbart ist, wenn die Leistung den Umständen nach nur gegen eine solche zu erwarten war. Die Anwendung dieser Vorschrift dürfte aber der absolute Ausnahmefall sein und tritt gerade im Industrieanlagenbau so gut wie nie auf. Die Höhe der Vergütung bestimmt sich in aller Regel nach der Leistungsbeschreibung des Leistungsverzeichnisses. Erhebliche Rechtsunsicherheit entsteht daher dann, wenn dieses Verzeichnis unvollständig oder auslegungsbedürftig ist und somit bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung vertragliche Konfliktpunkte geschaffen werden. Daneben bereiten insbesondere Mehr- oder Minderleistungen, Leistungsänderungen oder die Erforderlichkeit zusätzlicher Leistungen im Verlaufe der Bauabwicklung nicht unerhebliche rechtliche Probleme zwischen den Parteien.

Auch wenn das BGB keine speziellen Vertragstypen nennt, wird der Preis – ebenso wie bei den Vertragstypen des VOB-Vertrages – üblicherweise als Einheitspreis (sog. remeasurement Vertrag), Pauschalpreis (sog. lump sum Vertrag) oder als Selbstkostenerstattungsbetrag (sog. cost-reimbursable Vertrag) geschuldet.[142] Jeder dieser Vertragstypen tritt in der Praxis in einer Vielzahl von Abwandlungen und Mischformen auf.

Als Grundtyp des Bauvertrages hat sich der Einheitspreisvertrag durchgesetzt, der für bestimmte technisch und wirtschaftlich zusammenhängende Teilleistungen Einheitspreise vorgibt. Grundlage ist in der Praxis regelmäßig das Leistungsverzeichnis, das durch den Architekten zur Vorbereitung der Vergabe erstellt wird[143], in dem die einzelnen Leistungstitel in einzelne Positionen gegliedert werden, die wiederum mit Mengenangaben, den sogenannten Vordersätzen, versehen werden. Die Vergabe erfolgt auf der Basis der so angebotenen Einheitspreise, während sich die Vergütung später anhand des Aufmasses berechnet.

---

[142] Siehe zu den einzelnen Vertragstypen auch *Werner* / *Pastor*, Rdnr. 1162 – 1217 mit vielfältigen weiteren Literaturangaben.

[143] vgl. § 15 HOAI Phase 6.

Daneben wächst im Rahmen der stetig steigenden Popularität schlüsselfertigen Bauens die Bedeutung des Pauschalpreisvertrages, bei dem von vornherein ein Gesamtpreis für die zu erbringenden Leistungen ermittelt wird, von welchem nur in bestimmten eng begrenzten Fällen, z.B. bei notwendigen Zusatzleistungen, abgewichen werden darf. Der Auftraggeber wird hier bestrebt sein, ein möglichst umfassend beschriebenes Leistungsbild zu erstellen, um diesen Möglichkeiten der Nachvergütung vorzubeugen.

2. Fälligkeit der Vergütung

Darüber hinaus muss die auf diese Weise entstandene Werklohnforderung fällig sein. Die Fälligkeit der Vergütung richtet sich mangels anderweitiger Vereinbarungen zwischen den Parteien ausschließlich nach § 641 BGB, wonach der Unternehmer seinen Werklohn nur nach Abnahme der Bauleistung fordern kann.[144] Bis zu diesem Zeitpunkt ist der Werkunternehmer gegenüber dem Auftraggeber vorleistungspflichtig.[145] Die Abnahme ist nach § 640 eine Hauptpflicht des Auftraggebers, die in der Entgegennahme der Werkleistung und ihrer Billigung als in der Hauptsache vertragsgerecht besteht.[146] Ihr kommt damit innerhalb des werkvertraglichen Leistungsgefüges der Parteien eine zentrale Rolle zu, da sich in ihr der Erfüllungsanspruch des Auftraggebers auf das abgenommene Werk konkretisiert. Insofern löst sie nicht nur den Gefahrübergang und den Lauf von Gewährleistungsfristen aus, sondern ist auch das zentrale Element der Fälligkeit der vereinbarten Vergütung.

Ähnlich weit gehen die Meinungen in Schrifttum und Rechtsprechung hinsichtlich des Erfordernisses einer Rechnungserteilung auseinander, die teilweise als Fälligkeitsvoraussetzung angesehen wird. Der Wortlaut des § 641 BGB fordert nur eine Abnahme, der Begriff der „Rechnung“ wird an keiner Stelle des Werkvertragsrechtes überhaupt erwähnt. Im Hinblick auf die Verjährungsvorschriften hat der BGH entschieden, dass die Erteilung einer Rechnung keine besondere Fälligkeitsvoraussetzung darstellt, sondern diese bereits mit der Abnahme des Werkes einsetzt.[147] Es ist daher davon auszugehen, dass

---

[144] Eine Ausnahme hat der BGH lediglich dann anerkannt, wenn der Auftraggeber seinerseits die Erfüllung grundlos ablehnt. In diesem Fall kann der Auftragnehmer seine Vergütung schon vor Fertigstellung und Abnahme fordern, vgl. BGH, NJW 1990, 3008, 3009.

[145] BGHZ 50, 175, 176 f.; abweichend *Staudinger / Peters* (2000), BGB, § 641 Rdnr. 3, der nur eine Vorleistungspflicht zur Herstellung, nicht aber zur Abnahme bejaht; ebenso *Soergel / Teichmann*, BGB, § 641 Rdnr. 1.

[146] *Kaiser*, ZfBR 1985, S. 59; *Jacobs*, AcP 183 (1983), S. 145 ff.

[147] BGH, BauR 1981, 199.

diese Sichtweise auch für die Fälligkeit im Sinne des § 641 BGB gilt. Diese Auffassung wird von den Senaten verschiedener Oberlandesgerichte geteilt.[148]

Demgegenüber wird im Schrifttum überwiegend die Meinung vertreten, dass über die Abnahme der Werkleistung hinaus erst die Erteilung einer Rechnung eine Fälligkeit des Vergütungsanspruches bewirke.[149] Diese Ansicht wird teilweise in der Rechtsprechung bestätigt.[150]

Ebenso wie bei dem Problem der bedingenden Zahlungsklauseln verbietet sich hinsichtlich des Erfordernisses einer Rechnungserteilung eine pauschale Lösung. Entscheidend wird es darauf ankommen müssen, ob im Einzelfall die Vergütung hinreichend bestimmt ist. Ist dies zum Zeitpunkt der Abnahme der Fall, scheint die Erteilung einer Rechnung als Fälligkeitsvoraussetzung entbehrlich. Anders verhält es sich jedoch, wenn die Vergütung nicht bereits bestimmt, sondern allenfalls bestimmbar ist. Dies kann beispielsweise beim Einheitspreisvertrag der Fall sein, bei dem zwar die Preise der Einheiten vertraglich bestimmt sind, die Vergütung für die erbrachte Werkleistung jedoch erst über das Aufmaß zu bestimmen ist. In diesem Fall gibt der Auftragnehmer erst mit Erstellung der Rechnung bekannt, was er an Vergütung vom Auftraggeber fordert, so dass eine Fälligkeit vor Rechnungserstellung kaum möglich ist.[151]

II. Neuregelungen im Bereich des Werkvertragsrechts

Die Regelungen des Werkvertragsrechts im BGB haben in jüngster Zeit einige wesentliche Änderungen erfahren. Die ersten Änderungen erfolgten auf der Grundlage des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen[152], das zum 01.05.2000 in Kraft trat. Hiermit sollte in

---

[148] Siehe z.B. OLG Köln, 11. Zivilsenat, BauR 1996, 725; OLG Stuttgart, NJW-RR 1994, 17; OLG Düsseldorf, MDR 1983, 403; OLG Celle, BauR 1986, 356.

[149] *Locher, in: Ingenstau / Korbion*, VOB/B, § 14 Rdnr. 11; *Weick*, in: *Nicklisch / Weick*, VOB/B, § 14 Rdnr. 5; *Locher*, BauR 1986, S. 358; *Bartmann*, BauR 1977, S. 16; *Peters*, NJW 1977, S. 552; *Dähne*, BauR 1981, S. 233; *Rother*, AcP 164 (1964), S. 105.

[150] OLG Frankfurt / Main, BauR 1997, 856; OLG Hamm, SFH, Nr. 8 zu § 641 BGB; OLG Düsseldorf (21. Zivilsenat), BauR 1997, 1052, sieht zwar nicht das Erfordernis einer förmlichen Rechnungserteilung, setzt jedoch eine „nachvollziehbare Berechnung" der Vergütung voraus.

[151] *Locher, in: Ingenstau / Korbion*, VOB/B, § 14 Rdnr. 12; *Locher*, BauR 1986, S. 358; *Rother*, AcP 164 (1964), S. 105.

[152] BGBl. 2000 I, 330; Die Entstehungsgeschichte und die wesentlichen Stationen des Gesetzgebungsverfahrens sind vielfach ausgiebig dargestellt worden, so dass an dieser Stelle auf eine eigene Darstellung verzichtet werden kann. Zur Entstehungsgeschichte im einzelnen siehe bspw. *Kniffka*, ZfBR 2000, S. 227 ; *von Craushaar*, BauR 2001, S. 471 f.; *Erkelenz*, ZfBR 2000, S. 435 f.; Eine ausführliche Bezugnahme auf parallele Entwicklungen auf europäischer Ebene findet sich zudem bei *Hök*, ZfBR 2000, S. 513 ff.

erster Linie den immer weiter um sich greifenden Fehlentwicklungen und Missständen in der Bauwirtschaft entgegengewirkt werden, die in den vergangenen Jahren zu einem starken Anstieg in der Insolvenzstatistik und Verlusten in Milliardenhöhe geführt haben.[153] So ist einer Erhebung zufolge der Anteil der Bauinsolvenzen im Verhältnis zu den Insolvenzen in der Gesamtwirtschaft in den Jahren 1991 bis 1999 von ursprünglich 1,7% auf 24% angestiegen.[154] Vor diesem Hintergrund hat der deutsche Gesetzgeber legislativen Handlungsbedarf gesehen und insbesondere diejenigen Regelungen verändert, die direkt die Zahlungsflüsse zwischen den Vertragsparteien beeinflussen können. Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen gliedert sich in drei Kernbereiche. Es regelt die Verzugsvorschriften neu (§§ 284 Abs. 3, 288 BGB, 352 HGB), führt die Möglichkeit von Abschlagszahlungen ein (§ 632a BGB, 27a AGBG) und ergänzt das System der Abnahme- und Fälligkeitsvorschriften (§§ 640, 641, 641a, 648a). Daneben wurden Beschleunigungsmöglichkeiten im Bereich des Prozessrechts in den §§ 301, 302 ZPO eingeführt, die jedoch wegen ihres prozessualen Charakters nicht Bestandteil dieser Darstellung sein sollen.

Neben diesen Änderungen durch das Beschleunigungsgesetz ist das Schuldrecht des BGB durch das erst kürzlich in Kraft getretene Schuldrechtsmodernisierungsgesetz umfassend neu geregelt worden. Für den hier dargestellten Problembereich waren die Neuregelungen jedoch weitestgehend marginal, so dass auf eine isolierte Darstellung verzichtet werden soll. Soweit das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz Änderungen hervorgebracht hat, die Relevanz für den Bereich der Subunternehmervergütung und die Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln haben, wird an geeigneter Stelle hierauf eingegangen werden.

1. Änderung der Verzugsregelungen

Zunächst wurden durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen – außerhalb des Werkvertragsrechts – die Verzugsregelungen für das gesamte Schuldrecht geändert. Hier ist insbesondere hervorzuheben, dass der bis dahin gültige Verzugszinssatz von 4% deutlich angehoben wurde und nunmehr in der Neuregelung des § 288 Abs. 1 S. 2 BGB auf 5% über dem Basiszinssatz der EZB gem. § 247 Abs. 1 BGB festgelegt ist.[155] Insofern bestand wohl

---

[153] vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Forderungen der Bauhandwerker (Bauvertragsgesetz – BauVertrG) vom 26.03.1999, BT-Drucks. 14/673, S. 7.

[154] *Niemöller*, BauR 2001, S. 481 mit Hinweis auf eine Untersuchung der Deutschen Gesellschaft für Mittelstandsberatung mbH, München 1999 (unveröffentlicht).

[155] Der Basiszinssatz wurde zuletzt am 01.07.2004 auf 1,13% festgelegt, so dass sich hieraus ein Verzugszinssatz von 6,13% gem. § 288 Abs. 1 BGB bzw. 9,13% gem. § 288 Abs. 2 BGB ergibt.

die Hoffnung des Gesetzgebers, dass ein höherer Zinssatz eine deutlichere Abschreckungswirkung entfaltet und die Inanspruchnahme des sogenannten „Justizkredits“ einschränkt. Inwieweit dies tatsächlich der Fall sein wird, bleibt abzuwarten.

Darüber hinaus wurde dem heutigen § 286 BGB ein neuer dritter Absatz hinzugefügt, der dem ursprünglichen Verzugsmechanismus mit Mahnung und Ablehnungsandrohung ein Element des Automatismus hinzufügt. Danach kommt der Schuldner einer Geldforderung 30 Tage nach Fälligkeit oder Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufforderung in Verzug. Damit hat der Gesetzgeber eine Regelungsempfehlung der Europäischen Kommission[156] aufgegriffen, die in entsprechender Form auch in Art. 3 Abs. 1 lit. b der Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr enthalten ist, welche am 8. August 2000 in Kraft getreten ist.[157] Nichtsdestotrotz ist der Gesetzgeber nach nahezu einhelliger Meinung bei der Formulierung dieser Vorschrift über sein selbstgestecktes Ziel hinausgeschossen.

Zum einen stellt sie kein geeignetes Mittel zur Zahlungsbeschleunigung dar, da die Frist von 30 Tagen in jedem Falle einzuhalten ist. Zum anderen ist die Vorschrift auch nicht alternativ zu den bisherigen Verzugsmechanismen anwendbar. Die Formulierung des Abs. 3 macht deutlich, dass die Regelung des Abs. 3 die Anwendung der in den Absätzen 1 und 2 genannten Fälle (Mahnung, kalendermäßige Bestimmung) nicht ergänzt, sondern für den Bereich der Geldforderungen – mit Ausnahme der wiederkehrenden Geldforderungen, wie z.B. Miete – verdrängt. Das bedeutet, dass nach dieser Formulierung des § 284 bei Geldforderungen zwingend ein Ablauf von 30 Tagen abzuwarten ist, auch wenn eine Mahnung möglicherweise früher hätte ausgesprochen werden können oder eine kalendermäßig bestimmte Frist bereits früher zu laufen begonnen hätte. Dies stellt sich letztendlich als kontraproduktiv zum eigentlichen Zweck des Gesetzes dar.

2. Einführung von Abschlagszahlungen

Ferner wurde durch den neu eingefügten § 632a BGB auch in das Werkvertragsrecht des BGB die Möglichkeit von Abschlagszahlungen eingeführt. Danach hat der Werkunternehmer nunmehr das Recht, für in sich abgeschlossene Teile seines Werkes sowie für diejenigen erforderlichen Stoffe oder Bauteile, die eigens angefertigt oder angeliefert sind,

---

[156] Empfehlung der Kommission vom 12. Mai 1995 über die Zahlungsfristen im Handelsverkehr, ABlEG Nr. L 127/19 vom 10.06.1995.

[157] Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABlEG Nr. L 200/35 vom 08.08.2000; eine ausführliche Besprechung der Richtlinie findet sich bei *Hök*, ZfBR 2000, S. 513 ff.

Abschlagszahlungen zu verlangen. Im Gegenzug hat er dem Auftraggeber das Eigentum an diesen Teilen zu verschaffen oder in angemessener Höhe Sicherheit dafür zu leisten.

Probleme mögen sich hier insoweit ergeben, als diese Vergütung – im Gegensatz zu der entsprechenden Regelung im VOB-Vertrag – nur für abgeschlossene Teile des Werkes verlangt werden kann.[158] Der Begriff der in sich abgeschlossenen Teile findet sich auch in § 12 Nr. 2 VOB/B, wonach für in sich abgeschlossene Teile eine Teilabnahme verlangt werden kann. Der BGH versteht darunter in ständiger Rechtsprechung solche Teile, die als selbständig betrachtet und in ihrer Gebrauchstauglichkeit abschließend beurteilt werden können.[159] Er setzt primär an dem Kriterium der Funktionalität an. Eine solch enge Auslegung des Begriffs ist im Bereich der Teilabnahme wegen der damit verbundenen weitreichenden Konsequenzen für beide Parteien auch durchaus sinnvoll. Im Bereich der Abschlagszahlungen engt diese Sichtweise jedoch die Anspruchsberechtigung entgegen dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck zu stark ein. Darüber hinaus stellt diese Voraussetzung insbesondere beim Einsatz von Subunternehmern einen potentiellen Konfliktpunkt zwischen den Vertragsparteien dar, da – wie oben erwähnt – die einzelnen Subunternehmerleistungen oftmals nicht isoliert beurteilt werden können und daher nur schwer feststellbar ist, inwiefern eine abgeschlossene Leistung im Sinne des § 632a BGB vorliegt. Dem kann allenfalls durch eine sorgfältige Ausarbeitung des Leistungsverzeichnisses im Hinblick auf die erforderlichen Leistungsabschnitte vorgebeugt werden. Eine Abnahme oder Rechnungserteilung für diejenigen Teile, die sich für eine Abschlagszahlung qualifizieren, ist darüber hinaus allerdings nicht erforderlich.[160]

Im Bereich des Subunternehmereinsatzes trifft die Regelung auf weitere erhebliche Schwierigkeiten, da gem. § 632a S.3 BGB ein Anspruch auf Abschlagszahlungen nur besteht, wenn dem Besteller Eigentum an den Teilen des Werkes, an den Stoffen oder Bauteilen oder Sicherheit hierfür geleistet wird. Damit dürfte dieses Recht Subunternehmern in aller Regel nicht zur Verfügung stehen, da sie nicht in der Lage sind, dem Generalunternehmer Eigentum am Werk zu verschaffen.

3. Neuregelung des Fälligkeitseintritts

Wesentliche Teile der Neuregelung beschäftigen sich mit der Gestaltung des Fälligkeitsantritts. Diese stellen den eigentlichen Kernbereich des Gesetzes dar. Grundlegende Änderungen bzw. Ergänzungen haben hier die Abnahmeregelungen gefunden. Besondere

---

[158] So auch *Kraus* / *Vygen* / *Oppler*, BauR 1999, S. 969.

[159] BGHZ 75, 423.

[160] *von Craushaar*, BauR 2001, S. 473.

Bedeutung für die Vergütung des Subunternehmers hat der neu eingeführte Absatz 2 des § 641, der eine Durchgriffsfälligkeit normiert, die dem deutschen Recht neu ist. Dieser wird wegen seiner besonderen Bedeutung für den Bereich des Subunternehmereinsatzes gesondert im Zusammenhang mit den Vergütungsproblemen in diesem Bereich an späterer Stelle dargestellt werden.[161]

a. Abnahmepflicht des Bestellers gem. § 640 Abs. 1 S. 2 BGB

Zunächst wurde durch das Beschleunigungsgesetz eine Anpassung an die in § 12 VOB/B vorgesehene Abnahmereife vorgenommen. Gem. § 640 Abs. 1 S. 2 BGB kann der Werkunternehmer nunmehr auch Abnahme seiner Leistungen verlangen, wenn diese unwesentliche Mängel aufweisen. Das Recht, selbst bei kleineren Mängeln die Abnahme zu verweigern, hatte in der Vergangenheit häufig dazu geführt, dass Auftraggeber allzu schnell die Vergütung des Werkunternehmers verweigert haben, um Druck auf diesen im Hinblick auf eine schnelle Mängelbeseitigung auszuüben. Dieses Verhalten ist unter bestimmten Voraussetzungen von der Rechtsprechung regelmäßig als rechtsmissbräuchliche Abnahmeverweigerung eingestuft worden.[162] Daher ist mit der Einfügung des § 640 Abs. 1 S. 2 BGB zumindest insofern eine Neuregelung geschaffen worden, als die von der Rechtsprechung für den Ausnahmefall geschaffenen Grundsätze auf eine breitere gesetzliche Basis gestellt und zum Regelfall erklärt worden sind.[163]

b. Abnahmefiktionen

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten geschaffen, den Eintritt der Fälligkeit auch ohne Abnahme zu erreichen.

aa. Die Abnahmefiktion des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB

Gemäß der neu eingefügten Regelung des § 640 Abs. 1 S. 3 steht es der Abnahme gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist. Bereits früher hat die Rechtsprechung die Wirkungen einer Abnahme eintreten lassen, wenn eine zu Unrecht erfolgte Abnahmeverweigerung des Bestellers sich den Umständen nach als ernsthaft und

---

[161] Siehe unten, C. I. 2.

[162] BGH, NJW 1996, 1280; OLG Hamm, NJW-RR 1990, 917.

[163] Inwiefern über die Unterscheidung zwischen wesentlichen zur Abnahmeverweigerung berechtigenden Mängeln und unwesentlichen Mängeln noch weiterer Differenzierungsbedarf hinsichtlich „normaler“ Mängel besteht, soll hier nicht vertieft werden, vgl. hierzu *Peters*, NZBau 2000, S. 169 ff. sowie *Niemöller*, BauR 2001, S. 483 f.

endgültig darstellte.[164] Die Neuerung der gesetzlichen Regelung liegt insbesondere darin, dass keine ausdrückliche Erklärung des Bestellers mehr erforderlich ist, die es erlaubt, die Abnahmeverweigerung als endgültig zu qualifizieren, sondern dass die Wirkung automatisch mit Fristablauf eintritt.[165] Die Frage der Angemessenheit der Frist sollte in der Praxis keine Probleme aufwerfen, da hier der allgemeine Rechtssatz gilt, nach dem eine unangemessen kurz gesetzte Frist regelmäßig den Lauf einer angemessenen Frist bewirkt.[166]

Zu erwähnen ist hier, dass eine fingierte Abnahme niemals automatisch auch zum Rechtsmittelverlust im Sinne von § 640 Abs. 2 führt, da dieser sich ausschließlich auf § 640 Abs. 1 S. 1 und die dort geregelte ausdrückliche Abnahme bezieht.

bb. Die Abnahmefiktion des § 641a BGB

Zentrale Vorschrift des Beschleunigungsgesetzes ist die neu geschaffene Regelung des § 641a BGB, die in ihren Einzelheiten sehr umfangreich ist. Sie regelt im Kern den neuen Grundsatz, dass ein Gutachten eines Sachverständigen über die Mängelfreiheit – die sogenannte Fertigstellungsbescheinigung – einer Abnahme im Sinne des § 640 BGB gleichstehen soll. Ausgangspunkt für diese Neuregelung war offensichtlich die dem ursprünglichen Abnahmemechanismus immanente Verzögerungsmöglichkeit. Da die Abnahme, die das auslösende Moment für die Fälligkeit und damit auch für die Zahlungsverpflichtung des Bestellers darstellte, letztlich durch Erklärung des Verpflichteten selber erfolgen musste, bot sie eine einfache Möglichkeit, durch das Hinauszögern der Abnahme auch eine Verzögerung der eigenen Zahlungsverpflichtung zu bewirken. Diese Lücke sollte durch die Neuregelung des § 641a geschlossen werden, der neben das weiterhin fortbestehende Abnahmemodell eine Abnahmefiktion durch Tätigkeit eines außerhalb der Parteien liegenden Dritten in Form eines Sachverständigen setzt. Voraussetzung für das Eintreten der Abnahmewirkung ist die Erstellung einer Fertigstellungsbescheinigung, die gegenüber dem Auftraggeber bescheinigen soll, dass die geschuldete Werkleistung – soweit vereinbart, auch in Form einer gesondert abnahmefähigen Teilleistung – zum einen hergestellt (§ 641a Abs. 1 S. 1 Nr. 1) und zum anderen frei von Mängeln (§ 641a Abs. 1 S. 1 Nr. 2) ist.

Trotz der Länge der Regelung steht die Vorschrift gerade hierdurch in einem gewissen Wertungskonflikt zu anderen neu geschaffenen Vorschriften, insbesondere zur Abnahmepflicht gem. § 640 Abs. 1 S. 2 BGB. Danach hat der Werkunternehmer einen Anspruch auf Abnahme, wenn sein Werk frei von wesentlichen Mängeln ist., d.h. auch ein

---

[164] BGH, NJW 1996, 1280.

[165] *Niemöller*, BauR 2001, S. 484 f.

[166] *Kniffka*, ZfBR 2000, S. 230.

mit unwesentlichen Mängeln behaftetes Werk gilt als im Sinne von § 641a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB vertragsgemäß hergestellt. Demgegenüber wird durch die Regelung in § 641a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB eine Rückausnahme von diesem Grundsatz im Hinblick auf die Erteilungsvoraussetzungen für eine Fertigstellungsbescheinigung gemacht, da hier keinerlei Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln getroffen, sondern eine allgemeine Mängelfreiheit vorausgesetzt wird. Im Zusammenspiel mit der höchst unklaren Regelung in § 641a Abs. 1 S. 2, wonach die Abnahmefiktion nicht eingreift, wenn die Voraussetzungen des § 640 Abs. 1 S. 1 und 2 nicht gegeben waren, kann dies in der Praxis dazu führen, dass die Fälle, in denen eine Fertigstellungsbescheinigung noch erteilt werden darf, sich auf eine minimale Anzahl reduzieren.[167]

Abgesehen davon dürfte diese Tendenz auch angesichts der weiteren Voraussetzungen hinsichtlich der Erteilung der Fertigstellungsbescheinigung bestätigt werden. Gem. § 641 Abs. 3 S. 2 hat der Gutachter die Vertragsmäßigkeit des hergestellten Werkes anhand eines Vertrages zu beurteilen, d.h. der Unternehmer hat dem Gutachter die gesamte schriftliche Dokumentation des Bauprojektes vorzulegen. Änderungen im Vertragsinhalt werden dabei gem. § 641 Abs. 3 S. 3 nur berücksichtigt, wenn sie schriftlich fixiert wurden. Soweit solche Angaben nicht vorliegen wird die Vertragsmäßigkeit des Werkes nur anhand der allgemein anerkannten Regeln der Technik beurteilt, § 641 Abs. 3 S. 4. Der Unternehmer wird danach teilweise erhebliche Schwierigkeiten haben, über bestimmte Arbeiten eine Fertigstellungsbescheinigung zu erhalten, da oftmals die geschuldeten Leistungen im Vertrag nur ungenau beschrieben sind und ihm ein gewisser Ausführungsspielraum verbleibt. Insbesondere in dem bereits angesprochenen Konflikt über die Erforderlichkeit von Mehrleistungen wird die vertragliche Dokumentation nur sehr selten ein klares Bild liefern. Dem Gutachter obliegt es im Rahmen der Erteilung einer Fertigstellungsbescheinigung allenfalls, das Werk in seiner Beschaffenheit mit dem vertraglich vorgezeichneten Bild zu vergleichen. Er ist jedoch nach der Regelung des § 641 Abs. 3 weder befugt, noch verpflichtet, vertragliche Unklarheiten auszulegen. Auch insofern dürfte die Fertigstellungsbescheinigung in der Praxis wenig Hilfe bei der Vermeidung von langwierigen Bauprozessen leisten.[168]

Die hinter der Regelung des § 641a BGB stehende Grundidee, die zur Abnahme berechtigende Fertigstellung der Leistung durch einen Dritten bescheinigen zu lassen, ist – wie die Erfahrung des im englischen Rechtskreis verbreiteten Certification-Systems zeigt –

---

[167] *Niemöller*, BauR 2001, S. 487; *Kniffka*, ZfBR 2000, S. 234.

[168] So auch *Jani*, BauR 2000, S. 952.

durchaus positiv zu bewerten. Da der Engineer im englischen Recht jedoch – trotz der Verpflichtung zur unparteilichen Wahrnehmung seiner Aufgaben – in den Diensten des Auftraggebers steht[169] und für diesen z.T. auch die Oberaufsicht über das Bauprojekt wahrnimmt, bestehen im deutschen Recht nicht ganz unberechtigte Zweifel an der tatsächlichen Unparteilichkeit eines solchen Gutachters. Die gleichen Zweifel bestehen daher auch für die Regelung des § 641a BGB, da dort gem. Abs. 2 S. 2 eine Beauftragung des Gutachters durch den Werkunternehmer erfolgt und auch insofern Zweifel an der Neutralität geboten sind. Wegen der oben skizzierten umfangreichen Bedenken und der evident fehlenden Praktikabilität der Regelung, ist daher zu erwarten, dass diese sich nicht dauerhaft durchsetzen wird.

III. Bestehende Entwürfe zur zukünftigen Gesetzeslage

1. Der baurechtliche Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Weitere umfangreiche Änderungen hat das sog. Schuldrechtsmodernisierungsgesetz[170] gebracht, das zum 01.01.2002 in Kraft getreten ist. Das Gesetz dient der Umsetzung der Verbrauchsgüterrichtlinie[171], der Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzuges im Geschäftsverkehr[172] sowie teilweise der Richtlinie über den elektronischen Zahlungsverkehr[173]. Es hat insgesamt zu einer sehr umfangreichen Überarbeitung des BGB geführt, insbesondere des Verjährungsrechts und des Kaufrechts. Außerdem wurden weite Teile des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in das BGB integriert (§§ 305 – 310 BGB n.F.). Durch Ergänzungen und Einfügung einzelner Abschnitte kam es daher zu zahlreichen Änderungen in der Nummerierung, ohne dass sich der Wesensgehalt der einzelnen Vorschriften hierdurch geändert hat. Im Bereich des Werkrechts gab es keine elementaren Änderungen. Mit wenigen Ausnahmen wurden die Regelungen des

---

[169] vgl. beispielsweise Klausel 3.1 Abs. 1 S.1 FIDIC Conditions (1999) und insbesondere Klausel 3.1 Abs. 5 lit. a FIDIC Conditions (1999), wonach eine Vermutung besteht, dass der Engineer bei der Wahrnehmung seiner Pflichten in Vertretung des Auftraggebers handelt, soweit sich aus den übrigen Regelungen nichts anderweitiges ergibt.

[170] Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl. I 3138.

[171] Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABlEG Nr. L 171/12 vom 07.07.1999.

[172] siehe Fn. 156.

[173] Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 08. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABlEG Nr. L 178/1 vom 17.07.2000.

Beschleunigungsgesetzes unverändert übernommen, trotzdem es in der Literatur – wie oben dargestellt wurde – teilweise heftige Kritik an einzelnen Neuregelungen gab. Einzige nennenswerte Änderung in diesem Zusammenhang ist die Änderung des Verzugsrechts in § 284 Abs. 3 a.F. (§ 286 Abs. 3 BGB n.F.), bei der der Gesetzgeber nach der oben dargestellten Kritik durch die Literatur[174] die starre Frist von 30 Tagen durch einen entsprechenden Zusatz ergänzt hat, der deutlich macht, dass der Schuldner „spätestens" nach Ablauf von 30 Tagen in Verzug kommt.

Nichtsdestotrotz war dies die einzige Kritik am Beschleunigungsgesetz, die der Gesetzgeber in der Überarbeitung des Schuldrechts berücksichtigt hat. Dies wurde in der Literatur nahezu einhellig negativ aufgefasst, da hier ein erneuter Handlungsbedarf des Gesetzgebers gesehen wurde. Der Arbeitskreis Schuldrechtsmodernisierungsgesetz des Instituts für Baurecht Freiburg e.V. (IfBF) hat daher bereits vor Verabschiedung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes auf der Grundlage des Diskussionsentwurfes der Bundesregierung vom 04.08.2000 einen baurechtlichen Ergänzungsentwurf präsentiert, der sich mit den Versäumnissen der neuen Regelung detailliert auseinandersetzt.[175]

Hinsichtlich der in § 632a vorgesehenen Abschlagszahlungen wird das von der Literatur kritisierte Element der „abgeschlossenen Teilleistung" ebenfalls bemängelt und eine Streichung dieses Erfordernisses verlangt.[176] Außerdem spricht sich der Ergänzungsentwurf für eine schriftliche Fixierung des Rechnungserfordernisses auch im Bereich des BGB-Vertrages aus. Da für Abschlags- und Schlussrechnungsforderungen jeweils unterschiedliche Anforderungen an die Art der Rechnung zu stellen sind, wird es für sinnvoll erachtet, das Erfordernis der Rechnungsstellung getrennt sowohl in § 632a (§ 632 S. 1 des Diskussionsentwurfes) als auch in die Regelung des § 641 Abs. 1 (§ 639 Abs. 1 des Diskussionsentwurfes) aufzunehmen.[177]

Das Instrument der Fertigstellungsbescheinigung in § 641a (§ 640 des Diskussionsentwurfes) wird wegen der bereits oben angesprochenen Probleme im Bereich der Praktikabilität und Umsetzung sowie wegen der Unklarheit hinsichtlich der erforderlichen Qualität der Mängelfreiheit[178] für überflüssig erachtet, da der Unternehmer bereits durch die neu eingefügten Abnahmefiktionen sowie die Möglichkeit des selbständigen

---

[174] siehe oben unter II. 1.

[175] Der Ergänzungsentwurf ist abgedruckt in BauR 2001, Sonderdruck zu Heft 4.

[176] *IfBF*, BauR 2001, Sonderdruck zu Heft 4, S. 17.

[177] *IfBF*, a.a.O., S. 17 und 20.

[178] Siehe hierzu oben, II. 3. b. bb.

Beweisverfahrens ausreichend geschützt sei. Insoweit wird eine ersatzlose Streichung der Regelung empfohlen.[179]

2. Der Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes

Diese Anregungen wurden mittlerweile auch vom Gesetzgeber aufgegriffen, der mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz) entsprechende Gesetzgebung auf den Weg gebracht hat. Ein erster Entwurf war durch den Bundesrat bereits in der 14. Legislaturperiode in den Bundestag eingebracht worden.[180] Da vor der Bundestagswahl jedoch keine Beschlussfassung mehr erfolgen konnte, war wegen des Diskontinuitätsgrundsatzes eine erneute Einbringung erforderlich. Diese wurde am bereits 20.12.2002 durch die Länder Thüringen, Sachsen und Sachsen-Anhalt im Bundesrat beantragt. Man nutzte allerdings die Gelegenheit, vor erneuter Einbringung eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Verbesserung der Zahlungsmoral" einzusetzen, um deren Erkenntnisse berücksichtigen zu können. Auf dieser Grundlage ist der Gesetzesentwurf mittlerweile überarbeitet worden und am 11.06.2004 vom Bundesrat beschlossen worden.[181]

Eine der wesentlichen Neuregelungen ist die Anpassung des § 632a an den Wortlaut des § 16 Nr. 1 VOB/B. Damit würde der umstrittene und unklare Begriff der in sich abgeschlossenen Leistungen durch die „jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen" ersetzt werden. Gleichermaßen wird in Anlehnung an die Regelung des § 640 Abs.1 S. 2 klargestellt, dass Abschlagszahlungen auch verlangt werden können, wenn das Werk mit unwesentlichen Mängeln behaftet ist. Da das Erfordernis der Eigentumsübertragung nach wie vor als Anknüpfungspunkt dient, wird das Recht des Subunternehmers, vom Generalunternehmer Abschlagszahlungen verlangen zu können, jedoch auch weiterhin auf entsprechender vertraglicher Gestaltung beruhen müssen.

Darüber hinaus erfolgt eine Anpassung des § 641 Abs. 2 (siehe hierzu unten), da zwischenzeitlich deutlich geworden ist, dass die ursprüngliche Fassung nicht in jedem Fall zu sachgerechten Ergebnissen geführt hätte.[182]

Eine weitere wesentliche Neuerung ist der vollständige Entfall des § 641a, der sich als praxisuntauglich und damit entbehrlich dargestellt hat.

---

[179] *IfBF*, a.a.O., S. 21.

[180] BT-Drs. 14/9848 vom 01.08.2002.

[181] BR-Drs. 458/04 vom 11.06.2004.

[182] vgl. hierzu OLG Nürnberg, NJW-RR 2003, 1526.

Darüber hinaus finden sich grundlegende Änderungen im prozessualen Bereich, indem z.B. in § 302a ZPO eine vorläufige Zahlungsanordnung eingeführt werden soll. Damit soll dem Gericht in Zahlungsklagen die Möglichkeit eröffnet werden, auf Grund einer mündlichen Verhandlung und beiderseitiger Interessenabwägung bereits frühzeitig eine vorläufige Zahlung anzuordnen, wenn die Sache hohe Aussicht auf Erfolg hat. Hierbei handelt es sich um eine drastische Regelung, da in Kauf genommen wird, dass es aufgrund einer Glaubhaftmachung zu einer Anordnung und damit einhergehender Liquiditätsverschiebung kommt, bei späterer anderslautender Entscheidung in der Hauptsache aber möglicherweise kein Rückfluss der vorläufig gezahlten Beträge zu erlangen ist, wenn der Zahlungsempfänger zwischenzeitlich in die Insolvenz gefallen ist. Wie sich dieses Instrument im Falle der Verabschiedung des Gesetzesentwurfs bewähren wird, wird abzuwarten bleiben.

IV. Die Vergütungsregelungen der VOB/B

Ebenso wie die Regelungen des Werkvertragsrechts enthält die VOB/B einzelne Bestimmungen, die sich mit der Entstehung und Fälligkeit des Vergütungsanspruches auseinandersetzen. Diese gelten zwar nicht per Gesetz, können aber von den Parteien auf vertraglicher Basis verbindlich vereinbart werden.

1. Entstehung und Fälligkeit des Vergütungsanspruchs

Hinsichtlich der Entstehung des Anspruches geht die VOB/B deutlicher als die Praxis des BGB von einem Einheitspreisvertrag aus. § 2 Nr. 2 VOB/B bestimmt, dass die Vergütung nach den vertraglichen Einheitspreisen und den tatsächlich ausgeführten Leistungen berechnet wird, wenn keine andere Berechnungsart vereinbart ist. Bezüglich der Höhe des Vergütungsanspruches enthält die VOB/B – im Gegensatz zum BGB – explizite Vorschriften, die sich mit den bereits oben angesprochenen Problemen wie Variationen und Leistungsänderungen sowie der Vergütung zusätzlicher Leistungen auseinandersetzen. Für Mehr- und Minderleistungen findet sich z.B. in § 2 Nr. 3 VOB/B eine abschließende Regelung. Das Problem eines Rechnungserfordernisses ist in der VOB/B ausdrücklich geregelt: gem. § 14 VOB/B hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber nach Fertigstellung seiner Leistungen eine prüfbare Abrechnung einzureichen.

In bezug auf die Fälligkeit der Vergütung stellt die VOB/B – ausgerichtet am gesetzlichen Leitbild – ebenfalls auf die Abnahme des Werkes ab. Es wird grundsätzlich zwischen der Gesamtabnahme und der Teilabnahme unterschieden. Letztere ist gem. der Vorschrift des § 12 Nr. 2 VOB/B nur für in sich abgeschlossene Teile der Bauleistung zulässig. Eine Ausnahme wird lediglich für solche Teile der Leistung gemacht, die zwar nicht isoliert als abgeschlossen betrachtet werden können, die jedoch durch die weitere Ausführung der

Bauleistung der Prüfung und Feststellung entzogen werden.[183] Daneben kennt die VOB/B eine Besonderheit gegenüber der werkvertraglichen Abnahmeregelung, die sogenannte förmliche Abnahme, deren Voraussetzungen in § 12 Nr. 4 VOB/B geregelt sind. Hierbei wird von den Parteien eine Abnahmeniederschrift angefertigt, in die beispielsweise Vorbehalte und Einwendungen des Auftragnehmers aufgenommen werden. Als letzte Form der Abnahme regelt die VOB/B in § 12 Nr. 5 die sogenannte fiktive Abnahme. Diese kommt unter anderen Voraussetzungen zustande als die neu in §§ 640 Abs. 1 S. 3, 641a BGB geregelten Abnahmefiktionen und wird daher durch diese in ihrer Anwendbarkeit nicht berührt.

Darüber hinaus trifft die VOB/B hinsichtlich der Zahlung differenziertere Regelungen als das gesetzliche Leitbild des Werkvertragsrechts im BGB.[184] Die VOB/B unterscheidet hier grundsätzlich zwischen Abschlagszahlungen, Vorauszahlungen, Teilschlusszahlungen, Stundenlohnvergütungen und der Schlusszahlung. Im Gegensatz zum Werkvertragsrecht des BGB, das erst mit der Neufassung durch das Beschleunigungsgesetz die Möglichkeit von Abschlagszahlungen eingeführt hat, kennt die VOB/B diese Zahlungsvariante schon seit langer Zeit, vgl. § 16 Nr. 1 VOB/B. Abschlagszahlungen sind gem. § 16 Nr. 1 Abs. 1 und 3 VOB/B 18 Tage nach Zugang einer Aufstellung über die geleisteten Arbeiten fällig. Vorauszahlungen richten sich gem. § 16 Nr. 2 VOB/B ausschließlich nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien. Teilschlusszahlungen sind nur hinsichtlich abgeschlossener Bauteile zulässig.[185] Ihre Fälligkeit setzt gem. § 16 Nr. 4 VOB/B eine Teilabnahme voraus. Stundenlohnvergütungen richten sich nach der Vorlage von Stundenlohnabrechnungen des Auftragnehmers, die gem. § 15 Nr. 4 i.V.m. § 16 VOB/B grundlegend für die Fälligkeit sind. Die Schlusszahlung wird schließlich gem. § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B mit der Abnahme der Bauleistung sowie Prüfung und Feststellung der Schlussrechnung fällig, spätestens zwei Monate nach dem Zugang der letzteren.

2. Anwendung der VOB/B in Subunternehmerverträgen

Im Rahmen von Bauverträgen gilt die VOB/B jedoch nicht automatisch, da sie weder den Charakter eines Gesetzes noch einer Rechtsverordnung besitzt.[186] Sie stellt auch weder einen Handelsbrauch noch in der Baubranche übliches Gewohnheitsrecht dar[187], auch wenn in der Praxis ihre Verwendung durchaus üblich ist. Es handelt sich vielmehr um Vertragsrecht, so

---

[183] BGH, BauR 1975, 423.

[184] vgl. den Überblick bei *Werner* / *Pastor*, Rdnr. 1376.

[185] OLG Hamm, BauR 1997, 472.

[186] Ständige Rspr. und h.M., vgl. z.B. BGH, NJW 1999, 3261; BGH, ZfBR 1992, 67, 68.

[187] *Nicklisch / Weick*, in: *Nicklisch* / *Weick*, VOB/B, Einl., Rdnr. 29.

dass die VOB/B nur dann Bestandteil eines Bauvertrages wird, wenn die Parteien dies vereinbaren. Diese Vereinbarung bedarf keiner besonderen Form, muss aber klar und unmissverständlich geschehen.[188] Soweit die VOB/B vereinbart wurde, unterliegt sie grundsätzlich der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht.[189] Wenn die VOB/B als Ganzes vereinbart wurde, kommt eine isolierte Inhaltskontrolle einzelner Vorschriften nicht in Betracht, da die VOB/B als eine im ganzen ausgewogene Regelung anzusehen ist.[190] Soweit jedoch durch anderweitige Vertragsbestimmungen eine Einschränkung der VOB/B erfolgt, verliert diese ihre Privilegierung und unterliegt der umfassenden isolierten Inhaltskontrolle des AGB-Rechts.[191] Während der BGH eine solche Privilegierung früher auch noch bei vereinzelten, nicht ins Gewicht fallenden Abweichungen annahm, hat er mittlerweile in einer bedeutsamen Entscheidung im Interesse der Rechtssicherheit und der erforderlichen Transparenz entschieden, dass eine Privilegierung der VOB/B nur noch als Ganzes, unabhängig vom Gewicht des Eingriffs hat. Zwar betraf die Entscheidung einen Fall, der nach altem Recht zu beurteilen war, so dass der BGH die Anwendbarkeit der Privilegierungsrechtsprechung auf Fälle unter Geltung des Schuldrechtsmodernisierungs-gesetzes ausdrücklich offen gelassen hat. Die Richtung, in der sich seine Rechtsprechung entwickeln wird, hat der BGH damit aber klar aufgezeigt, so dass in Zukunft damit gerechnet werden muss, dass alle Abweichungen von der VOB/B, seien sie noch so gering, die umfassende Inhaltskontrolle eröffnen. Dies kann – wegen des Verbots geltungserhaltender Reduktion – für die Vertragsparteien im schlimmsten Fall zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrages führen.[192]

---

[188] *Werner / Pastor,* Rdnr. 1005.

[189] Ob die VOB/B selbst AGB darstellt – wie der BGH und die h.M. annimmt – ist höchst umstritten und soll hier nicht näher ausgeführt werden, vgl. hierzu *Locher*, in: *Ingenstau* / *Korbion*, VOB/A, AGB-Gesetz, Rdnr. 45 ff. sowie *Nicklisch* / *Weick*, in: *Nicklisch* / *Weick*, VOB/B, Einl. Rdnr. 52 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen zum Streitstand.

[190] BGH, NJW 1983, 816, 818.

[191] Siehe hierzu insbesondere die kürzlich ergangene Entscheidung des BGH vom 15.04.2004, VII ZR 129/02, ZfIR 2004, 523.

[192] Insbesondere durch die Änderungen des Beschleunigungsgesetzes hat sich das gesetzliche Leitbild in einigen Punkten noch weiter von der VOB/B entfernt, auch wenn insgesamt wohl immer noch von einer Ausgewogenheit der VOB/B als Ganzes auszugehen ist. Nichtsdestotrotz dürften bei einer isolierten Inhaltskontrolle etliche Regelungen der VOB/B einer Überprüfung nicht standhalten. Im internationalen Rahmen ist darüber hinaus auch die Verwendung internationaler Standardbedingungen (z.B. FIDIC) zu beachten, da auch diese im Konflikt mit dem deutschen AGBG stehen können, vgl. hierzu *Kus* / *Markus* / *Steding*, 17 ICLR (1999), 533 ff.

Im Rahmen des Subunternehmereinsatzes sind hinsichtlich der Verwendung der VOB/B einige Besonderheiten zu beachten, auf die hier zumindest kurz hingewiesen werden soll. § 4 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B bestimmt, dass der Auftragnehmer (i.d.R. also der Generalunternehmer) bei der Weitervergabe von Bauleistungen an Subunternehmer die VOB zugrunde zu legen hat. Hierdurch wird nach herrschender Meinung jedoch lediglich der Auftraggeber, nicht aber der Subunternehmer geschützt.[193] Dies wird zutreffend mit der systematischen Stellung des § 4 VOB/B begründet, der die Ausführung der Bauleistung regelt. Die Regelung in § 4 Nr. 8 Abs. 2 will auf diese Weise zum Schutz des Auftraggebers lediglich sicherstellen, dass diese Bauausführung auch beim Einsatz von Subunternehmern noch ordnungsgemäß erfolgt.[194] Diese Verpflichtung kann der Generalunternehmer jedoch auch dadurch erfüllen, dass er – ohne die VOB/B für das gesamte Subunternehmerverhältnis zu vereinbaren – den relevanten Regelungen des § 4 im Hinblick auf die Bauausführung durch den Subunternehmer entsprechende Geltung verschafft.[195]

Darüber hinaus gibt es auch kein allgemeines Prinzip, wonach ein Subunternehmervertrag immer dann den VOB/B zu unterliegen hat, wenn diese auch für den Hauptvertrag vereinbart wurden.[196] Nichtsdestotrotz ist die Einbeziehung der VOB/B in den Subunternehmervertrag auch ohne eine solche Verpflichtung möglich und je nach Situation durchaus zweckmäßig.

C. Vergütungsprobleme beim Einsatz von Subunternehmern

Da dem Generalunternehmer insbesondere im internationalen Anlagenbau durch den Einsatz von Subunternehmern erhebliche Risiken hinsichtlich der Vergütung entstehen können, kommt es häufig vor, dass zwischen den Parteien die Abwälzung solcher Risiken versucht wird, um damit eine Umverteilung der Risikostruktur zu erreichen. Da es sich beim Subunternehmervertrag ebenso um einen Werkvertrag handelt wie beim Hauptvertrag, muss sich der Generalunternehmer im Verhältnis zum Subunternehmer zwar wie ein Auftraggeber behandeln lassen, so dass die beiden Vertragsverhältnisse ihrer Natur nach vergleichbar sind. Da die Vertragsverhältnisse jedoch rechtlich getrennt sind, läuft der Generalunternehmer Gefahr, dass durch die mangelnde Koordination der einzelnen Regelungen Diskrepanzen entstehen, die letzten Endes zu seinen Lasten gehen. Insbesondere sind solche Diskrepanzen geeignet, den Zahlungsfluss, der zwischen den Parteien linear konzipiert ist und im Idealfall von einer Ebene zur nächsten reicht, nachhaltig zu stören.

---

[193] *Vetter*, RIW 1986, S. 84; *Locher*, NJW 1979, S. 2236.

[194] *Ramming*, BB 1994, S. 519.

[195] *Ramming*, a.a.O.

[196] *Korbion* / *Locher*, Rdnr. 243.

Hinsichtlich der Vergütungsregelungen entspringen die vertraglich zu bewältigenden Probleme immer der Annahme, dass dieser lineare Zahlungsfluss auf einer bestimmten Ebene unterbrochen wird. Aus der Sichtweise des Subunternehmers sind daher in erster Linie die Zahlungsprobleme auf der nächsthöheren Ebene, also der des Generalunternehmers, relevant, da sich eine Insolvenz des Generalunternehmers leicht auf den Subunternehmer erstrecken kann. Demgegenüber wird der Generalunternehmer aus den gleichen Gründen eher an Zahlungsproblemen auf der ihm vorgeschalteten Ebene des Auftraggebers interessiert sein, da diese sich negativ auf seine finanzielle Verfassung im Hinblick auf seine weiterhin bestehenden Zahlungsverpflichtungen gegenüber seinen Subunternehmern auswirken können. Beide Problemsituationen sind in der Praxis regelmäßig relevant. Es finden sich jedoch nur bezüglich der Zahlungsproblematik auf Generalunternehmerebene konkrete gesetzliche Regelungen, während die Vergütungsproblematik auf Ebene des Auftraggebers kaum juristische Beachtung findet und bislang nur wenig zufriedenstellende Lösungen hervorgebracht hat. Die Diskrepanz, die zwischen dieser praktischen Relevanz und der mangelnden Beachtung durch die Rechtsprechung und Lehre entstanden ist, hat daher gerade im Hinblick auf die in der Praxis versuchte Verwendung bedingender Zahlungsklauseln zu erheblichen Rechtsunsicherheiten geführt.

I. Zahlungsprobleme auf der Generalunternehmerebene

Erhebliche Probleme bei der Vergütung des Subunternehmers bereitet regelmäßig der Ausfall des Generalunternehmers, wobei es zunächst nur von sekundärer Bedeutung ist, worauf dieser beruht. Schon seit Anfang der fünfziger Jahren kam es immer wieder zu erheblichen Problemen und schlechten Erfahrungen mit Generalunternehmern im Umgang mit der Vergütung des Subunternehmers. Bereits im Jahr 1951 entwickelten daher die Spitzenverbände des Bauhaupt- und des Ausbaugewerbes ein Merkblatt für Generalunternehmer[197], in dem „im Interesse von Sauberkeit und Ordnung“ die Möglichkeiten der Weitergabe eigener Risiken des Generalunternehmers an die Subunternehmer eingeschränkt werden. Insbesondere wurde eine teilweise Angleichung der Regelungen des Haupt- und des Subunternehmervertrages angestrebt.[198] Bemerkenswert ist, dass das negative Image, welches sich durch die schlechten Erfahrungen mit den Generalunternehmern gebildet hatte, die Verfasser des Merkblatts veranlasste, in Ziffer III in ungewohnt pathetischer Weise an den Generalunternehmer zu appellieren, er solle gegenüber seinen Subunternehmern stets so handeln, wie er selbst von seinem Auftraggeber behandelt zu werden wünsche. Da dieser

[197] Abgedruckt in *Ingenstau* / *Korbion*, VOB, Anhang 1, Rdnr. 142 ff.

[198] vgl. Ziffer IV des Merkblatts.

Appell wenig Verbindlichkeit besaß, war er allerdings nicht geeignet, den Missständen im Baugewerbe abzuhelfen.

Nachdem es in jüngster Zeit vermehrt zu Insolvenzen kleiner und mittlerer Subunternehmer aufgrund von nicht oder zu spät geleisteten Zahlungen des Generalunternehmers kam, sah sich daher auch der Gesetzgeber genötigt, hier mit expliziten Regelungen einzugreifen. Das hieraus in erster Linie hervorgegangene Beschleunigungsgesetz, dessen Inhalte oben bereits teilweise dargestellt wurden, hat hier insbesondere mit der Durchgriffsfälligkeit in § 641 Abs. 2 BGB eine interessante Neuregelung getroffen.

1. Durchgriff des Subunternehmers auf den Auftraggeber

Der deutsche Rechtskreis kennt bereits seit langer Zeit die Probleme, die eine Trennung der Vertragsverhältnisse von Haupt- und Subunternehmervertrag mit sich bringt. Die deutschen Gerichte haben ursprünglich einen Durchgriff des Subunternehmers gegen den Bauherren auf Zahlung des Werklohns als einen Fall der gemeinrechtlichen Versionsklage (actio de in rem verso) anerkannt.[199] Diese Erweiterung des haftenden Personenkreises wurde aber in der Folge durch das Reichsgericht stark eingeschränkt.[200] Nachdem die Versionsklage nicht in das BGB aufgenommen wurde, war ein solcher Durchgriff des Subunternehmers nicht mehr zulässig. Da sich der Schutz der Subunternehmer hierdurch dramatisch verschlechterte, kam es zu anfänglichen Versuchen einer Kompensation dieses Verlustes an rechtlichem Schutz durch das Ausweichen auf kondiktionsrechtliche Vorschriften. Diese Rückgriffe auf das Bereicherungsrecht wurden jedoch konsequent von der Rechtsprechung als unzulässig zurückgewiesen, um einer versteckten Wiedereinführung der Versionsklage zuvorzukommen, so dass bis heute für den Subunternehmer keine Durchgriffsmöglichkeit auf den Auftraggeber besteht.

2. Durchgriffsfälligkeit nach § 641 Abs. 2 BGB

Erst mit der Einfügung des Abs. 2 in § 641 BGB hat das Beschleunigungsgesetz eine sogenannte „Durchgriffsfälligkeit“ in das deutsche Recht eingeführt. Die Bezeichnung als „Durchgriffsfälligkeit“ lässt zunächst fälschlicherweise vermuten, dass hier – ähnlich wie bei der Durchgriffshaftung – seitens des Subunternehmers ein direkter Anspruch auf Zahlung gegen den Auftraggeber unter Umgehung der Generalunternehmerebene für diejenigen Vergütungsteile entsteht, die auf seine Subunternehmerleistung entfallen. Es handelt sich bei der Regelung des § 641 Abs. 2 BGB jedoch nicht um einen echten Durchgriff, sondern

---

[199] Oberhofgericht zu Mannheim, Seuffert’s Archiv Bd. 8 (1855), Nr. 256.

[200] vgl. RG, RGZ 1, 1431; 1, 159; 21, 236; 40, 260; 43, 161.

vielmehr um eine weitere Fälligkeitsregelung, die – ebenso wie die zuvor dargestellten §§ 640 Abs. 1 S. 3, 641a BGB – eine konkrete Abnahmehandlung als auslösendes Moment der Vergütung entbehrlich macht.

Die Vorschrift will Missständen vorbeugen, die in der Vergangenheit vermehrt dadurch entstanden sind, dass innerhalb einer Vergütungskette die auf einer Ebene eingegangenen Zahlungen nicht an die nächste Ebene weitergeleitet wurden. Hier ist insbesondere an die Vergütung des Generalunternehmers zu denken, die dieser zwar von seinem Auftraggeber erhalten hat, sie aber nicht an die von ihm beauftragten Subunternehmer weitergibt. Ebenso verhält es sich in Fällen, in denen der Bauträger zwar Gelder vom Erwerber erhält, diese aber nicht vollständig oder nicht zügig an den von ihm beauftragten Werkunternehmer weiterleitet.[201]

Nach der bisherigen Regelung konnte der Generalunternehmer die Weiterleitung erhaltener Zahlungen unter Hinweis auf die rechtliche Trennung der Vertragsverhältnisse und das Erfordernis einer separaten Abnahme verweigern. Dies geschah in der Regel unter dem Vorwand nicht bestehender Mängelfreiheit. Diese musste dann wiederum vom Subunternehmer erst in einem meist langwierigen Bauprozess nachgewiesen werden, bevor er Vergütung verlangen konnte. Gegen die hierin liegende Unbilligkeit wendet sich die neue Regelung des § 641 Abs. 2 BGB, indem sie bestimmt, dass die Vergütung des Unternehmers für ein Werk, das der Besteller einem Dritten gegenüber versprochen hat, spätestens fällig wird, wenn und soweit der Besteller von dem Dritten für das versprochene Werk wegen dessen Herstellung seine Vergütung oder Teile davon erhalten hat. Die Vorschrift knüpft damit an bereits bestehende Regelungen in anderen Gesetzen an, wenngleich sie in ihrer Reichweite hinter diesen zurückbleibt. So tritt zwar die Fälligkeit automatisch mit Erhalt der Gelder durch den Auftraggeber ein, es wird jedoch weder eine Verpflichtung zur automatischen Weiterleitung begründet, wie dies beispielsweise in der MaBV[202] der Fall ist, noch wird eine Verwendungspflicht hinsichtlich der erhaltenen Gelder geschaffen, wie dies etwa beim BauFG der Fall ist[203].

Allerdings ist die Anwendung dieser Vorschrift in zweierlei Hinsicht äußerst problematisch. Zum einen knüpft § 641 Abs. 2 an die Identität der Leistung an, wie sie typischerweise beim Subunternehmervertrag beobachtet werden kann.[204] Darauf aufbauend

---

[201] *von Craushaar*, BauR 2001, S. 477; den Zusammenhang der Regelung mit der unten diskutierten Problematik bedingter Zahlungsklauseln verdeutlicht *Cuypers*, Rdnr. 421 ff.

[202] *von Craushaar*, BauR 2001, S. 478.

[203] *Kniffka*, ZfBR 2000, S. 231.

[204] *Kniffka*, ZfBR 2000, S. 231.

wird der Fälligkeitseintritt für solche Leistungen oder Leistungsteile angenommen, für die der Generalunternehmer seinerseits Zahlungen erhalten hat, d.h. es muss sich um Zahlungen handeln, die einer vom Subunternehmer erbrachten Leistung zuzuordnen sind. Gerade diese Zuordnung ist aber häufig problematisch. Zum einen ist die Abgrenzung einzelner Subunternehmerleistungen untereinander häufig sehr schwierig. Zum anderen erfordert eine solch genaue Zuordnung ein hohes Maß an Koordination zwischen dem Hauptvertrag und dem Subunternehmervertrag, die wegen der unterschiedlichen Verhandlungsposition des Generalunternehmers oftmals nicht in zufriedenstellendem Maße erreichbar ist. Massive Probleme dürften hier beispielsweise in einer Konstellation entstehen, in der zwischen Generalunternehmer und Auftraggeber ein Zahlungsplan vereinbart wird, der sich nicht an der Fertigstellung einzelner Gewerke oder Leistungsteile orientiert, sondern beispielsweise in bestimmten zeitlichen Abständen zu gleichbleibenden Summen fortschrittsunabhängig erfolgt.[205] Insofern dürfte die Zuordnung der Zahlung zu einer bestimmten Subunternehmerleistung erhebliche Schwierigkeiten bereiten und damit gleichzeitig neues Konfliktpotential beinhalten, da hierdurch in breitem Maße Missbrauchsmöglichkeiten geschaffen werden.

Darüber hinaus dürfte die Regelung des § 641 Abs. 2 insoweit problematisch sein, als sie die Identität, die hinsichtlich der Leistung noch entscheidend ist, nicht in jedem Fall bis auf die Vergütungsebene erhält. Aus der Begründung zum Regierungsentwurf[206] sowie aus der systematischen Stellung des Gesetzes[207] ergibt sich, dass der Nachunternehmer seine Leistung fertiggestellt haben muss. Die automatische Fälligkeit gem. § 641 Abs. 2 tritt also lediglich für seine Schlussvergütung ein.[208] Es wird ferner auch nicht dahingehend differenziert, welche Art von Vergütung der Generalunternehmer seinerseits vom Auftraggeber erhalten haben muss. Damit sind auch Abschlagszahlungen vom Gesetzeswortlaut erfasst.[209] Dementsprechend kann die neue Regelung des § 641 Abs. 2 für den Generalunternehmer bedeuten, dass er seinerseits für bestimmte Leistungsteile Abschlagszahlungen vom Auftraggeber erhält, die jedoch ihrer Natur nach lediglich vorläufig und damit keineswegs sicher sind, während hierdurch für den Subunternehmer die automatische Fälligkeit der Schlussvergütung ausgelöst wird.[210] Damit ist zwar einerseits an die Identität der Leistung

---

[205] *Roos*, BauR 2000, S. 465.

[206] BT-Drucks. 14/1246, S. 7.

[207] So z.B. *Kniffka*, ZfBR 2000, S. 231.

[208] vgl. *Kniffka*, a.a.O.

[209] Siehe auch BT-Drucks. 14/1246, S. 7.

[210] *Kniffka*, ZfBR 2000, S. 231.

angeknüpft, eine Identität der Vergütung jedoch nicht gewährleistet, was sich unter Umständen zum Nachteil des Generalunternehmers auswirken kann.

Insgesamt ist die neue Regelung des § 641 Abs. 2 damit zwar durchaus geeignet, den bis dato vielfach zu beobachtenden Missständen im Baugewerbe – insbesondere im Bereich des Subunternehmereinsatzes – einen Riegel vorzuschieben. Dennoch ist die gefundene Lösung kein Allheilmittel, da immer noch gewichtige Probleme von der Neuregelung nicht ausreichend bedacht werden. In der juristischen Literatur ist diese Neuerung daher – ebenso wie die weiteren Regelungen des Beschleunigungsgesetzes – teilweise starker Kritik ausgesetzt. Der baurechtliche Ergänzungsentwurf des IfBF zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz bemängelt insbesondere, dass der Subunternehmer Kenntnis von einer erfolgten Zahlung des Auftraggebers an den Generalunternehmer erlangen müsste.[211] Diese müsste er gegebenenfalls nachweisen können. Ferner müsste er nachweisen, dass die an den Generalunternehmer geleistete Zahlung seinen Leistungsteil betrifft. Welche Schwierigkeiten dieses Erfordernis nicht nur für den Subunternehmer, sondern generell mit sich bringt, ist bereits ausführlich oben dargestellt worden. Diese Nachweise dürften dem Subunternehmer daher in aller Regel nicht gelingen, so dass nach der Auffassung des IfBF die Einführung der Durchgriffsfälligkeit keinen ersichtlichen Vorteil zugunsten des Subunternehmers bringe und demzufolge (ebenfalls) entbehrlich sei.[212] Vereinzelt wurde auch geäußert, dass dieses Erfordernis den Unternehmer als „Auskunftsquerulanten“ erscheinen ließe, mit der Konsequenz, dass eine Berücksichtigung des Unternehmers bei der Vergabe zukünftiger Aufträge kaum noch gerechnet werden könne.[213]

Sofern eine Besserstellung des Subunternehmers erreicht werden soll, wäre hier insbesondere an eine Durchbrechung der Trennung beider Vertragsverhältnisse im Hinblick auf die Abnahme zu denken, da diese das fälligkeitsauslösende Moment darstellt. Anstatt eine Abnahme auf unterer Ebene entbehrlich zu machen und durch einen komplizierten Automatismus zu ersetzen, der seinerseits erhebliches Missbrauchspotential enthält, könnte der gleiche Effekt möglicherweise auch dadurch erreicht werden, dass man die Abnahme durch den Auftraggeber auf das Verhältnis zwischen General- und Subunternehmer durchschlagen lässt und damit nicht an die Zahlung der Vergütung, sondern bereits davor an die die Fälligkeit auslösende Abnahmehandlung anknüpft.[214]

---

[211] *IfBF*, BauR 2001, Sonderdruck zu Heft 4, S. 20 f.

[212] *IfBF*, a.a.O., S. 21.

[213] Unter Hinweis auf die ähnlichen Entwicklungen bei „Sicherheitsfanatikern“ im Rahmen des § 648a BGB *Kiesel*, NJW 2000, 1673, 1678.

[214] *Roos*, BauR 2000, S. 465.

Im Zusammenhang mit dem Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes sind diese Punkte nunmehr aufgegriffen worden und eine Ergänzung des § 641 Abs. 2 vorgeschlagen. Zum einen soll auch der Fall erfasst werden, in denen zwar noch keine Zahlung des Dritten erfolgt ist, aber eine Abnahme erklärt wurde. Zum anderen soll das Informationsdefizit des Unternehmers hinreichend berücksichtigt werden. Eine Fälligkeit soll daher auch dann angenommen werden, wenn der Unternehmer den Bestellter erfolglos aufgefordert hat, ihm die entsprechende Auskünfte zu erteilen.

In der Praxis dürfte die Regelung für den Subunternehmer jedoch weitestgehend wertlos sein. Sofern er das geschuldete Werk im wesentlichen mängelfrei erbracht hat, kann er ohnehin die Abnahme verlangen und gegebenenfalls die Abnahmewirkung nach § 640 Abs. 1 S. 3 BGB herbeiführen. In diesem Fall würde er des Schutzes des § 641 Abs. 2 BGB gar nicht bedürfen. Der Anwendungsbereich des § 641 Abs. 2 BGB eröffnet sich vielmehr nur dann, wenn der Subunternehmer das Werk mangelhaft erbracht hat. Ob in diesen Fällen eine automatische Fälligkeit des Werklohns nach § 641 Abs. 2 BGB gerechtfertigt ist, erscheint zumindest fraglich. Es sind durchaus Fälle vorstellbar, in denen der Auftraggeber bereits gezahlt hat, erst im Anschluss jedoch Mängel des Subunternehmergewerks aufgetreten sind. Für diese Fälle erschiene es unbillig den schlecht leistenden Subunternehmer durch § 641 Abs. 2 zu schützen. Die Anwendung des § 641 Abs. 2 BGB in derartig gelagerten Fällen ist daher nicht unumstritten.

Abschließend bleibt noch zu erwähnen, dass der Unternehmer zur Leistung einer Sicherheit verpflichtet ist, soweit der Besteller seinerseits für die erhaltene Vergütung eine solche geleistet hat, § 641 Abs. 2 S. 2.

3. Die Sicherung des Subunternehmers nach §§ 647, 648 und 648a BGB

Das Werkvertragsrecht stellt dem Werkunternehmer grundsätzlich verschiedene Sicherungsmöglichkeiten zur Verfügung. Die schlechte Position des Subunternehmers bei Vergütungsproblemen ist im Rahmen des Anlagenbaus jedoch nicht zuletzt dadurch bedingt, dass der Subunternehmer trotz seiner Vorleistungsverpflichtung in aller Regel kaum diese Sicherungen in Anspruch nehmen kann.

Zunächst gewährt § 647 BGB dem Unternehmer für seine Forderungen aus dem Werkvertrag ein Pfandrecht an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers, wenn sie bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind. Diese Vorschrift entspricht dem Leitbild des Werkvertragsrechts, das ursprünglich im Werkvertrag eher kleine Werkleistungen im Blick hatte, wie etwa die Herstellung eines Schrankes, die Reparatur eines Schuhs oder – übertragen in die heutige Zeit

– die Reparatur eines Autos oder eines Computers. Im Rahmen des Anlagenbaus dürfte das Unternehmerpfandrecht dem Subunternehmer in zweierlei Hinsicht nicht zur Verfügung stehen.

Zum einen entsteht das Pfandrecht an den beweglichen Sachen des Bestellers. Darunter können beim Anlagenbau allenfalls die gelieferten Baumaterialien fallen, in seltenen Fällen möglicherweise auch Werkzeug, das dem Subunternehmer zur Verfügung gestellt wurde. Diese Gegenstände sind in aller Regel kaum ausreichend verwertbar, um dem Sicherungsbedürfnis des Subunternehmers gerecht zu werden.

Sofern die Leistung des Subunternehmers als Herstellung einer beweglichen Sache angesehen werden kann, die dezentral konzipiert und gebaut und auf der Baustelle nur noch montiert wird, kann zum anderen der Subunternehmervertrag auch als Werklieferungsvertrag zu qualifizieren sein, auf den gem. § 651 BGB die Sicherungsrechte des Werkvertragsrechts nicht anwendbar sind. Dies gilt auch, soweit der Subunternehmer mit Spezialanfertigungen betraut ist, die insofern die Herstellung einer nicht vertretbaren Sache betreffen, da in diesem Fall zwar das Werkvertragsrecht gem. § 651 S. 3 BGB teilweise anwendbar ist, die Sicherungsrechte jedoch weiterhin unanwendbar bleiben.

Sofern sich die Leistung des Unternehmers auf ein Bauwerk oder einzelne Teile eines Bauwerkes bezieht, bietet ihm § 648 BGB einen Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück des Bestellers. Auch dieses Instrument steht dem Subunternehmer aber in aller Regel nicht zur Verfügung, da die Vorschrift des § 648 BGB voraussetzt, dass der Besteller – im Rahmen des Subunternehmerverhältnisses also der Generalunternehmer – Eigentümer des zu belastenden Grundstückes ist, was gerade beim Generalunternehmer ganz deutlich nicht der Fall ist. Insofern hat man früher versucht, dem Subunternehmer eine Art „Sicherungsdurchgriff“ zu ermöglichen, indem man ihm einen Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek am Grundstück des Auftraggebers zubilligen wollte. Entgegen dem Wortlaut des § 648 BGB wurde dies mit der Notwendigkeit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise begründet, die den Besonderheiten des modernen Geschäftslebens gerecht werden müsse.[215] Dies wurde vom BGH nachdrücklich abgelehnt, der insoweit deutlich zum Ausdruck gebracht hat, dass der Wortlaut des § 648 BGB entscheidend ist, wonach eine Identität zwischen dem Besteller und dem Eigentümer des Grundstücks bestehen muss.[216]

---

[215] So z.B. OLG München, NJW 1975, 220; KG, NJW 1978, 325; vgl. auch *Rathjen*, DB 1977, 987 ff.; *Lenzen*, BauR 1981, 434 ff.

[216] BGHZ 102, 95.

Daher hat der Gesetzgeber im Jahr 1993 mit § 648a BGB eine weitere Sicherungsvorschrift in das Werkvertragsrecht eingefügt[217], die nicht an das Grundstück anknüpft und somit grundsätzlich auch Subunternehmern zur Verfügung steht.[218] Wegen der oben aufgezeigten Probleme dürfte es sich hierbei tatsächlich um das einzige Sicherungsmittel handeln, dass dem Subunternehmer nach den rechtlichen Voraussetzungen ohne weiteres zur Verfügung steht. Damit ist dem Subunternehmer vom Gesetzgeber zwar ein Sicherungsmittel in die Hand gegeben. Dieses stellt sich aber als überaus stumpfes Schwert dar und wird daher in der Praxis kaum genutzt. Dies hat seinen Grund darin, dass das bloße Verlangen einer Sicherung in der Praxis geeignet ist, die wirtschaftliche Reputation des Generalunternehmers – insbesondere gegenüber seiner Bank, die ihm die Sicherung zur Verfügung stellen müsste – in Zweifel zu ziehen, was sich im schlechtesten Fall für den Subunternehmer in einer negativen Vergabeentscheidung oder, soweit bereits eine Beauftragung erfolgt ist, in der Versagung von Folgeaufträgen auswirken könnte.[219] Insoweit hat sich die Kommentierung dieser Vorschrift in der Zwischenzeit gewandelt. Hat die Einfügung des § 648a BGB zu Beginn noch eine gewisse Euphorie hervorgerufen[220], so ist diese in der Zwischenzeit einer gewissen Ernüchterung und allgemeinen Kritik gewichen, die mitunter die Regelung gar als gesetzespolitisch verfehlt bezeichnet.[221]

4. Die Sicherung des Subunternehmers nach dem BauFG

Eine weitere Möglichkeit, über die in der Vergangenheit verstärkt ein Durchgriff des Subunternehmers auf den Auftraggeber versucht wurde, bietet das sogenannte Bauforderungsgesetz (BauFG)[222] - auch Baugeldsicherungsgesetz genannt -, das allgemeine Sicherungs- und Schutzvorschriften für diejenigen Fälle enthält, in denen der Bau mit Fremdmitteln, dem sogenannten Baugeld, finanziert wird. § 1 des BauFG statuiert die Verpflichtung des Empfängers von Baugeld, dieses Geld zur Befriedigung solcher Personen zu verwenden, die an der Herstellung des Bauwerks aufgrund eines Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrags beteiligt sind. Eine grundlegende Entscheidung zu diesem Gesetz traf das

---

[217] Die Regelung wurde eingefügt durch das sog. Bauhandwerkersicherungsgesetz vom 27.04.1993, BGBl. I 509.

[218] Generell zum Sicherungsanspruch des Auftragnehmers nach § 648a BGB siehe *Hofmann* / *Koppmann*, Die neue Bauhandwerkersicherung; Zur Sicherung im besonderen Kontext internationaler Bauprojekte vgl. *Yazdani*, RIW 2001, S. 124 ff.

[219] *Werner* / *Pastor*, Rdnr. 316.

[220] vgl. *Werner* / *Pastor*, Rdnr. 316.

[221] *Gutbrod*, DB 1993, 1562; *Quack*, BauR 1995, 319; *Staudinger* / *Peters (2000)*, BGB, § 648a BGB, Rdnr. 2; *Siegburg*, BauR 1990, 647 ff.

[222] Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen vom 01.06.1909, RGBl. S. 449.

Reichsgericht im Jahr 1932[223]. In dem zugrundeliegenden Fall hatte ein Bauherr das Baugeld an den Generalunternehmer ausbezahlt, dieser hatte es allerdings nicht an den Subunternehmer weitergeleitet. Daraufhin nahm der Subunternehmer den Bauherren auf Zahlung in Anspruch, weil dieser durch die Auszahlung des gesamten Baugeldes an den Generalunternehmer ohne Rücksicht auf die Subunternehmer gegen die Pflicht zur ordnungsgemäßen Verwendung des Baugeldes verstoßen habe. Es wurde vom Subunternehmer vorgetragen, dass § 1 des BauFG Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB sei. Das Reichsgericht bejahte zwar letzteres, sah aber in der Auskehrung des Baugeldes an den Generalunternehmer keine zweckwidrige Verwendung im Sinne von § 1 BauFG, so dass ein Durchgriff auf den Auftraggeber auch insofern ausschied.

Nichtsdestotrotz spielt das BauFG eine nicht zu unterschätzende Rolle in der Sicherung des Subunternehmers. Die Qualifizierung des § 1 BauFG als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 ist seit der Entscheidung des Reichsgerichts ständige Rechtsprechung.[224] Handelt daher der Empfänger von Baugeld der Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Weiterleitung des Geldes vorsätzlich zuwider, so ist er den am Bau beteiligten Unternehmern unter Umständen nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 1 BauFG zum Schadensersatz verpflichtet.[225] Anfang der achtziger Jahre weitete der BGH den Anwendungsbereich des Gesetzes aus, indem er entschied, dass auch der Generalunternehmer als Baugeldempfänger im Sinne von § 1 BauFG zumindest insoweit anzusehen ist, als er das an ihn gezahlte Geld zur Weiterleitung an seine Subunternehmer erhalten hat.[226] Entscheidende Bedeutung erlangt das Gesetz jedoch, als über die Qualifizierung als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB eine deliktische Haftung erreicht werden kann. Der Subunternehmer kann daher zwar im Falle der Insolvenz des Auftraggebers kaum Befriedigung durch den Generalunternehmer selber erlangen. Sofern der Generalunternehmer jedoch – wie im Anlagenbau allgemein üblich – als juristische Person organisiert ist, kommt eine deliktische Haftung der gesetzlichen Vertreter des Generalunternehmers in Frage, soweit diese vorsätzlich gegen den § 1 BauFG verstoßen haben.

Insofern spielt das BauFG in der Praxis eine sehr bedeutende Rolle, auch wenn es in der juristischen Betrachtung eher ein Schattendasein pflegt. Gerade in den letzten Jahren ist

---

[223] RG, RGZ 138, 156.

[224] vgl. auch BGH, *Schäfer* / *Finnern*, Z 2.13 Bl. 3; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 1363; BGH, ZfBR 1982, 76.

[225] vgl. insofern auch BGH, BauR 1996, 709.

[226] BGH, NJW 1982, 1037; NJW 1985, 134.

vermehrt der Ruf nach einer Wiederbelebung des BauFG laut geworden.[227] In den (insoweit wortgleichen) Gesetzesinitiativen der CDU/CSU-Fraktion im Bundestag[228] sowie des Freistaates Sachsen im Bundesrat[229] zur Einführung eines Bauvertragsgesetzes wird ausdrücklich vorgesehen, die Regelungen des BauFG in das Regelwerk des BGB zu integrieren, um somit dem Gesetz zu neuer Wirksamkeit zu verhelfen.[230] Diese wachsende Bedeutung wird darüber hinaus auch durch eine nicht unerhebliche Zahl neuerer Entscheidungen belegt.[231] Im Rahmen des Entwurfs des Forderungssicherungsgesetzes, der ursprünglich eine solche Integration des BauFG in das Regelwerk des BGB vorsah, ist zwischenzeitlich wegen der erheblichen ungeklärten Unsicherheiten von einer solchen Einbindung in das BGB Abstand genommen worden. Insofern hat man sich auf eine reine Modernisierung der entsprechenden Vorschriften beschränkt.

5. Direktzahlungen des Auftraggebers an den Subunternehmer

Eine letzte Möglichkeit, die Trennung beider Vertragsverhältnisse zu überwinden, liegt in der direkten Vergütung des Subunternehmers durch den Auftraggeber unter Umgehung der Generalunternehmerebene. Soweit auf den konkreten Fall die VOB/B anzuwenden ist, ergibt sich eine solche Möglichkeit im deutschen Recht aus der Regelung des § 16 Nr. 6 VOB/B.

Danach ist der Auftraggeber berechtigt, zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus den Nummern 1 bis 5 Zahlungen an Gläubiger des Auftragnehmers zu leisten, soweit diese an der Ausführung der vertraglichen Leistung des Auftragnehmers beteiligt sind und der Auftragnehmer in Zahlungsverzug geraten ist. Ein typischer Anwendungsfall dieser Vorschrift ist erneut die bereits oben im Zusammenhang mit dem Beschleunigungsgesetz beschriebene Situation, in der ein Generalunternehmer wegen eigener finanzieller Notlage nicht mehr seinen Zahlungsverpflichtungen gegenüber seinen Subunternehmern nachkommt. Hier gibt § 16 Nr. 6 VOB/B – insoweit präventiv – die Möglichkeit, dass der Auftraggeber für die bereits erbrachten Leistungen Zahlungen direkt an die beteiligten Subunternehmer abführt. Zum einen bringt dies eine Erleichterung der Zahlungsströme mit sich, da hier eine

---

[227] Siehe z.B. *Maritz*, BauR 1990, 401 ff.; *Seewald*, BauR 2000, 41.

[228] Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Forderungen der Bauhandwerker (Bauvertragsgesetz – BauVertrG) vom 26.03.1999, BT-Drucks. 14/673.

[229] Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Forderungen der Bauhandwerker (Bauvertragsgesetz – BauVertrG) vom 14.04.1999, BR-Drucks. 242/99.

[230] vgl. jeweils die Begründung der Entwürfe, BT-Drucks. 14/673, S. 8 sowie BR-Drucks. 242/99, S. 31.

[231] BGH, BauR 1996, 709; BGH, NJW-RR 1991, 141; BGH, NJW-RR 1990, 914; BGH, NJW-RR 1990, 342; BGH, NJW-RR 1989. 788; BGH, NJW 1988, 263; BGH, NJW 1987, 1196; BGH, NJW-RR 1986, 446; BGH, NJW 1986, 1105; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 1363.

Zahlungsebene übersprungen wird. Zum anderen wird damit in besonderer Weise dem Auftraggeber entsprochen, der ein Interesse an der reibungslosen Abwicklung und – soweit es sich um Abschlagszahlungen oder Vorauszahlungen handelt – zügigen Fortführung der Bauausführung hat. Nichtsdestotrotz handelt es sich bei der Vorschrift um eine Durchbrechung der rechtlichen Trennung beider Vertragsverhältnisse, so dass die Anwendung des § 16 Nr. 6 nicht ohne weiteres möglich ist. Insbesondere ist eine Zustimmung des Generalunternehmers notwendig. Wird diese Erklärung nicht abgegeben, gelten die Forderungen als anerkannt und der Zahlungsverzug als bestätigt. Insofern handelt es sich bei § 16 Nr. 6 VOB/B um ein weiteres Instrumentarium, das dem Subunternehmer zu einer beschleunigten Geltendmachung seiner fälligen Forderungen verhelfen kann.

Auch durch diese Regelung wird jedoch lediglich eine Situation erfasst, in der ein Zahlungsausfall auf der Ebene des Generalunternehmers eintritt. Dementsprechend bleiben erneut diejenigen Situationen unerfasst, bei denen die Zahlungsprobleme beim Auftraggeber, also auf oberster Ebene, eintreten und die insofern hier im Mittelpunkt der weiteren Betrachtung stehen sollen.

II. Zahlungsprobleme auf der Auftraggeberebene

Neben den Problemen, die durch einen Ausfall des Generalunternehmers auftreten, ist gerade bei internationalen Großprojekten oftmals auch der insolvenzbedingte Ausfall des Auftraggebers ein nicht zu unterschätzendes Risiko, da diese Projekte in aller Regel überdurchschnittliche finanzielle Anforderungen an die Beteiligten stellen, die zu Beginn des Projektes kaum überschaubar sind.

Wegen der besonderen Risikostruktur internationaler Anlagenprojekte sind die Vertragsparteien im Rahmen ihrer Kooperation naturgemäß bestrebt, die immensen Risiken eines solch komplexen Projektes weitestgehend auf andere Ebenen zu verteilen. Nicht selten besteht zwischen der prognostizierten und der tatsächlichen Projektdurchführung eine nicht unerhebliche Differenz, die weitestgehend auf den speziellen Bedingungen beruht, unter denen der Bau einer Industrieanlage durchgeführt wird. Dies sind insbesondere Unwägbarkeiten in der tatsächlichen Ausführung, technische Schwierigkeiten, Variationen und Änderungen in der Konzeption der Anlage etc. Diese stetigen Änderungen, denen eine solche Projektabwicklung unterliegt, bergen in sich die Gefahr, dass durch die hiermit verbundenen wirtschaftlichen Mehrleistungen die finanzielle Belastbarkeit des Auftraggebers überschritten wird und das Projekt wegen der drohenden Insolvenz des Auftraggebers zu scheitern droht. Da der Auftraggeber in der oben aufgezeigten Hierarchie der ursprüngliche Initiator aller Geldzahlungen ist, sind die Beteiligten bestrebt. für einen solchen Fall Vorsorge

zu treffen. Insbesondere der Generalunternehmer ist von dieser Ausfallgefahr betroffen und wird wegen der oben dargestellten „Zwei-Fronten-Stellung“ bestrebt sein, das Insolvenzrisiko des Auftraggebers so weit wie möglich zu vermindern. Da aber eine grundsätzliche Trennung der Vertragsverhältnisse mit dem Auftraggeber auf der einen sowie dem Subunternehmer auf der anderen Seite existiert, bleibt dem Generalunternehmer lediglich die Möglichkeit, die entsprechenden Regelungen des Hauptvertrags im Hinblick auf bestimmte Verpflichtungen durch spezielle vertragliche Regelungen im Subunternehmervertrag zu synchronisieren und auf diese Weise einzelne Risiken an den Subunternehmer durchzustellen.

Die Bestrebungen des Generalunternehmers, das Ausfallrisiko des Auftraggebers an den Subunternehmer weiterzureichen, vollziehen sich im deutschen Recht in der Regel in zwei Formen. Zum einen wird versucht, die Abnahmezeitpunkte des Hauptvertrags und des Subunternehmervertrags gleichzuschalten, um das Risiko einer unüberschaubaren Vorfinanzierung zu umgehen. Zum anderen versucht der Generalunternehmer regelmäßig, die Vergütung des Subunternehmers unter die Bedingung vorherigen Zahlungseingangs durch den Auftraggeber zu stellen, um hier ebenfalls sicherzustellen, dass er nicht den cash-flow zu überbrücken hat. Auf diese Weise wird versucht, eine komplette Abwälzung oder zumindest eine Beteiligung des Subunternehmers am Ausfall- und Insolvenzrisiko zu erreichen.

1. Gleichschaltung der Abnahmezeitpunkte beim Subunternehmervertrag

Eine Möglichkeit, dieses Ausfallrisiko und die damit verbundene potentielle Zwischenfinanzierung des Projektes zu minimieren, liegt in der Gleichschaltung des Vergütungsrisikos über das Element der Abnahme.[232] Dabei wird entweder der Abnahmezeitpunkt vertraglich bis zur Gesamtabnahme des Bauwerkes durch den Bauherren aufgeschoben oder die Abnahme der Teilleistung des Subunternehmers von der Abnahme durch den Bauherren abhängig gemacht. Die Verwendung solcher Regelungen in Subunternehmerverträgen ist von der Rechtsprechung bislang höchst unterschiedlich beurteilt worden. Zum einen sind entsprechende Klauseln als unwirksam betrachtet worden, sofern hierdurch der Abnahmezeitpunkt für den Subunternehmer völlig ungewiss ist oder er jeglichen Einfluss auf den Zeitpunkt der Abnahme verliert.[233] Andererseits ist das Interesse des Generalunternehmers an einer Gleichschaltung der Abnahmezeitpunkte seiner beiden

---

[232] Siehe hierzu allgemein *Medicus*, in: *Deutsche Gesellschaft für Baurecht e.V.* (Hrsg.), Seminar ARGE / Generalunternehmer / Subunternehmer, S. 76 ff.; *Englert / Grauvogl / Maurer*, S. 181 Rdnr. 185.

[233] Siehe beispielsweise BGH, BauR 1997, 202; BauR 1996, 378; BauR 1995, 234; BauR 1989, 322; OLG Düsseldorf, BauR 1984, 95; OLG Karlsruhe, BB 1983, 725.

Vertragsverhältnisse von der Rechtsprechung anerkannt worden.[234] Ein solches Interesse ist beispielsweise dann besonders evident, wenn die vertragsgemäße Beschaffenheit der Subunternehmerleistung nicht isoliert, sondern nur im Zusammenhang mit dem Werk eines anderen Subunternehmers beurteilt werden kann, das erst nach dieser Leistung fertiggestellt wird.[235]

Neben den Aspekten der Vergütung wird der Generalunternehmer in erster Linie bestrebt sein, durch die Gleichschaltung der Abnahmezeitpunkte einen Parallellauf der Gewährleistungsfristen zu erreichen. Da Mängel in einer der Subunternehmerleistungen möglicherweise überhaupt nicht isoliert, sondern nur im Zusammenhang mit weiteren Leistungen oder gar erst nach Fertigstellung der Gesamtanlage beurteilt werden können, läuft der Generalunternehmer Gefahr, dass er zwar wegen des späten Abnahmezeitpunktes für die Gesamtanlage gegenüber dem Auftraggeber voll haftet, ein Regress beim Subunternehmer jedoch wegen zwischenzeitlichen Ablaufes der Gewährleistungsfrist für die isolierte Leistung nicht mehr möglich ist. Eine Koppelung beider Gewährleistungsfristen wäre daher aus Sicht des Generalunternehmers geeignet, dieses Risiko zu minimieren.

2. Der Einsatz bedingender Zahlungsklauseln

Sehr viel kontroverser wird die Verwendung bedingender Zahlungsklauseln diskutiert, die daher im Mittelpunkt dieser Betrachtung stehen soll. Mit ihrer Verwendung soll ebenfalls versucht werden, das Ausfallrisiko des Auftraggebers umzuverteilen. Aus Sicht des Generalunternehmers sollen diese Klauseln ebenfalls dazu dienen, das Risiko einer Zwischenfinanzierung zu minimieren. Gerade im internationalen Anlagenbau mit seinen komplexen Strukturen und einem hohen Risikopotential ist diese Art von Vertragsklausel durchaus üblich und weit verbreitet.

a. Die Ausgangssituation

Im Rückblick auf die bereits angesprochenen Strukturen des Subunternehmereinsatzes lässt sich festhalten, dass sowohl der Auftraggeber, der Generalunternehmer, sein Subunternehmer, als auch dessen Subunternehmer usw. in einer hierarchischen Ordnung zueinander stehen. Der Auftraggeber beauftragt den Generalunternehmer mit der Errichtung der von ihm gewünschten Anlage, der Generalunternehmer vergibt Teile der hierzu notwendigen Arbeiten an Subunternehmer, dieser gibt wiederum Teile der zu leistenden Arbeiten weiter an Sub-

---

[234] Siehe hierzu z.B. BGH, BauR 1995, 234; BauR 1989, 322; OLG Düsseldorf, BauR 1995, 111; OLG Oldenburg, OLGR 1996, 51.

[235] LG Düsseldorf, AGBE II § 9 Nr. 16 S. 168.

Subunternehmer usw. Gerade bei dem durch umfangreiche und komplexe Baumaßnahmen gekennzeichneten Anlagenbau werden auf diese Weise nicht selten sechs oder sieben Vergabeebenen erreicht.[236] Im Idealfall fließen alle denkbaren Entscheidungen und Vorgänge, die die Errichtung der Anlage betreffen, in dieser Hierarchie durch die einzelnen Ebenen. Weisungen des Auftraggebers, soweit er hierzu berechtigt ist, ergehen an den Generalunternehmer, der sie dann wiederum an seine Vertragspartner, die Subunternehmer, weiterleitet. Abschlagszahlungen für bereits geleistete Arbeiten werden im Idealfall streng nach Zahlungsplan durch den Auftraggeber an den Generalunternehmer erbracht, der hiervon die den Subunternehmern für geleistete Arbeiten zuzurechnenden Teile ordnungsgemäß weiterleitet.

Soweit allerdings dieser Zahlungsfluss auf der Auftraggeberebene – beispielsweise wegen Insolvenz – unterbrochen wird, sieht sich der Generalunternehmer Zahlungsansprüchen seiner Subunternehmer ausgesetzt, während er selber keine Refinanzierung durch Zahlungen des Auftraggebers erhält. Dieser Situation versucht er regelmäßig durch die Verwendung bedingender Zahlungsklauseln vorzubeugen. Der Einsatz solcher Klauseln in Subunternehmerverträgen hat einen erheblichen Beitrag zu dem gesteigerten Konfliktpotential im Baubereich geliefert. Die Idee, die sich hinter der Verwendung einer solchen Klausel verbirgt, ist denkbar einfach. Der Generalunternehmer und der Subunternehmer vereinbaren in ihrem gemeinsam geschlossenen Vertrag eine Bedingung dergestalt, dass der Subunternehmer erst dann eine Vergütung für seine Leistungen zu fordern berechtigt ist, wenn der Generalunternehmer seinerseits für diese Leistungsteile vom Auftraggeber eine Vergütung erhalten hat. Vereinfacht – im Kontext der oben angesprochenen Hierarchie – bedeutet dies, dass zuerst ein Geldfluss auf Basis des Hauptvertrages für geleistete Arbeit von Ebene 1 zu Ebene 2 erfolgt sein muss, bevor diese Gelder im Rahmen des Subunternehmervertrages von Ebene 2 zu Ebene 3 fließen.

Typische Formulierungen solcher Klauseln lauten z.B. wie folgt:

> „Zahlungen erfolgen in gleicher Weise, wie der Auftraggeber für den Auftragsteil des Subunternehmers an den Generalunternehmer bezahlt.“[237]

> „Gerät der Bauherr in Zahlungsschwierigkeiten, tritt er vom Auftrag zurück oder wird das Konkursverfahren über den Betrieb des Bauherrn eröffnet, so erhält der Auftragnehmer Leistungen oder Lieferungen nur in dem Maß vergütet, wie der Auftraggeber sie vom Bauherrn vergütet bekommt.“[238]

---

[236] *Schuhmann*, BauR 1998, S. 229.

[237] *Locher*, NJW 1979, S. 2237.

[238] *Locher*, a.a.O.

> „Der Auftragnehmer ist am Zahlungsrisiko des Auftraggebers gegenüber dem Endkunden beteiligt, und zwar ist der Auftraggeber zur Zahlung grundsätzlich erst dann verpflichtet, wenn entsprechende Zahlungen des Endkunden eingegangen sind, spätestens aber 6 Wochen nach Eingang der Rechnung und eines von der Auftraggeber-Bauleitung bzw. dem Kunden geprüften und zertifizierten Leistungs- und Mengenverzeichnisses."[239]

Eine solche Regelung ist in ihrer Idee sehr einfach gehalten, führt aber im praktischen Gebrauch zu erheblichen Problemen, die tief in das vertragliche und geschäftliche Verhältnis zwischen General- und Subunternehmer eingreifen und dieses empfindlich stören können. Letztendlich stellen solche Klauseln einen Versuch dar, das Risiko der Auftraggeberinsolvenz abweichend von der normalen Verteilung durch eine vertraglich vereinbarte Regelung auf eine der Parteien, in diesem Fall den Subunternehmer, abzuwälzen. Der Subunternehmer, der sich einer solchen Klausel gegenübersieht, muss abwägen, ob sein Interesse an dem Projekt so groß ist, dass er gewillt ist, eine solche immense Abweichung von der normalen Risikostruktur zu akzeptieren.

b. Die kollidierenden Sichtweisen der Vertragsparteien

Wie bereits zuvor erwähnt, war im Bereich des Baugewerbes in den letzten Jahren und Jahrzehnten ein stetiger Anstieg in der Zahl der gerichtlichen und außergerichtlichen Streitigkeiten zu verzeichnen. Das Hauptkonfliktpotential zwischen den Vertragsparteien liegt dabei in den Zahlungsregelungen. In erster Linie lassen sich zwei Schwerpunkte erkennen, die typischerweise zur Auseinandersetzung zwischen den verschiedenen Beteiligten führen. Zum einen ist dies der Bereich der Mängelgewährleistung und des Verzuges. Mittelpunkt dieser Streitigkeiten ist in aller Regel die Frage, in wessen Verantwortungs- und Risikobereich ein bestimmter Mangel oder eine Verzögerung fällt. Insbesondere der Einsatz von Subunternehmern hat diese Tendenz verstärkt, da im Bereich der Schnittstellen eine Abgrenzung der Verantwortlichkeiten oftmals nur sehr schwer vorzunehmen ist und bereits im Zeitpunkt der Planung und des Vertragsschlusses umfangreiche und detaillierte Regelungen erfordert, die im Vorfeld der tatsächlichen Bauausführung oftmals nur schwer zu konkretisieren sind. Zum anderen resultiert hieraus auch der zweite Schwerpunkt im Bereich der Mehrleistungen und Variationen. Die erforderlichen Leistungen lassen sich im Anlagenbau nur selten abschließend beschreiben, so dass sie letztlich zwischen den Parteien im Leistungsverzeichnis nur benannt, ihre Ausführung aber nicht konkret festgelegt wird. Da Theorie und Praxis auch im Baugewerbe weit auseinanderliegen, entwickelt sich die Auftragsrealisierung oftmals anders als erwartet, und es ergeben sich im Rahmen der tatsächlichen Bauausführungen häufiger notwendige Änderungen, die auf Seiten des

[239] *Hautkappe*, S. 84 f.

Ausführenden regelmäßig Mehrleistungen gegenüber der ursprünglichen Planung erforderlich machen. Für den Auftraggeber können solche Änderungen zu einem überhöhten Werklohn führen, für den Auftragnehmer könnten sie in einem nicht kostendeckenden Werklohn resultieren.[240] Da diese Änderungen in den seltensten Fällen vorhersehbar sind, erwächst dementsprechend regelmäßig Streit zwischen den Parteien darüber, ob die erforderlichen Mehrleistungen bereits im ursprünglichen Leistungsumfang mitenthalten waren und dementsprechend durch die vereinbarte Vergütung miterfasst sind, oder ob hierfür eine gesonderte zusätzliche Vergütung gefordert werden kann.

Neben diesen generellen Streitschwerpunkten bietet aber auch die Verwendung der hier im Mittelpunkt stehenden bedingenden Zahlungsklauseln naturgemäß ein hohes Konfliktpotential. Im schlimmsten Falle würde eine solche Regelung für den Subunternehmer bedeuten, dass er im Falle der Auftraggeberinsolvenz leer ausgeht, obwohl er möglicherweise bis zum Eintritt der Insolvenz erhebliche Leistungen bereits erbracht hat. Auf der anderen Seite ist der Generalunternehmer letztlich in keiner privilegierteren Situation, da er sich Zahlungsansprüchen seiner Subunternehmer ausgesetzt sieht, ohne dass er wegen der Insolvenz des Auftraggebers eine Kompensation hierfür erhalten könnte. Die widerstreitenden Interessen von Generalunternehmer und Subunternehmer in einem solchen Szenario sind sich also in ihrem Ausgangspunkt sehr ähnlich, in ihrer Zielrichtung allerdings denkbar gegensätzlich.

aa. Der Standpunkt des Subunternehmers

Neben den reinen Zahlungsklauseln werden in internationalen Bauverträgen, insbesondere im anglo-amerikanischen Rechtskreis, häufig sog. „waiver-of-lien-rights"-Klauseln, sog. „no-damage-for-delay"-Klauseln, „liquidated-damages"-Klauseln sowie die bereits oben erwähnten „flow-through"-Klauseln verwendet, die allesamt geeignet sind, Risiken des Generalunternehmers in Abweichung vom Regelfall auf den Subunternehmer abzuwälzen, indem sie beispielsweise einen Pfandrechts- oder Haftungsverzicht des Subunternehmers verbindlich festlegen oder die Haftungsansprüche des Subunternehmers summenmäßig begrenzen.[241] Vor diesem Hintergrund stellen bedingende Zahlungsklauseln aus Sicht des Subunternehmers lediglich einen weiteren Versuch dar, ihm überproportionale Risiken innerhalb eines Projektes zuzuweisen und vom Generalunternehmer auf die Subunternehmerebene zu verlagern. Die Argumente, die aus Sicht des Subunternehmers gegen eine solche Risikoverteilung sprechen, sind offensichtlich.

---

[240] *Schuhmann*, BauR 1998, S. 229.

[241] Siehe hierzu ausführlich *Sessler*, The Construction Lawyer, November 1992, S. 23 ff.

Das Hauptargument des Subunternehmers gegen eine solche Risikoverlagerung resultiert aus der Trennungsthese. Der Subunternehmer unterhält kein eigenes Vertragsverhältnis mit dem Auftraggeber und ist daher immer und in jeglicher Hinsicht mindestens einen Vertrag entfernt vom Ursprung der Zahlung.[242] Die einseitige Aufhebung der Trennung der Vertragsverhältnisse zugunsten des Generalunternehmers führt für den Subunternehmer zu einem unausgewogenen Rechtsgefüge. Sofern Zahlungen vom Generalunternehmer unter Berufung auf die bedingende Zahlungsklausel im Subunternehmervertrag zurückgehalten würden, hätte der Subunternehmer wegen der strikten Trennung beider Vertragsverhältnisse keinerlei Möglichkeit, separat gegen den Auftraggeber eine Zahlung zu erwirken. Sofern die Nichtzahlung des Auftraggebers auf einer Streitigkeit zwischen dem Auftraggeber und dem Generalunternehmer, beispielsweise wegen Mängeln oder wegen Verzuges, beruht, müsste der Subunternehmer bei Vorliegen einer bedingenden Zahlungsklausel den Ausgang des Streites abwarten, bevor er seinerseits Zahlung vom Generalunternehmer erhalten könnte.[243]

Auf diese Weise geriete der Subunternehmer alleine durch das Vorliegen einer solchen Klausel in eine derartige Abhängigkeit vom Generalunternehmer, wie sie weder rechtlich noch wirtschaftlich kaum zu rechtfertigen wäre. Ansprüche auf Zahlung gegen den Auftraggeber ließen sich nur mit Hilfe des Generalunternehmers durchsetzen, da dieser der einzige ist, der in einem vertraglichen Verhältnis zum Auftraggeber steht. Diese Unterstützung zu erlangen, könnte für den Subunternehmer ebenfalls zum Problem werden, da der Generalunternehmer in einem Prozess mit dem Auftraggeber wohl nur sehr zögerlich vorgehen würde, um seine Position in der Gesamtabwicklung des Auftrages nicht zu gefährden.[244] Der Subunternehmer ist nur an der Vergütung seiner Teilleistung interessiert, der Generalunternehmer muss aber möglicherweise noch für eine lange Zeit mit dem Auftraggeber an dem Projekt zusammenarbeiten und ist insofern nicht zuletzt auch von der fortbestehenden Zahlungswilligkeit des Auftraggebers abhängig. Noch aussichtsloser wäre es für den Subunternehmer, wenn die Zahlung durch den Auftraggeber wegen eines Fehlers des Generalunternehmers unterbliebe. Hier könnte der Subunternehmer per se kaum mit der Hilfestellung des Generalunternehmers rechnen.

Da die Trennung der Vertragsverhältnisse nur für den Bereich der Zahlung aufgehoben wäre, ansonsten aber fortbestehen würde, müsste im Falle bedingender Zahlungsklauseln letztlich derjenige im vertraglichen Netzwerk das Insolvenz- und Ausfallrisiko des

---

[242] *Sweet*, Section 28.01, S. 549.

[243] vgl. hierzu die unter Kap. III, B. I. 4. eingehender diskutierte Entscheidung *Yamanishi v. Bleily & Collishaw, Inc.*; siehe auch *Schneider*, 2 ICLR (1984), S. 318.

[244] *Sessler*, The Construction Lawyer, November 1992, S. 23 f.

Auftraggebers tragen, der hierzu am wenigsten in der Lage wäre. Der Subunternehmer hat in aller Regel keinerlei Kontakt zum Auftraggeber, da dieser das Projekt lediglich mit dem Generalunternehmer verhandelt und im übrigen an der tatsächlichen Bewältigung des Projektes wenig Interesse haben dürfte. Insofern hätte der Subunternehmer ein erhebliches Informationsdefizit, das ihm die Kompensation des ihm aufgebürdeten Risikos noch weiter erschweren würde, da sein einziger Ansprechpartner der Generalunternehmer ist. Dementsprechend kann der Subunternehmer üblicherweise die finanzielle Situation und Stabilität des Auftraggebers in keinster Weise einschätzen, da ihm die hierzu notwendigen Informationen und Kontakte fehlen.[245] Der Generalunternehmer wäre insofern viel eher in der Lage, eine drohende finanzielle Krise des Auftraggebers vorherzusehen und vorbeugende Maßnahmen zu ergreifen. Auch hier ist der Subunternehmer also ausnahmslos abhängig vom Generalunternehmer. Letztlich wird seine Bezahlung von einer Bedingung abhängig gemacht, die er weder beeinflussen noch überhaupt nachprüfen kann.

Wirtschaftlich betrachtet könnte eine solche Abhängigkeit den Subunternehmer an seine finanziellen Existenzgrenzen bringen. Solange der Generalunternehmer keine Zahlungen bekäme und der Subunternehmer wegen einer bedingenden Zahlungsklausel daher keine Vergütung erhalten könnte, müsste der Subunternehmer einen potentiellen Rechtsstreit zwischen Generalunternehmer und Auftraggeber um das Geld abwarten, bevor er mit einer Kompensation rechnen könnte. Bei der Mehrzahl der baurechtlichen Streitigkeiten dürfte ein solches Verfahren mehrere Jahre beanspruchen. Da der Subunternehmer in aller Regel nicht unerhebliche Vorleistungen erbracht haben wird, könnte die Überbrückung einer solchen Zeitspanne zu erheblichen finanziellen Schwierigkeiten innerhalb seines Unternehmens führen.[246] Selbst wenn er diese lange Zeitspanne überbrücken könnte, wäre eine für ihn kostendeckende, geschweige denn gewinnbringende Beendigung des Projektes angesichts dieser Belastungen kaum zu realisieren.

Dies liegt nicht zuletzt daran, dass spezialisierte Subunternehmer in der Vielzahl der Fälle kleine oder mittlere Unternehmen sind, denen lediglich eine geringe Kapitaldecke zur Finanzierung ihrer unternehmerischen Tätigkeit zur Verfügung steht und die bei der Durchführung von Bauprojekten dementsprechend auf zügige Zahlungseingänge angewiesen sind.[247] Insbesondere vor dem Hintergrund des Preisdrucks im Baugewerbe stehen die

---

[245] *Larson*, 21 T. Jefferson L.Rev. (1999), S. 278; siehe auch *Mootz*, 64 Conn.B.J. (1990), S. 257; *Kirksey*, The Construction Lawyer, Januar 1992, S. 40.

[246] So auch *Sweet*, Section 28.01, S. 549 f.

[247] *Sessler*, The Construction Lawyer, November 1992, S. 23; 42,8% aller baugewerblichen Betriebe haben eine Eigenkapitalquote von weniger als 10%, womit das Baugewerbe im Rahmen der Gesamtwirtschaft die

Subunternehmer in einem erbitterten Wettbewerb untereinander, der sie nahezu zwingt, auf Angebote des Generalunternehmers einzugehen. Gleichzeitig bedeutet diese geringe Unternehmensgröße ein Minus an Marktmacht gegenüber dem meist deutlich größeren Generalunternehmer. Bei der Verhandlung der Subunternehmerverträge sind die Subunternehmer daher häufig in einer schlechteren Verhandlungsposition, die sie zwingt, auch für sie ungünstige bedingende Zahlungsklauseln zu akzeptieren, ohne dass eine Abwandlung der fraglichen Klauseln verhandelbar wäre. Aus Sicht des Subunternehmers könnte sich die Verwendung bedingender Zahlungsklauseln daher leicht als geschäftlich unlauteres Verhalten des Generalunternehmers darstellen.

Auch innerhalb der Gruppe der Subunternehmer könnte die Verwendung bedingender Zahlungsklauseln zu Disparitäten führen, je nachdem, in welchen Bauabschnitt der Einsatz des jeweiligen Subunternehmers fällt. Zahlungsprobleme innerhalb eines Bauprojektes entstehen fast immer erst in späteren Bauphasen bis hin zum Ende und teilweise etliche Jahre darüber hinaus, jedoch selten oder nie zu Beginn der Bauausführung. Insbesondere im Anlagenbau vergeht zwischen dem Baubeginn und dem Abschluss der Bauarbeiten eine lange Zeitspanne, innerhalb der möglicherweise Finanzierungslücken im Projekt aufgedeckt werden, die Marktlage sich grundlegend verändert oder rechtliche Streitigkeiten zwischen Auftraggeber und Generalunternehmer die Zahlungsmoral behindern. Subunternehmer, die ihre Leistungen in diesen späteren Bauabschnitten zu erbringen hätten, wären dann gegenüber früher eingesetzten Subunternehmern in einer deutlich größeren Gefahr, wegen des Vorliegens einer bedingenden Zahlungsklausel nicht vergütet zu werden.[248]

Zu guter Letzt trägt der Subunternehmer bereits das Ausfallrisiko des Generalunternehmers. Gerade diese Insolvenzgefahr auf Seiten des Generalunternehmers hat in Deutschland in den letzten Jahren Schlagzeilen gemacht, da hier eine Vielzahl von Subunternehmen in den Sog des insolventen Generalunternehmers geraten ist und ihrerseits erhebliche finanzielle Einbußen bis hin zum Konkurs erleiden musste.[249] Würde ihm durch die Verwendung einer bedingenden Zahlungsklausel auch noch das Ausfallrisiko des Auftraggebers aufgebürdet werden, hätte er ein für ihn kaum überschaubares doppeltes Ausfallrisiko zu tragen, während der Generalunternehmer keinerlei Insolvenzrisiko akzeptieren würde.

---

schlechtesten Eigenkapitalquoten ausweist, vgl. *Niemöller*, BauR 2001, S. 481 mit Hinweis auf eine Untersuchung der Deutschen Gesellschaft für Mittelstandsberatung mbH, München 1999 (unveröffentlicht).

[248] *Kirksey*, The Construction Lawyer, Januar 1992, S. 40 f.

[249] Erinnert sei hier an die Insolvenz der Holzmann AG, die nur mit erheblichem Aufwand und für etliche Subunternehmer zu spät abgewendet werden konnte, sowie an den Bauskandal des Dr. Schneider.

bb. Der Standpunkt des Generalunternehmers

Demgegenüber wird sich der Generalunternehmer auf den Standpunkt stellen, dass es sich bei bedingenden Zahlungsklauseln um eine völlig legitime Ausübung der Vertragsfreiheit handelt. Kein Subunternehmer ist gezwungen, einen Vertrag abzuschließen, der eine für ihn ungünstige Risikoklausel enthält. Tut er es dennoch, so ist dies als Ausdruck seines freien geschäftlichen Willens auch von der Rechtsordnung zu akzeptieren.[250]

Der Generalunternehmer hat in aller Regel das Problem der „Zwei-Fronten-Stellung", die ihn von zwei Seiten mit Risiken belastet. Wegen der Trennungsthese hat er gegenüber dem Auftraggeber für die vertragsgerechte Erbringung der geschuldeten Leistungen seiner Subunternehmer einzustehen, da diese keine eigenen Vertragsverhältnisse mit dem Auftraggeber eingehen. Er trägt damit nicht nur das Ausfallrisiko des Auftraggebers, sondern auch das Risiko unzulänglicher Leistungen seiner Subunternehmer. Da in der Regel die Subunternehmerleistungen zeitlich und sachlich – zumindest teilweise – aufeinander aufbauen, kann die Schlechterfüllung eines Subunternehmers unübersehbare Folgen für die Fortführung der Bauarbeiten haben. Die hierdurch entstehenden Kosten hätte der Generalunternehmer gegenüber dem Auftraggeber voll zu vertreten, ohne dass ihm möglicherweise – wegen der oben angesprochenen schwachen Finanzkraft vieler Subunternehmer – eine realistische Möglichkeit zum Regress zur Verfügung steht.

Da der Subunternehmer darüber hinaus im gleichen Maße wie der Generalunternehmer von den Zahlungen des Auftraggebers profitiert, sollte er aus Sicht des Generalunternehmers auch in gleicher Weise an den Risiken eines Zahlungsausfalls beteiligt werden.[251] Dieser Punkt spielt gleichzeitig auf einen zentralen Aspekt im Standpunkt des Generalunternehmers an. Der relative Profit des Subunternehmers ist in aller Regel nicht besser und nicht schlechter als der des Generalunternehmers. Teilweise ist auf Seiten der Subunternehmer sogar ein höherer Profit zu verzeichnen, da wegen der Begrenzung ihrer Arbeit auf Teilleistungen ihr Anteil an der Gesamtkonstruktion besser überschaubar und dementsprechend auch besser planbar ist.[252] Gerade vor dem speziellen Hintergrund, dass Verzögerungen oder Schlechtleistungen in einer Subunternehmerleistung zu unübersehbaren Folgen für den Gesamtablauf des Projektes führen können, sieht sich der Generalunternehmer einer Situation gegenüber, die auch er möglicherweise finanziell nicht mehr verkraften könnte. Er steht üblicherweise unter dem gleichen, wenn nicht sogar höheren, Preis- und Wettbewerbsdruck, wie der Subunternehmer.

---

[250] Vgl auch *Larson*, 21 T. Jefferson L.Rev. (1999), S. 278.

[251] *Saucerman*, Worldfencenews April 1999.

[252] *Saucerman*, a.a.O.

Im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe ist innerhalb der Mitgliedsstaaten der EU die Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge[253] anwendbar, die den Mitgliedsstaaten in Art. 30 Abs. 1 eine Vergabe nach dem niedrigsten Preis oder dem wirtschaftlich günstigsten Angebot als alternative Bewertungskriterien an die Hand gegeben hat. Dementsprechend bestimmt die korrespondierende deutsche Vergaberegelung in § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A, dass der niedrigste Angebotspreis allein nicht ausschlaggebend für die Vergabeentscheidung sein soll, sondern dass ein Zuschlag auf das nach verschiedenen Kriterien, wie Preis, Ausführungsfrist, Betriebs- und Folgekosten etc., bewertete Angebot erteilt werden soll, welches sich insgesamt als das wirtschaftlichste darstellt. Insofern wird deutlich, dass die Höhe der einkalkulierten Gewinnspanne auf Seiten des bewerbenden Generalunternehmers in direktem Zusammenhang mit den Chancen eines erfolgreichen Zuschlags steht, so dass hier – ebenso wie beim Subunternehmer – ein erheblicher Preisdruck zu verzeichnen ist, der die Übernahme unüberschaubarer Risiken zumindest aus wirtschaftlicher Sicht verbietet.

Im Idealfall würden die Zahlungen vom Auftraggeber über den Generalunternehmer zum Subunternehmer laufen und auf diese Weise durch die einzelnen vertraglichen Ebenen hindurch einen stetigen cash flow generieren. Im Insolvenzfall würde dieser cash flow zwischen dem Auftraggeber und dem Generalunternehmer zum Erliegen kommen. Gleichwohl wäre der Generalunternehmer aufgrund seines Vertragsverhältnisses verpflichtet, die fälligen Zahlungen für geleistete Arbeiten zu erbringen, auch wenn er selbst für diese Teilleistungen vom Auftraggeber nicht vergütet wird. Insofern würde der Generalunternehmer die Stellung eines Garanten für die Aufrechterhaltung des cash flows für alle folgenden Zahlungsempfänger darstellen.[254] Seine Funktion innerhalb des Gesamtprojektes würde damit vom reinen Bauunternehmer zum Finanzierer des Projektes verlagert werden.[255] Die Übernahme dieser Aufgabe entspricht aber nicht seiner vertraglichen Verpflichtung und wohl auch kaum der Konzeption eines idealen Bauprojektes. Nicht zuletzt erhält der Generalunternehmer keinerlei Vergütung für eine solche Funktion, da diese gegenüber dem Auftraggeber schon gar nicht quantifizierbar wäre. Auch insofern stellt sich also die Einbeziehung des Subunternehmers über bedingende Zahlungsklauseln aus der Sicht des Generalunternehmers als legitimes Mittel dar.[256]

---

[253] ABlEG L 199/54 vom 09.08.1993.

[254] *Sweet*, Section 28.01, S. 549.

[255] *Larson*, 21 T. Jefferson L.Rev. (1999), S. 278.

[256] *Noone* / *Benson*, 25 Colo.Law. (1996), S. 79.

Sofern es um ein Informationsdefizit geht, könnte der Generalunternehmer die gleichen Argumente vorbringen wie der Subunternehmer. Letztlich dürfte es hinsichtlich der Bewertung der Finanzkraft des Auftraggebers aus Sicht des Generalunternehmers keinen Unterschied machen, dass er direkter Vertragspartner des Auftraggebers ist. Da die Verhandlungsstärke sich üblicherweise parallel zum Geldfluss bewegt und dementsprechend der Auftraggeber in aller Regel über eine stärkere Position verfügt als der Generalunternehmer, dürfte letzterer kaum in der Lage sein, genügend Informationen über die Finanzkraft des Auftraggebers zu sammeln, um eine verlässliche Aussage über die Stabilität der erwarteten Zahlungen zu treffen. Demzufolge gibt es auch für den Generalunternehmer nur sehr begrenzte Möglichkeiten, einer Insolvenz des Auftraggebers vorzubeugen. Letztendlich stellt sie auch für den Generalunternehmer ein nahezu unvorhersehbares und damit kaum absicherbares Risiko in der Projektabwicklung dar.

Zusammengefasst wird sich der Generalunternehmer auf den Standpunkt stellen, dass er sich in derselben nachteiligen Situation wie der Subunternehmer befindet, wenn es um das Insolvenzrisiko des Auftraggebers geht, so dass sich die Verwendung bedingender Zahlungsklauseln im Subunternehmervertrag aus seiner Sicht lediglich als Mittel der Gleichbehandlung darstellt. Zahlungsrisiken sind jedem Geschäft inherent, so dass sich von Seiten des Generalunternehmers eine Ungleichbehandlung der Vertragsverhältnisse hinsichtlich der Verteilung dieser Risiken als unzulässiger Eingriff in die vertragliche Freiheit darstellt.

c. Die Beurteilung bedingender Zahlungsklauseln im deutschen Recht

Diese gegenüberstehenden Sichtweisen machen deutlich, dass sich eine pauschale Lösung hier verbietet. Trotzdem diese Klauseln in der Praxis sehr verbreitet sind und immer wieder zu Konflikten führen, gibt es innerhalb des deutschen Rechts jedoch kaum Rechtsprechung zu diesem Problemkreis. Die wenigen Entscheidungen, die sich zu diesem Thema finden lassen, dringen darüber hinaus kaum bis zu dem Kern des Problems vor und lassen daher etliche Fragen unbeantwortet. Speziell in Deutschland lassen sich die Entscheidungen in zwei Gruppen kategorisieren. Zum einen ist der Ansatz deutscher Gerichte weit verbreitet, die Probleme der Zulässigkeit solcher Klauseln über das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen zu lösen. Allzu oft gerät die Rechtsprechung dabei in die Gefahr des Pauschalisierens. Zum anderen gibt es nur eine grundlegende Entscheidung, die sich mit der Zulässigkeit solcher Klauseln im Rahmen von Individualverträgen auseinandersetzt. Die dort gefundene Lösung überzeugt ebenfalls nur begrenzt, so dass auch hierdurch keine Hilfe bei der Beurteilung der Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln geleistet wird.

Ebenso ist die Literatur in der Frage der Zulässigkeit dieser Klauseln höchst uneinheitlich. Grundsätzlich ist hier die Tendenz zu erkennen, dass Klauseln in Allgemeinen Vertragsbedingungen wegen des Verstoßes gegen § 9 AGBG (§ 307 BGB n.F.)[257] als unwirksam erachtet werden, während eine entsprechende Individualvereinbarung überwiegend als zulässig erachtet wird.

aa. Die Verwendung bedingender Zahlungsklauseln in AGB

Gerade bei der Durchführung großer Bauprojekte ist in der Regel eine Vielzahl von Unternehmern beteiligt. Ein Generalunternehmer beschäftigt dabei mitunter mehrere hundert Subunternehmer. Daher verwundert es nicht, dass es hier verstärkt zum Einsatz formularmäßig vorformulierter Subunternehmerverträge des Generalunternehmers kommt. Soweit der Generalunternehmer solche Standardverträge benutzt, die für eine Vielzahl von Vertragsschlüssen vorformuliert sind, gelten diese als Allgemeine Geschäftsbedingungen, die den Anwendungsbereich des AGBG (§§ 305 ff. BGB n.F.) eröffnen, so dass in solchen Verträgen enthaltene bedingende Zahlungsklauseln dem Schutz dieser Vorschriften gerecht werden müssen. Gleiches gilt, wenn zwar der Subunternehmervertrag selber nicht vorformuliert ist, die fraglichen Klauseln aber in Liefer-, Leistungs-, Montage- oder Allgemeinen Vertragsbedingungen enthalten sind, die gleichermaßen zum Vertragsbestandteil gemacht werden.

Die Verwendung bedingender Zahlungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wird sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung durchgehend kritisch betrachtet. Nach der überwiegenden Auffassung widerspräche die vollständige Abwälzung des Ausfallrisikos den Grundprinzipien der Vertragsgerechtigkeit sowie § 11 Nr. 7 AGBG (§ 309 Nr. 7 lit. b BGB n.F.).[258] Durch die formularmäßige Verwendung bedingender Zahlungsklauseln würde der Grundgedanke des § 641 BGB sowie das synallagmatische Verhältnis von Leistung und Gegenleistung im Sinne von § 320 BGB zwischen Generalunternehmer und Subunternehmer zu Lasten des Subunternehmers empfindlich

---

[257] Bei den in diesem Abschnitt in Klammern angegebenen §§ handelt es sich um die nunmehr durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in das BGB integrierten Bestimmungen des AGBG, die für zukünftige Beurteilungen maßgeblich sind. Da sich die zitierten Entscheidungen und Kommentierungen allesamt auf die Rechtslage vor der Änderung beziehen, wird hier jedoch der Übersichtlichkeit halber auf die entsprechende Vorschrift des AGBG Bezug genommen. Soweit sich in der neuen Fassung Änderungen ergeben haben, die für die Beurteilung der Zulässigkeit wichtig sind, wurden hierzu entsprechende Ausführungen gemacht.

[258] *Horn*, in: *Wolf* / *Horn* / *Lindacher*, AGBG, § 23 Rdnr. 291; siehe auch *Hensen*, in: *Ulmer* / *Brandner* / *Hensen*, AGBG, Anhang zu §§ 9 – 11 Rdnr. 725.

beeinflusst werden.[259] Ferner wird ein Widerspruch mit dem in § 279 BGB normierten Grundprinzip der Haftung für Unvermögen bei Gattungsschulden gesehen.[260] Danach könnte der Schuldner nicht einwenden, dass er mangels Begleichung seiner eigenen Forderungen kein Geld habe und deswegen auch zur Zahlung seiner Schulden an die Subunternehmer nicht verpflichtet sei.[261] Wird hiervon durch Verwendung einer bedingenden Zahlungsklausel abgewichen, ist dies mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung im Sinne von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB n.F.) unvereinbar. Insofern wäre der Subunternehmer durch diese Klausel unangemessen benachteiligt, was gem. § 9 Abs. 1 AGBG (§ 307 Abs. 1 BGB n.F.) deren Unwirksamkeit zur Folge hätte.[262]

Diese Auffassung wurde durch die Rechtsprechung bestätigt. In einem vor dem LG Koblenz geführten Verfahren hatte das Gericht über die Zulässigkeit einer Klausel zu befinden, in der die Abhängigkeit der Subunternehmervergütung nicht auf den ersten Blick deutlich wurde. Der Klausel lag folgender Wortlaut zugrunde:

> „Die Zahlungsforderungen (Abschlagszahlungen, Schlusszahlung) werden zur Überprüfung an den Auftraggeber eingereicht und von ihm zur Zahlungsfreigabe an den Bauherren weitergeleitet. Zahlungen können auch vom Auftraggeber direkt geleistet werden.“[263]

Hier ging das Landgericht bei kundenfeindlichster Auslegung davon aus, dass die Klausel die Zahlungen an den Auftragnehmer von Zahlungen des Bauherren abhängig machen wolle, da dieser die Zahlung freigeben sollte. Nach Ansicht des Landgerichts Koblenz verstößt eine solche vertragliche Regelung gegen §§ 10 Nr. 1, 9 AGBG (§§ 308 Nr. 1, 307 BGB n.F.), da sie den Grundprinzipien des Vertragsrechts widerspreche.[264]

---

[259] *Korbion* / *Locher*, Rdnr. 258; *Locher*, NJW 1979, S. 2237; *Hautkappe*, S. 86; siehe auch *Englert / Grauvogl / Maurer*, S. 180 Rdnr. 182.

[260] § 279 BGB wurde durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz aufgehoben. Die Regelung ist nunmehr in § 276 BGB n.F. integriert worden, der allerdings nicht mehr von einem Unvermögen bei der Gattungsschuld, sondern nur noch von einem Beschaffungsrisiko spricht. Im Prinzip hat sich an der Beurteilung hierdurch jedoch nichts geändert.

[261] *Hautkappe*, S. 85 mit Hinweis auf OLG Frankfurt, NJW 1975, 1662, das für den Fall eines Baubetreuers ausgeführt hat, dass es nicht in den Verantwortungsbereich des Subunternehmers falle, wie sich der Generalunternehmer die finanziellen Mittel zur Bezahlung seiner Aufträge verschafft.

[262] *Motzke*, in: Graf *von Westphalen* (Hrsg.), AGB-Klauselwerke / Subunternehmervertrag, Rdnr. 148 f.; *Horn,* in: *Wolf* / *Horn* / *Lindacher*, AGBG, § 23 Rdnr. 291; *Locher*, NJW 1979, 2237.

[263] *Glatzel / Hofmann / Frikell*, S. 315.

[264] *Glatzel / Hofmann / Frikell*, a.a.O.

Eine ähnliche Auffassung vertrat der BGH in einer Entscheidung[265], die nicht dem Werkvertragsrecht entsprang, auf das aber bei der Begründung vom Gericht Bezug genommen wurde. Hier führte der Kläger für die Beklagte aufgrund eines als „freier Mitarbeitervertrag“ bezeichneten, von der Beklagten vorformulierten Vertrages, Unternehmensberatungen durch. Auf die hierfür vereinbarte stundenweise Vergütung sollte der Kläger gemäß Nr. 3 Abs. 5 des Vertrages keinen Anspruch haben, wenn und soweit eine beratene Firma der Beklagten keine Zahlung leistete. Der BGH qualifizierte den zugrundeliegenden Vertrag zwar als Dienstvertrag, führte jedoch aus, dass eine solche Klausel sowohl bei einem Dienstvertrag als auch bei der Annahme eines Werkvertrages unwirksam sei, da die Vereinbarung einer solchen Abhängigkeit der Vergütung von der Zahlung des Kunden mit § 9 AGBG unvereinbar wäre.[266] Eine solche Überbürdung des Ausfallrisikos lasse sich auch nicht durch besondere Gewinnchancen rechtfertigen, da die Höhe der Vergütung eine gegen § 9 AGBG verstoßende Klausel grundsätzlich nicht rechtfertigen könne.[267]

Auch eine reine Fälligkeitsregelung, die insofern keine Abwälzung des Ausfallrisikos darstellen würde, ist nach der überwiegenden Auffassung unzulässig, wenn sie formularmäßig die Fälligkeit an den Zahlungseingang beim Generalunternehmer knüpft. Das OLG München hatte eine Klausel zu beurteilen, die den folgenden Wortlaut hatte:

> Hält der Bauherr widerrechtlich Zahlungen zurück, kann der Generalunternehmer von dem Auftragnehmer entsprechende Anpassung der Fälligkeiten verlangen.[268]

Damit weiche der Verwender unangemessen von der gesetzlichen Regelung des § 641 BGB ab, wonach der Subunternehmer bei Abnahme seiner Leistung Vergütung verlangen kann, ohne dass es darauf ankommt, ob der Generalunternehmer seinerseits Zahlung vom Bauherrn erhält. Auch hier wurde erneut der § 279 BGB zitiert, nach dem der Generalunternehmer für seine Zahlungsfähigkeit unabhängig vom Erhalt anderweitiger Zahlungen einzustehen hat. Im Ergebnis ist diese Klausel damit nach § 10 Nr. 1 AGBG (§ 308 Nr. 1 BGB n.F.)[269] bzw. gegenüber Kaufleuten gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam.

Ähnlich äußerte sich das OLG Karlsruhe hinsichtlich des Hinausschiebens der Fälligkeiten.[270] Das Gericht hatte die Zulässigkeit von Klauseln zu beurteilen, die in „Allgemeine[n] Angebots- und Auftragsbedingungen [...] für Bauleistungen der

---

[265] BGH, ZIP 1996, 1347.

[266] BGH, ZIP 1996, 1347, 1348.

[267] BGH, ZIP 1996, a.a.O. mit Hinweis auf BGHZ 101, 253, 263.

[268] OLG München, BB 1984, 1386; siehe zu dieser Klausel auch *Glatzel / Hofmann / Frikell*, S. 345.

[269] *Horn*, in: *Wolf* / *Horn* / *Lindacher*, AGBG, § 23 Rdnr. 291.

[270] OLG Karlsruhe, NJW-RR 1993, 1435 f.

Nachunternehmer“ enthalten war. Im Zusammenhang mit einer Regelung in Nr. 11b der AGB, nach der Abschlagszahlungen bis zu 85% der erbrachten Leistung erfolgen sollten, wurde hinsichtlich der verbleibenden Schlussforderung in Nr. 3a der AGB wie folgt bestimmt:

> „Die Anweisung des Restbetrages abzüglich des Sicherheitseinbehaltes erfolgt zwei Monate nach Schlussabnahme und Prüfung der Schlussrechnung.“

Nach Auffassung des OLG weicht diese Klausel in unzulässiger Weise vom gesetzlichen Leitbild ab. Das Gericht macht dabei deutlich, dass als gesetzliches Leitbild hier nur § 641 BGB und nicht die VOB/B gelten kann. Aber selbst wenn man die VOB/B zur Beurteilung heranziehen könnte, würde dies nach Auffassung des OLG nichts ändern, da die Abweichung der Klausel von § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B die Gesamtausgewogenheit der VOB/B stören und eine isolierte Betrachtung erfordern würde. Einer solchen isolierten Betrachtung könne die Klausel jedoch nicht standhalten, da – selbst wenn § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B bei isolierter Betrachtung als wirksam erachtet würde – die Klausel in Nr. 3a gegen das Transparenzgebot verstoßen würde, weil durch den Wortlaut nicht klar zum Ausdruck komme, ob lediglich die Regelung des § 16 Nr. 3 Abs. 1 übernommen werden soll, oder ob hierdurch zusätzliche, die Fälligkeit hinausschiebende Voraussetzungen geschaffen werden sollen.[271]

Nach diesen Entscheidungen ist also deutlich, dass zumindest die Schlusszahlung an den Subunternehmer im deutschen Recht nicht formularmäßig von einer vorherigen Zahlung an den Generalunternehmer abhängig gemacht werden kann. Es fragt sich allerdings, ob für Abschlagszahlungen das gleiche gilt, oder ob hier auch die formularmäßige Bindung an die Zahlungen des Auftraggebers möglich ist. Früher wurde vereinzelt als Argument für eine solche Möglichkeit vorgebracht, dass keine gesetzliche Verpflichtung zur Leistung von Abschlagszahlungen besteht.[272] Dies hat sich zumindest durch das Beschleunigungsgesetz und den neu eingefügten § 632a BGB geändert, so dass nunmehr sowohl beim Werkvertrag als auch beim VOB-Vertrag ein Recht auf Abschlagszahlungen besteht. Insofern wird man wohl davon ausgehen müssen, dass eine ersatzlose Abbedingung dieser Regelung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen gegen den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung verstößt und damit ebenfalls nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB n.F. unwirksam ist.[273]

---

[271] OLG Karlsruhe, NJW-RR 1993, 1435.

[272] *Horn*, in: *Wolf* / *Horn* / *Lindacher*, AGBG, § 23 Rdnr. 292.

[273] *Motzke*, in: Graf *von Westphalen* (Hrsg.), AGB-Klauselwerke / Subunternehmervertrag, Rdnr. 148 f.; *Horn*, in: *Wolf* / *Horn* / *Lindacher*, AGBG, § 23 Rdnr. 292; so auch *Korbion* / *Locher*, Rdnr. 259, die jedoch im Gegensatz zu der zuvor zitierten Rechtsprechung eine Abbedingung der Schlussvergütung für möglich halten,

Deutlich ist überdies, dass die Gerichte in allen Fällen die Unwirksamkeit der Klauseln (auch) mit einem Verstoß gegen § 9 Abs. 2 AGBG begründen. Auf diese Weise ist sichergestellt, dass die Klauseln im geschäftlichen Verkehr unter Kaufleuten ebenfalls unwirksam sind, da gem. § 24 AGBG (§ 310 BGB n.F.) keine Privilegierung des Verkehrs unter Kaufleuten hinsichtlich der Verstöße gegen § 9 AGBG besteht. Dieser Grundsatz gilt über den § 310 BGB n.F. auch weiterhin.

Hier ist ferner anzumerken, dass der Generalunternehmer die Verwendung einer bedingenden Zahlungsklausel auch nicht mit dem Hinweis auf einen bestehenden Handelsbrauch rechtfertigen kann. Zwar bestimmt § 310 Abs. 1 S. 2 2. Hs. BGB, dass auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen ist. Diese verdrängen jedoch nicht dispositives Recht, das dem gerechten Interessenausgleich zwischen den Parteien dient. Hierzu zählen auch die Vorschriften des § 9 AGBG bzw. § 307 BGB.[274]

Nach den z.T. grundlegenden Änderungen durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen wird demgegenüber nunmehr vereinzelt in der Literatur die Auffassung vertreten, bedingende Zahlungsklauseln seien neuerdings auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig. Dies folge aus der Durchbrechung des Prinzips der getrennten Vertragsverhältnisse durch die Durchgriffsfälligkeit des § 641 Abs. 2 BGB. Denn mit dem Recht, Zahlungen vom Besteller nach Erhalt des Geldes vom Bauherrn verlangen zu können, müsse – wenn dies so vereinbart werde – auch die Pflicht einhergehen, bis zu diesem Zeitpunkt warten zu müssen.[275] Dieser Ansicht ist zumindest insoweit zuzustimmen, als sich durch die Einführung des § 641 Abs. 2 BGB das gesetzliche Leitbild der Werkvertragsvergütung, das zur Beurteilung der Zulässigkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen heranzuziehen ist, teilweise geändert hat. Denn § 641 Abs. 2 BGB stellt im Unterschied zur bisherigen Rechtslage erstmals eine direkte Verknüpfung zwischen dem Recht des Dritten und dem Eingang des Geldes beim Besteller her. Ob diese Änderung ausreichen wird, die bisher nach einstimmiger Auffassung angenommene Unwirksamkeit bedingender Zahlungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingugen zu beseitigen, wird abzuwarten bleiben.[276]

---

wenn zuvor mindestens 80% des Vergütungsanspruches des Subunternehmers über Abschlagszahlungen abgegolten wurde.

[274] *Hautkappe*, S. 85; vgl. auch *Schlegelberger / Hefermehl*, HGB, § 346 Rdnr. 39.

[275] *Stapenhorst*, DB 2000, 909, 911.

[276] Die Zulässigkeit ablehnend, *Hofmann*, in: *Hofmann / Koppmann*, S. 73, ohne hierfür allerdings irgendwelche Argumente zu nennen.

bb. Die Verwendung bedingender Zahlungsklauseln in Individualverträgen

Die zuvor dargestellten verschiedenen Sichtweisen und Argumentationsansätze beruhen jedoch allesamt auf der Annahme, dass auf die zu beurteilenden Verträge das AGB-Recht anwendbar ist. Dies ist gerade im internationalen Großanlagenbau alles andere als selbstverständlich.[277] Nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB liegen keine AGB vor, „soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind". Das in § 305 Abs. 1 S. 1 – ebenso wie in der alten Regelung des § 1 Abs. 1 AGBG – normierte Erfordernis der Vorformulierung liegt gerade dann nicht vor, wenn die Vertragsbedingungen nicht allgemein, sondern für den konkreten Vertragsabschluss entworfen wurden.[278] Im Verhältnis zwischen Generalunternehmer und Subunternehmer kommen insbesondere zwei Situationen in Betracht, die die Annahme individuell getroffener Vereinbarungen rechtfertigen. Zum einen ist hier daran zu denken, dass der Generalunternehmer seine eigenen Bedingungen im Rahmen der Angebotsabgabe vorgibt, diese aber im Vergabegespräch zur Disposition stellt. Zum anderen kommt hier in Betracht, dass der Generalunternehmer in seinem vorgefertigten Subvertragsmuster bei der Einholung der Angebote die wichtigen und AGB-gefährdeten Punkte offen lässt und diese anschließend gemeinsam mit dem Subunternehmer ausfüllt.[279] Nach den Erfahrungen des internationalen Anlagengeschäfts dürfte dies aber eine Vielzahl von Fällen betreffen, so dass sich hier insofern die Frage nach der Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln in Individualvereinbarungen stellt.

Soweit solche Klauseln in Individualverträgen vereinbart werden, auf die deutsches Recht Anwendung findet, werden diese nach überwiegender Auffassung – zumindest in der Literatur – für zulässig erachtet. Sofern der Subunternehmer aus einem eigenen Entschluss auf den Schutz verzichtet, der ihm aus der rechtlichen Trennung des Generalunternehmer- und des Subunternehmervertrages erwächst, und er bereit ist, das Vergütungsrisiko beider ihm vorgeordneten Ebenen zu übernehmen, bleibt dieses Verhalten innerhalb der zulässigen

---

[277] Soweit *von Westphalen*, in: *Löwe* / *von Westphalen* / *Trinkner*, Großkommentar zum AGBG, Bd. III, Subunternehmerverträge, Rdnr. 1 und 3, davon ausgeht, dass Vertragsbedingungen in Subunternehmerverträgen immer und uneingeschränkt an den Bestimmungen des AGBG zu messen sind und sie selbst bei individualvertraglicher Natur des Hauptvertrages im Verhältnis zum Subunternehmer zweifelsfrei AGB darstellen, ist dies zu pauschal und stimmt spätestens im internationalen Großanlagenbau nicht mehr mit der Praxis überein. Zumindest diejenigen Subunternehmerverträge, mit denen große und umfangreiche Leistungsteile oder hochspezielle Leistungsteile vergeben werden, bieten hinreichenden Raum für Individualvereinbarungen.

[278] BGH, ZIP 1987, 1439, 1441.

[279] *Hofmann*, in: *Deutsche Gesellschaft für Baurecht e.V.* (Hrsg.), Seminar ARGE / Generalunternehmer / Subunternehmer, S. 72.

Grenzen der Privatautonomie der Vertragsparteien und sollte dementsprechend von der Rechtsordnung honoriert werden.[280]

Dies soll nach Auffassung *Vetters*[281] insbesondere im internationalen grenzüberschreitenden Verkehr gelten, da hier eine unterschiedliche Betrachtungsweise angebracht sei. Risiken, die aus der besonderen wirtschaftlichen und politischen Lage eines ausländischen Auftraggebers resultieren, ließen sich nicht allein auf den Gesichtspunkt reduzieren, zwischen wem unmittelbare vertragliche Beziehungen bestehen. Insbesondere die hohen Vertragssummen des internationalen Industrieanlagengeschäfts und die hieraus resultierenden wirtschaftlichen Zwänge würden eine teilweise Weitergabe der Risiken an die Subunternehmer erforderlich machen.[282]

Sofern der Entschluss des Subunternehmers zur Risikoübernahme ohne zwanghaften Druck durch den Generalunternehmer und ohne die Ausnutzung von Marktmacht zustande gekommen ist, liegt hierin auch kein Verstoß gegen § 138 BGB.[283] Sowohl § 138 Abs. 1[284] als auch § 138 Abs. 2 dienen dazu, den schwächeren Vertragspartner vor wirtschaftlicher Übermacht zu schützen, sind jedoch eng auszulegen. Ihre Anwendbarkeit auf Großunternehmen ist nicht unumstritten. Ein wirtschaftliches Machtgefälle kann durchaus zwischen Generalunternehmer und Subunternehmer eine entscheidende Rolle spielen, da in aller Regel auch die stark kompetitive Marktsituation im Baugewerbe den Subunternehmer zur Duldung von gewissen Nachteilen zwingt. Gerade im Bereich des Anlagengeschäfts ist hier jedoch einschränkend anzumerken, dass ein solches wirtschaftliches Machtgefälle sich nicht unbedingt in einer ebenso starken Verhandlungsposition widerspiegelt. Subunternehmer halten hier aufgrund ihrer teilweise sehr starken Spezialisierung nicht selten eine Monopolstellung, die es ihnen erlaubt, trotz relativ geringer wirtschaftlicher Macht eigene Vertragsbedingungen zu stellen.

---

[280] *Vetter*, RIW 1986, S. 88 f.; *ders*., in: *Nicklisch* (Hrsg.), Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, S. 83; *Hager*, in: *Weyers* (Hrsg.), Risikoverteilung bei Großprojekten, S. 73; *Hautkappe*, S. 86.

[281] *Vetter*, RIW 1986, 88 f.; *ders*., in: *Nicklisch* (Hrsg.), Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, S. 83 f.

[282] *Vetter*, a.a.O., S. 88 f.; Insofern sieht *Vetter* auch eine Zulässigkeit solcher Klauseln in AGB. Kritisch hierzu *von Westphalen*, Festschrift für Locher, 1990, S. 385 ff., der diese Zulässigkeit im internationalen Zusammenhang nur hinsichtlich der politischen Risiken, nicht jedoch hinsichtlich des Insolvenzrisikos des Auftraggebers sieht.

[283] *Hautkappe*, S. 86.

[284] Siehe hierzu insb. BGH, NJW 1981, 1206.

Den Schutz vor der Ausnutzung marktbeherrschender Stellungen bezweckt darüber hinaus die Regeloung des § 19 GWB. Sie setzt jedoch angesichts ihrer konkreten, an Marktkennzahlen orientierten Definition der marktbeherrschenden Stellung hohe Anforderungen an einen Missbrauch, die im Anlagenbau nur selten erfüllt sein werden. Darüber hinaus wird durch § 19 GWB in erster Linie der Schutz der Wettbewerber bezweckt, so dass eine Anwendung auf das Verhältnis zwischen Generalunternehmer und Subunternehmer zumindest mit Unsicherheiten verbunden wäre.

Die Zulässigkeitsgrenzen bedingender Zahlungsklauseln sind auch bei individuellem Aushandeln jedoch wohl dann erreicht, wenn der Subunternehmer auch in jenen Fällen auf seine Vergütung verzichten soll, wenn der Grund der Nichtzahlung des Auftraggebers auf Umständen beruht, die der Generalunternehmer selbst zu vertreten hat[285]

Im übrigen ist die vertragliche Durchstellung des Zahlungsrisikos auf den Subunternehmer nach überwiegender Ansicht aber zulässig. Allerdings erfordert eine solche Durchstellung eine klare und unzweideutige Ausdrucksweise, da hier in erheblichem Maße von der gesetzlichen Normalverteilung abgewichen wird, d.h. es muss deutlich werden, ob die Klausel als eine echte Bedingung im Sinne von § 158 BGB, als eine Fälligkeitsregelung oder als ein bloßer Hinweis zu verstehen ist, dass es bei den Zahlungen in begrenztem Maße zu Verzögerungen kommen kann.[286] Daher ist die fragliche Klausel in Zweifelsfällen auch eng auszulegen.

(1) Die Auslegung als Fälligkeitsregelung

Sofern die Klausel nicht nur der Klarstellung dient, sondern einen rechtlichen Regelungsgehalt besitzt, kommen zwei mögliche Auslegungen in Betracht. Zum einen kann es sich bei der verwendeten Klausel um eine reine Fälligkeitsregelung handeln, die lediglich die Fälligkeit der Werklohnforderung des Subunternehmers verzögert und insofern das Insolvenzrisiko des Auftraggebers letztlich nicht abwälzt. In einem solchen Fall würde die Zahlungsverpflichtung des Generalunternehmers jedenfalls nach Ablauf einer angemessenen Frist entstehen.[287]

---

[285] arg. ex § 276; *Hautkappe*, S. 86; siehe auch *von Westphalen*, Festschrift für Locher, 1990, S. 386, der hier einen Fall des *venire contra factum proprium* sieht; Sofern in der Literatur eine Bedingung im Sinne des § 158 Abs. 1 BGB angenommen wird, ergibt sich hier eine Leistungsverpflichtung bereits aus der Fiktion des § 162 Abs. 1 BGB.

[286] *Vetter*, RIW 1986, S. 89; *ders*., in: *Nicklisch* (Hrsg.), Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, S. 84.

[287] *Hager*, in: *Weyers* (Hrsg.), Risikoverteilung bei Großprojekten, S. 72.

Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt das OLG Hamm[288], das eine ähnliche Vereinbarung der Parteien als Stundungsabrede im Sinne von § 305 BGB a.F. zu beurteilen hatte. Der Subunternehmer hatte sich verpflichtet, Maschinen herzustellen, die an einen Endkunden in Polen zu liefern waren. Zwischen dem Generalunternehmer und dem Subunternehmer war vereinbart worden, dass die Restkaufpreisforderung bis zur Endabnahme der Maschinen in Polen gestundet sein sollte. Zum Zeitpunkt dieser Abrede war der ursprünglich ins Auge gefasste Abnahmetermin bereits um sechs Monate überschritten. Sowohl der Generalunternehmer als auch der Subunternehmer gingen davon aus, dass die endgültige Abnahme durch den Kunden in Polen in Kürze erfolgen würde, was sich später als Fehlvorstellung erwies. Das OLG Hamm kam zu dem Ergebnis, dass die gemeinsame Vorstellung der Parteien, die Abnahme der Maschinen durch den Endkunden werde bald erfolgen, zur Geschäftsgrundlage für die Stundungsabrede geworden war. Da die tatsächliche Entwicklung erheblich von dieser Vorstellung abwich, war dies als Wegfall der Geschäftsgrundlage zu werten und dem Subunternehmer demzufolge nicht mehr zuzumuten, an die Stundungsvereinbarung gebunden zu sein. Vielmehr war diese durch Vertragsanpassung auf einen angemessenen Zeitraum zu beschränken, so dass in der Zwischenzeit die Fälligkeit eingetreten war.[289]

(2) Die Auslegung als echte Bedingung im Sinne von § 158 Abs. 1 BGB

Demgegenüber kann eine Auslegung der vertraglichen Klausel nach Auffassung einer weit verbreiteten Meinung in der Literatur auch ergeben, dass die Parteien eine aufschiebende Bedingung im Sinne des § 158 Abs. 1 BGB vereinbaren wollten. Danach tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung des Rechtsgeschäfts erst mit dem Eintritt der Bedingung ein. Bis zu diesem Zeitpunkt ist das Rechtsgeschäft tatbestandlich vollendet und voll gültig, seine Rechtswirkungen sind hingegen bis zum Eintritt der Bedingung in der Schwebe.[290] In der Konstellation bedingender Zahlungsklauseln im Subunternehmerverkehr hat dies zur Konsequenz, dass der Zahlungsanspruch des Subunternehmers dem Grunde nach erst entsteht, wenn die Zahlung des Auftraggebers beim Generalunternehmer eingeht, so dass eine Unterbrechung des Zahlungsflusses auf Auftraggeberebene auf den Subunternehmer durchschlägt.[291]

---

[288] OLG Hamm, MDR 1977, 928.

[289] OLG Hamm, a.a.O.

[290] BGH, NJW 1994, S. 3228; *Palandt* / *Heinrichs*, BGB, Einführung vor § 158 Rdnr. 8.

[291] *Vetter*, RIW 1986, S. 89; *ders*., in: *Nicklisch* (Hrsg.), Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, S. 84; *Hager*, in: *Weyers* (Hrsg.), Risikoverteilung bei Großprojekten, S. 72.

Im Kontrast zu dieser durch die Literatur vertretenen Auffassung steht eine erst kürzlich ergangene Entscheidung des OLG Düsseldorf.[292] Ausgangssituation dieser Entscheidung war die Klage eines im Elektro-Anlagenbau tätigen Subunternehmers gegen einen Generalunternehmer auf Zahlung von Werklohn, der im Zusammenhang mit dem Bau der nunmehr durch andere Vorgänge ins öffentliche Interesse gerückten Restmüllverbrennungsanlage Köln entstanden war. Nachdem der Generalunternehmer die ersten Rechnungen des Subunternehmers bezahlt hatte, blieben die letzten vier Rechnungen in Höhe von insgesamt DM 23.546,25 unbezahlt, da der Auftraggeber mittlerweile in Konkurs gefallen war und der Generalunternehmer seinerseits keinerlei Zahlungen erhalten hatte. Der Generalunternehmer behauptete, es sei zwischen den Parteien vereinbart worden, dass der Subunternehmer erst dann Werklohn erhalten sollte, sobald und wenn er seinerseits von seinem Auftraggeber den für beide Parteien bestimmten Werklohn erhalte. Demgegenüber behauptete der Subunternehmer, er habe dem Generalunternehmer lediglich ein längeres Zahlungsziel eingeräumt, aber keineswegs das Zahlungsrisiko durch den Auftraggeber des Generalunternehmers übernommen. Das erstinstanzliche Landgericht Krefeld[293] erkannte in der vertraglichen Vereinbarung der Parteien eine Regelungslücke hinsichtlich des Konkursaspektes, die durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließen war. Da eine generelle Übernahme des Zahlungsrisikos durch den Generalunternehmer nicht bewiesen werden konnte, war nach Auffassung des Landgerichts der hypothetische Parteiwille heranzuziehen. Mangels konkreter unzweideutiger gegenteiliger Vereinbarungen der Parteien war hier zu Gunsten des Subunternehmers anzunehmen, dass die Parteien mit ihrer Vereinbarung lediglich eine Stundung der Gelder erreichen wollten.

In der Berufung führte das OLG Düsseldorf aus, dass es sich bei der vom Generalunternehmer behaupteten Bedingung nicht um eine aufschiebende, sondern allenfalls um eine auflösende Bedingung gem. § 158 Abs. 2 BGB handeln könne. Bei Würdigung der beiderseitigen Interessen der Parteien sei nicht davon auszugehen, dass der von den Parteien geschlossene Werkvertrag erst wirksam werden sollte, wenn der Auftraggeber des beklagten Generalunternehmers den Werklohn zahlt, da dies auch im Widerspruch zur unstreitigen Abwicklung der Geschäfte stehen würde. Im Falle einer schwebenden Unwirksamkeit des Werkvertrages hätte der Generalunternehmer keinen durchsetzbaren Anspruch auf die Werkleistung gehabt und damit auch keine berechtigte Aussicht, dass sein Anspruch gegen den Auftraggeber jemals fällig werden konnte. Bei einer aufschiebenden Bedingung wäre der

---

[292] OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 1323.

[293] LG Krefeld, Urteil vom 19.11.1998 – Az. 3 O 25/98 (unveröffentlicht).

Anspruch des Generalunternehmers auf die Werkleistung erst fällig geworden, wenn der Auftraggeber den Werklohn an den Generalunternehmer zahlt, was jedoch regelmäßig voraussetzt, dass die Werkleistung bereits erbracht und abgenommen ist. Dass die Parteien eine derart widersprüchliche Vereinbarung treffen wollten, sei nicht zu unterstellen. Dass andererseits eine auflösende Bedingung vereinbart wurde, konnte der Generalunternehmer nicht beweisen.[294]

Dass bei entsprechender Interessenlage und deutlicher Wortwahl in der zugrundliegenden Vereinbarung eine andere Wertung möglich erscheint, zeigt eine weitere Entscheidung des OLG Düsseldorf aus dem Jahr 1997.[295] In dem zugrundeliegenden Fall hatte ein Generalunternehmer die Errichtung eines Hotels übernommen und ließ in diesem Zusammenhang ein aus Glasflächen bestehendes Tonnengewölbe aufgrund einer Pauschalpreisabrede durch einen Subunternehmer einbauen. Hierbei lieferte der Subunternehmer auch Leitern für die Reinigung des Gewölbes. Es bvestand zwischen den Parteien Streit, ob die Lieferung der Leitern von der Pauschalpreisabrede erfasst war. Hinsichtlich der Vergütung hatten die Parteien vereinbart:

> „[...], dass, wenn der Bauherr für die Leitern eine Vergütung bezahlt, diese voll an [den Subunternehmer] bezahlt wird."

Der auf Zahlung klagende Subunternehmer war der Auffassung, dass die Annahme einer Bedingung alleine deswegen fernliege, da ansonsten das Wort „sofern" statt „wenn" hätte verwendet werden müssen. Dem folgte das Gericht nicht. Sowohl das Wort „wenn" als auch das Wort „sofern" leite eine Bedingung ein. Hätten die Parteien eine Vereinbarung über eine bloße Verschiebung der Fälligkeit treffen wollen, hätte es nahe gelegen, zu formulieren, dass eine Zahlung erfolge, „sobald" der Bauherr zahlt. Darüber hinaus habe der Generalunternehmer mit der Formulierung „diese" deutlich gemacht, dass es ihm lediglich um die Weiterleitung einer Bauherrenzahlung, nicht aber um die Begründung einer eigenen Zahlungspflicht gegangen sei.[296]

D. Zusammenfassung

Durch die oben dargestellten Neuregelungen ist in erster Linie denjenigen Situationen Rechnung getragen worden, in denen im Rahmen der Subunternehmerhierarchie die Zahlungsprobleme auf Gründen aus der nächsthöheren Ebene beruhten. Als Beispiel sei hier

---

[294] OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 1323 f.

[295] OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 211 ff.

[296] OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 211, 212.

noch einmal die Vereinbarung von Abschlagszahlungen genannt, die es dem Subunternehmer ermöglicht, Vergütungen vom Generalunternehmer im gleichen Maße zu erhalten, in dem eigene Leistungen erbracht werden. Auf diese Weise wird das durch die Vorleistungspflicht generierte Risiko der Generalunternehmerinsolvenz – also der Insolvenz auf nächsthöherer Ebene – erheblich gemindert.

Die Einführung der Durchgriffsfälligkeit nach § 641 Abs. 2 BGB erfasst zwar darüber hinausgehend auch eine weitere Ebene, indem sie an die erbrachte Leistung des Auftraggebers anknüpft, regelt aber dennoch lediglich Zahlungsprobleme der Generalunternehmerebene. Hier werden lediglich solche Fälle erfasst, in denen der Generalunternehmer zwar seinerseits Zahlungen erhalten hat, diese aber nicht an seinen Subunternehmer weiterleiten will. Insofern ist auch hier der Zahlungsfluss erst auf der Ebene des Generalunternehmers unterbrochen.

Gleiches gilt für die Direktvergütung des Subunternehmers nach § 16 Nr. 6 VOB/B. Auch hier ist der Anknüpfungspunkt der gesetzlichen Regelung, dass der Generalunternehmer in Zahlungsverzug geraten ist und somit die Probleme auf seiner Ebene entstehen.

Nicht ausreichend geregelt wird jedoch der Bereich der Vergütungskette, der sich mit den Zahlungsproblemen auf der obersten Ebene beschäftigt. Zu denken ist hier beispielsweise an die Verweigerung der Zahlung durch den Auftraggeber. Der klassische und häufigste Fall dürfte jedoch der Fall der Auftraggeberinsolvenz sein. In beiden Fällen wird der Zahlungsfluss bereits vor Erreichen der Generalunternehmerebene unterbrochen. Diese Situation ist die Ausgangsbasis beim Einsatz bedingender Zahlungsklauseln.

In der Praxis beschränkt sich die deutsche Betrachtung der Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln sehr stark auf die formularmäßige Vereinbarung solcher Klauseln und somit auf eine Betrachtung vor dem Hintergrund des Rechts Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Insofern wird offensichtlich davon ausgegangen, dass es sich bei Subunternehmerverträgen stets um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Diese Wertung ist zu pauschal und übersieht, dass auch auf der Subunternehmerebene – insbesondere bei der Beauftragung hochspezieller technischer Leistungen – Raum für Individualvereinbarungen existiert. Soweit individualrechtliche Vereinbarungen auf Ihre Vereinbarkeit überprüft werden, existieren mit den oben zitierten Urteilen des OLG Düsseldorf allerdings nur zwei nennenswerte Entscheidungen, die sich mit der Kernfrage des Konfliktes auseinandersetzen.

Wie bereits angesprochen, existiert im deutschen Rechtskreis eine erhebliche Unsicherheit hinsichtlich der dogmatischen Einordnung bedingender Zahlungsklauseln, die zu einem erheblichen Teil auf eine Vermengung mit amerikanisch tradierten Sichtweisen zurückzuführen ist. Trotz der hierdurch entstehenden Unklarheit ist eine Erweiterung der Betrachtungsweise nicht nur wünschenswert, sondern im Hinblick auf eine zunehmende

Globalisierung des Anlagenbaus notwendig, da gleichermaßen feststeht, dass in dieser Hinsicht eine Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln zumindest in einem begrenzten Umfang sinnvoll und erstrebenswert ist.

Um die Zulässigkeit solcher bedingender Zahlungsklauseln näher beurteilen zu können, insbesondere, um die eigentliche Natur der Klausel im Einzelfall überhaupt bestimmen zu können, ist daher ein Blick in diejenigen Rechtsordnungen geboten, die sich mit diesen Fragen intensiv beschäftigt haben. Zu diesen Rechtsordnungen zählen insbesondere die anglo-amerikanischen Rechtskreise, speziell die Vereinigten Staaten von Amerika, die eine Vielzahl von Entscheidungen und Gesetzen zu diesem Komplex hervorgebracht haben, sowie das Vereinigte Königreich, das auch in einigen Mitgliedsstaaten des Commonwealth interessante Lösungsansätze entwickelt hat.

III Kapitel: Die Verteilung des Vergütungsrisikos durch bedingende Zahlungsklauseln im amerikanischen Recht

A. Die grundlegende Bedeutung bedingender Zahlungsklauseln in den USA

Während bedingende Zahlungsklauseln hierzulande kaum Beachtung finden, ist die Frage nach der Verteilung des Vergütungsrisikos in den USA nach wie vor mehr als aktuell. *Contingency payment clauses*, wie die bedingenden Zahlungsklauseln dort u.a. betitelt werden, stehen dabei im Mittelpunkt der Diskussion um die Bezahlung von Subunternehmern.[297] In einer Liste der dringendsten Probleme, die es im Bereich des Subunternehmereinsatzes im Baugewerbe zu bewältigen gilt, wurden jüngst "*pay-if-paid clauses*" und "*prompt payment*" an erster Stelle genannt[298]. Solche Klauseln haben in den USA eine lange Tradition und waren vielfach Gegenstand juristischer Betrachtung. Wenngleich ihr Gebrauch in Bauverträgen bereits seit mehr als hundert Jahren etabliert ist, lässt sich seit den achtziger Jahren des letzten Jahrhunderts ein erheblicher Anstieg in der Verbreitung solcher Klauseln verzeichnen. Die Gründe für diese Entwicklung liegen weitestgehend in den gesamtwirtschaftlichen Rahmenbedingungen in den Vereinigten Staaten, die zu Beginn der achtziger Jahre die erfolgreiche Vollendung privater Bauprojekte erschwerten und zu vermehrten Zahlungsausfällen privater Auftraggeber führten, was durch die gesamte Baubranche hindurch bei den Beteiligten zu einer weitaus vorsichtigeren und behutsameren Herangehensweise führte.[299]

Zwischen den zentralen Verbänden der Generalunternehmer, allen voran den Associated General Contractors of America (AGC), und den Verbänden der Subunternehmer, z.B. der American Subcontractors Association (ASA), besteht seit langer Zeit eine rege Diskussion über die Zulässigkeit, Angemessenheit und Durchsetzbarkeit solcher Zahlungsklauseln. Während die Gerichte schon seit geraumer Zeit mehrheitlich zu einer subunternehmerfreundlichen Auslegung solcher Klauseln tendieren, hat die Lobby der Generalunternehmer kürzlich zum juristischen Gegenangriff geblasen und, entgegen dem nachhaltigen Trend in der Rechtsprechung, kurzerhand 1998 zwei überarbeitete standardisierte Subunternehmerverträge auf den Markt gebracht, die ausdrücklich das

---

[297] Siehe beispielsweise *Kirksey*, The Construction Lawyer, Januar 1992, S. 1.

[298] ASA News Release no. b-05-98; bemerkenswert ist insofern, dass sechs der acht dringendsten Probleme die Vergütung (und eine ausreichende Sicherung dieser Vergütung) von Subunternehmern betrafen.

[299] *Galloway Corp. v. S. B. Ballard Constr. Co*., 250 Va. 493, 499, 464 S.E.2d 349, 353 (Va., 1995), siehe hierzu unten, B. 3. d.

Ausfallrisiko des Auftraggebers auf den Subunternehmer abwälzen.[300] Die ASA hat entsprechend negativ auf die Veröffentlichung reagiert und die AGC aufgefordert, die Standardverträge wieder vom Markt zurückzuziehen. Insbesondere die *pay-if-paid* Klauseln wurden dabei als unbillig und schikanös gegenüber Subunternehmern bezeichnet. Die Gefahren sah man dabei weniger in der eigentlichen Verwendung der Standardverträge, als vielmehr in der Signalwirkung, die von ihnen ausgehe, da Standardverträge, auch wenn sie nicht explizit verwendet werden, doch als Referenz bei der Erstellung eigener Verträge breite Verwendung finden.[301]

Obwohl sich die Rechtsprechung trotz vieler verschiedener Ansätze nicht für einen bestimmten Weg in dieser Frage durchringen konnte, haben insbesondere zwei Fälle in letzter Zeit Aufsehen erregt und werden daher hier ausführlicher betrachtet.[302] Beide Entscheidungen bemühen die öffentliche Ordnung als regulatives Element und weisen damit nicht nur den Weg, der bereits durch diverse Gesetzgebungsvorhaben in mehreren Staaten der USA vorgezeichnet war, sondern hinterlassen auch gewisse Zweifel an der auf diese Weise gefundenen Regelung.

B. Der Streit über die Zulässigkeit von *contingency payment clauses*

Wie bereits erwähnt, sind Subunternehmerverträge keinesfalls, wie häufig vermutet wird, frei von Bedingungen. Ganz im Gegenteil wird die Vergütung des Subunternehmers im internationalen Anlagenbaugeschäft typischerweise von der Erfüllung gewisser Voraussetzungen abhängig gemacht. Demgemäß finden sich häufig Regelungen, die die Bezahlung des Subunternehmers z.B. von einer entsprechenden Antragstellung auf Bezahlung (*application for payment*), dem Nachweis, dass Sub-Subunternehmer bereits vollständig bezahlt wurden (*evidence of payment to subcontractors*) oder von einem Verzicht auf Pfandrechte (*waiver of lien rights*) abhängig machen.[303] Da die rechtliche und vertragliche

---

[300] AGC 650 Standard Form of Agreement Between Contractor and Subcontractor und AGC 655 Standard Form of Agreement Between Contractor and Subcontractor, die am 15 März 1998 vom Verwaltungsrat der AGC bestätigt und zunächst auf einer Interimbasis veröffentlicht wurden.

[301] ASA News Release no. a-04-98; auch das American Institute of Architects (AIA) ermutigt zum Gebrauch von *pay-if-paid* Klauseln in Architektenverträgen. vgl. z.B. AIA Document C141-1997 Standard Form of Agreement Between Architect and Consultant, Art. 12, § 12.5.

[302] Siehe unten unter II.

[303] *Hendrick* / *Spangler* / *Wedge*, The Construction Lawyer, Juli 1996, S. 12; Gerade der letzte Punkt hat durch die Rechtsprechung und Gesetzgebung der letzten Jahre an Bedeutung gewonnen, da über die Verbindung der *anti-waiver* Regelungen Wege gesucht wurden, um die negativen Auswirkungen bedingter Zahlungsklauseln einzugrenzen.

Sondierung der eigenen Position zwischen Generalunternehmern und Subunternehmern bereits während der Vertragsanbahnungsphase beginnt und sich dann verstärkt während der Entwurfsphase in der Formulierung des Vertragstextes fortsetzt, haben die amerikanischen Gerichte bereits frühzeitig deutlich gemacht, dass das zwischen den Parteien gewählte Vokabular im Vertrag über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit solcher Klauseln entscheidet. Dementsprechend beginnt die rechtliche Analyse amerikanischer Gerichte stets bei der Wortwahl der Parteien in dem zwischen ihnen geschlossenen Vertrag. Diese Wortwahl muss vor dem Hintergrund bestehender Gesetzgebung und den historisch entwickelten Prinzipien des Common Law betrachtet werden. Die Gerichte haben dabei regelmäßig zwischen den widerstreitenden Interessen der beteiligten Parteien und der hinter den Parteien stehenden rechtlichen Ansätze abzuwägen. Insofern muss die strikte und verläßliche Umsetzung geschäftlicher Vereinbarungen im Sinne einer starken Privatautonomie gegen die Vermeidung des Vergütungsverlustes gutgläubiger Subunternehmer bewertet werden, damit letztendlich eine Entscheidung getroffen werden kann, welche der beiden Parteien im konkreten Fall das Vergütungsrisiko zu tragen hat.[304] Eine entscheidende Rolle spielt dabei auch, aus welchem Grund der Generalunternehmer seinerseits keine oder noch keine Zahlung vom Auftraggeber erhalten hat. Gründe wie Auftraggeberinsolvenz oder Force Majeure werden im Ergebnis regelmäßig anders beurteilt als beispielsweise Schlechterfüllung durch den Subunternehmer selbst.

I. Die Konkretisierung des Problems durch die Rechtsprechung

In einem typischen Szenario wird der Subunternehmer vorbringen, seine Bauleistung bereits vollständig erbracht und daher einen Anspruch auf volle Bezahlung erlangt zu haben, unabhängig davon, ob der Generalunternehmer bereits vollständig oder teilweise vom Auftraggeber bezahlt wurde. Der Generalunternehmer wird auf die getroffene Regelung des Subunternehmervertrages verweisen, nach der die Bezahlung des Subunternehmers von der vorherigen Vergütung durch den Auftraggeber abhängig sein soll.

Wie bereits erwähnt, ist der analytische Ausgangspunkt der Gerichte stets die zwischen den Parteien getroffene Wortwahl. Gäbe es eine allgemein akzeptierte Reihe gerichtlicher Entscheidungen, wäre die Entscheidung über den Zahlungsanspruch des Subunternehmers nur eine Frage des richtigen Lesens des Vertrages und der Anwendung der niedergelegten Interpretationsgrundsätze. Unglücklicherweise hat jedoch die Vielzahl amerikanischer Entscheidungen, die sich des Problems angenommen haben, nicht zu einer klaren Interpretation geführt. Vielmehr ist die Rechtslage in den USA in diesem Bereich von zum

[304] *Hendrick* / *Spangler* / *Wedge*, a.a.O.

Teil widersprüchlichen und gegensätzlichen Entscheidungen durchzogen. Zum einen wenden Gerichte in den verschiedenen Bundesstaaten teilweise unterschiedliche Auslegungsgrundsätze an oder verfolgen eine andere rechtspolitische Zielsetzung, als ihre Kollegen in anderen Staaten. Zum anderen führt juristischer Eifer auch innerhalb einer Gerichtsbarkeit zu unterschiedlichen Interpretationen der zuständigen Gerichte. Typische Formulierungen solcher Klauseln sind beispielsweise:

- "[...] the receipt of [...] payments by the [general contractor is] a condition precedent to payments to the subcontractor".[305]
- "Receipt of funds by Contractor from the Owner is a condition precedent to the Contractor's obligation to pay Subcontractor under this Agreement, regardless of the reason for Owner's nonpayment, whether attributable to the fault of the Owner, Contractor, Subcontractor or due to any other cause."[306]

Welche Inkonsistenz in der amerikanischen Jurisprudenz bis heute herrscht, wird an diesen Beispielen überdeutlich. Obwohl die Klauseln in ähnlicher Sprache verfaßt sind und die vorherige Bezahlung des Generalunternehmers durch den Auftraggeber explizit zur aufschiebenden Bedingung des Subunternehmervertrages machen, war die Klausel im ersten Beispiel durchsetzbar, während die Klausel im zweiten Beispiel dagegen für undurchsetzbar erklärt wurde. Manche Autoren gehen daher sogar so weit, die in der Beurteilung gefundenen Unterscheidungen, wie *pay-if-paid* und *pay-when-paid*, die jeweils unten näher erläutert werden, als künstlich und entbehrlich zu bezeichnen.[307] Zumindest wird aber deutlich, dass die Debatte weniger das rechtliche Prinzip, als vielmehr die dahinterstehende rechtspolitische Grundeinstellung der angesprochenen Gerichte betrifft.

Die Mehrzahl amerikanischer Gerichte hat heutzutage *contingency payment clauses* für unzulässig erklärt. Damit hören jedoch die Gemeinsamkeiten der Entscheidungen auch weitestgehend auf. Zwar lassen sich Fallgruppen bilden, innerhalb derer die Argumentation der Gerichte nahezu identisch ist. Die Sachverhalte der zugrundeliegenden Fälle, d.h. die vereinbarten Klauseln, über deren Gültigkeit das angerufene Gericht zu entscheiden hat, sind jedoch zum Teil höchst unterschiedlich, so dass die Adaption einer bereits zuvor in anderen Fällen erprobten Argumentation stellenweise als „zweckmäßig kreativ"[308] bezeichnet werden darf. Dementsprechend kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, diese Entscheidungen

---

[305] *Berkel & Company Contractors v. Christman Company*, 210 Mich.App. 416, 419, 533 N.W.2d 838, 839 (Mich.App., 1995).

[306] *Wm. R. Clarke Corporation v. Safeco Insurance Company of America*, 15 Cal.4th 882, 887 (Cal., 1997).

[307] vgl. *Kirksey*, The Construction Lawyer, Januar 1992, S. 1.

[308] vgl. *Hill* / *Evans*, The Construction Lawyer, April 1998, S. 16.

hätten in ergebnisorientierter Weise genau das argumentativ beiseite gelassen, was ansonsten den Anschein einer direkten und klaren Vertragsvereinbarung geschaffen hätte.

Amerikanische Gerichte sind generell äußerst zurückhaltend, Vertragsklauseln zu vollstrecken, die in der Aufgabe oder dem Verlust des Vergütungsrechts für geleistete Arbeit resultieren. Diese Zurückhaltung tritt noch deutlicher hervor, wenn die Klausel von Ereignissen oder Bedingungen abhängig gemacht wird, auf die der Subunternehmer keinerlei Einfluss hat. Auf der anderen Seite sind Gerichte generell gehalten, Verträgen diejenige Wirkung zu verschaffen, die von den Parteien beabsichtigt wurde. Gerichte sind grundsätzlich nicht befugt, die zwischen den Parteien klar und deutlich getroffene Verteilung der kommerziellen Risiken eines Geschäftes durch eine Verteilung zu ersetzen, die sich nach eigener Einschätzung des Gerichts als gerecht und angemessen erweisen könnte.[309]

1. Abgrenzung von *pay-if-paid*- und *pay-when-paid* Klauseln

Den amerikanischen Gerichten ist das Problem der bedingenden Zahlungsklauseln in Subunternehmerverträgen bereits seit mehr als einhundert Jahren bekannt. Eine der frühesten Entscheidungen, in denen eine entsprechende Klausel vom Gericht zu interpretieren war, ist die Entscheidung ***Crass v. Scruggs***[310], die vom Alabama Supreme Court entschieden wurde. *Crass* hatte als Generalunternehmer den Auftrag erhalten, Arbeiten an einer Eisenbahnlinie durchzuführen. Auftraggeber war der Betreiber der Eisenbahnlinie. Teile der Arbeit wurden an *Scruggs* als Subunternehmer untervergeben. In dem zwischen *Crass* und *Scruggs* geschlossenen Vertrag sah die Vergütungsklausel als Zahlung vor:

> "[p]ayments based on engineer's estimates, and to be made on the 15th of each month, or as soon thereafter as said railroad company pays or causes to be paid the said J.T. Crass."[311]

Das Gericht entschied, dass die Zahlung des Auftraggebers an den Generalunternehmer nicht aufschiebende Bedingung des Subunternehmervertrages war. Dabei wurde deutlich gemacht, dass alle Teile eines Vertrages im Zusammenhang betrachtet werden müssen. Da der Vertrag an anderer Stelle zum Ausdruck brachte, dass die Zahlungsverpflichtung des Generalunternehmers absolut und unbedingt war, entschied das Gericht, dass sich die besagte Klausel im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen des Vertrages vielmehr auf die Fälligkeit im Sinne einer zeitlichen Bestimmung als auf eine aufschiebende Bedingung bezog.

---

[309] *Hendrick* / *Spangler* / *Wedge*, The Construction Lawyer, Juli 1996, S. 13.

[310] 22 So. 81 (Ala., 1897); siehe auch den späteren Fall *Hussey v. Crass*, 53 S.W. 986 (Tenn. Ch. App., 1899).

[311] 22 So. 81, 82.

Dieser Ansatz wurde von amerikanischen Gerichten danach regelmäßig verfolgt. Es wird je nach Lage des Falles entschieden, ob die entsprechende Klausel eine echte Bedingung darstellt oder ob eine reine Fälligkeitsregelung getroffen werden soll. Sofern die Wortwahl der Zahlungsklausel zweideutig oder die Absicht, das Vergütungsrisiko auf den Subunternehmer überzuwälzen unklar ist, obsiegt typischerweise die Auslegung zugunsten der Fälligkeitsregelung, so dass der Subunternehmer grundsätzlich einen Anspruch auf Bezahlung besitzt.

Sofern die Klausel den Zahlungsanspruch des Subunternehmers von der aufschiebenden Bedingung der Bezahlung durch den Auftraggeber abhängig macht, wird regelmäßig von einer "*pay-if-paid*" Klausel gesprochen. Wie bereits erwähnt, sind Gerichte aber bestrebt, die Klausel nicht als Bedingung im eigentlichen Sinne, sondern als rein zeitliche Regelung zu interpretieren, sofern der Wille zur Zahlungsvermeidung nicht deutlich zum Ausdruck kommt. In diesen Fällen wird angenommen, dass bei Nichtzahlung des Auftraggebers der Subunternehmer trotz der vertraglichen Regelung einen Zahlungsanspruch hat, den der Generalunternehmer spätestens nach Ablauf einer angemessenen Zeit erfüllen muss.[312] Um hierbei das zeitliche Element zu betonen, wird regelmäßig von einer "*pay-when-paid*" Klausel gesprochen.

Je nach Interpretation des Gerichtes kann daher eine entsprechende Zahlungsklausel in einem Subunternehmervertrag als *pay-if-paid*- oder als *pay-when-paid* Klausel verstanden werden. Soweit eine klare Nomenklatur, wie die soeben beschriebene, Anwendung fände, wäre die Abgrenzung zwischen den beiden Alternativen reine Auslegungsfrage. Während der letzten zwanzig Jahre hat sich jedoch eine erhebliche Verwirrung ausgebreitet, wo die eigentlichen tatsächlichen und juristischen Unterschiede zwischen den Bezeichnungen "*pay-if-paid*" und "*pay-when-paid*" liegen. Eine gute Veranschaulichung der Unterschiede bietet die Entscheidung ***Architectural Systems, Inc. v. Gilbane Building Company***[313]. In dieser Sache war das Gericht mit einem Subunternehmervertrag konfrontiert, der sowohl eine *pay-if-paid* Klausel als auch eine *pay-when-paid* Klausel enthielt.

Zunächst wurde in dem Vertrag die Fälligkeit der Zahlungen geregelt, was nach der Analyse des Gerichts dem Wortlaut einer *pay-when-p*aid Klausel entsprach:

> „Monthly and final payments will be made to the [subcontractor] within five (5) days after receipt of payment by the [contractor] from the owner. The retained percentage will be forwarded as soon as received by the [contractor] from the owner."

---

[312] Die „reasonable time doctrine" wurde durch die Entscheidung in *Thos. J. Dyer Co. v. Bishop International Engineering Co.* eingeführt, siehe hierzu unten, 2. b.

[313] 760 F. Supp. 79 (D. Md., 1991).

Anschließend wurde jedoch eine *pay-if-paid* Klausel angefügt, deren relevanter Wortlaut wie folgt war:

> „It is specifically understood and agreed that the payment to the [subcontractor] is dependent, as a condition precedent, upon the [contractor] receiving contract payments, including retainer from the Owner."[314]

Das Gericht erkannte den Unterschied zwischen beiden Klauseln und erläuterte, dass die erste Klausel als *pay-when-paid Klausel* reine Regelungen zur Fälligkeit der Zahlungen treffe, während die zweite Klausel als *pay-if-paid Klausel* den Zahlungsanspruch des Subunternehmers unter eine klare aufschiebende Bedingung stelle.

Letztendlich herrscht jedoch in der Jurisprudenz keine klare Linie in der Wortwahl. In der Tat werden beide Begriffe in einer Weise miteinander ausgetauscht, dass kaum ein Jurist, geschweige denn ein General- oder Subunternehmer, in der Lage sein dürfte, anhand der gerichtlichen Bewertungen die beiden Klauseln in ihrer Bedeutung zu unterscheiden. Daher ist hier eine ausführlichere und genauere Betrachtung der relevanten Entscheidungen erforderlich.

2. Die Entwicklung der *Dyer* Richtlinie

Bereits relativ früh zeigte sich, dass die Gerichte ihr Hauptaugenmerk auf die wahren Absichten der Parteien richteten. Die Klarheit und Unzweideutigkeit, mit der diese Intention aus dem Vertrag hervorging, stellte den Grat zwischen Wirksamkeit und Unwirksamkeit der Klausel dar.

In ***United States ex rel Moseley v. Mann***[315] hatte *Mann* den Bau einer Hochwasserregulierungsanlage in Duncan, Oklahoma, für die Regierung der Vereinigten Staaten übernommen. Zu diesem Zweck mietete er diverse Baumaschinen bei *Moseley*. Der Vertrag mit *Moseley* enthielt folgende Klausel:

> "[…] such rental to be paid out of the estimate as received from the Government by Bailee, under and by virtue of said contract for the doing of that work and shall be paid by Bailee as and at the time and out of such estimates when paid, and such rentals to be paid Bailor at the Fort Worth National Bank of Fort Worth, in Fort Worth, in Tarrant County, Texas."[316]

Das Berufungsgericht verwarf die Ansicht des erstinstanzlichen Gerichts, nach der die Klausel eine Bezahlung aus bestimmten Mitteln beabsichtige und den Bauunternehmer sowie

---

[314] 760 F. Supp. 79, 80.

[315] 197 F.2d 39 (10th Cir., 1952).

[316] 197 F.2d 39, 40.

seine Versicherung keinerlei Zahlungsverpflichtung treffe. Wäre dies die wahre Absicht der Parteien gewesen, so der Court of Appeal in seinem Urteil, so hätten die Parteien erwähnen sollen, dass die Bezahlungen ausschließlich („*only*“) aus diesen Mitteln herrühren sollten. Unter Würdigung des gesamten Vertrages, der Beziehung zwischen den Parteien und den Umständen, unter denen er zustande gekommen war, bezweckte die besagte Klausel nach Auffassung des Gerichts, eine Fälligkeit und eine Zahlungsmethode als zusätzliche Sicherung zu etablieren, ohne einen Verzicht auf die Haftung des Bauunternehmers oder der Versicherung zu beinhalten.[317]

In ***Trinity Universal Insurance Co. v. Smithwick***[318] war eine Zahlungsklausel in ihrem relevanten Teil wie folgt gehalten:

> „[...] the balance owing is not due [to the subcontractor] until [...] the owner (City) has paid retained percentage to the prime contractor[…]“[319]

Das Gericht stellte fest, dass es eine grundsätzliche Regel ist, dass die Fälligkeit der Vergütung mit der Fertigstellung des Bauwerks vermutet wird, und dass die besagte Klausel unzureichend ist, um diese Vermutung zu widerlegen.[320]

Der grundlegende Präzedenzfall zu bedingenden Zahlungsklauseln in den USA stammt allerdings aus dem Jahre 1962. In ***Thos. J. Dyer Co. v. Bishop International Engineering Co.***[321] wurde erstmals eine solche Zahlungsklausel als *pay-when-paid* Klausel im vorgenannten Sinne von einem amerikanischen Gericht verstanden.

Bishop hatte als Generalunternehmer einen Vertrag mit dem Auftraggeber *The Kentucky Jockey Club, Inc*. geschlossen. Inhalt des Vertrages war die Errichtung einer Tribüne auf dem Latonia Race Track in Boone County, Kentucky. *Dyer* wurde von *Bishop* unter Vertrag genommen, um diverse Installateurarbeiten durchzuführen. Die vertraglich vereinbarte Vergütung hierfür sollte US$ 115.000,00 betragen. *Bishop* hatte daraufhin vertragsgemäß eine Tribüne errichtet und wurde hierfür vom Auftraggeber gemäß des Vertrages mit US$ 2.236.908,95 bezahlt. Im Nachgang zu den geleisteten Arbeiten wurden jedoch Änderungen bzw. Erweiterungen in Übereinstimmung mit dem Hauptvertrag vorgenommen, die weitere Bauleistungen notwendig machten. Auch *Dyer* wurde insoweit von *Bishop* zu weiteren Installationsarbeiten herangezogen. Der Zahlungsanspruch *Dyer's* gegen *Bishop* erhöhte sich

---

[317] 197 F.2d 39, 42.

[318] 222 F.2d 16 (8th Cir., 1955).

[319] 222 F.2d 16, 19.

[320] 222 F.2d 16, 21.

[321] 303 F.2d 655 (6th Cir., 1962).

dementsprechend von den ursprünglich vereinbarten US$ 115.000,00 um US$ 112.652,17 auf insgesamt US$ 227.652,17. Hiervon hatte *Bishop* US$ 119.133,06 bereits gezahlt. Die Zahlung der restlichen US$ 108.519,11 wurde von *Bishop* verweigert, da der Generalunternehmer wegen der mittlerweile eingetretenen Insolvenz des Auftraggebers seinerseits keinerlei Zahlungen für die zusätzlichen Arbeiten erhalten hatte. *Dyer* klagte daher gegen *Bishop* auf Zahlung des Restbetrages und bekam in erster Instanz im Wege des summary judgment US$ 108.519,11 nebst US$ 9.224,12 Zinsen zugesprochen. *Bishop* ging gegen dieses Urteil vor dem United States Court of Appeal Sixth Circuit in Berufung. Das Berufungsgericht befasste sich in seinem Urteil maßgeblich mit der in der Verteidigungsschrift vorgebrachten Zahlungsklausel in Absatz 3 des Subunternehmer-vertrages, deren relevanter Teil folgenden Wortlaut hatte:

> "The total price to be paid to Subcontractor shall be $109 Dollars ($115,000.00) lawful money of the United States, no part of which shall be due until five (5) days after Owner shall have paid Contractor therefor (...)".[322]

a. Die Zielsetzung der Parteien als zentraler Ausgangspunkt der Vertragsauslegung

Ansatzpunkt des Gerichtes war weniger die zwischen den Parteien strittige Frage der generellen Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit solcher bedingender Zahlungsklauseln (*validity and enforceability of the contract provision*). Das Gericht konzentrierte sich stärker auf die Frage, ob nach dem Wortlaut der Klausel überhaupt davon ausgegangen werden konnte, dass die Bezahlung des Subunternehmers nach dem Willen der Parteien von einer aufschiebenden Bedingung (*condition precedent*)[323] abhängig gemacht werden sollte. Dies wurde als eine Frage der Vertragsauslegung (*construction interpretation of the contract provision*) angesehen, wodurch sich das Gericht einen möglichst weiten Beurteilungsspielraum sicherte.[324]

---

[322] 303 F.2d 655, 656.

[323] Die "condition precedent" im amerikanischen Vertragsrecht wird verstanden als Handlung einer Partei, die vorgenommen werden muss, oder als ungewisses Ereignis, das eingetreten sein muss, bevor vertragliche Rechte und Pflichten für die Parteien entstehen, vgl. *Platt Pacific, Inc. v. Bruce D. Andelson*, 6 Cal.4th 307, 313, 24 Cal.Rptr.2d 597, 862 P.2d 158 (Cal., 1993); zur Abgrenzung zwischen „condition precedent“ und „suspensive condition“ siehe auch unten, 3. a. cc. (1); zur englischen Auslegung der condition precedent vgl. unten IV. Kapitel B.

[324] Dieser Ansatz wurde in der Folge häufig von den befaßten Gerichten gewählt und war nicht selten Gegenstand der Kritik. Nach Meinung einiger Autoren agieren Gerichte auf der Vermutung, dass der Subunternehmer stets die schwächere Partei sei und des gerichtlichen Schutzes bedarf. Vor diesem Hintergrund würden dann fälschlicherweise Zweifel an der wahren Intention der Parteien konstruiert, die dann eine

Als zentralen Ausgangspunkt der Vertragsauslegung zog das Gericht die Absichten und Zielsetzungen der Parteien im Einzelfall heran.[325] In diesem Zusammenhang offenbart sich ein interessanter Aspekt diese Falles. Obwohl das Gericht die zentrale Funktion der Absicht der Parteien anerkannte, ermittelte es diese nicht aus den von den Parteien vorgelegten Beweismitteln, aus denen die Absicht der Parteien möglicherweise eindeutig hervorgegangen wäre, sondern aufgrund einer eigenen Interpretation der besonderen Umstände des Falles vor dem Hintergrund des Baugewerbes.[326] Hierzu wurde das Gericht wohl nicht zuletzt auch durch die tatsächliche Konstellation des Falles motiviert.[327] Die von *Dyer* vorgebrachten Ansprüche wegen zusätzlicher Arbeit wurden vom Generalunternehmer nicht verneint, weil sie unzulässig oder die durchgeführten Arbeiten mangelhaft waren, sondern einzig und allein weil der verlangten Bezahlung des Subunternehmers keine korrespondierende Bezahlung durch den insolventen Auftraggeber gegenüberstand. Bei *Bishop* handelte es sich um eine relativ große Ingenieurfirma, während *Dyer* ein relativ kleiner Subunternehmer war. Da *Dyer* für ca. 10% der gesamten Arbeiten herangezogen wurde, war die Zahlungsverweigerung von ca. 50% des Vergütungsanspruchs für *Dyer* ein möglicherweise existenzbedrohendes Ereignis, so dass das Gericht hier verständlicherweise größere Sympathien für den Subunternehmer gezeigt hat. Insbesondere wurde ausgeführt, dass die Solvenz des Auftraggebers ein Kreditrisiko ist, das notwendigerweise vom Generalunternehmer getragen werden muss, zu dessen Reduzierung jedoch den Vertragsparteien rechtliche und vertragliche Regelungen wie Werkunternehmerpfandrechte, Abschlagszahlungen etc. zur Verfügung stünden. Dies verdeutliche die übereinstimmende Zielsetzung der Parteien, dass der Generalunternehmer für seine geleistete Arbeit vergütet werden soll, auch wenn der Auftraggeber insolvent wird. Diese Zielsetzung sei noch überaus deutlicher im Verhältnis zwischen Generalunternehmer und Subunternehmer, da letzterer in keinerlei vertraglichem Verhältnis zum Auftraggeber stünde und folglich die Vergütung beim Generalunternehmer, seinem Vertragspartner, suche. Dementsprechend habe der Ausfall des Auftraggebers normalerweise auch keinerlei rechtliche Auswirkungen auf den Anspruch des

---

"ausgleichende" Vertragsauslegung durch die Gerichte ermöglichen, vgl. beispielsweise *Murphy*, 7 ICLR (1989), S. 197.

[325] 303 F.2d 655, 660.

[326] Hierauf wurde bereits bei *Hendrick* / *Spangler* / *Wedge*, The Construction Lawyer, Juli 1996, S. 14 hingewiesen; auch dieser Punkt war nicht selten Angriffspunkt der Kritik, vgl. beispielsweise *Cushman* / *Ficken* / *Levin*, 391 PLI/Real 61, 162, wo die Analyse der Parteiabsichten als interessant, aber nicht überzeugend bezeichnet wird.

[327] vgl. 303 F.2d 655, 660: "It seems clear to us under the facts of this case..."; so auch *Murphy*, 7 ICLR (1989), S. 198 f.

Subunternehmers.[328] Das Gericht sah daher diese Konstellation als die normale Absicht und Zielsetzung der Parteien in einem solchen Fall an. Falls die Parteien eine hiervon abweichende Absicht vertraten und das Ausfallrisiko auf den Subunternehmer übertragen wollten, so hätte der Subunternehmervertrag nach Auffassung des Gerichts eine ausdrückliche Regelung enthalten müssen, die diese Absicht klar zum Ausdruck bringt. Die Regel, die die *Dyer* Entscheidung aufgestellt hat, lässt sich in wenigen Worten zusammenfassen: solange aus dem Vertrag nicht klar und unzweideutig hervorgeht, dass der Subunternehmer das Ausfallrisiko übernimmt, hat die Vertragsklausel den Effekt einer Fälligkeitsregelung (*term of payment*) und nicht den einer aufschiebenden Bedingung (*condition of payment*).[329] Der Court of Appeal nannte als geeignetes Mittel eine unzweideutige Ausdrucksweise (*unequivocal terms*) im Vertrag, die auch den Fall der möglichen Auftraggeberinsolvenz miterfasst.[330] Gerade dieser notwendige Bezug zur Auftraggeberinsolvenz fehlte jedoch in der Vergütungsregelung in Absatz 3 des Vertrages, so dass für den Court of Appeal eine Auslegung als echte Bedingung nicht in Frage kam.

b. Die Entwicklung der „*reasonable time doctrine*“

Andererseits betonte das Gericht, dass Absatz 3 – unabhängig von einer Auftraggeberinsolvenz – neben dem fälligen Betrag notwendige Regelungen zur Fälligkeit und Zahlungsmethode mache. Es sah daher in der getroffenen Regelung eine zumutbare Absprache zwischen den Parteien, die dazu bestimmt sei, die Zahlung für eine angemessene Zeit (*reasonable time*) nach Beendigung der Leistung aufzuschieben. Während dieser Zeit sollte dem Generalunternehmer die Möglichkeit gegeben werden, diejenigen ausstehenden Zahlungen vom Auftraggeber zu erwirken, die zur Bezahlung des Subunternehmers erforderlich sind.[331] Insofern war der Court of Appeal hier zu dem gleichen Ergebnis gelangt, wie es bereits in *Crass v. Scruggs* vertreten wurde, dass aus der Beurteilung des Einzelfalles heraus die Parteien nach Ansicht des Gerichts eine Fälligkeitsregelung und keine aufschiebende Bedingung angestrebt haben. Bei dieser Erkenntnis endete jedoch die Regelung in *Crass v. Scruggs*. Es wurde beispielsweise nicht näher darauf eingegangen, wie viel Spielraum dem Generalunternehmer durch eine solche Fälligkeitsregelung zugebilligt wird, bevor ein Vertragsbruch eintritt. Diese Lücke wurde vom Court of Appeal in *Dyer v. Bi*shop

[328] 303 F.2d 655, 660 f.

[329] *Hendrick* / *Spangler* / *Wedge*, The Construction Lawyer, Juli 1996, S. 15.

[330] 303 F.2d 655, 661.

[331] 303 F.2d 655, 661.

geschlossen, indem deutlich gemacht wurde – und dies ist die eigentliche Neuerung –, dass die Fälligkeit nicht beliebig vom Generalunternehmer verlängert werden kann, sondern dass eine Bezahlung des Subunternehmers nach erlangter Bezahlung durch den Auftraggeber, spätestens jedoch nach Ablauf einer angemessenen Zeitspanne, zu erfolgen hat.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass der Court of Appeal bei der Entwicklung dieses als „*reasonable time doctrine*" bekannten Grundsatzes der Entscheidung in *Crass v. Scruggs* keinerlei Bedeutung beigemessen hat. Vielmehr wurde der Grundsatz aus Gerichtsentscheidungen hergeleitet, die eine völlig andere Art von Vertragsklauseln zum Gegenstand hatten, die sogenannten „*ability to pay*" Klauseln. In dieser Art von Verträgen einigen sich die Parteien lediglich darauf, dass Zahlungen nur erfolgen sollen, sofern dies möglich („*pay when able*") oder passend („*pay when convenient*") ist. In ***Mock v. Trustees of First Baptist Church of Newport***[332] hatte ein Architekt einer Vertragsklausel zugestimmt, nach der er auf die Zahlungen für seine Planungsarbeit so lange zu warten hatte, bis der Auftraggeber sich nach eigenem Urteil finanziell in der Lage sah, die Bauphase einzuleiten und abzuschließen. Das Gericht hielt es in diesem Fall für erwiesen, dass eine solche Klausel keine aufschiebende Bedingung darstellte, sondern so zu verstehen war, dass die Zahlung spätestens innerhalb eines angemessenen Zeitraumes stattzufinden hatte. Gleichermaßen entschied der Supreme Court of Ohio in ***Lewis v. Tipton***[333], dass eine Verpflichtung zur Zahlung nach Ablauf einer angemessenen Zeitspanne bestand, nachdem die eine Partei der anderen versprochen hatte, den geschuldeten Geldbetrag zu zahlen, sobald es passend ist („*when I can make it convenient"*). Das Gericht machte zwar deutlich, dass der Intention der Parteien Wirkung zu verschaffen war, auch wenn dies in einer gewissen Spannung zu der Wortwahl der Parteien stand. Eine Zahlung innerhalb einer angemessenen Zeit sei aber unbedingt anzunehmen, da sonst die Gefahr bestünde, dass der Schuldner die Zahlung nie für passend hielte.[334] Die Herleitung der „*reasonable time doctrine*" aus dieser Art von Verträgen ist insofern bemerkenswert und nicht frei von Kritik, als hier im Vergleich zu den contingency payment clauses eine deutliche Diskrepanz zwischen der im Vordergrund beider

---

[332] 67 S.W.2d 9, 252 Ky. 243, 94 A.L.R. 716 (Ky., 1934).

[333] 10 Ohio St. 88, 1859 WL 52, 75 Am.Dec. 498 (Ohio, 1859).

[334] Andererseits hatte der Court of Appeal of Ohio entschieden, dass ein Zahlungsversprechen „sofern und sobald Geldmittel verfügbar sind" („if and when funds are available") eine aufschiebende Bedingung enthält, nach der eine Verpflichtung zur Zahlung erst mit Eintritt der Bedingung entsteht, *North Market Association v. Case*, 99 Ohio App. 187, 132 N.E.2d 122 (Ohio Ct. App., 1955). Dieser Regelung hatte sich nachfolgend der Court of Common Pleas of Highland County, Ohio, in der Entscheidung *Smith v. Shoemaker*, 162 N.E.2d 237, 81 Ohio Law Abs. 451(Ohio Com.Pl., 1959), angeschlossen.

Beurteilungen stehenden Vertragssprache existiert. Während *pay-when-paid* Klauseln den angestrebten Bedingungseintritt von einem präzisen Ereignis, dem Zahlungseingang beim Generalunternehmer, abhängig machen, bleiben die *pay-when-able*- und *pay-when-convenient* Klauseln hier weitaus undeutlicher. Bei letzteren verbleibt so viel Ermessen beim Generalunternehmer, den Bedingungseintritt nach seinem Gutdünken herbeizuführen, dass eine gerichtliche Einschränkung dieses Ermessens vonnöten war. Dementsprechend haben Gerichte die „*reasonable time doctrine*" für diese Art von Verträgen entwickelt, um denjenigen Grad an Bestimmtheit zu ergänzen, der von den Parteien zwar angestrebt, aber zwischen ihnen nicht deutlich genug zum Ausdruck gekommen war.[335] Wie vom Court of Appeal in *Dyer v. Bishop* dargelegt, stellt sich dieses Problem bei *pay-when-paid* Klauseln nicht, wenn die Parteien ihren Willen durch eindeutige Vertragssprache zum Ausdruck gebracht haben, so dass die reasonable time doctrine nur dann zur Anwendung gelangt, wenn die Wortwahl im Vertrag undeutlich und zweideutig ist.

3. Auswirkungen der *Dyer* Rechtsprechung

Mit der Entscheidung in *Dyer v. Bishop* wurde seinerzeit erstmals ein deutliches Zeichen in einem Bereich gesetzt, der im Baugewerbe immer mehr an Bedeutung gewann. *Contingency payment* Klauseln verbreiteten sich angesichts der stetig steigenden Bauvertragssummen und dem damit immanent verbundenen gleichermaßen steigenden Ausfallrisiko zunehmend. Entsprechend existierte innerhalb des Baugewerbes ein Bedürfnis nach juristischer Klarheit in diesem Bereich, was durch die Vielzahl von Prozessen deutlich wird, die auf die Entscheidung in *Dyer v. Bishop* folgten.[336] Die auf der *Dyer*-Rechtsprechung aufbauenden nachfolgenden Entscheidungen verschiedener amerikanischer Gerichte sind jedoch alles andere als konsistent in der Anwendung der aufgestellten Grundsätze. Gerade weil das Gericht die Anwendbarkeit der *reasonable time doctrine* von einer undeutlichen und zweideutigen Vertragssprache abhängig machte, wurde klargestellt, dass eine echte aufschiebende Bedingung in all jenen Fällen anzunehmen war, in denen die Klausel in „*unequivocal terms*" verfasst war. Trotzdem in dieser Entscheidung die *reasonable time*

---

[335] *Murphy*, 7 ICLR (1989), S. 198.

[336] Hier sei darauf hingewiesen, dass die Beilegung von Baustreitigkeiten traditionell zu einem hohen Prozentsatz auf der Ebene privater Schiedsgerichtsbarkeit erfolgt. Die Entscheidungen der Schiedsgerichte werden nur in den seltensten Fällen veröffentlicht. Dem Autor liegen dementsprechend nur wenige Schiedsgerichtsentscheidungen zu diesem Thema vor, so dass zu vermuten ist, dass zusätzlich zu der Vielzahl an Prozessen vor ordentlichen Gerichten eine hohe Anzahl an Schiedsgerichtsentscheidungen existiert. Alleine die Anzahl der vor ordentlichen Gerichten geführten Prozesse verdeutlicht jedoch die Bedeutung des Themas in den Vereinigten Staaten.

doctrine entwickelt worden war, wurde dem hinter *pay-when-paid* Klauseln stehenden Grundgedanken der Risikoverteilung Rechnung getragen. Statt ein generelles Verbot solcher Klauseln aus Gründen der Rechtsordnung auszusprechen, sollte hier lediglich eine Billigkeitsregelung für Härtefälle etabliert werden.[337]

Da der Court of Appeal somit zwar eine Richtung vorgegeben hatte, aber keine eindeutige pauschale Leitlinie bereitstellte, führte die nachfolgende Rechtsprechung zu sehr unterschiedlichen Auffassungen und Ergebnissen, je nach betrautem Gericht und der Politik in dem entsprechenden Staat. Die hier angesprochenen und teilweise diskutierten Fälle lassen sich dementsprechend in verschiedene Fallgruppen einteilen.

a. Auslegung zugunsten des Subunternehmers

In einigen Staaten führte die sogenannte *Dyer* Analyse zu einer Auslegung zugunsten des Subunternehmers. Herausragend war hier die Rechtsprechung Louisianas, die im Zusammenhang mit der Louisiana World Exposition gleich mehrere grundlegende Fälle zu entscheiden hatte. Die Fälle sind nicht nur deswegen bemerkenswert, weil hier eine typische *pay-when-paid* Situation vorlag, die durch den Konkurs der Weltausstellung ausgelöst wurde, sondern auch weil die diesbezügliche Rechtsprechung Louisianas bis zu diesen Entscheidungen durch eine klare Divergenz zwischen den erstinstanzlichen Gerichten und den Berufungsgerichten gekennzeichnet war.

aa. Die faktische Situation in den beiden Ausgangsfällen *Southern States v. Jones* und *Strahan v. Landis*

Die Louisiana World Exposition, Inc. (LWE), war Betreiber der Weltausstellung 1984 in Louisiana, der Louisiana World's Fair. LWE war im Vorfeld der Ausstellung in Bauverträge für Ausstellungshallen und Pavillons mit mehreren Generalunternehmern eingetreten, die wiederum Teilarbeiten an Subunternehmer weitervergaben.[338] Die Pavillons wurden auf Grundstücken errichtet, die von einer Vielzahl öffentlicher und privater Eigentümer für die Dauer des Projekts gepachtet wurden. Da es sich um einen Mietvertrag (*lease*) handelte, waren die Pfandrechte der General- und Subunternehmer nach dem Recht Louisianas auf den „*leasehold interest*" des Mieters beschränkt.[339] Da es sich ferner um kurzfristige Verträge handelte und die errichteten Gebäude gleich nach der Weltausstellung wieder abgerissen

[337] *Murphy*, 7 ICLR (1989), S. 198.

[338] Im Fall *Southern States Masonry, Inc. v. J.A. Jones Constr. Co*., 498 So.2d 151 (La. Ct. App., 1986), waren beispielsweise bestimmte Betonier- und Mauerarbeiten am Internationalen Pavillon, am U.S.Pavillon und am Amphitheater an *Jones* weitervergeben worden.

wurden, war der „*leasehold interest*“ der LWE nahezu wertlos, so dass den Generalunternehmern nur das verbleibende Betriebsvermögen der LWE haftete.

Im maßgeblichen Fall dieses Gesamtszenarios, ***Southern States Masonry, Inc. v. J.A. Jones Constr.Co.***[340], hatte *Jones* als Generalunternehmer mit *Southern States* einen Subunternehmervertrag geschlossen. Der Subunternehmervertrag basierte auf einem Standardvertragsentwurf des Generalunternehmers, den dieser regelmäßig benutzte. Artikel 4 des Subunternehmervertrags verpflichtete *Jones* zur Zahlung des ausstehenden Restbetrages für geleistete Arbeiten innerhalb von 45 Tagen nach Eintritt des letzten der folgenden Ereignisse:

(a) full completion of the Work by the Subcontractor;
(b) final acceptance of the Work by the Architect and Owner;
(c) final payment by Owner to Contractor under the Contract;
(d) the furnishing of satisfactory evidence by Subcintractor to Contractor that the Subcontractor has paid in full all persons furnishing labor, materials or services in connection with the Work and that neither Subcontractor nor any person claiming under or through Subcontractor has filed the right to maintain a lien or other claim against the Owner, the Contractor, Contractor's surety, if any, or the Project premises;
(e) the return of all drawings, plans and specifications to the Contractor or Architect; and
(f) the delivery of all guarantees, warranties, bonds, instruction manuals, performance charts, diagrams, as-built drawings and similar items with respect to the Work.

Der Generalunternehmer veranlasste Zahlungen an *Southern States* jedes Mal, wenn er selber Zahlungen seitens LWE erhalten hatte. Im Laufe der Zeit stellten sich bei LWE finanzielle Schwierigkeiten ein, die am 6. November 1984 zur Einleitung eines sog. Chapter 11 Sanierungsverfahrens[341] kurz vor Abschluss der Weltausstellung führten. *Jones* verfolgte daraufhin seinen Zahlungsanspruch gegen LWE auch in dem Insolvenzverfahren. *Jones* seinerseits wurde von *Southern States*, neben anderen Subunternehmern, auf die noch ausstehenden Schlusszahlungen in Anspruch genommen. Im Verfahren brachte *Jones* vor, dass es sich bei der *pay-when-paid* Klausel in Artikel 4 um eine aufschiebende Bedingung handele, die bislang nicht eingetreten sei, da *Jones* seinerseits nie eine Schlusszahlung von LWE erhalten habe.

Dieser Fall war in der Revisionsinstanz vor dem Louisiana Supreme Court mit einem weiteren Fall, ***Strahan Painting Co. v. Landis Constr. Co***.[342], zusammengelegt worden. Die Ausgangssituation in diesem Fall war weitestgehend identisch mit der Lage in *Jones v.*

---

[339] La. Rev. Stat. Ann., Title 9, s. 4806.

[340] 498 So.2d 151.

[341] Reorganization proceedings nach dem Federal Bankruptcy Act, Chapter 11.

[342] 499 So.2d 417 (La. Ct. App., 1986).

Southern States. Nachdem *Landis* als Generalunternehmer in einen Bauvertrag mit LWE eingetreten war, wurden die Malerarbeiten sowie damit zusammenhängende Tätigkeiten an der „World's Fair Wonder Wall" an *Strahan* weitervergeben. Als *Landis* keinerlei Gelder mehr von LWE erhielt, wurden die Zahlungen an *Strahan* gleichermaßen mit der Begründung eingestellt, dass keine weiteren Zahlungsverpflichtungen bestünden, solange und soweit keine korrespondierenden Zahlungen durch den Auftraggeber LWE bei *Landis* zu verzeichnen waren. *Landis* stützte sich bei dieser Argumentation maßgeblich auf die folgende Klausel des Subunternehmervertrages:

> IN CONSIDERATION WHEREOF, The said Contractor agrees that he will pay to the said Sub-Contractor the sum of Five Thousand Nine Hundred Thirty-Six Dollars ($5,936.00) for such materials and work, said amount to be paid as follows: Ninety per cent (90%) of the value of the work completed and accepted each month for which payment has been made by said Owner to said Contractor to be paid on or about the twentieth of the following month, except that final payment will be made by said Contractor to said Sub-Contractor immediately following final completion and acceptance of such materials and work by the Architect, and final payment received by said Contractor, and after satisfactory evidence has been furnished to said Contractor by said Sub- Contractor that all labor and material accounts for use on this particular work have been paid in full.[343]

Die in erster Instanz unterlegenen Generalunternehmer *Jones* und *Landis* gingen jeweils in Berufung vor den Louisiana Fourth und Fifth Circuit Courts of Appeal, die sich der Argumentation der Generalunternehmer anschlossen und entschieden, dass die vereinbarten Klauseln aufschiebende Wirkung hatten, bis entsprechende Zahlungen durch LWE erfolgten.[344]

bb. Die Interpretationsvielfalt der Präzedenzfälle

Parallel zu diesen beiden Streitigkeiten waren zwei weitere Verfahren anhängig, die ebenfalls die gleiche Ausgangssituation hatten. Der United States District Court for the Eastern District of Louisiana entschied sowohl im Fall ***Aesco Steel, Inc. v. J.A. Jones Constr. Co***.[345] als auch im Fall ***Pacific Lining Co. v. Algernon-Blair Constr. Co***.[346] zu Gunsten des

---

[343] 499 So.2d 417.

[344] 498 So. 2d 151, 153 (*Southern States*); 499 So 2d 417, 418 (*Strahan*).

[345] 621 F.Supp. 1576 (E.D.La., 1985); die *pay-when-paid* Klausel entsprach in diesem Fall der Formulierung in *Southern States v. Jones*, da *Jones* auch hier von dem Standardvertrag Gebrauch machte.

[346] No. 85-3740 (E.D.La., Nov. 25, 1985); die relevante Zahlungsklausel findet sich in Artikel 12 des Subunternehmervertrages und besagt, dass *Algernon-Blair* (als Generalunternehmer) *Pacific Lining* (als Subunternehmer) die aus dem Subunternehmervertrag geschuldete Summe zahlen wird "(...) subject to receipt by contractor of payment from the owner (...). Final Payment shall be made within 30 days after (...) full payment therefor by the owner (...)."

jeweiligen Subunternehmers. In der Berufungsinstanz wurden beide Verfahren vor dem United States Fifth Circuit Court of Appeals zusammengelegt.[347] Das Gericht stellte bei seiner Beurteilung fest, dass sich an den verschiedenen Gerichten im Staat Louisiana zwei gegensätzliche Interpretationen von *pay-when-paid* Klauseln etabliert hatten und somit erhebliche Divergenz in der Rechtsprechung herrschte.

In der Entscheidung ***Miller v. Housing Authority of New Orleans***[348] hatte der Louisiana Supreme Court die Auffassung vertreten, dass die im Vertrag zwischen dem Generalunternehmer *Pittman Construction Co*. und dem Subunternehmer *Miller* enthaltene *pay-when-paid* Klausel eine aufschiebende Bedingung (*suspensive con*dition[349]) darstellte. Die Klausel war in Artikel XI des Subunternehmervertrages enthalten, dessen maßgeblicher Teil lautete:

> „On the 10 day of each month, the Subcontractor shall present to the Contractor a statement of the work done during the preceding month, which statement when checked and approved by the Contractor, will be paid within 10 days after receipt of payment from the Owner, providing all progress of the work and payments for labor and material used are satisfactory in general to the Contractor, less 10 per cent of each estimate to be retained until final payment, which shall be made within 10 days after completion of the work included in this contract and written acceptance by the Architect and full payment therefor by the Owner, provided evidence has been furnished by the Subcontractor, if requested, that all claims for labor and materials are settled, and provided further that all the provisions of this contract have been complied with to the satisfaction of the Contractor."

In der Analyse dieser Vertragssprache kam der Louisiana Fourth Circuit Court of Appeal zu dem Schluss, dass die Wortwahl in keiner Weise mehrdeutig und unklar war. Der simple Effekt der Klausel war nach der Überzeugung des Gerichts, die Bezahlung des Generalunternehmers durch den Auftraggeber zur aufschiebenden Bedingung für die nachfolgende Zahlung des Generalunternehmers an den Subunternehmer zu erklären. Dadurch suchten die Parteien nach Auffassung des Berufungsgerichts zu verhindern, dass der Generalunternehmer die Finanzierung des Projektes im Falle der Auftraggeberinsolvenz allein auf sich zu nehmen hatte. Der Court of Appeal sah seine Aufgabe darin, der klaren Absicht der Parteien Wirkung zu verschaffen und Abstand davon zu nehmen, den Vertrag auf den

---

[347] *Pacific Lining Co. v. Algernon-Blair Constr. Co.,* 812 F.2d 237 (5th Cir., 1987).

[348] 175 So. 2d 326 (La. Ct. App., 1965), 249 La. 623, 190 So. 2d 75 (La., 1966).

[349] Das Rechtssystem Louisianas basiert auf einem civil law System, das aus den französischen Wurzeln des Staates herrührt, und dem die Rechtsnatur der „suspensive condition" entstammt, wie sie auch in Deutschland als aufschiebende Bedingung existiert. Alle anderen Bundesstaaten der USA haben einen common law Hintergrund, der das Institut der bereits erwähnten „condition precedent" kennt. Beide Rechtsfiguren sind analog zueinander, vgl. *City of New Orleans v. Texas and Pacific Railway Company*, 171 U.S. 312, 18 S.Ct. 875, 43 L.Ed. 178 (U.S., 1898).

juristischen Amboss zu plazieren und ihn in eine von den Parteien nicht antizipierte Form zu hämmern.[350] Diese Ansicht hatte in der Revision vor dem Louisiana Supreme Court Bestand.

Später rückten jedoch verschiedene Berufungsgerichte trotz der Vorgabe des Supreme Court von ihrer bisher vertretenen Auffassung nach und nach ab. Bereits im Jahr 1970, vier Jahre nach der *Miller* Entscheidung, hatte der Louisiana Fourth Circuit Court of Appeal in dem Verfahren ***Pelican Construction Co. v. Sewerage & Water Board of New Orleans***[351] seine früher vertretene Annahme einer aufschiebenden Bedingung revidiert und eine differenzierte Betrachtung angemahnt. In dem Verfahren ging es um die Berufung eines Sub-Subunternehmers vor dem Louisiana Fourth Circuit Court of Appeal. Die *Pelican Construction Company* machte als Sub-Subunternehmer einen Zahlungsanspruch gegen den Subunternehmer, Generalunternehmer, Auftraggeber und die Versicherung des Generalunternehmers geltend, der vom Civil District Court for the Parish of Orleans als erstinstanzlichem Gericht mangels Anspruchsgrundlage abgewiesen wurde. Das Gericht sah es nach eingehender Prüfung des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages als erwiesen an, dass nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien der Vergütungsanspruch des Sub-Subunternehmers von einer aufschiebenden Bedingung abhängig sein sollte. Solange diese Bedingung nicht eingetreten war, konnte auch kein wirksamer Zahlungsanspruch entstanden und durchsetzbar sein. In der Berufungsinstanz äußerte der Court of Appeal erhebliche Zweifel daran, dass die vereinbarte Klausel eine aufschiebende Bedingung darstellte und lieferte gleichermaßen in seinem dictum eine alternative Auslegungsmöglichkeit der Vertragssprache. Da die Akten jedoch nur unzureichende Beweismittel enthielten, um eine solche Auslegung zu stützen, wurde vermutet, dass der Vertrag eine aufschiebende Bedingung enthalte und vom Court of Appeal an das vorinstanzliche Gericht zurückverwiesen.[352]

Diese Entscheidung lieferte jedoch in den nachfolgenden Verfahren vor den Berufungsinstanzen der anderen Circuits das entscheidende Argument. Während die Gerichte erster Instanz der Auslegung in *Miller v. Housing Authority* folgten und eine aufschiebende Bedingung annahmen, erklärten die Berufungsgerichte die alternative Auslegungsmöglichkeit im dictum von *Pelican* für unmittelbar anwendbar[353].

---

[350] 175 So. 2d 326, 331.

[351] 240 So. 2d 556 (La. Ct. App., 1970).

[352] 240 So. 2d 556, 559.

[353] Diese Berufungsgerichte waren der Louisiana First Circuit Court of Appeal im Fall *Chartres Corp. v. Charles Carter & Co., Inc*. 346 So. 2d 796 (La. Ct. App., 1977), der Louisiana Second Circuit Court of Appeal im Fall *Cahn Electric Company, Inc. v. Robert E. McKnee, Inc.*, 490 So. 2d 647 (La. Ct. App., 1986) und der Louisiana

Somit ergaben sich aus der Louisiana World Exposition zwei Gruppen von Fällen mit nahezu identischer Ausgangslage, jedoch unterschiedlicher gerichtlicher Vorgeschichte. Unter Bezugnahme auf die vorgenannten Fälle hatte der Louisiana Fifth Circuit Court of Appeal in den konsolidierten Sachen *Aesco Steel v. Jones* und *Pacific Lining v. Algernon-Blair* einen Konflikt in der Auslegung bedingender Zahlungsklauseln zwischen den Gerichten des Staates Louisiana ausgemacht. Die Frage wurde dem Supreme Court zur Vorabentscheidung vorgelegt. Zur gleichen Zeit erreichte den Supreme Court die Revision in den Sachen *Southern States v. Jones* und *Strahan v. Landis*. Die Richter widmeten sich nur den beiden letzten Sachen, die im Verfahren vor dem Supreme Court zusammengelegt wurden.[354] Am gleichen Tag wurde die Vorabentscheidung in den beiden anderen Sachen abgelehnt, obwohl die angemahnte Konfliktlage eingeräumt wurde.[355]

cc. Die Entscheidung des Louisiana Supreme Courts in den Louisiana World Exposition Fällen

Das Verfahren in *Southern States v. Jones* wurde somit zur Leitentscheidung in den Louisiana World Exposition Fällen. Wie bereits erwähnt, gingen die in erster Instanz unterlegenen Generalunternehmer *Jones* und *Landis* jeweils in Berufung, in der die Berufungsgerichte nach Prüfung der ebenfalls erwähnten Zahlungsklauseln von einer wirksam vereinbarten aufschiebenden Bedingung ausgingen und den beiden Generalunternehmern Recht gaben.

Der Louisiana Supreme Court schloss sich dieser Auffassung jedoch nicht an. In einer Mehrheitsentscheidung hoben die Richter die Urteile in der Berufungsinstanz auf. Die vereinbarte Klausel, so die Auffassung des Supreme Courts, hatte nicht die Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung (*suspensive condition*) zur Folge, sondern stellte vielmehr eine Zahlungsbedingung (*term of payment*) dar, die die Zahlungsverpflichtung des Generalunternehmers lediglich für eine angemessene Zeit aufschob.[356] Der Entscheidung in *Dyer* wurde somit zwar im Ergebnis gefolgt, die Argumentation gründete jedoch auf einer

---

Third Circuit Court of Appeal im Fall *Calcasieu-Marine National Bank of Lake Charles v. Darling*, 399 So. 2d 1245 (La. Ct. App., 1981).

[354] *Southern States Masonry, Inc. v. J.A. Jones Constr. Co*., 507 So. 2d 198 (La., 1987).

[355] *Pacific Lining Co. v. Algernon-Blair Constr. Co.,* 506 So. 2d 505 (La., 1987); gleichzeitig verwies der Supreme Court aber auf seine Entscheidung in *Southern States v. Jones*, so dass der Fifth Circuit Court of Appeal anschließend auf der Grundlage dieses Präzedenzfalles die Entscheidungen des Federal District Courts in den Verfahren *Aesco Steel* und *Pacific Lining* bestätigte, vgl. *Pacific Lining Co. v. Algernon-Blair Construction Co.,* 819 F.2d 602, 603 (5th Cir. 1987).

[356] 507 So. 2d 198, 200.

hiervon völlig losgelösten dogmatischen Basis, die sich aus der Entstehungsgeschichte des Rechtssystems Louisianas erklärt, welches als einziges bundesstaatliches Rechtssystem der Vereinigten Staaten dem civil law entspringt.

(1) Die Unterscheidung zwischen „*term*“ und „*condition*“

Ausgangspunkt für die vom Louisiana Supreme Court vorgelegte Begründung war die im Recht von Louisiana verankerte Unterscheidung zwischen „*terms*“ und „*conditions*“[357]. Der Louisiana Supreme Court folgte damit den Vorgaben des Gerichts in der *Pelican* Entscheidung. Wie bereits erwähnt, hatte dieses Gericht eine alternative Auslegungsmöglichkeit zu der herkömmlichen Auffassung einer aufschiebenden Bedingung dargestellt, ohne diese jedoch im Ergebnis anzuwenden.

Der Supreme Court betonte in Anlehnung an die *Pelican* Entscheidung, dass das Recht von Louisiana eine alternative Rechtsfigur zu der *suspensive condition* kennt, den sog. „*term“*. Sowohl *condition* als auch *term* antizipieren im Recht Louisianas ein zukünftiges Ereignis, welches die vereinbarte Verpflichtung auslöst.[358] Der fundamentale Unterschied zwischen beiden Begriffen liegt jedoch im Grad der Ungewissheit, den sie umfassen. Während die *condition* auf einem ungewissen Ereignis (*uncertain event*) beruht[359], hängt der *term* vom Zeitablauf oder dem Eintritt eines Ereignisses ab, soweit dies nach dem natürlichen Verlauf der Dinge bestimmt ist („*in the course of nature, certain*“)[360].

Die Unterscheidung zwischen *condition* und *term* wurde bereits in dem abweichenden Gutachten von Barry, J. in der oben angeführten Entscheidung *Strahan v. Landis* deutlich herausgestellt. Danach ist ein *term* ungewiss, wenn sein Eintritt von einem Ereignis abhängt, welches, obwohl es notwendigerweise eintreten muss, auch innerhalb einer angemessen verlängerten Zeit realisiert werden kann. Ein *term* stellt mithin nicht die Existenz der vertraglichen Verpflichtung in Frage, sondern verzögert lediglich deren Erfüllung. Die auf diese Weise aufgeschobene Verpflichtung wird als bereits existent angesehen, obgleich die

---

[357] Ebenso wie die „suspensive condition“ im civil law ihre Entsprechung in der „condition precedent“ des common law findet (siehe oben), hat der „term“ sein Gegenstück in dem Common Law Gedanken der „time of performance“ oder der „time of payment“, *Laporte*, Loy. L. Rev. 1988, S. 437.

[358] vgl. Art. 2043 La. Civ. Code 1870, der auf den Vertrag in *Southern States v. Jones* seinerzeit noch anwendbar war [heutiger Art. 1767]. Soweit im folgenden auf Artikel des Louisiana Civil Code Bezug genommen wird, sind dies die entsprechenden Artikel des Gesetzes von 1870. Die entsprechenden parallelen Vorschriften des heutigen Civil Code werden, soweit sie noch in der alten Form existent sind, in Klammern angefügt (siehe hierzu auch Anhang A).

[359] Art. 2021 [La. Civ. Code Ann. Art. 1767 (West 1987)].

[360] Art. 2049 [La. Civ. Code Ann. Art. 1777 (West 1987)].

Erfüllung der Verpflichtung noch aussteht. Demgegenüber ist die von einer *suspensive condition* abhängende Verpflichtung noch nicht existent. Es ist, so die Auffassung von Barry, J., bei der Vereinbarung einer *suspensive condition* nicht klar, ob das Recht bzw. die Verpflichtung jemals bestehen wird.[361] Insofern geht der Effekt einer *suspensive condition* weit über den eines lediglich modifizierenden *terms* hinaus. Ob die Parteien eine Bedingung schaffen oder nur die vertragliche Verpflichtung modifizieren wollten, ohne ihre Existenz von dem Bedingungseintritt abhängig zu machen, wird in Zweifelsfällen durch die Anwendung der Regeln zur Vertragsauslegung entschieden.[362]

(2) Die Intention der Parteien als entscheidendes Element

Vor diesem dogmatischen Hintergrund zog der Louisiana Supreme Court – wie bereits der United States Court of Appeal Sixth Circuit in der *Dyer* Entscheidung – den vertraglich manifestierten Willen der Parteien als analytischen Ansatzpunkt heran. Der Supreme Court stellte fest, dass beide Subunternehmerverträge in ihren Zahlungsklauseln klar zum Ausdruck brachten, dass auf der einen Seite der Subunternehmer bestimmte Arbeiten verrichten würde, wofür auf der anderen Seite der Generalunternehmer bestimmte Zahlungen leisten sollte. Die Zahlungsklauseln stellten insbesondere klar, wann solche Zahlungen erfolgen sollten, nämlich sobald der Generalunternehmer durch den Auftraggeber vergütet wurde. Ein besonderes Ausfallrisiko des Auftraggebers war nicht erwogen worden. Insofern indiziere jedoch bereits die vertragliche Wortwahl, dass die Zahlung durch den Auftraggeber LWE von den Parteien als ein verhältnismäßig bestimmtes Ereignis (*reasonably certain event*) angesehen wurde.[363] Besonderes Augenmerk legte der Supreme Court in Anlehnung an die *Dyer* Entscheidung auf den Wortlaut der Vereinbarung und das Erfordernis unzweideutiger Wortwahl im Vertrag. Das Gericht betonte, dass beide Zahlungsklauseln in obligatorischer Sprache verfasst waren.[364] Insofern verbiete sich die Annahme einer Ungewissheit hinsichtlich der Zahlung, wie sie für eine *suspensive condition* vorausgesetzt wäre. Die Zahlung wurde nur zu dem Ausmaß als unsicher angesehen, als jegliches menschliches Handeln unsicher ist. Daher waren die Zahlungsbedingungen durch ein mehr oder minder bestimmtes Ereignis (aus der Sichtweise der Parteien) definiert, so dass hier eher von einem *term of payment* als einer *suspensive condition* auszugehen war.

---

[361] 499 So.2d 417, 423.

[362] Art. 2027.

[363] 507 So. 2d 198, 203.

[364] Der Strahan / Landis Subunternehmervertrag enthielt die Formulierung „will pay". Der Southern States / Jones Subunternehmervertrag enthielt die Formulierungen „shall pay".

Nach Auffassung des Gerichts regelte auch keiner der beiden Verträge ausdrücklich oder implizit, dass der Subunternehmer die Auftraggeberinsolvenz absichern sollte. Keiner der beiden Verträge gab Anlass zu der Annahme, dass die mögliche Insolvenz des Auftraggebers überhaupt von den Vertragsparteien in Erwägung gezogen wurde. Der von den Parteien nicht vorhergesehene Zahlungsausfall des Auftraggebers änderte die fundamentale Prämisse, von der die Parteien bei Vertragsschluss ausgegangen waren, und machte die Zeit, zu der die Zahlung erfolgen sollte, unbestimmbar oder ungewiss, so dass – in Übereinstimmung mit dem Zivilrecht Louisianas[365] – die Erfüllung der Zahlungsverpflichtung innerhalb eines angemessenen Zeitraumes erfolgen musste[366].

Einer der wichtigsten Aspekte der Entscheidung ist jedoch die ausdrückliche Bestätigung der *Dyer* Rechtsprechung, dass ein Generalunternehmer die Vergütung des Subunternehmers von der Zahlung des Auftraggebers abhängig machen kann, soweit dies durch klare und unzweideutige Vertragssprache zum Ausdruck gebracht wird. Der Supreme Court betonte ausdrücklich, dass die in beiden Verträgen enthaltene Mehrdeutigkeit, die die Generalunternehmer nicht durch eindeutige Beweise ausräumen konnten, durch den Gebrauch der Konjunktion „if" in den entsprechenden Absätzen der Zahlungsklauseln hätten abgemildert werden können. Laut Supreme Court hätte der Gebrauch des Wortes „if" möglicherweise beweisen können, dass es die Absicht der Parteien war, die Bezahlung des Subunternehmers von der aufschiebenden Bedingung der Zahlung des Auftraggebers abhängig zu machen.[367]

Dass die Gerichte Louisianas einer bedingenden Zahlungsklausel Wirksamkeit zubilligen, wenn sie in ausreichend klarer und eindeutiger Sprache gehalten ist, beweist das Verfahren ***Imagine Constr., Inc. v. Centex Landis Constr. Co., Inc.***[368] *Centex* hatte sich als Generalunternehmer gegenüber der Harrah's Jazz Company verpflichtet, auf einem Grundstück des Auftraggebers in New Orleans ein Spielkasino zu errichten. Bestimmte Arbeiten wurden dabei an *Imagine* vergeben. Nachdem der Auftraggeber seine Zahlungen an *Centex* verfrüht eingestellt hatte, verweigerte *Centex* ebenfalls weitere Zahlungen an *Imagine*

---

[365] vgl. La. Civ. Code Ann. Art. 1778 (West 1987), vgl. Anhang A.

[366] 507 So. 2d 198, 204.

[367] 507 So. 2d 198, 206; In einem weiteren Fall aus der Gruppe der LWE-Fälle, *C. Bel for Awnings, Inc. v. Blaine-Hays Constr. Co., Inc*., 532 So.2d 830 (La. Ct. App., 1988), entschied der Court of Appeal jedoch gegen den Subunternehmer. Angesichts zusätzlicher Vereinbarungen zwischen den Vertragsparteien, aus denen eine Verständigung über die Tragweite der pay-when-paid Vereinbarung zu entnehmen ist, war das Gericht zu der Überzeugung gelangt, dass die Parteien hier die Möglichkeit einer Insolvenz des Auftraggebers in Erwägung gezogen hatten. Somit war die Klausel als aufschiebende Bedingung zu verstehen, 532 So.2d 830, 832 f.

[368] 97-1653, 1, 707 So.2d 500 (La. Ct. App., 1998).

unter Hinweis auf verschiedene Regelungen im Subunternehmervertrag, die folgenden Wortlaut hatten:

> „[...] The Subcontractor shall submit [...] a written requisition for payment showing the value of the Work, all previous payments; and all other charges for proportional material or service furnished [...], and for which payment has been received by Centex Landis from Owner [...].
> […]
> [...], final payment shall be made within forty days after the completion of the Work [...] and provided Centex Landis has received final payment from the owner [...].
> […]
> Notwithstanding anything to the contrary [...], Subcontractor shall not be entitled to receive any progress payment or final payment prior to Centex Landis' actual receipt of that payment from Owner. Subcontractor agrees that Centex Landis' actual receipt of full payment from Owner shall be a condition precedent to the bringing of any action by Subcontractor hereof against Centex Landis or its surety, if any, relating to Contractor's failure to make payment [...]."[369]

Das erstinstanzliche Gericht verwarf die Zahlungsklage des Subunternehmers als verfrüht, da wegen des Nichteintritts der vereinbarten Bedingung der Anspruch noch nicht fällig war. Der Court of Appeal Fourth Circuit hielt diese Entscheidung aufrecht. In seiner Begründung widmete sich das Gericht insbesondere dem Verhältnis zwischen der vorliegend verwendeten Vertragssprache und den entscheidenden Formulierungen in den Fällen *Southern States v. Jones* und *Strahan v. Landis*. Dabei wurde insbesondere betont, dass die Vertragsparteien sich explizit auf den tatsächlichen Erhalt der Gelder beriefen („*actual receipt of payment*“) und diese Zahlungseingänge auch ausdrücklich als aufschiebende Bedingung bezeichneten („*condition precedent*“).[370] Nach Auffassung des Gerichts hatten die Parteien mit diesen Formulierungen eindeutig die Möglichkeit eines Zahlungsausfalls des Auftraggebers mitumfasst, so dass die Klausel die für die Wirksamkeit erforderliche Klarheit und Deutlichkeit besaß.

dd. Die Anwendung der *Dyer* Leitlinie zugunsten des Subunternehmers in anderen Staaten

Obwohl die Entscheidungen um die Louisiana World Exposition die Leitlinie der *Dyer* Entscheidung am deutlichsten herausstellen, findet sich auch in den meisten anderen Bundesstaaten eine Vielzahl von Fällen, bei denen die Gerichte mit gleichen oder ähnlichen Argumentationsansätzen zu identischen Ergebnissen gelangt sind.[371] Die nahezu

---

[369] 97-1653, 1, 4, 707 So.2d 500, 502.

[370] 97-1653, 1, 5, 707 So.2d 500, 502.

[371] vgl. *Grady v. S. E. Gustafson Constr. Co.*, 251 Iowa 1242, 103 N.W.2d 737 (Iowa, 1960); *Dancy v. Williams J. Howard, Inc.*, 297 F.2d 686 (7th Cir., 1961); *Eastern Heavy Constructors, Inc. v. Fox*, 231 Md. 15, 188 A.2d 286 (Md., 1963); *Mignot v. Parkhill*, 237 Or. 450, 391 P.2d 755 (Or., 1964); *Darrell T. Stuart Contractor of Arizona v. J. A. Bridges & Rust-Proofing, Inc.*, 2 Ariz.App. 63, 406 P.2d 413 (Ariz. Ct. App., 1965); *Fishman*

unüberschaubare Anzahl der einschlägigen Fälle macht es unmöglich (und auch unnötig), jeden einzelnen Fall darzustellen, so dass die generelle Darstellung hier auf einige repräsentative Fälle beschränkt bleibt.[372]

Constr. Co. v. Hansen, 238 Md. 418, 209 A.2d 605 (Md., 1965); *Atlantic States Constr. Co. v. Drummond & Co*., 251 Md. 77, 246 A.2d 251 (Md., 1968); *Byler v. Great American Insurance Co*., 395 F. 2d 273 (10th Cir., 1968); *New Amsterdam Casualty Co. v. Allen Co.*, 446 S.W.2d 278 (Ky. Ct. App., 1969); *A. J. Wolfe Co. v. Baltimore Contractors, Inc*., 355 Mass. 361, 244 N.E.2d 717 (Mass., 1969); *Howard-Green Electrical Co. v. Chaney & James Constr. Co.*, 12 N.C.App. 63, 182 S.E.2d 601 (N.C. Ct. App., 1971); *Yamanishi v. Bleily and Collishaw, Inc*., 29 Cal.App.3d 457, 105 Cal. Rptr. 580 (Cal. Ct. App., 1972); *Moore v. Continental Casualty Co.*, 366 F. Supp. 954 (W.D. Okla., 1973); *Midland Engineering Co. v. John A. Hall Constr. Co.*, 398 F. Supp. 981 (N.D. Ind., 1975); *Riley Constr. Co., Inc. v. Schillmoeller & Krofl Co.,* 70 Wis.2d 900, 236 N.W.2d 195 (Wis., 1975); *Elk & Jacobs Drywall v. Town Contractors, Inc*., 229 S.E.2d 260 (S.C., 1976); *KaIwall Corp. v. K. Capolino Design & Renovation*, 54 A.D.2d 941, 388 N.Y.S.2d 346 (N.Y. App. Div., 1976) ; *Schuler-Haas Electric Corp. v. Aetna Casualty & Surety Co.*, 49 A.D.2d 60, 371 N.Y.S.2d 207 (N.Y.S. Ct. 4th Dept., 1975), 40 N.Y.2d 883, 357 N.E.2d 1003, 389 N.Y.S.2d 348 (1976); *Mathews Corp. v. Tutten Enten Inc.*, 343 So.2d 902 (Fla. Dist. Ct. App., 1977); *Amelco Electric v. Donald M. Drake Co.*, 583 P.2d 648 (Wash. Ct. App., 1978); *Sturdy Concrete Corp. v. NAB Constr. Corp.*, 65 A.D.2d 262, 411 N.Y.S.2d 637 (N.Y. App. Div., 1978); *Bayer and Mingolla Industries, Inc. v. A.J. Orlando Contracting Co., Inc.*, 6 Mass. App. Ct. 1, 370 N.E.2d 1381 (Mass. App. Ct., 1978); *Snead Constr. Corp. v. Langerman*, 369 So.2d 591 (Fla. Dist. Ct. App., 1978); *Watson Constr. Co. v. Reppel Steel & Supply Co., Inc*., 123 Ariz. 138, 598 P.2d 116 (Ariz. Ct. App., 1979); *D. K. Meyer Corp. v. Bevco, Inc*., 206 Neb. 318, 292 N.W.2d 773 (Neb., 1980); *Mularz v. Greater Park City Co.*, 623 F.2d 139 (10th Cir., 1980); *Colonial Roofing Corp. v. John Mee, Inc*., 105 Misc.2d 140, 431 N.Y.S.2d 931(N.Y. Sup. Ct., 1980); *American Drilling Service Co. v. City of Springfield*, 614 S.W.2d 266 (Mo. Ct. App., 1981); *Grossman Steel and Aluminum Corp. v. Samson Window Corp*., 54 N.Y.2d 653, 426 N.E.2d 176, 442 N.Y.S.2d 769 (N.Y., 1981); *Nicholas Acoustics & Specialty Co. v. H & M Constr. Co., Inc.*, 695 F. 2d 839 (5th Cir., 1983); *Jeremiah Sullivan & Sons, Inc. v. Kay-Locke, Inc*., 17 Mass. App. Ct. 997, 459 N.E.2d 837 (Mass. App. Ct., 1984); *GuIf Constr. Co., Inc. v. Self*, 676 S.W.2d 624 (Tex. App., 1984); *Havens Steel Co. v. Randolph Engineering Co*., 613 F.Supp. 514 (W.D.Mo., 1985); *Howdeshell, Inc. v. Kline Corp*., 56 B.R. 122 (M.D.Fla., 1985); *Pioneer Roofing Co. v. Mardian Constr. Co.*, 152 Ariz. 455, 733 P.2d 652 (Ariz. Ct. App., 1986); *United Plate Glass Co. v. Metal Trims Industries, Inc*., 106 Pa.Commw. 22, 525 A.2d 468 (Pa. Commw. Ct., 1987); *Statesville Roofing & Heating v. Duncan*, 702 F. Supp. 118 (W.D.N.C., 1988); *Action Interiors, Inc. v. Component Assembly Systems, Inc*., 144 A.D.2d 606, 535 N.Y.S.2d 55 (N.Y. App. Div., 1988); *DEC Electric, Inc. v. Raphael Constr. Corp*., 558 So.2d 427 (Fla., 1990); *Sheldon L. Pollack Corp. v. Falcon Industries*, 794 S.W.2d 380 (Tex.App., 1990); *Power & Pollution Services v Suburban Powers Piping C*orp., 74 Ohio App.3d 89, 598 N.E.2d 69 (Ohio Ct. App., 1991); *Otis Elevator Co. v. George A. Fuller Co*., 172 A.D.2d 732, 569 N.Y.S.2d 118 (N.Y. App. Div., 1991); *F.W. Sims, Inc., v. Federal Insurance Co*., 788 F.Supp. 149 (E.D.N.Y., 1992).

[372] Im Folgenden werden weitestgehend neuere Fälle der letzten Jahre dargestellt. Für die repräsentativen Fälle der siebziger und achtziger Jahre vgl. die herausragende Darstellung bei *Hendrick* / *Spangler* / *Wedge*, The

(1) Die Rechtsprechung New Jerseys

In ***Seal Tite Corp. v. Ehret, Inc***.[373], der vor dem United States District Court of New Jersey verhandelt wurde, sah die Zahlungsklausel im Subunternehmervertrag Interimszahlungen mit der folgenden Modalität vor:

> „The balance to be paid within thirty (30) days after acceptance and receipt of final payment by the owner of the building and after complete release of all liens arising out of this contract have been delivered to [E]hret, Inc."

Das Gericht übernahm die Argumentation aus *Dyer v. Bishop* und entschied, dass jegliche Interpretation einer Zahlungsklausel, die den Subunternehmer in eine ungeschützte Position bringt, vermieden werden sollte. Der Subunternehmer sollte nach Auffassung des Gerichts nicht zu einem Gläubiger des Auftraggebers gemacht werden, solange nicht klare und unzweideutige Hinweise existierten, dass der Subunternehmer das Ausfallrisiko des Auftraggebers übernommen hat.[374]

(2) Die Rechtsprechung Floridas

In Florida waren die Gerichte mehrfach mit der Problematik der *pay-when-paid* Klauseln befasst.[375] In einer frühen Entscheidung, ***Peacock Constr. Co., Inc. v. Modern Air Conditioning, Inc***.[376], hatte der Florida Supreme Court über die Ansprüche der Subunternehmer *Modern Air Conditioning, Inc.* und *Overly Manufacturing Co*. gegen den Generalunternehmer *Peacock* zu entscheiden. *Peacock* hatte den Bau einer exklusiven Wohnanlage übernommen. Einige der erforderlichen Arbeiten gab *Peacock* an Subunternehmer weiter. Die Heizungs- und Klimaanlageninstallation wurde an *Modern Air* vergeben, der Bau eines überdachten Swimming Pools ging an *Overly*. Beide Subunternehmerverträge sahen vor, dass die Schlusszahlung an den Subunternehmer innerhalb von dreißig Tagen nach Abschluss der Arbeiten, schriftlicher Abnahme durch den Architekten und voller Bezahlung durch den Auftraggeber erfolgen sollte. Im Prozess um die Zahlungsansprüche lehnte der Supreme Court das von *Peacock* behauptete Vorliegen einer

---

Construction Lawyer, Juli 1996, S. 12 ff. Auf einige der in Fn. 371 genannten Fälle wird an anderer Stelle umfassender und genauer eingegangen werden.

[373] 589 F.Supp. 701 (D.N.J., 1984).

[374] 589 F.Supp. 701, 704.

[375] Eine hervorragende und sehr aktuelle Zusammenfassung der Rechtslage sowie zahlreiche Hinweise auf weitere Entscheidungen in Florida findet sich bei *Barthet* / *Goodman*, 73 Fla. B.J. (1999), 64 ff.; siehe auch *Bragg* / *Tyson*, 38 FICC Quarterly 11 (1987), S. 95 ff.

[376] 353 So.2d 840 (Fla., 1977).

condition precedent ab. Besonders interessant ist an dieser Entscheidung jedoch, dass das Gericht sich maßgeblich mit einer zusätzlichen Problematik hinsichtlich der Bestimmung der wahren Absicht der Vertragsparteien beschäftigte. *Peacock* brachte im Prozess unter anderem vor, dass die Geschworenen, soweit die vertragliche Klausel zweideutig oder mehreren Auslegungen zugänglich ist, die Intention der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestimmen sollten, die zum Gebrauch dieser bestimmten Sprache führte. Damit ist sozusagen ein Zuständigkeitsproblem in den Prozess eingebracht worden. Normalerweise ist die Auslegung eines geschriebenen Vertrages nach dem Recht Floridas eine Rechtsfrage, (*matter of law*) die durch das Gericht bestimmt wird.[377] In Fällen, in denen die vertragliche Wortwahl mehrdeutig ist, kommt der Intention der Parteien jedoch eine entscheidende Rolle bei der Feststellung zu, welche der möglichen Interpretation einschlägig ist. In einer solchen Situation wird die Frage nach der wahren Absicht der Parteien dann üblicherweise den Geschworenen als Tatsachenfrage (*matter of fact*) vorgelegt. Streitigkeiten zwischen Generalunternehmern und Subunternehmern über zweideutige pay-when-paid Klauseln werden jedoch als Ausnahme von diesem etablierten Rechtsprinzip betrachtet. In dieser Konstellation verbleibt es bei der Bestimmung der Absicht durch das Gericht als Rechtsfrage.[378] Der Supreme Court begründete sein Abweichen mit der Natur des Vertrages und zog Anhaltspunkte für diese Vorgehensweise auch aus der Entscheidung *Dyer v. Bishop*. Nach Auffassung des Gerichts ist das Geschäftsverhältnis zwischen Subunternehmern und Generalunternehmern ein gebräuchliches, so dass die Absicht der Parteien kaum von Fall zu Fall unterschiedlich ist, obwohl sie unterschiedlich zum Ausdruck kommen kann. Die herkömmliche Absicht in einem solchen Fall ist, dass die Zahlungsklausel nicht als aufschiebende Bedingung, sondern als Fälligkeitsregelung gedacht ist, da üblicherweise nicht davon auszugehen ist, dass ein kleiner Subunternehmer, der die Bezahlung notwendigerweise braucht, um im Geschäft zu bleiben, das Ausfallrisiko des Auftraggebers übernimmt, wie dies bereits in *Dyer v. Bishop* zum Ausdruck kam. Allerdings betonte das Gericht, dass die gerichtliche Interpretation zweideutiger Vertragssprache zugunsten des Subunternehmers nicht als gegen den Generalunternehmer gerichtet betrachtet werden sollte, da diese Vorgehensweise lediglich die fairste Behandlung des Problems durch ein Gericht darstelle. Nach Auffassung des Gerichts bleibt es den Parteien unbenommen, durch klare und eindeutige Vertragssprache das Risiko

---

[377] *Barthet / Goodman*, 73 Fla. B.J. (1999), S. 64 mit Hinweis auf *Peacock Constr. Co., Inc. v. Modern Air Conditioning, Inc.*, 353 So.2d 840, 842; *City of Leesburg v. Hall*, 96 Fla. 186, 191, 117 So. 840, 841 (Fla., 1928); *City of Orlando v. H.L. Coble Construction Co*., 282 So.2d 25, 26 (Fla. Dist. Ct. App., 1973).

[378] 353 So.2d 840, 842.

auf den Subunternehmer zu übertragen. Das Vorliegen klarer und unzweideutiger Ausdrucksweise fällt aber in den Risikobereich des Generalunternehmers.

Trotzdem die Entscheidung noch immer anwendbares Recht darstellt, konnten einige wesentliche Fragen, die das Urteil aufgeworfen hat, bis heute nicht abschließend gerichtlich geklärt werden. Das Gericht sah seinen Grundsatz der gerichtlichen Interpretation zweideutiger Vertragssprache als anwendbar auf Verträge zwischen Generalunternehmern und kleinen Subunternehmern über große Bauprojekte („*contracts between small subcontractors and general contractors on large construction projects*“) an.[379] Dabei stellt sich jedoch die Frage, wie große Bauprojekte eigentlich definiert werden, und ob – im Umkehrschluss – kleine Bauprojekte von der Anwendung dieses Grundsatzes ausgenommen sind. Falls der Grundsatz auf alle Rechtsgeschäfte zwischen Subunternehmern und Generalunternehmern unabhängig von Größe, finanzieller Kraft und Verhandlungsposition Anwendung finden sollte, so bleibt zu fragen, ob nicht durch eine solche Anwendung der Subunternehmer gegenüber dem Generalunternehmer in unzulässiger Weise bevorzugt wird.[380] Auch nachfolgende Entscheidungen haben diese Fragen leider bisher unbeantwortet gelassen.

Abschließend sei hier noch auf eine weitere bedeutende Entscheidung hingewiesen, in der der *Dyer* Argumentation ein neues Element hinzugefügt wurde. Der Supreme Court Floridas war in ***OBS Co., Inc. v. Pace Constr. Corp***.[381] erneut mit der *pay-when-paid* Materie befasst. *Pace* war Generalunternehmer eines Bauprojekts, das von Shumann Investments in Auftrag gegeben worden war. *OBS* war als Subunternehmer u.a. zur Ausführung von Einfassungs-, Isolier- und Stuckierarbeiten verpflichtet worden. Der Subunternehmervertrag sah in Klausel 6.3 folgende Regelung vor:

> “In addition to any other requirements of this Subcontract and the Contract Documents, Final Payment shall not become due unless and until the following conditions precedent to Final Payment have been satisfied:
> (a) approval and acceptance of Subcontractor's work by Owner, Architect and Contractor,
> (b) delivery to Contractor of all manuals, "as-built" drawings, guarantees, and warranties for material and equipment furnished by Subcontractor, or any other documents required by the Contract Documents,
> (c) receipt of Final Payment for Subcontractor's work by Contractor from Owner,
> (d) furnishing to Contractor of satisfactory evidence by Subcontractor that all labor and material accounts incurred by Subcontractor in connection with his work have been paid in full,

---

[379] 353 So.2d 840, 842.

[380] *Barthet* / *Goodman*, 73 Fla. B.J. (1999), S. 64, 65; Diese Frage ist – im Hinblick auf die pauschale Beurteilung durch die deutsche Rechtsprechung – ebenfalls eine der Kernfragen dieser Arbeit.

[381] 558 So. 2d 404 (Fla., 1990); siehe hierzu auch *Perlman*, 8 ICLR (1990), 138 ff.

(e) furnishings to Contractor a complete Affidavit, Release of Lien and Waiver of Claim by Subcontractor in the form attached hereto as Exhibit "D", and as required by the Contract Documents."

Zwischen den Parteien bestand Einigkeit über die Höhe des Zahlungsanspruchs des Subunternehmers. *Pace* verweigerte die Zahlung jedoch mit Hinweis auf Klausel 6.3. In erster Instanz wurde dem Zahlungsanspruch des Subunternehmers stattgegeben. Die Berufung des Generalunternehmers gegen dieses Urteil wurde jedoch vom Court of Appeal zugelassen und das Urteil erster Instanz aufgehoben, da das Gericht den Wortlaut der Klausel für ausreichend klar und eindeutig hielt.[382]

In der Revision hatte dann schließlich der Florida Supreme Court über die Wirksamkeit des Zahlungsanspruchs zu entscheiden. Im allgemeinen verwarf der Supreme Court die Ansicht des Court of Appeal, dass durch die klare und eindeutig formulierte Zahlungsklausel die Absicht der Risikoübertragung auf den Subunternehmer ausreichend zum Ausdruck gebracht wurde, machte aber gleichzeitig eine Einschränkung. Gemäß der Argumentation des Supreme Court wäre dieses Ergebnis vertretbar gewesen, wenn lediglich die Regelung des Subunternehmervertrages quasi isoliert zur Beurteilung heranzuziehen wäre. Das Gericht sah dies hier allerdings nicht als ausreichend an. Es ist eine generelle Regel des Vertragsrechts, dass ein Dokument, auf das in einem schriftlichen Vertrag in ausreichend identifizierbarer Form ausdrücklich hingewiesen wird, insoweit als Teil des Vertrages zur Beurteilung herangezogen wird.[383] Soweit ein Widerspruch zwischen zwei solchen Dokumenten besteht, wird er gemäß der *Peacock* Rechtsprechung gegen den Generalunternehmer ausgelegt. Ein solcher Widerspruch ergab sich nach Auffassung des Supreme Court in dem Fall *OBS v. Pace* aus dem Zusammenspiel zwischen Hauptvertrag und Subunternehmervertrag. Der Subunternehmervertrag enthielt folgende Klausel 1.1:

„The Contract Documents for this Subcontract consist of this Agreement and any Exhibits attached hereto, the Agreement between the Owner and Contractor on this Project, the conditions of the Contract between the Owner and Contractor (General Supplementary and other Conditions), Drawings, Specifications, all Addenda issued prior to execution of the Agreement between the Owner and Contractor, and all Modifications issued subsequent thereto. With respect to its work, Subcontractor agrees to be bound to the Contractor by all the items of the Agreement between the Contractor and the Owner and by the Contract Documents and to assume toward the Contractor and

---

[382] siehe *Pace Constr. Corp. v. OBS Co., Inc*., 531 So.2d 737, 13 Fla. L. Weekly 2120 (Fla. Dist. Ct. App., 1988).

[383] 558 So. 2d 404, 406 mit Hinweis auf *J.M. Montgomery Roofing Co. v. Fred Howland, Inc*., 98 So.2d 484 (Fla., 1957); *United States Rubber Products v. Clark*, 145 Fla. 631, 200 So. 385 (Fla., 1941); *McGhee Interests, Inc. v. Alexander National Bank*, 102 Fla. 140, 135 So. 545 (Fla., 1931).

the Owner all of the obligations and the responsibilities that the Contractor by those instruments assumes toward the Owner […]."[384]

Damit betrachtete das Gericht den Subunternehmervertrag nicht isoliert, sondern in Verbindung mit dem Hauptvertrag zwischen dem Generalunternehmer und dem Auftraggeber. Letzterer war als „cost reimbursement" Vertrag mit der Regelung geschlossen worden, dass die Vergütung des Generalunternehmers durch die vorherige Vergütung der Subunternehmer aufschiebend bedingt war. Die AGB des Auftraggebers sahen darüber hinaus vor, dass der Generalunternehmer eidesstattlich zu versichern hatte, dieser Verpflichtung nachgekommen zu sein, bevor sein Vergütungsanspruch fällig wurde. Nach der Zahlungsklausel im Subunternehmervertrag war jedoch die Vergütung des Subunternehmers durch die vorherige Zahlung des Auftraggebers an den Generalunternehmer aufschiebend bedingt. Dieser Widerspruch führte nach Auffassung des Supreme Court zu einer Unklarheit der Zahlungsklausel, die – unter Rückgriff auf die Argumentation in *Peacock v. Modern Air* – als Rechtsfrage zu behandeln und zu Lasten des Generalunternehmers auszulegen war, da wegen mangelnder Eindeutigkeit der Regelung nicht von einer Absicht der Parteien, das Risiko auf den Subunternehmer abzuwälzen, ausgegangen werden konnte.[385]

Ein weiteres interessantes Beispiel bietet die Rechtsprechung im Bundesstaat Tennessee. Dort gab es bisweilen nur eine nennenswerte veröffentlichte Entscheidung zu dem Problem der bedingenden Zahlungsklauseln. Dennoch ist diese erst kürzlich ergangene Entscheidung von großem Interesse, da hierin die Rechtsprechung zunächst dem radikalen Ansatz Georgias zu einer wörtlichen Auslegung folgte.[386]

(3) Die Rechtsprechung Tennessees

In ***Koch v. Construction Technology, Inc***.[387] ging es um ein Renovierungsprojekt zur Minderung der Bleibelastung innerhalb eines Appartementkomplexes. Unter anderem sollte die dort zuvor beim Anstrich der Wände und Fassade verwendete bleihaltige Farbe durch zusatzfreie Farbe ersetzt werden. *Construction Technology, Inc.* (CTI) beauftragte *Koch* zur Durchführung bestimmter Malerarbeiten. Der zwischen den beiden geschlossene Subunternehmervertrag sah folgende Regelung in Klausel 9 vor:

---

[384] 558 So. 2d 404, 406.

[385] 558 So. 2d 404, 406 f.

[386] Zur Position der Rechtsprechung in Georgia siehe unten, b. aa.

[387] 924 S.W.2d 68 (Tenn., 1996).

„9. Payment: The Contractor shall pay the Subcontractor for his work the sum of […] Partial payments subject to all applicable provisions of the Contract shall be made when and as payments received by the Contractor."[388]

Der Circuit Court of Shelby County in erster Instanz sowie der Tennessee Court of Appeals in zweiter Instanz folgten dem strengen wörtlichen Ansatz der Rechtsprechung Georgias und entschieden zugunsten des Generalunternehmers. Der Court of Appeal machte sich explizit die strenge Sichtweise Georgias zu eigen, indem er sich auf die Entscheidung *Allen Electric Co., Inc. v. Fidelity and Deposit Co. of Maryland, Inc*.[389] stützte. Obwohl in diesem Fall vor einem Gericht Tennessees verhandelt wurde, war das anwendbare Recht seinerzeit als das Recht Georgias identifiziert worden. Dementsprechend ging der Court of Appeal von einer wirksam vereinbarten aufschiebenden Bedingung aus. Dieser Entscheidung folgte der Court of Appeal in der Beurteilung der Rechtslage in *Koch v. CTI*. Dies ist insofern höchst interessant, als diese strenge Auslegung noch zu einem Zeitpunkt übernommen wurde, als andere Staaten bereits erhebliche Anstrengungen legislativer und judikativer Natur unternahmen, um eine subunternehmerfreundliche korrigierende Auslegung flächendeckend zu etablieren.

Vor diesem Hintergrund setzte sich der Tennessee Supreme Court mit der Revision des Subunternehmers auseinander. Das Gericht beschäftigte sich eingehend mit der Argumentation der Vorinstanzen und deren Bezugnahme zu der wörtlichen Auslegung Georgias. Dem wurde in aller Deutlichkeit die vielfältige Rechtsprechung zugunsten des Subunternehmers entgegengehalten. In seiner Abwägung zwischen *timing provision* oder *condition precedent* stützte sich der Supreme Court bei seiner Entscheidungsfindung weitestgehend auf einen weiteren Absatz der Zahlungsklausel, der von den Vorinstanzen nicht erörtert worden war:

„[…] The subcontractor may be required as a condition precedent to any payment to furnish evidence satisfactory to the contractor that all payrolls, material bills, and other indebtedness applicable to the work have been paid."[390]

Der Supreme Court sah es hiernach als erwiesen an, dass die Parteien in der Lage waren, eine aufschiebende Bedingung wirksam zu vereinbaren, da sie es an dieser Stelle explizit zum Ausdruck brachten. Da diese Deutlichkeit jedoch in dem zur Diskussion stehenden Absatz fehlte, war hier von einer Fälligkeitsregelung und nicht von einer aufschiebenden Bedingung

---

[388] *Koch v. Construction Technology, Inc.,* 1995 WL 60000, 1 (Tenn. Ct. App., 1995).

[389] 1989 WL 54791 (Tenn. Ct. App., 1989).

[390] 924 S.W.2d 68, 73.

auszugehen.[391] Letztlich entschied der Supreme Court somit zugunsten des Subunternehmers und reihte die Rechtsprechung Tennessees somit in die Liste der Staaten, die den *Dyer*-Ansatz konsequent zugunsten des Subunternehmers auslegen.

(4) Die Rechtsprechung Colorados

Ein weiteres sehr interessantes und darüber hinaus sehr aktuelles Beispiel für den Umgang mit bedingenden Zahlungsklauseln bietet die Rechtsprechung des Bundesstaates Colorado. In der Entscheidung ***Printz Services Corp. v. Main Electric, Ltd***.[392] ging es um die fälligen Zahlungen der Subunternehmer Main Electric, Ltd., Sprehe Interior Construction, Inc., und C.J. Masonry. Diese hatten Subunternehmerverträge mit dem Generalunternehmer *Printz* im Zusammenhang mit dem Bau eines Spielkasinos geschlossen. Die Verträge der beiden Subunternehmer Sprehe Interior und C.J. Masonry waren auf der Basis der vorgedruckten Vertragsformulare des Generalunternehmers geschlossen worden, die folgende Vereinbarungen enthielten:

> „[…] Contractor shall make payment on or before the 25th day of the next month following receipt of the Payment Request provided like payment has been made by Owner to Contractor.
> [...] Contractor shall make final payment to Subcontractor after work is complete and accepted by Owner and Architect provided like payment shall have been made by Owner to Contractor.[…]"[393]

Der Generalunternehmer konnte keine vollständige Bezahlung vom Auftraggeber erlangen und verweigerte daraufhin weitere Zahlungen an die Subunternehmer unter Hinweis auf die Klausel. Die Subunternehmer nahmen dagegen den Standpunkt ein, dass die Klausel lediglich einen Zahlungsaufschub bewirke, d.h. eine reine Fälligkeitsregelung darstelle. Das erstinstanzliche Gericht gab der Klage der Subunternehmer statt.

Der Colorado Court of Appeal sah in der vom erstinstanzlichen Gericht vorgenommenen Wertung bezüglich der bedingenden Zahlungsklausel einen Konflikt mit einer alten Entscheidung des Colorado Supreme Court. In der Entscheidung ***Orman v. Ryan***[394] von 1897 hatte das Gericht bezüglich einer dem Wortlaut nach ähnlichen Klausel[395] entschieden, dass die im Vertragstext benutzte Wortwahl klar und unmissverständlich zum Ausdruck bringe,

---

[391] 924 S.W.2d, a.a.O.

[392] 949 P.2d 77 (Colo. Ct. App., 1997).

[393] 949 P.2d 77, 79.

[394] 25 Colo. 386, 388, 55 P. 168, 170 (Colo., 1897).

[395] Der relevante Wortlaut war: "The payments will be made in the following manner, that is to say: […] The balance appearing to be due the contractors will be paid as soon as the said Orman & Crook receive the final estimate, and the full amount of money due them for said work from the Pacific Contract Company", vgl. 25 Colo. 386, 387, 55 P. 168, 170.

dass die Bezahlung der Subunternehmer unter der aufschiebenden Bedingung vorheriger Zahlung durch den Auftraggeber stand. Die in *Printz v. Main Electric* verwendete Phrase „*provided like payment shall have been made by Owner to Contractor*" war nach Ansicht des Court of Appeal in ihrer Wortwahl demgegenüber noch überaus deutlicher. Vor diesem Hintergrund sah der Court of Appeal einen Konflikt in der Rechtsprechung. Zwar wurde eingeräumt, dass Gerichte in anderen Bundesstaaten deutlich höhere Anforderungen an die Klarheit und Deutlichkeit der Wortwahl stellen und die Entscheidung von 1897 nach heutigen Maßstäben insofern eine Minderheitsansicht darstellt. Nichtsdestotrotz sah man sich an den alten Präzedenzfall gebunden und verwies die Sache an die vorherige Instanz zurück.

Die Justiz Colorados beschäftigte sich erneut mit dem Fall, als der Supreme Court Colorados in dieser Sache angerufen wurde. In ***Main Electric, Ltd. v. Printz Services Corp.***[396] analysierte das Gericht zunächst erneut den vom Court of Appeal herangezogenen Präzedenzfall *Orman v. Ryan* und kam zu dem Schluss, dass er auf den Konflikt zwischen *Printz* und *Main Electric* nicht anzuwenden war, da die entscheidende Analyse in *Orman v. Ryan* im *dictum* des Gerichts zu finden war und damit nicht zwingendes Recht darstellte.[397] Demzufolge präsentierte der Supreme Court anschließend seine eigene Analyse des Falles. Danach muss eine Klausel neben der eigentlichen Bedingung der vorherigen Auftraggeberzahlung klar zum Ausdruck bringen, dass der Subunternehmer das Risiko des Zahlungsausfalls des Auftraggebers tragen soll, um als bedingende Zahlungsklausel in einem entsprechenden Vertrag wirksam zu sein. An dieser Präzision und Klarheit mangelte es nach Ansicht des Gerichts in dem zur Entscheidung vorliegenden Fall, da der Subunternehmer mit dem Vertragswerk nicht eindeutig zum Ausdruck bringt, das Ausfallrisiko übernehmen zu wollen, und auch die „provided"-Formulierung nicht angemessen deutlich macht, dass die Parteien die Möglichkeit eines Zahlungsausfalls seitens des Auftraggebers vorhergesehen haben, um mit der Klausel eine diesbezügliche vertragliche Regelung zu treffen.[398]

b. Auslegung zugunsten des Generalunternehmers

Obwohl die Auslegung der bedingenden Zahlungsklauseln zugunsten des Subunternehmers nunmehr der mehrheitlichen Auffassung der amerikanischen Gerichte entspricht, gibt es nach wie vor einige Staaten, in denen die Gerichte die *Dyer* Analyse nicht pauschal als Verbot bedingender Zahlungsklauseln ansehen, sondern die auch nach *Dyer* weiterhin bestehenden

---

[396] 980 P.2d 522 (Colo., 1999).

[397] Darüber hinaus sah der Supreme Court inhaltliche Abweichungen zum Ausgangsfall, so dass eine Anwendung der *Orman*-Rechtsprechung auch insofern nicht zwingend war, vgl. 980 P.2d 522, 525 f.

[398] 980 P.2d 522, 527 f.

Möglichkeiten der vertraglichen Risikoverteilung durch klare und eindeutige Wortwahl anerkennen. Ähnlich strikt wie die Mehrheit der Bundesstaaten die *Dyer* Rechtsprechung als grundsätzliches Verbot bedingender Zahlungsklauseln (mit wenigen Ausnahmen) versteht, wird in diesen Staaten jede vertragliche Klausel, die die Bezahlung des Subunternehmers von der Bezahlung des Generalunternehmers abhängig macht, als aufschiebende Bedingung verstanden.

In einigen Staaten konzentriert man sich einzig und allein auf die Wortwahl der Parteien. Sofern diese die Bezahlung des Subunternehmers in irgendeiner Form unter die Bedingung der vorherigen Bezahlung des Generalunternehmers durch den Auftraggeber stellen, wird die Klausel als wirksame aufschiebende Bedingung verstanden. Insofern wird keinerlei Unterschied zwischen *pay-when-paid-* und *pay-if-paid* Klauseln gemacht. Selbst die schwächste Form der vertraglichen Ausdrucksweise – beispielsweise solche, die die Bezahlung des Subunternehmers innerhalb einer bestimmten Zeit nach Bezahlung des Generalunternehmers beabsichtigt – wird als ausreichend eindeutiger Beleg der Absicht der Parteien angesehen, die Bezahlung des Generalunternehmers als absolut aufschiebende Bedingung zu vereinbaren.[399] Zu den Staaten, in denen dieser Ansatz regelmäßig vertreten wird, zählen Georgia, Connecticut und Illinois.

aa. Die praktische Anwendung der *Dyer* Analyse in Georgia

Die Rechtsprechung Georgias hat diesen Ansatz bisher am aggressivsten vertreten. In dem Fall ***Peacock Constr. Co. v. A. M. West***[400] war zwischen *Peacock* als Generalunternehmer und *West* als Subunternehmer vereinbart worden, dass alle Arbeiten des Subunternehmers in genauer Übereinstimmung mit den zugrundeliegenden Plänen des Architekten auszuführen waren. Ferner enthielt der Vertrag folgende Vereinbarung:

> "All work shall be done under the direction of the Architect and his decisions as to the true construction and meaning of the drawings and specifications shall be final […]. Contractor agrees to pay sub-contractor for said work the sum of [$36,180.00] […] subject to additions and deductions as hereinbefore provided, payable as the work progresses, based upon estimates of the Architect and payment by Owner to Contractor […]. Final payment shall be made within 30 days after the completion of the work included in this subcontract, written acceptance by the Architect, and full payment therefor by the Owner."

Das Gericht wählte den gleichen Ansatz wie in der *Dyer* Entscheidung und sah die Absicht der Parteien als maßgebend an, zu deren Bestimmung der Vertrag als Ganzes betrachtet

---

[399] *Hendrick* / *Spangler* / *Wedge*, The Construction Lawyer, Juli 1996, S. 22.

[400] 111 Ga.App. 604, 142 S.E.2d 332 (Ga. Ct. App., 1965).

werden sollte.[401] Da sämtliche Arbeiten gemäß den Anweisungen des Architekten und in strikter Übereinstimmung mit den von ihm vorgegebenen Spezifikationen ausgeführt werden sollten, sah es das Gericht als unzweifelhaft an, dass die schriftliche Abnahme durch den Architekten als echte aufschiebende Bedingung zwischen den Parteien vereinbart worden war. Vor diesem Hintergrund sah das Gericht keine Veranlassung, die vorherige Bezahlung des Generalunternehmers durch den Auftraggeber anders zu beurteilen. Ebenso wie Fertigstellung und Abnahme war nach Auffassung des Gerichts auch die vorherige Vergütung des Generalunternehmers von den Vertragsparteien klar und deutlich zur aufschiebenden Bedingung erklärt worden.[402]

In der Entscheidung ***Sasser & Co. v. Griffin***[403] ging es um die Wirksamkeit von Zahlungsklauseln in zwei unterschiedlichen Subunternehmerverträgen. *Sasser* hatte in einem Bauprojekt zur Errichtung einer Hochhauswohnanlage einerseits die Heizungs- und Sanitärinstallationsarbeiten sowie zum anderen den Einbau der Klimaanlagen übernommen. Der Subunternehmervertrag über die Heizungs- und Sanitärinstallationsarbeiten sah Bezahlung vor,

> "[…] as the work progresses, based on estimates and certificates of the Architects or Contractor and payments will be made from money received from the owner only and divided Pro Rata amount all approved accounts of subcontractors labor and material."

Ferner wurde folgender Zusatz vereinbart:

> „[Payment] by 20th of each month following, less 10% retained until completion of job. Subcontractor will be paid by Contractor for approved work in place even though payment by the Owner has been withheld from Contractor for reasons not the fault of the Subcontractor."

Der Subunternehmervertrag über die Klimaanlageninstallation sah die gleiche Regelung jedoch mit folgendem Zusatz vor:

> "Payment within 10 days of receiving money from owner-approximately 20th of the month"

Das Gericht stellte fest, dass der Zusatz im ersten Vertrag klar und deutlich zeige, dass in übereinstimmender Absicht der Parteien die Bezahlung des Subunternehmers unabhängig von einer eventuellen Zahlung durch den Auftraggeber erfolgen sollte. Dieser Zusatz fehlte jedoch bei dem zweiten Subunternehmervertrag über die Klimaanlageninstallation, so dass hier von der zulässigen Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung auszugehen war.[404] Das Gericht

---

[401] 111 Ga.App. 604, 606, 142 S.E.2d 332, 333 f.

[402] 111 Ga.App. 604, 607, 142 S.E.2d 332, 334.

[403] 133 Ga.App. 83, 210 S.E.2d 34 (Ga. Ct. App., 1974).

[404] 133 Ga.App. 83, 86, 210 S.E.2d 34, 39.

bemühte zwar ebenfalls – wie die Mehrheit der Gerichte in anderen Staaten – die Intention der Vertragspartner als Ausgangspunkt der Interpretation, legte jedoch einschränkend ein deutlich größeres Augenmerk auf die Bedeutung des eigentlichen Wortlautes. Nach der Aussage des Gerichts sei es die oberste Pflicht eines Gerichts, Verträge so zu interpretieren und ihnen Geltung zu verschaffen, wie es dem Wortlaut entspricht, und nicht, sie im Sinne der Parteien umzudeuten. Diese Freiheit habe ein Gericht nicht, wenn es einen Vertrag auszulegen hat.[405]

In ***D. I. Corbett Electric, Inc. v. Venture Constr. Co***.[406] hatte es der Georgia First Division Court of Appeal mit einer nahezu identischen Sachverhaltslage zu tun. Der Vertrag zwischen dem Generalunternehmer *Venture* und dem Subunternehmer *Corbett* über Elektro- sowie Heizungs- und Klimaanlageninstallationsarbeiten enthielt folgende Vergütungsregelung:

> „Final payment shall be made within 30 days after the completion of the work included in this subcontract, written acceptance of same by the Architect and Owner, or their authorized representatives, and full payment therefore by the Owner."

Da der Subunternehmer weder nachweisen konnte, dass eine schriftliche Abnahme vorlag, noch dass Zahlungen des Auftraggebers an den Generalunternehmer erfolgt waren, wurde die Klage in erster Instanz als gegenstandslos abgewiesen. In der Berufung versuchte der Subunternehmer diesem Missstand durch die Vorlage eines Briefes zu begegnen, der in Verbindung mit dem Vertrag einen Widerspruch oder zumindest eine Mehrdeutigkeit der Klausel beweisen sollte, die dann zu Lasten des Generalunternehmers auszulegen gewesen wäre.[407] Das Gericht wies diese Ansicht entschieden zurück und stellte fest, dass eine eindeutige und klare vertragliche Regelung nicht durch die Vorlage unzureichender und nicht zum Vertrag gehörender Beweismittel in eine unklare und mehrdeutige Regelung umgedeutet werden kann.[408]

---

[405] 133 Ga.App. 83, 86, 210 S.E.2d 34, 39 mit Hinweis auf *Carr v. Louisville & N.R. Co*., 141 Ga. 219, 222, 80 S.E. 716, 717 (Ga., 1914.); *Gray v. Akin*, 205 Ga. 649, 652, 54 S.E.2d 587 (Ga., 1949); *Reynolds v. Tufts*, 123 Ga.App. 147, 149, 179 S.E.2d 652 (Ga. Ct. App., 1970).

[406] 140 Ga.App. 586, 231 S.E.2d 536 (Ga. Ct. App., 1976).

[407] Der relevante Teil des Schreibens lautete: „For future payments on each of the above referenced Subcontracts, our invoicing will need to be handled in such a manner that we pay for a complete building with each invoice and make only three payments per building; the first being for roughing for which a roughing inspection will be necessary; the second being for trim for which a final inspection will be necessary; and the third being for release of retainage which will be done in a reasonable length of time after all punch out work is completed on a per building basis."

[408] 140 Ga.App. 586, 587, 231 S.E.2d 536, 538 mit Hinweis auf *Houston v. Jefferson Standard Life Ins. Co*., 119 Ga.App. 729, 732, 168 S.E.2d 843 (Ga. Ct. App., 1969).

Ein Jahr später, nachdem die Rechtsprechung in anderen Staaten zunehmend zugunsten des Subunternehmers entschied, wurde mit dem Fall ***Jerome Distributors, Inc. v. B. L. I. Constr. Co., Inc***.[409] schließlich erneut ein Versuch unternommen, die in *Peacock* aufgestellte Linie zu ändern. Der Subunternehmer war in erster Instanz gescheitert und legte gegen das Urteil Berufung ein, da die bedingende Zahlungsklausel nach seiner Auffassung zu unbestimmt sei. Die Zahlungsklausel in Artikel X des Vertrages war identisch mit der Klausel in *Peacock*.[410] Das Gericht ließ sich zu keinen weiteren Erwägungen bewegen und entschied in einem äußerst kurzen und knappen Urteil zugunsten des Generalunternehmers:

> „1. Plaintiff complains that the judgment is contrary to law and unsupported by evidence because Article X of the contract does not meet the test of clarity, unambiguity and definiteness which is the proper test for determining the existence of a condition precedent under Georgia law. In Peacock Construction Co. v. West, 111 Ga.App. 604, 142 S.E.2d 332, we held an identical contract provision to be "plain and unambiguous" and a condition precedent to defendant's liability for the final payment of the contract price. Peacock controls. The evidence authorized the findings of fact, conclusions of law, and the judgment.
> 2. The other enumerations have no merit."

Die Gerichte Georgias haben beständig an der in *Peacock v. West* aufgestellten Leitlinie festgehalten. Damit kann die Position Georgias wohl als stetige Auslegung der pay-when-paid Klauseln als aufschiebende Bedingung und somit zugunsten des Generalunternehmers angesehen werden.

bb. Die weniger radikale Auslegung bedingender Zahlungsklauseln in Connecticut

Die Gerichte Connecticuts haben eine umfassende Analyse bedingender Zahlungsklauseln leider nur in Instanzen vorgenommen, deren Entscheidungen nicht veröffentlicht werden. Unter den veröffentlichten Entscheidungen befinden sich jedoch zwei Fälle, in denen sich die angerufenen Gerichte immerhin indirekt mit der Wirksamkeit bedingender Zahlungsklauseln beschäftigt haben und insofern Aufschluss über die Analyse in den unteren Instanzen geben. Hier zeigt sich, dass die Berufungsgerichte Connecticuts möglicherweise einen weniger radikalen subunternehmerfreundlichen Ansatz bevorzugen würden. In den wenigen Entscheidungen hierzu wurden jedoch die Berufungen der Subunternehmer abgewiesen, da die Einwände gegen die erstinstanzlichen Urteile, welche das Vorliegen einer aufschiebenden Bedingung angenommen hatten, nicht ausreichend waren, um eine Aufhebung des Urteils und Rückverweisung zu rechtfertigen.

---

[409] 142 Ga.App. 776, 237 S.E.2d 13 (Ga. Ct. App., 1977).

[410] siehe hierzu oben, a. dd. (2).

In der Entscheidung ***Star Contracting Corp. v. Manway Constr. Co., Inc***.[411] ging es eigentlich um einen Zahlungsanspruch eines Subunternehmers gegen die Versicherung des Generalunternehmers. Da der Generalunternehmer Zahlungen an den Subunternehmer verweigerte, nahm dieser die Versicherung in Anspruch, die für den Zahlungsausfall gebürgt hatte. Diese hielt dem Subunternehmer jedoch die fehlende Anspruchsgrundlage des Subunternehmers gegen ihren Versicherungsnehmer entgegen, da der Vertrag eine bedingende Zahlungsklausel enthielt, deren Wortlaut wie folgt war:

> „Partial payments by the Contractor (the defendant's principals on the surety bond) to the Subcontractor (the plaintiff) hereunder shall be made only at such time or times as payments made by the Owner (housing authority of the city of Hartford) to the Contractor shall include work completed by the Subcontractor, and then only in the ratio that work performed by the Subcontractor bears to all work to be done by him under this subcontract or the extent that the Contractor has received payment for such work, whichever is the lesser. In any event, payment will not be made by the Contractor to the Subcontractor until the Owner has made payment to the Contractor for the work."

Der Entscheidung des Superior Courts of Connecticut lässt sich entnehmen, dass das Gericht erster Instanz diese Klausel als klare aufschiebende Bedingung gelesen hatte und somit einen Zahlungsanspruch des Subunternehmers gegen den Generalunternehmer ablehnte. Der Superior Court schloss sich dieser Auffassung an, so dass sich die restliche Entscheidung weitestgehend mit der Frage beschäftigte, ob die Versicherung somit ebenfalls die Zahlung verweigern konnte.[412]

Eine zweite Entscheidung, die sich mit der Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln beschäftigte, war die Sache ***Mayfair Roofing and Renovating Co. v. Ramco Technologies, Inc.***[413] *Ramco* hatte einen Subunternehmervertrag mit einem Generalunternehmer geschlossen, in dem sie sich im Rahmen von Renovierungsarbeiten an einem Gebäudekomplex zu Reinigungs- und Maurerarbeiten verpflichtete. Die Maurerarbeiten hatte sie an *Mayfair* als Sub-Subunternehmer weitervergeben. In der Klage machte *Mayfair* nunmehr ausstehende Zahlungen für die geleistete Arbeit gegen den Subunternehmer *Ramco* geltend. Dieser initiierte eine Klage gegen den Generalunternehmer, da dieser seinerseits nicht gezahlt hatte, mit dem Ziel, festzustellen, dass im Falle des Obsiegens des Sub-Subunternehmers *Mayfair* auch ein korrespondierender Zahlungsanspruch gegen den Generalunternehmer bestand. Dem Zahlungsanspruch des Subunternehmers hatte der Generalunternehmer eine bedingende Zahlungsklausel entgegengehalten, die wie folgt lautete:

---

[411] 337 A.2d 669 (Conn. Super. Ct., 1973).

[412] Im allgemeinen zu dieser Problematik siehe unten, C. III. 3. b.

[413] 18 Conn. App. 682, 560 A.2d 464 (Conn. App. Ct., 1989).

„You, the sub-contractor are bound to the General Contractor in the same manner and in the same extent (insofar as applicable to the work performed by you or your agents) as the Contractor is bound to the Owners, including the schedule of, and manner of payments."

Der eingeschaltete Obmann (*trial referee*) war zu dem Ergebnis gelangt, dass *Ramco* zwar einerseits zur Zahlung an *Mayfair* verpflichtet war, da die geschuldete Maurerarbeit mängelfrei und pünktlich ausgeführt worden war, sie andererseits jedoch keine korrespondierende Zahlung vom Generalunternehmer verlangen konnte, da die Reinigungsarbeiten von der Beklagten nicht ordentlich durchgeführt worden waren und zudem eine wirksame *pay-when-paid* Klausel vorlag. Das Gericht erster Instanz folgte dem Urteil des Obmannes. In der Berufung bestritt *Ramco* einen großen Teil der vom Obmann festgestellten Tatsachen, wandte sich aber auch gegen die Anerkennung der Zahlungsklausel als aufschiebende Bedingung. Das Gericht sah jedoch, nicht zuletzt wegen der faktischen und sprachlichen Unterschiede zu den einschlägigen Präzedenzfällen, dieses Vorbringen als nicht ausreichend an, um die Feststellungen des Obmannes und des erstinstanzlichen Gerichts als fehlerhaft zu qualifizieren. Der Court of Appeal stellte jedoch gleichzeitig dar, dass in den Fällen, in denen andere Gerichte zugunsten des Subunternehmers eine aufschiebende Bedingung abgelehnt hatten, dies auf der Respektierung der Absichten beider Vertragspartner basierte, und dass dies auch vor den Gerichten Connecticuts eine angewandte Grundregel der Vertragsauslegung sei.[414] Insofern hat der Court of Appeal zwar keine grundsätzliche Entscheidung über die Zulässigkeit und Wirksamkeit bedingender Zahlungsklauseln abgegeben. Es wurde aber zum Ausdruck gebracht, dass möglicherweise ein entsprechendes Vorbringen eines Subunternehmers in einer anderen Fallkonstellation vor einem Gericht Connecticuts durchaus Gehör finden könnte.[415]

cc. Die Rechtsnatur bedingender Zahlungsklauseln in Illinois

Auch in Illinois, wo bedingende Zahlungsklauseln bislang als aufschiebende Bedingung ausgelegt werden, sind die einschlägigen Fälle rar.

In ***John J. Calnan Co. v. Talsma Builders, Inc***.[416] lag zwar auch eine bedingende Zahlungsklausel vor. Die Entscheidung, der eine lange Reihe von Urteilen[417] vorausgegangen war und die einen vorläufigen Endpunkt der Prozessführung beider Parteien gegeneinander

[414] 18 Conn. App. 682, 687, 560 A.2d 464, 467.

[415] So auch *Mootz*, 64 Conn B.J. (1990), S. 261.

[416] 77 Ill. App. 3d 221, 395 N.E.2d 1076, 32 Ill. Dec. 695 (Ill. App. Ct., 1979).

[417] siehe *John J. Calnan Co. v. Talsma Builders, Inc.*, 40 Ill. App. 3d 62, 351 N.E.2d 334 (Ill. App. Ct., 1976), 67 Ill.2d 213, 10 Ill. Dec. 242, 367 N.E.2d 695 (Ill., 1977).

darstellte, basierte aber letztendlich auf einer weiteren aufschiebenden Bedingung. *Calnan* war als Subunternehmer in einem Bauprojekt zur Errichtung eines Pflegeheims verpflichtet worden. *Talsma* war der bauausführende Generalunternehmer. Nachdem *Talsma* die Zahlungen an *Calnan* eingestellt hatte, legte *Calnan* die Arbeit nieder, verweigerte die Ausführung weiterer Arbeiten und erwirkte vor Gericht eine Aufhebung des Vertrages, die vom Berufungsgericht bestätigt wurde. In der Revision vor dem Supreme Court wurden diese beiden Urteile aufgehoben und an die erste Instanz zurückverwiesen. Der hier diskutierten Entscheidung liegt die Berufung gegen das nach der Rückverweisung ergangenen erneuten Urteils des erstinstanzlichen Gerichts zugrunde. Der Subunternehmervertrag, der in der Entscheidung nur in Bruchstücken zitiert wird, enthielt u.a. folgende Regelungen:

- „[...] monthly payments of 90% of the work performed in any preceding month […]"
- „[...] accompanied by waivers of lien […]"
- „[...] such payments to be made as payments received by the Contractor from the Owner covering the monthly estimates of the Contractor, including the approved portion of the Subcontractor's monthly estimate […]"

Die Allgemeinen Bedingungen des Hauptvertrages, die ausdrücklich in den Subunternehmervertrag einbezogen wurden, bestimmten darüber hinaus wie folgt:

„[…] failure to supply waivers of lien […] will be considered grounds for withholding partial payments […]."

Der Court of Appeal wies die Berufung des Subunternehmers ab, da er den als aufschiebende Bedingung vereinbarten Pfandrechtverzicht (*waiver of lien*) als nicht erfolgt ansah.[418] Zu der Rechtsnatur der pay-when-paid Klausel schwieg das Gericht. Da die Vereinbarung des Pfandrechtsverzichts jedoch ausdrücklich als aufschiebende Bedingung anerkannt wurde, lässt sich dem Schweigen wohl dennoch entnehmen, dass eine solche Einschätzung auch im Falle der bedingenden Zahlungsklausel Bestand gehabt hätte.

In ***A. A. Conte, Inc. v. Campbell-Lowrie-Lautermilch Corp***.[419] hatte *Conte* als einer von mehreren Subunternehmern die Ausführung von Ausschachtungsarbeiten übernommen. Bei der anschließenden Insolvenz der Auftraggeber konnte *Conte* keinerlei Zahlungen bei *Campbell-Lowrie* erhalten, da diese ebenfalls nicht bezahlt wurden. Eine Geltendmachung der Pfandrechte gegen das Bauprojekt blieb nutzlos, da bei der Zwangsversteigerung keine ausreichenden Mittel beigebracht wurden, um die Pfandrechte der Subunternehmer zu befriedigen. Mit der Klage suchte *Conte,* seinen Zahlungsanspruch gegen *Campbell-Lowrie*

[418] 77 Ill. App. 3d 221, 225, 395 N.E.2d 1076, 1080, 32 Ill. Dec. 695, 699.

[419] 132 Ill. App. 3d 325, 477 N.E.2d 30, 87 Ill. Dec. 429 (Ill. App. Ct., 1985).

durchzusetzen. Letzterer brachte eine aufschiebende Bedingung in den relevanten Artikeln 5 und 18 des Subunternehmervertrages vor, deren Wortlaut wie folgt war:

> „Article 5: Material invoices submitted before the 25th of the current month will be paid by the 28th of the following month, provided the material so delivered is acceptable, and if payment for invoiced material has been received by Campbell-Lowrie-Lautermilch Corporation under its general contract. Discountable bills will be paid as stipulated in the order.[…]
> Article 18: […] [I]f the work has been satisfactorily performed and invoice as rendered is approved and if payment for such labor and material so invoiced has been received by Campbell-Lowrie-Lautermilch Corporation under its general contract, the subcontractor will be paid 85% of invoice as approved, less any payments previously made on account for previous periods. No payments made shall be considered as evidence of acceptance of the work either in whole or in part until the work is completed and accepted, whereupon final payment will be made within thirty (30) days of such acceptance upon receipt of all or any bonds, guarantees, etc. required."

In seiner Beurteilung wies der Court of Appeal hin, dass die Auslegung des Vertrages als reine Rechtsfrage auf die Ermittlung der wahren Intention der Vertragsparteien beim Abschluss des Vertrages gerichtet sein muss, und dass sich die Rechte und Pflichten der Parteien allein aus dem Wortlaut des Vertrages ergeben müssen. Insofern habe das Gericht auch keine Befugnis, den Vertrag in einer den Wortlaut ändernden Weise zugunsten einer der Parteien auszulegen.[420] Auf dieser Basis gelangte das Gericht in seiner Analyse der besagten Artikel des Vertrages zu der Überzeugung, dass die aufschiebende Bedingung der Zahlung an den Subunternehmer ausreichend klar und eindeutig war und somit zu Lasten des Subunternehmers ausgelegt werden musste.

Somit lässt sich auch in Illinois eine stetige Tendenz der Auslegung bedingender Zahlungsklauseln im reinen Wortlaut zugunsten des Generalunternehmers erkennen. Ebenso wie im Falle Connecticuts wird dieser Ansatz jedoch weniger aggressiv vertreten, als dies beispielsweise in Georgia üblich ist.

c. Entbehrlichkeit der *Dyer* Analyse wegen klarer und unzweideutiger Vertragssprache

Die Mehrheit der Bundesstaaten legt jedoch in der Tradition der *Dyer* Rechtsprechung bedingende Zahlungsklauseln zugunsten des Subunternehmers aus, wenn diese durch mangelnde Klarheit und Eindeutigkeit gekennzeichnet sind. Einige Gerichte sahen hierin zunächst ausnahmslos die einzige von *Dyer* eröffnete Möglichkeit der Auslegung bedingender Zahlungsklauseln. Diese Analyse dürfte jedoch falsch sein. Wie bereits dargestellt[421], hat das Gericht in der *Dyer* Entscheidung die Anwendbarkeit des aufgestellten, den Subunternehmer bevorzugenden Auslegungsgrundsatzes von einer unklaren und zweideutigen Vertragssprache abhängig gemacht, und damit klargestellt, dass die Vereinbarung einer echten aufschiebenden

---

[420] 132 Ill. App. 3d 325, 329, 477 N.E.2d 30, 33, 87 Ill. Dec. 429, 432.

[421] siehe oben unter 2.

Bedingung auch weiterhin zulässig ist, solange die Wortwahl nicht eine Mehrdeutigkeit zu Lasten des Generalunternehmers bewirkt. Ein solches Verständnis der *Dyer* Entscheidung zugrunde gelegt, haben etliche Gerichte nunmehr wiederholt gegen den Subunternehmer entschieden, wenn die Wortwahl des Vertrages keinerlei Mehrdeutigkeit oder Unklarheit erkennen ließ.[422] So kamen selbst Gerichte, die üblicherweise der milderen „pay-when-paid" Auslegung folgen, zu dem Schluss, dass sie angesichts der klar zum Ausdruck kommenden Intention, das Ausfallrisiko auf den Subunternehmer zu übertragen, keine andere Wahl haben, als die entsprechende Klausel als aufschiebende Bedingung auszulegen. Eine solche pay-if-paid Auslegung der Zahlungsklausel kann beispielsweise dort anzunehmen sein, wo die Wortwahl ausdrücklich von einer „aufschiebenden Bedingung" („condition precedent") spricht, wo der Zahlungsanspruch des Subunternehmers „abhängig" („contingent") von der Zahlung des Auftraggebers ist, wo der Zahlungsanspruch des Subunternehmers nicht entsteht, „soweit und solange" („unless and until") keine korrespondierenden Zahlungen des Auftraggebers beim Generalunternehmer eingegangen sind, wo das Risiko der Auftraggeberinsolvenz ausdrücklich auf den Subunternehmer übertragen wird[423] oder wo die Bezahlung des Subunternehmers ausschließlich durch den Auftraggeber oder aus Mitteln des Auftraggebers erfolgen soll.[424]

In ***Gilbane Building Co. v. Brisk Waterproofing Co., Inc***.[425] war beispielsweise *Gilbane* einen Vertrag mit der Carley Capital Group eingegangen, um bei der Umgestaltung des „Henderson's Wharf" in Baltimore von Lagerhallen in einen Wohnkomplex als Generalunternehmer tätig zu werden. *Gilbane* vergab bestimmte Fassaden- und Betonierarbeiten im Wert von ca. 1,9 Mio. US$ in zwei Subunternehmerverträgen an *Brisk*. Während der Bauausführung wurden an *Brisk* regelmäßig Abschlagszahlungen geleistet. Nach Vollendung der Bauarbeiten verweigerte *Gilbane* jedoch die Schlusszahlungen, da der Auftraggeber angesichts seiner massiven finanziellen Probleme seinerseits die Zahlungen an

---

[422] So z.B. etliche Entscheidungen in Florida, vgl. *Dyser Plumbing Co. v. Ross Plumbing & Heating*, 515 So.2d 250, 12 Fla. L. Weekly 2153 (Fla. Dist. Ct. App., 1987) – "condition precedent"; *Robert F. Wilson, Inc. v. Post-Tensioned Structures, Inc*., 522 So.2d 79, 13 Fla. L. Weekly 620 (Fla. Dist. Ct. App., 1988) – "contingent"; *DEC Electric., Inc. v. Raphael Constr. Corp*., 14 Fla. L. Weekly 521(Fla. Dist. Ct. App., 1989) ; 558 So.2d 427, 15 Fla. L. Weekly S161 (Fla., 1990).

[423] siehe hierzu insb. *DEC Electric., Inc. v. Raphael Constr. Corp*., 14 Fla. L. Weekly 521; 558 So.2d 427, 15 Fla. L. Weekly S161.

[424] *Hendrick* / *Spangler* / *Wedge*, The Construction Lawyer, Juli 1996, S. 16.

[425] 86 Md.App. 21, 585 A.2d 248 (Md., 1991).

Gilbane bereits zuvor eingestellt hatte.[426] *Brisk* versuchte daraufhin eine Verwertung seines Werkunternehmerpfandrechts, was jedoch fruchtlos blieb, da nach der durch weitere Gläubiger betriebenen Zwangsversteigerung und Verteilung der Erlöse auf die Sicherheiten keinerlei Erlöse für die Befriedigung der Werkunternehmerpfandrechte der Subunternehmer verblieben. Daraufhin strengte *Brisk* ein Verfahren auf Zahlung der ausstehenden 283.000 US$ gegen den Generalunternehmer *Gilbane* an. Die Argumentation *Brisks* stützte sich auf die Auslegung der Zahlungsklausel als reine Fälligkeitsregelung. Die Klausel lautete in ihrem relevanten Teil wie folgt:

> „3.2 On the established day of each month, the trade contractor [Brisk] shall deliver to the construction manager [Gilbane], a detailed, quadruplicate statement acceptable to the construction manager, and if required, supported by receipts, vouchers, etc. showing values of all materials delivered and work completed up to the established billing date for which payment is requested. Monthly and final payments will be made to the trade contractor within five (5) days after receipt of payment by the construction manager from the owner. The retained percentage will be forwarded as soon as received by the construction manager from the owner. It is specifically understood and agreed that the payment to the trade contractor is dependent, as a condition precedent, upon the construction manager receiving contract payments, including retainer from the owner."

Das Gericht erster Instanz folgte den Argumenten des Subunternehmers und begründete seine Entscheidung mit der von Brisk während der Verhandlung vorgebrachten Tatsache, dass die Insolvenz des Auftraggebers zu keinem Zeitpunkt Bestandteil der Vertragsverhandlungen war und insofern auch keinen Ausdruck in der Vertragsklausel gefunden habe. Nichtsdestotrotz hob der Maryland Court of Special Appeals das Urteil erster Instanz auf. In seinen Ausführungen betonte das Gericht, dass die Gerichte angesichts klarer und unzweideutiger Vertragssprache nicht die Freiheit besäßen, diese zu ignorieren, selbst wenn vorgebracht wird, dass diese vermeintliche Intention niemals zur Debatte stand. Es wurde betont, dass im Falle klarer Wortwahl der objektive Gehalt der Klausel zu ermitteln sei. Unter Rückgriff auf das Urteil in *General Motors Acceptance Corp. v. Daniels*[427] wurde ausgeführt, dass beim Vorliegen unmissverständlicher Vertragssprache kein Raum für Auslegung sei, sondern das Gericht vielmehr vermuten müsse, dass die Parteien auch das ausdrücken wollten, was sie ausgedrückt haben. In diesem Fall ziele die wahre Fragestellung nicht auf das von den Parteien beabsichtigte Verständnis der fraglichen Klausel, sondern nach dem

---

[426] Das zunächst als „Chapter 7 bankruptcy proceedings" eröffnete Konkursverfahren der Carley Capital Group wurde später in „Chapter 11 reorganization proceedings" umgewandelt, vgl. 86 Md.App. 21, 23, 585 A.2d 248, 249.

[427] 303 Md. 254, 261, 492 A.2d 1306 (Md., 1985).

Verständnis, das ein objektiver Dritter anstelle der Parteien gehabt hätte.[428] Somit ist es nach Einschätzung des Court of Appeals unerheblich, ob die Parteien bei ihren Verhandlungen das potentielle Risiko der Auftraggeberinsolvenz bedacht haben, da die Regelung der Zahlungsklausel angesichts ihrer klaren und eindeutigen Ausdrucksweise objektiv als aufschiebende Bedingung auszulegen ist.

Zu dem gleichen Ergebnis in einem verwandten Fall kam daraufhin das Gericht in der Entscheidung ***Architectural Systems, Inc. v. Gilbane Building. Co***.[429] Da der streitige Vertrag Bauarbeiten am gleichen Projekt beinhaltete, war die Zahlungsregelung weitestgehend identisch mit dem Wortlaut in *Gilbane v. Brisk.* Die Entscheidung ist insofern ausgesprochen interessant, als sie – entgegen der andersgelagerten Entscheidung in *Gilbane v. Brisk* – eine anschauliche Darstellung der Unterschiede zwischen *pay-when-paid* und *pay-if-paid* Klausel enthält. Objektiv betrachtet enthält die Zahlungsklausel wohl beide Regelungstypen. Die ersten Sätze der Klausel, die sich ausschließlich mit den Zahlungsmodalitäten und der Fälligkeit beschäftigen, sind als *pay-when-paid* Klausel zu verstehen, während der letzte Satz als *pay-if-paid* Klausel zu werten ist.[430] Nach Einschätzung des Gerichts überwiegt, wie bereits gesehen, angesichts der Eindeutigkeit der Ausdrucksweise die *pay-if-paid* Regelung.[431]

In einer Entscheidung aus dem Bundesstaat Michigan, ***Berkel & Company Contractors v. Christman Co***.[432], hatte sich *Berkel* als Subunternehmer von *Christman* vertraglich verpflichtet, an der Baustelle bestimmte Abraumarbeiten zu übernehmen, sowie die Baugrubenböschung und die Zufahrtswege zu stabilisieren. Zahlungen des Auftraggebers, Anthony S. Brown Development Company, Inc., erfolgten trotz anfänglicher Zusicherung gegenüber *Christman* zu keinem Zeitpunkt des Projektes, da bereits zu Beginn des Bauprojektes finanzielle Schwierigkeiten auftraten. Der Generalunternehmer machte daher frühzeitig in einer Klage seine Ansprüche auf Zahlung gegen den Auftraggeber geltend. Der Rechtsstreit wurde per Vergleich niedergelegt. Darin wurden Ratenzahlungen des Auftraggebers an den Generalunternehmer vereinbart. Teil der Vereinbarung war ebenfalls, dass die Subunternehmer – mit der Ausnahme *Berkels* – eine anteilige Vergütung je nach Höhe der zu erzielenden Ratenzahlungen akzeptierten. *Berkel* hingegen klagte aus dem

---

[428] 86 Md.App. 21, 26, 585 A.2d 248, 251; Dementsprechend ist diese Auslegungsregel dem objektiven Erklärungsgehalt bzw. dem objektivierten Empfängerhorizont im deutschen Recht vergleichbar.

[429] 760 F.Supp. 79 (D. Md., 1991).

[430] So auch *Hendrick* / *Spangler* / *Wedge*, The Construction Lawyer, Juli 1996 in Fn. 1.

[431] 760 F.Supp. 79, 82.

[432] 210 Mich.App. 416, 533 N.W.2d 838 (Mich. Ct. App., 1995).

Subunternehmervertrag gegen *Christman* auf Zahlung in voller Höhe. Dieser Vertrag schrieb klar vor, dass die Zahlungen an den Subunternehmer aus den korrespondierenden Zahlungen des Auftraggebers an den Generalunternehmer bestritten werden sollten, und zwar mit folgendem Zusatz:

> „[…] the receipt of such payments by the Christman Company being a condition precedent to payments to the subcontractor."

Der Washtenaw Circuit Court, als erstinstanzliches Gericht, lehnte das Vorbringen *Berkels*, es handele sich bei der Klausel um eine nicht wirksam vereinbarte, und wenn, nur die Fälligkeit betreffende Regelung, in jeder Hinsicht ab, da es sich nach Auffassung des Gerichts um eine klare und unzweideutige Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung handelte. Diese Auffassung wurde vom Michigan Court of Appeals bestätigt.

Interessant ist die Entscheidung in zweierlei Hinsicht. Zum einen wird dem Subunternehmer vom Court of Appeal ein gewisses Mitverschulden angelastet. *Berkel* hatte zuvor an keinem Projekt mitgewirkt, in dem die Finanzierung zum Zeitpunkt des Baubeginns noch nicht gesichert war. Der Subunternehmer hatte daher in diesem Zusammenhang vorgebracht, dass die bedingende Zahlungsklausel auch deswegen undurchsetzbar sei, weil *Christman* es versäumt hatte, den Subunternehmer darauf hinzuweisen, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch keinerlei Mittel des Auftraggebers für das Projekt bereitstanden. Das Gericht sah es jedoch als erwiesen an, dass der Subunternehmer ausreichende eigene Kenntnisse über die Finanzierungsschwierigkeiten des Auftraggebers hatte, so dass er sich auf den fehlenden Hinweis des Generalunternehmers nicht berufen konnte.[433] Leider versäumte das Gericht hier weitergehende Klarstellungen. So bleibt weiterhin fraglich, ob die Einschätzung unter anderen Umständen anders ausgefallen wäre und der fehlende Hinweis auf ungenügende Finanzierung seitens des Auftraggebers ausgereicht hätte, um die bedingende Zahlungsklausel für undurchsetzbar zu erklären.

Zum anderen wird das Vorbringen *Berkels* zurückgewiesen, die Klausel ziele lediglich auf die Zahlung innerhalb eines angemessenen Zeitraumes ab. Der Court of Appeal betonte, dass sich für diese Annahme keinerlei Anhaltspunkte im Vertrag finden lassen, da an keiner Stelle von einer angemessenen Zeit (*reasonable time*) die Rede sei.[434] Dies lässt vermuten, dass das Gericht hier eine Art Beweislastumkehr annimmt. Während nach der *Dyer* Rechtsprechung jegliche Unklarheit im Wortlaut gegen den Generalunternehmer ausgelegt wird, sind die Voraussetzungen bei klarer und unzweideutiger Vertragssprache anders. In diesem Falle, so

---

[433] 210 Mich.App. 416, 420, 533 N.W.2d 838, 840.

[434] 210 Mich.App., a.a.O.

ist die Entscheidung des Court of Appeal zu verstehen, hat der Subunternehmer die Auslegung als Fälligkeitsregelung aus dem Vertragswortlaut heraus zu beweisen, sofern er sich hierauf berufen will.

Eine ähnliche Beweislastumkehr findet sich im New Yorker Fall ***Crown Plastering Corp. v. Elite Associates, Inc***.[435] *Elite* hatte einen Bauvertrag mit dem Nassau County Department of Public Works über den Bau des Bezirksgerichtsgebäudes geschlossen. *Crown* war als Subunternehmer für bestimmte Latten- und Putzarbeiten verpflichtet worden. Der Subunternehmervertrag zwischen *Elite* und *Crown* enthielt folgende zwei Klauseln:

> „Art. 3: […] Receipt of payment from the owner for the subcontractor's work is a condition precedent to payment by the Contractor to the Subcontractor. The Subcontractor hereby acknowledges that it relies on the credit of the Owner, not the Contractor, for payment of its work."
>
> "Art. 5: […] Final payment shall be payable to the Subcontractor thirty (30) days after the general contract work is completed and accepted upon the condition that final payment is received by the Contractor from the Owner and provided the Work described in this subcontract is fully completed and performed in accordance with the Contract Documents and is satisfactory to the Owner, Architect and Contractor."

Nachdem *Crown* bereits die von ihm geschuldete Leistung erbracht hatte, kündigte der Auftraggeber sein Vertragsverhältnis mit *Elite*, woraufhin *Elite* ein Verfahren wegen unrechtmäßiger Kündigung gegen den Auftraggeber einleitete. Aufgrund der Kündigung wurden keine weiteren Zahlungen mehr an *Elite* getätigt, so dass *Elite* dementsprechend die Zahlungen an *Crown* zurückhielt.

Nach dem Verständnis des New York Supreme Courts war dieses Verhalten rechtmäßig, da in den entsprechenden Klauseln eindeutig die Intention der Parteien zum Ausdruck kommt, das Kreditrisiko des Auftraggebers und das Risiko der Zahlungsverzögerung auf den Subunternehmer zu übertragen, so dass die Bezahlung des Generalunternehmers als aufschiebende Bedingung hinsichtlich des Vergütungsanspruchs des Subunternehmers betrachtet werden muss.[436] Darüber hinaus hatte Crown im Verfahren vorgebracht, Elite könne sich nicht auf die Durchsetzbarkeit der Klauseln berufen, da die Kündigung des Vertrages auf einen Vertragsbruch des Generalunternehmers gegenüber dem Auftraggeber zurückzuführen sei. Obwohl das Gericht einräumt, dass eine Vertragspartei sich nicht auf eine aufschiebende Bedingung berufen kann, wenn sie selbst den Eintritt der Bedingung verhindert hat[437], macht das Gericht ebenso deutlich, dass *Crown* für diese Behauptung den Beweis

---

[435] 166 A.D.2d 495, 560 N.Y.S.2d 694 (N.Y. App. Div., 1990).

[436] 166 A.D.2d 495, 497, 560 N.Y.S.2d 694, 696.

[437] 166 A.D.2d 495, 497, 560 N.Y.S.2d 694, 696 mit Hinweis auf *Kooleraire Service & Installation Corp. v. Board of Education of the City of New York*, 28 N.Y.2d 101, 106, 320 N.Y.S.2d 46, 268 N.E.2d 782 (N.Y.,

schuldig geblieben ist. Auch hierin zeigt sich also deutlich, dass angesichts einer klaren und eindeutigen Vertragssprache eine Vermutung zugunsten des Generalunternehmers angenommen wird, deren Widerlegung in die Beweislast des Subunternehmers fällt.

Ein weiteres hilfreiches Urteil findet sich in der Entscheidung ***David Fanarof, Inc. v. Dember Constr. Corp***.[438] *Dember* war als Generalunternehmer in vier Bauprojekten tätig. Die notwendigen Malerarbeiten in allen vier Projekten wurden in vier nahezu identischen Subunternehmerverträgen an *Fanarof* vergeben. Die Auftragsformulare enthielten einen Hinweis in Großbuchstaben, dass der Auftrag den rückseitigen Bedingungen unterliegt, die gleichermaßen zum Bestandteil der Vereinbarung gemacht wurden. Paragraph 14 dieser umseitigen Bedingungen lautete wie folgt:

> „Payment of purchaser by Owner shall be a condition precedent to Vendor's right to receive payment hereunder."

Bevor *Fanarof* eine abschließende Vergütung für die geleisteten Arbeiten erhielt, ging der Auftraggeber in Konkurs. *Dember* verweigerte ebenfalls die Bezahlung mit Hinweis auf die angeführte Klausel.

Im Verfahren wurde dem Subunternehmer in erster Instanz und in der Berufung einstimmig recht gegeben und der Generalunternehmer zur Zahlung verurteilt. In der Revision wies der New York Supreme Court Appellate Division die vorinstanzlichen Entscheidungen ebenso einstimmig zurück. Während die Vorinstanzen es für erwiesen hielten, dass die Parteien hier keine aufschiebende Bedingung vereinbaren wollten, lehnte der Supreme Court diese Wertung entschieden zurück und bezeichnete die Entscheidungen explizit als Fehlauslegungen der Verträge. Nach Aussage des Gerichts könnte der Wortlaut des Subunternehmervertrages kaum klarer und deutlicher zum Ausdruck bringen, dass die Parteien die vorherige Bezahlung des Generalunternehmers als aufschiebende Bedingung vereinbaren wollten.[439] Insbesondere betonte der Supreme Court, dass der Subunternehmer sogar vierfach die Möglichkeit hatte, die entsprechenden Konditionen auf der Rückseite zu überprüfen.

Interessant ist, dass der Supreme Court am Ende des Urteils eine Bemerkung macht, die gewissermaßen als Formulierungshilfe zu verstehen ist und vom Gericht selbst als „Versicherung" gegen Missinterpretation bezeichnet wurde. Obwohl das Gericht betonte, dass

---

1971); *Sunshine Steak, Salad & Seafood, Inc. v. W.I.M. Realty, Inc.*, 135 A.D.2d 891, 522 N.Y.S.2d 292 (N.Y. App. Div., 1987).

[438] 195 A.D.2d 346, 600 N.Y.S.2d 226 (N.Y. App. Div., 1993).

[439] 195 A.D.2d 346, 347, 600 N.Y.S.2d 226, 226.

es keine Regel im Vertragsrecht gebe, die den Parteien auferlege, ihre Rechte und Pflichten aus dem Vertrag über die Maßen zu regeln, legte es dem Generalunternehmer nahe, folgende Zusicherung des Subunternehmers in den Vertrag einzubeziehen, um die wirksame Übertragung des Ausfallrisikos ausreichend nach außen zu dokumentieren:

> „The Subcontractor hereby acknowledges that it relies on the credit of the Owner, not the Contractor, for payment of its work."[440]

Hierzu bleibt anzumerken, dass bereits der Fall *OBS v. Pace*[441] gezeigt hat, dass einige Gerichte dazu neigen, den subunternehmerfreundlichen *Dyer* Ansatz selbst dann anzuwenden, wenn der Vertrag zwar klar und deutlich von einer aufschiebenden Bedingung spricht, nach der Überzeugung des Gerichts aber der Zusammenhang mit anderen vertraglichen Regelungen keinen eindeutigen Schluss auf die Übertragung des Ausfallrisikos auf den Subunternehmer zulässt.[442]

d. *Dyer* Auslegung führt zu einem gemischten Ergebnis

Wie die aufgezeigten Beispiele belegen, kristallisierten sich somit verschiedene Fallgruppen heraus, in denen die Gerichte bei Anwendung desselben Grundsatzes zu unterschiedlichen Ergebnissen kamen. Daneben gibt es jedoch noch einen weiteren Anwendungsfall, den das Gericht in der Entscheidung ***Galloway Corp. v. S. B. Ballard Constr. Co***.[443] vertreten hat. Da es sich um einen Einzelfall handelt, kann kaum von einer Fallgruppe gesprochen werden. Der Anschaulichkeit halber soll der Fall jedoch getrennt von den übrigen Fallgruppen dargestellt werden, da eine Zuordnung zu einer anderen Gruppe nicht möglich und wenig sinnvoll erscheint. Gleichermaßen soll auf die Darstellung jedoch auch nicht verzichtet werden, da die hier gefundene Lösung nach Ansicht des Autors gleichermaßen kreativ und lehrreich ist, indem sie sich nicht dem Automatismus verschreibt, mit dem andere Gerichte den *Dyer* Grundsatz angewandt haben, sondern versucht, zu einer wohlabgewogenen Anwendung im Einzelfall zu kommen. Ob das Ergebnis letztendlich diesem Anspruch gerecht wird, mag jedoch – auch angesichts der Kürze der Entscheidung und dem Mangel an berichteten Hintergrundinformationen zu den einzelnen Sachverhalten – ein wenig zweifelhaft bleiben.

---

[440] Mit dieser Formulierung griff der Supreme Court auf die relevante Formulierung im Subunternehmervertrag in *Crown Plastering Corp. v. Elite Associates, Inc*. zurück.

[441] siehe oben, a. dd. (2).

[442] *Hendrick* / *Spangler* / *Wedge*, The Construction Lawyer, Juli 1996, S. 16.

[443] 250 Va. 493, 464 S.E.2d 349 (Va. 1995).

In *Galloway v. Ballard* präsentierte der Supreme Court of Virginia eine äußerst ungewöhnliche Herangehensweise, die zu einem noch ungewöhnlicheren Ergebnis führte. Eine Mehrdeutigkeit kann sich nicht nur, wie zuvor dargestellt, aus dem Wortlaut des Vertrages, sondern auch aus dem vertraglichen Kontext ergeben.[444] Im Fall *Galloway v. Ballard* wurde für die Entscheidungsfindung über diesen Ansatz hinaus auch die Entwicklung nach dem Vertragsschluss einbezogen. So wurde festgestellt, dass trotz einer im Wortlaut zunächst klar und eindeutig erscheinenden Regelung eine „latente Mehrdeutigkeit" durch die spätere Entwicklung offensichtlich werden kann, zu deren Aufklärung – entgegen der *parol evidence rule*[445] – ausnahmsweise mündliche Beweisführung mittels Zeugenvernehmung zulässig ist.

Der Fall erwuchs aus der Zusammenlegung mehrerer Streitigkeiten zwischen dem Generalunternehmer *Galloway* und verschiedenen Subunternehmern desselben Bauprojektes. Der faktische Hintergrund lässt sich wie folgt zusammenfassen. *Galloway* hatte sich im Jahre 1988 in einem Vertrag mit dem Auftraggeber Rowe Properties Bank Street Ltd. Partnership zur Errichtung eines vierzehnstöckigen Bürokomplexes, dem First American Financial Center, in der Innenstadt von Norfolk, Virginia, verpflichtet. Die Allgemeinen Vertragsbedingungen formulierten unter anderem folgende Voraussetzung:

> "The Contractor shall promptly pay each Subcontractor, upon receipt of payment from the Owner, out of the amount paid to the Contractor on account of such Subcontractor's Work, the amount to which said Subcontractor is entitled […]."

Unmittelbar nach Aufnahme der Tätigkeit verpflichtete *Galloway* verschiedene Subunternehmer. Sowohl der Hauptvertrag mit dem Auftraggeber als auch die Subunternehmerverträge wurden auf der Grundlage von vorgedruckten Standardverträgen des AIA geschlossen, denen mehrere Anlagen beigefügt wurden. Jeder der Subunternehmerverträge enthielt die folgende Regelung 11.3

> „The Contractor shall pay the Subcontractor each progress payment within three working days after the Contractor receives payment from the Owner. If the Architect does not issue a Certificate of Payment or the Contractor does not receive payment for any cause which is not the fault of the

---

[444] Diesen Zusammenhang hatte bereits das Gericht in *Crass v. Scruggs* im Sinn, als es entschied, dass nicht die Zahlungsklausel separat, sondern im Zusammenhang, also der Vertrag als Ganzes betrachtet werden muss, vgl. oben unter 1.; vgl. auch *Murphy*, 7 ICLR (1989), S. 197.

[445] Die *parol evidence rule* besagt, dass der rechtliche Gehalt der Regelungen eines geschriebenen Vertrages nicht nachträglich durch mündliche Aussagen geändert oder dem ursprünglichen, durch die Schriftform evidenten Regelungszweck nachträglich widersprochen werden darf, vgl. *Gifis*, Dictionary of Legal Terms, S. 315.

Subcontractor, the Contractor shall pay the Subcontractor, on demand, a progress payment computed as provided in Paragraphs 11.7 and 11.8."

sowie die folgende Regelung 12.1

„Final payment, constituting the entire unpaid balance of the Subcontract Sum, shall be made by the Contractor to the Subcontractor when the Subcontractor's Work is fully performed in accordance with the requirements of the Contract Documents, the Architect has issued a Certificate of Payment covering the Subcontractor's completed Work and the Contractor has received payment from the Owner. If, for any cause which is not the fault of the Subcontractor, a Certificate for Payment is not issued or the Contractor does not receive timely payment or does not pay the subcontractor within three working days after receipt of payment from the Owner, final payment to the Subcontractor shall be made upon demand."

In beiden Verträgen wurden die Teile nach dem Wort "Owner" vom Generalunternehmer durchgestrichen, paraphiert und dem jeweiligen Subunternehmer ebenfalls zur Paraphierung vorgelegt. Nachdem Rowe im Mai 1990 wegen finanzieller Schwierigkeiten zum dritten Mal in Folge eine Zwischenzahlung nicht geleistet hatte, legte *Galloway* die Arbeit nieder und kündigte den Vertrag mit Rowe. Die ebenso unbezahlt gebliebenen Subunternehmer setzten die Zwangsversteigerung des Projektes durch, deren Erlös zur Deckung der Pfandrechte genutzt wurde. Wegen der aufgrund des niedrigen Versteigerungserlöses verbliebenen Restansprüche wurden entsprechende Verfahren gegen *Galloway* begonnen, die wegen der Verwandtschaft der Ansprüche vom Gericht zusammengelegt wurden. Während des Verfahrens berief sich *Galloway* auf die *pay-when-paid* Klausel der Subunternehmerverträge. Es wurde von den Parteien vereinbart, dass diesbezüglicher Zeugenbeweis (*parol and other extrinsic evidence*) zulässig sein sollte.

Nachdem der Circuit Court, City of Norfolk, zugunsten der Subunternehmer entschieden hatte, dass sich *Galloway* nicht auf die *pay-when-paid* Klausel berufen konnte, befasste sich der Supreme Court of Virginia mit der Sache. Nach einer ausführlichen Analyse der Rechtslage, in der die Entscheidungen *Dyer v. Bishop* und *Gilbane v. Brisk* gegenübergestellt wurden, beschäftigte sich das Gericht erschöpfend mit der Frage nach der Auslegung der Verträge. Ebenso wie in den zuvor dargestellten Entscheidungen ging es auch hier im wesentlichen um die Frage nach der Klarheit und Deutlichkeit der vertraglichen Regelung. Das Gericht stellte zunächst in aller Deutlichkeit fest, dass die bloße Tatsache der Streitigkeit einer vertraglichen Regelung noch nicht beweist, dass die Wortwahl der Regelung unklar und mehrdeutig ist.[446] Darüber hinaus wurde klargestellt, dass das Gericht trotz der Vereinbarung der Parteien über die Zulässigkeit des mündlichen Zeugenbeweises nicht daran gehindert ist, seine Entscheidung auf den Wortlaut des Vertrages zu stützen, wenn dieser klar und eindeutig

[446] 250 Va. 493, 502, 464 S.E.2d 349, 354.

ist.[447] Ebenso kann eine Zeugenaussage keine Eindeutigkeit der Regelung beweisen, wo der Wortlaut evident mehrdeutig oder unklar ist.[448] Dementsprechend ist ein mündlicher Zeugenbeweis nur im Falle einer latenten Mehrdeutigkeit zulässig, um die Intention der Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragschlusses zu erforschen.[449] Dieser Prämisse folgend stellte das Gericht fest, dass die Regelung weder klar und eindeutig auf die Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung wie im Fall *Gilbane v. Brisk* schließen ließ, noch die Vereinbarung einer Fälligkeitsregelung zwingend nahe legte. Die Mehrdeutigkeit wurde den Parteien nach der Überzeugung des Gerichts vielmehr erst nach dem Zahlungsausfall des Auftraggebers bewusst. Während die besagten Klauseln zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch ausreichend klar erschienen, konnten sie nach der späteren Lage der Dinge sowohl als aufschiebende Bedingung als auch als reine Fälligkeitsregelung verstanden werden. Insofern war die zusätzliche Heranziehung mündlicher Zeugenbeweise für die Entscheidungsfindung zulässig.

Auf dieser Basis folgte nunmehr eine Analyse der einzelnen Zeugenaussagen zu den verschiedenen Subunternehmerverträgen. Hierbei kam der Supreme Court zu einem unerwarteten Ergebnis. Obwohl die Verträge inhaltlich identisch waren und den gleichen Wortlaut der streitigen Klauseln hatten, kam das Gericht zu unterschiedlichen Wertungen. Im Fall des Subunternehmers *Ballard* ergab die Zeugenvernehmung, dass *Galloway* – zum Teil bereits vor Abschluss des eigentlichen Subunternehmervertrages – zwölf Teilzahlungen mit Bezugnahme auf eine weitere vor dem Subunternehmervertrag geschlossene Vereinbarung an *Ballard* geleistet hatte, ohne hierfür korrespondierende Zahlungen des Auftraggebers erhalten zu haben. Darüber hinaus würdigte das Gericht die Versuche *Ballards*, die pay-when-paid Klausel im Subunternehmervertrag zu vermeiden. Insofern hielt der Supreme Court die Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts aufrecht, nach der sich *Galloway* nicht auf die aufschiebende Bedingung berufen konnte.

In allen anderen Fällen wurde die erstinstanzliche Entscheidung aufgehoben und zugunsten des Generalunternehmers entschieden. Nach den Zeugenaussagen der Verantwortlichen war der Supreme Court zu der Überzeugung gelangt, dass keiner der anderen Subunternehmer die Tragweite der *pay-when-paid* Klausel verkannt hatte. Da jedem Subunternehmer der revidierte Standardvertrag zur Unterschrift vorgelegt wurde, kam den Subunternehmern die

---

[447] 250 Va., a.a.O. mit Hinweis auf *Amos v. Coffey*, 228 Va. 88, 91-92, 320 S.E.2d 335, 337 (Va., 1984).

[448] 250 Va., a.a.O. mit Hinweis auf *City of Roanoke v. Blair*, 107 Va. 639, 641, 60 S.E. 75, 76 (Va., 1908); *Zehler v. E.L. Bruce Co., Inc*., 208 Va. 796, 799, 160 S.E.2d 786, 789 (Va., 1968).

[449] 250 Va., a.a.O. mit Hinweis auf *Portsmouth Gas Co. v. Shebar*, 209 Va. 250, 253, 163 S.E.2d 205, 208 (Va., 1968).

technische Kontrolle über den Vertragsschluss zu. Dennoch haben alle Subunternehmer die *pay-when-paid* Klausel akzeptiert, um ihre Chancen in der Ausschreibung zu wahren. Daher stehe fest, dass bezüglich der in rechtlicher Hinsicht mehrdeutigen Klauseln ein übereinstimmendes eindeutiges Verständnis der Parteien vorherrschte. Somit war nach der Auffassung des Supreme Courts unter dahingehender Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils gegen die Subunternehmer zu entscheiden.

Ob diese abschließende differenzierende Wertung in ihrer Gesamtheit zutreffend ist, bleibt fragwürdig. Letztendlich lässt sich der Beweiserhebung entnehmen, dass alle beteiligten Subunternehmer – inklusive *Ballard* – die Tragweite der Klausel zutreffend eingeschätzt und dennoch zugestimmt haben, um die entsprechende Ausschreibung zu gewinnen. *Ballard* kommt lediglich zugute, dass die geleisteten Zahlungen nicht auf der Basis des Subunternehmervertrages erfolgten, sondern auf einer weiteren vorvertraglichen Vereinbarung beruhten, die den anderen Subunternehmern vorenthalten blieb. Damit rechtfertigt sich zwar das abweichende Ergebnis, die zugrundeliegende rechtliche Wertung bleibt aber zumindest zweifelhaft. Nichtsdestotrotz hat die Entscheidung einen weiteren differenzierenden Weg gewiesen, mit bedingenden Zahlungsklauseln umzugehen, ohne in einen einfachen, die Intentionen der Parteien nur scheinbar einbeziehenden Automatismus zu verfallen.

e. Die Auswirkungen der *Dyer* Leitlinie auf die Rechtsprechung in der Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass die Mehrheit der Bundesstaaten bedingende Zahlungsklauseln zugunsten des Subunternehmers auslegt. Vielfach wird der in *Dyer v. Bishop* entwickelte Grundsatz dahingehend verstanden, dass er immer einschränkend zugunsten des Subunternehmers anzuwenden ist. Herausragendes Element in der Entscheidungsfindung ist in allen Staaten die Erforschung der wahren Intention der Vertragsparteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Sofern eine Unklarheit oder Mehrdeutigkeit der Vereinbarung vorliegt, geht diese zu Lasten des Generalunternehmers. Im Laufe der Zeit hat sich die Diskussion in diesem Zusammenhang auf bestimmte Fragenkomplexe konkretisiert.

Zum einen wurde dem Grad des Bewusstseins eines potentiellen Zahlungsausfalls des Auftraggebers eine besondere Bedeutung beigemessen, wie es die Parteien beim Vertragsschluss hatten und wie es sich in dem Wortlaut und dem inhaltlichen Zusammenhang des Vertrages widerspiegelte. Die Rechtsprechung Louisianas hat sich hierzu der Unterscheidung zwischen *terms* und *conditions* bedient, um diese Thematik anschaulich zu

machen. Soweit die Parteien die Zahlung durch den Auftraggeber als ein nach der Natur der Sache sicheres Ereignis ansahen, war im Sinne eines *terms* lediglich Platz für eine zeitliche Regelung im Sinne einer *pay when paid* Klausel. Soweit die Parteien jedoch bewusst einen Zahlungsausfall des Auftraggebers in ihre vertraglichen Erwägungen einbezogen, war die Bezahlung von einem unsicheren Ereignis abhängig und somit als echte *condition* im Sinne einer *pay if paid* Klausel zu behandeln.

Eine weitere Problematik betrifft die Frage, wem die Ermittlung und Feststellung der Parteiintention im Verfahren zusteht. Hierzu haben die Gerichte Floridas in Abweichung von allgemeinen Grundsätzen festgestellt, dass es sich bei der Ermittlung der Parteiabsichten im Falle der Vereinbarung bedingender Zahlungsklauseln um die dem Gericht obliegende Feststellung einer Rechtssache (*matter of law*) und nicht um eine Tatsachenfeststellung (*matter of fact*) handelt. Die Beurteilung erfolgt generell nicht nur aus dem Vertrag heraus, sondern erlaubt auch die Einbeziehung anderer Dokumente, auf die der Vertrag verweist, so dass die Unklarheit zu Lasten des Generalunternehmers nicht nur dem Wortlaut der Vereinbarung, sondern auch dem inhaltlichen Zusammenhang des Vertrages mit anderen Vereinbarungen entspringen kann.

Demgegenüber vertreten einige Bundesstaaten konsequent eine wörtliche Auslegung bedingender Zahlungsklauseln zugunsten des Generalunternehmers. Insbesondere in den drei Bundesstaaten Georgia, Connecticut und Illinois lässt sich eine stetige Tendenz zur generalunternehmerfreundlichen Anwendung der *Dyer*-Rechtsprechung beobachten. Ausgangspunkt der Analyse ist zwar auch hier die Intention der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Eine Einschränkung erfährt dieses Prinzip jedoch durch die ausdrückliche und spürbare Verlagerung des Augenmerks auf den Wortlaut der Vereinbarung. Soweit dieser klar und deutlich die Vergütung des Subunternehmers von einer vorherigen Zahlung des Auftraggebers an den Generalunternehmer abhängig macht, das Ausfallrisiko des Auftraggebers explizit auf den Subunternehmer überträgt oder die zur Vergütung des Subunternehmers eingesetzten Gelder auf Mittel des Auftraggebers oder entsprechend korrespondierende Gelder, die an den Generalunternehmer geflossen sind, beschränkt, ist die Anwendung der *Dyer* Grundsätze hiernach entbehrlich. Insofern besteht eine Ähnlichkeit zur *parol evidence rule*, da eine Umdeutung zugunsten einer der Parteien, hier des Subunternehmers, vermieden werden soll.

Folgt man der Auffassung der Gerichte in Virginia, so kann die konsequente Anwendung der Möglichkeiten, die die Entscheidung *Dyer v. Bishop* eröffnet hat, zu einem gemischten Ergebnis führen. Sofern eine Mehrdeutigkeit nicht bereits aus dem Wortlaut evident ist, sondern sich erst aus weiteren Entwicklungen – quasi als „latente“ Mehrdeutigkeit – ergibt,

kann die Einbeziehung mündlicher Beweisführung entgegen der *parol evidence rule* zulässig sein und trotz gleichen Wortlauts wegen der unterschiedlichen Sachverhalte zu unterschiedlichen Wertungen führen.

4. Die Behandlung bedingender Zahlungsklauseln bei Nichtzahlung aus anderen Gründen als der Auftraggeberinsolvenz

Die zuvor dargestellten Fälle behandeln allesamt eine Hauptproblematik, die zur Anwendung bedingender Zahlungsklauseln führen kann. In allen Fällen hatte sich der Generalunternehmer gegen die Zahlungsansprüche des Subunternehmers mit der bedingenden Zahlungsklausel verteidigt[450], da er wegen der Insolvenz des Auftraggebers keine eigenen Ansprüche durchsetzen konnte. Da der Generalunternehmer auf die Auftraggeberinsolvenz keinerlei Einfluß hat, wurde insofern von einigen Gerichten ein legitimes Interesse, das Ausfallrisiko auf den Subunternehmer zu übertragen, anerkannt. Wie ist jedoch die Position amerikanischer Gerichte, wenn die Nichtzahlung seitens des Auftraggebers nicht auf eine Zahlungsunfähigkeit, sondern anderweitige Gründe zurückzuführen ist? Als Ausgangssituation ist hier eine Fülle verschiedener Situationen denkbar, wie z.B. die Zurückhaltung von Zahlungen seitens des Auftraggebers wegen Verzuges des Generalunternehmers, wegen Schlechterfüllung von Teilleistungen oder eine generelle Zahlungsunwilligkeit des Auftraggebers, die aus einer gestörten Geschäftsbeziehung zum Generalunternehmer – möglicherweise sogar aus anderen gemeinsamen Projekten – herrührt.[451] Hierbei ist auch zu bedenken, dass der erwähnte Verzug oder die Schlechterfüllung nicht unbedingt vom Generalunternehmer selbst zu vertreten sein muss, sondern unter Umständen auf Schlechtleistungen eines vorgeschalteten Subunternehmers zurückzuführen ist, wenn also beispielsweise ein Subunternehmer seine Teilleistungen nicht erbringt, diese aber für die Fortführung des Projektes und der Arbeiten anderer Subunternehmer zwingend erforderlich sind. In diesen Fällen erschiene es zumindest unbillig, dass der betroffene Subunternehmer wegen der bedingenden Zahlungsklausel quasi die von einem vorgeschalteten Subunternehmer verursachte Nichtzahlung des Auftraggebers mitzuvertreten hätte.

Die Problematik ist offensichtlich. Wie zuvor dargestellt wurde, ist die *Dyer* Rechtsprechung insoweit völlig klar, als sie die Übertragung des Ausfallrisikos auf den

---

[450] An dieser Stelle sei zur Wortwahl angemerkt, dass auch die Gerichte gelegentlich den von der Literatur eingeführten Begriff der „*pay-when-paid defense*“ benutzt haben, vgl. beispielsweise *Galloway Corp. v. S. B. Ballard Constr. Co.*, 250 Va. 493, 496, 464 S.E.2d 349, 351.

[451] vgl. *Hill* / *Evans*, The Construction Lawyer, April 1998, S. 17.

Subunternehmer zuläßt, sofern diese Absicht klar und eindeutig aus dem Vertrag hervorgeht. Das Gericht wäre somit verpflichtet, dem eindeutigen Willen der Parteien Wirkung zu verschaffen. Fraglich ist also, wie ein Gericht dieses Ergebnis im Hinblick auf die Unbilligkeit gegenüber dem Subunternehmer vermeiden könnte. Hierzu existieren ebenfalls einige anschauliche Entscheidungen amerikanischer Gerichte.

Bereits vor der Entscheidung *Dyer v. Bishop* wurden in einem solchen vorgenannten Fall ähnliche Erwägungen zu einer Vergütung innerhalb einer angemessenen Zeit angestellt. In ***Grady v. S. E. Gustafson Constr. Co***.[452] hatte *Gustafson* als Generalunternehmer Bauarbeiten an einem Interstate-Highway-Projekt nördlich von Des Moines, Iowa, übernommen. Auftraggeber war die Iowa State Highway Commission. *Grady* war als Subunternehmer verpflichtet worden, den Querschnitt bestimmter Ausschachtungen zu vermessen, und hieraus das entsprechend zu veranschlagende Aushubvolumen in Kubikmetern und das dem Leistungskatalog entsprechende Äquivalent in Wagenladungen für die regelmäßigen Abschlagszahlungen mit dem Auftraggeber zu ermitteln. Der Subunternehmervertrag sah vor, dass der Großteil der Arbeiten auf einer Interimsbasis gemäß den Abschlagszahlungen der Highway Commission vergütet werden sollte, jedoch mit der Ausnahme der Schlusszahlung, für die folgende Regelung vorgesehen war:

> „[…] except the final payment, which said Contractor shall pay to said Sub- contractor in full within three (3) days after final acceptance of the project and payment of the final estimate by the Iowa State Highway Commission."[453]

Obwohl bereits Gelder für die Schlusszahlung vom Auftraggeber bereitgestellt wurden, konnten sich *Gustafson* und die Highway Commission nicht auf die Höhe der geschuldeten Schlusszahlung an den Generalunternehmer einigen. Dementsprechend hielt *Gustafson* unter Hinweis auf die aufschiebende Bedingung die ausstehende Schlusszahlung an *Grady* zurück. Das Gericht lehnte diese Sichtweise ab. Zwar wurde eingeräumt, dass eine solche Vereinbarung aufschiebend bedingender Zahlungen grundsätzlich zulässig ist. Für den Fall, dass der Generalunternehmer sein Recht auf Bezahlung wegen eigener Fehler verwirkt, könne jedoch nur davon ausgegangen werden, dass die wahre Absicht der Parteien auf die Vereinbarung eines absoluten Rechts des Subunternehmers auf Entschädigung gerichtet war. Dem sei nach Ansicht des Gerichts auch ein Fall gleichzustellen, in dem der Generalunternehmer zwar sein Recht auf Vergütung nicht verwirke, aber seine eigene

---

[452] 251 Iowa 1242, 103 N.W.2d 737 (Iowa, 1960).

[453] 251 Iowa 1242, 1245, 103 N.W.2d 737, 738 f.

Vergütung freiwillig hinauszögere. Insofern habe der Subunternehmer ein absolutes Recht auf Vergütung innerhalb eines angemessenen Zeitraumes.[454]

Die erste nennenswerte Entscheidung dieser Art, die in zeitlicher Hinsicht nach der Leitentscheidung *Dyer v. Bishop* ergangen ist, war ***Howard Green Electrical Co. v. Chaney & James Constr. Co***.[455] *Chaney* hatte sich dem Auftraggeber, Motel Properties, Inc., gegenüber verpflichtet, ein Holiday Inn Motor Hotel auf dem Grundstück des Auftraggebers in Raleigh, North Carolina, zu errichten. Die gesamten erforderlichen Elektroinstallationen wurden an *Howard Green* als Subunternehmer weitervergeben. *Howard Green* erhielt für die geleistete Arbeit in regelmäßigen Abständen Abschlagszahlungen gemäß des zwischen den Parteien vereinbarten Subunternehmervertrages. Nach Vollendung der Elektroarbeiten verblieb ein Restbetrag von ca. US$ 13.000,-. Die Vertragsgemäßheit der Arbeiten stand zu keiner Zeit in Zweifel und der Generalunternehmer erkannte an, dass er dem Subunternehmer den genannten Betrag schulde. Allerdings wurde die Fälligkeit wegen der folgenden im Subunternehmervertrag enthaltenen Klausel bestritten:

> „3. Payments shall be made monthly in accordance with the following procedure:
> […]
> (d) Final payment will be paid within 15 days of acceptance of and payment for the entire contract by the Owner, but not before delivery of executed releases of the Sub-Contractor as required by the Contractor."[456]

Chaney hatte seinerseits soweit keine Schlusszahlung erhalten, da es zu einem Disput mit dem Auftraggeber über den Ausgleich der offenen Forderungen kam, und verweigerte dementsprechend unter Verweis auf die Klausel 3 (d) die Schlusszahlung an den Subunternehmer. Das Gericht betonte, dass angesichts der Tatsache, dass der Subunternehmer keinerlei vertragliche Beziehungen zum Auftraggeber hatte, aus dem Wortlaut des Vertrages keinerlei Risikoübernahme des Subunternehmers bezüglich des Kredits des Auftraggebers zu erkennen sei. Im Lichte der faktischen Situation der Parteien, ihrer angestrebten vertraglichen Ziele und dem Hintergrund der Gewohnheiten im Baugewerbe liege eine Interpretation als aufschiebende Bedingung fern. In der Tradition der *Dyer* Rechtsprechung kommt das Gericht somit zu einer Fälligkeitsregelung im Sinne der *reasonable time doctrine*. Interessant ist jedoch, dass das Gericht über diese Schlussfolgerung hinaus konkrete Anhaltspunkte für die Bestimmung der *reasonable time* liefert, indem es ausführt, dass die Regelung die Vergütung des Subunternehmers lediglich für denjenigen Zeitraum hinauszögere, nach dessen Ablauf der

---

[454] 251 Iowa 1242, 1246, 103 N.W.2d 737, 739.

[455] 12 N.C.App. 63, 182 S.E.2d 601 (N.C. Ct. App., 1971).

[456] 12 N.C.App. 63, 65, 182 S.E.2d 601, 603.

Subunternehmer einen Ausgleich der gegenseitigen Forderungen zwischen Auftraggeber und Generalunternehmer nach dem gewöhnlichen Geschäftsbetrieb („*in the usual course of business*“) erwarten durfte.[457]

Eine der wohl lehrreichsten Entscheidungen zu diesem Problemkomplex ist die Entscheidung des California First District Court of Appeals in ***Yamanishi v. Bleily & Collishaw, Inc***.[458] Der Auftraggeber, die Redevelopment Agency of the City of Seaside, schloß einen Vertrag mit Collishaw Sprinkler Co., Inc. über die Anlage eines öffentlichen Parks. Collishaw Sprinkler Co. schloß daraufhin einen Subunternehmervertrag mit *Bleily & Collishaw, Inc*. über bestimmte Nivellierungs- und Planierarbeiten am Gelände, Pflasterarbeiten sowie die Landschaftsgestaltung im Park. *Bleily* wiederum vergab die Landschaftsgestaltung in einem Sub-Subunternehmervertrag an *Yamanishi*, sowie die Planier- und Pflasterarbeiten an Monterey Peninsula Paving & Grading, Inc. Letzterer trat im Verlauf der Streitigkeiten zwischen den Parteien seine Restansprüche an *Yamanishi* ab. Der Streit basiert, wie üblich, auf dem herkömmlichen Muster der Ereignisse, welches in dieser Konstellation wohl einen der häufigsten und alltäglichsten Fälle für Zahlungsstreitigkeiten im Baugewerbe darstellt. *Yamanishi* hatte regelmäßig Abschlagszahlungen für geleistete Arbeiten erhalten. *Bleily* konnte jedoch in der Folge keine Schlusszahlung des Auftraggebers erlangen. Zum einen war wegen zusätzlicher notwendiger Arbeiten eine Anpassung der Vertragssumme erforderlich geworden, zum anderen war der Generalunternehmer bei Fertigstellung des Projektes bereits nicht unerheblich im Verzug, so dass es zu Streitigkeiten über die Höhe der geschuldeten Ansprüche kam. *Bleily* verweigerte daraufhin die Schlusszahlung an *Yamanishi* gleichermaßen unter Hinweis auf folgende Regelung (r) des Subunternehmervertrages:

> “Contractor agrees [t]o pay to the subcontractor upon receipt of each payment received from the Owner, the portion of said payment allowed to Contractor on account of Subcontractor's work, to the extent of Subcontractor's interest therein less any percentage retained under said General Contract.”

Das erstinstanzliche Gericht entschied zugunsten des Generalunternehmers, dass es sich bei der Regelung um eine aufschiebende Bedingung handele, die bislang nicht erfüllt worden war. Dem schloß sich der Court of Appeal nicht an. Das Gericht erkannte zunächst, dass angesichts des Mangels anderweitiger Fälligkeitsregelungen die Klausel (r) des Subunternehmervertrages zwei verschiedene Interpretationen – die Auslegung als Fälligkeitsregelung und die vom Gericht erster Instanz favorisierte Interpretation als

---

[457] 12 N.C.App. 63, 66, 182 S.E.2d 601, 603 f.

[458] 29 Cal.App.3d 457, 105 Cal.Rptr. 580 (Cal.Ct. App., 1972).

aufschiebende Bedingung – zuläßt. In jedem Fall habe ein Gericht eine außergewöhnliche, harte, ungerechte oder unbillige Auslegung nach Möglichkeit zu vermeiden, insbesondere wenn diese Auslegung die eine Partei in eine Situation begeben würde, welche ausschließlich die andere Partei beherrschen würde.[459] Das Gericht erkannte überdies die Besonderheit der Situation und lieferte eine entsprechend ausführliche sowie deutliche und pointierte Analyse der Rechtslage.

Die Auslegung der Klausel als aufschiebende Bedingung würde die Bezahlung des Subunternehmers – trotzdem dieser die Verzögerung nicht zu vertreten hätte – solange verzögern, bis ein eventueller Disput zwischen Generalunternehmer und Auftraggeber beigelegt ist, was in Baustreitigkeiten durchaus Monate oder Jahre bedeuten könnte. In der Tat gibt es keinerlei Versicherung, dass eine solche Streitigkeit überhaupt jemals beigelegt werden kann. Solange die Frage der Bezahlung zwischen dem Auftraggeber und dem Generalunternehmer ungeklärt ist, wäre letzterer in einem solchen Fall dem Subunternehmer gegenüber überhaupt nicht zur Zahlung verpflichtet. Würde der Generalunternehmer ein mögliches gerichtliches Verfahren wegen eines eigenen Fehlers verlieren, müßte er den Subunternehmer aus eigenen Mitteln vergüten. Würde er den Fall gewinnen, müßte er möglicherweise alle oder zumindest einen substantiellen Teil der aus dem Urteil erlangten Zahlungen zur Bezahlung des Subunternehmers verwenden. Dementsprechend wäre sein Interesse bei einer solchen Interpretation der Zahlungsklausel möglicherweise, jegliche Beilegung des Streits mit dem Auftraggeber zu vermeiden. Dieses Ergebnis kann jedoch nach Einschätzung des Gerichts auf keinen Fall von den Parteien mit der Regelung beabsichtigt worden sein.[460] Daher erscheint es nach Auffassung des Gerichts in diesem Fall eher angemessen, – und gleichermaßen zulässig –, dass die Regelung sicherstellen sollte, dass Mittel, die der Generalunternehmer vom Auftraggeber erhält, nicht für andere Zwecke abgezweigt, sondern ohne Verzug und in gewissenhafter Weise auf die Zahlungsverpflichtungen aus dem Subunternehmervertrag verwendet werden. Da keine weiteren Regelungen zur Fälligkeit der Zahlung getroffen wurden, ist daher davon auszugehen, so der Court of Appeal, dass die Vergütung nach Erbringung der Leistung, spätestens aber nach einem zumutbaren Zeitraum, erfolgen sollte.[461]

---

[459] 29 Cal.App.3d 457, 462 mit Hinweis auf *Hertzka & Knowles v. Salter*, 6 Cal.App.3d 325, 335, 86 Cal.Rptr. 23 (Cal. Ct. App., 1970); *Hawley v. Orange County Flood Control District*, 211 Cal.App.2d 708, 716, 27 Cal.Rptr. 78 (Cal.Ct. App., 1963).

[460] 29 Cal.App.3d 457, 463.

[461] 29 Cal.App.3d 457, 462.

In ***Midland Engineering Co. v. John A. Hall Constr. Co***.[462] ging es um die Zahlungsansprüche verschiedener Subunternehmer gegen den beklagten Generalunternehmer *Hall*. Dieser hatte sich gegenüber der Michigan City Area Schools als einer von mehreren Generalunternehmern zum Bau der Rogers High School in Michigan City, Indiana, verpflichtet. *Hall* vergab verschiedene Arbeiten an diverse Subunternehmer, insbesondere Arbeiten an den Sanitärbereichen wie Sanitärinstallationen, Terrazzo- und Fliesarbeiten, Feuchtigkeitsversiegelungen etc. Im Hauptvertrag war vereinbart worden, dass der Auftraggeber bis zur Fertigstellung von 50% der zu verrichtenden Arbeiten zunächst 10% der Vertragssumme, danach 5%, zurückhalten durfte. Im Subunternehmervertrag war hingegen vereinbart worden, dass der Generalunternehmer über den gesamten Zeitraum des Projektes hinweg bis zur Fertigstellung 10% der geschuldeten Zahlungen zurückbehalten durfte. Nach der Fertigstellung der Schulgebäude hatten die zuständigen Architekten 75 Defekte gefunden. Als Konsequenz hielt der Auftraggeber Gelder in Höhe von ca. US$ 257.000,- zurück. *Hall* hielt seinerseits Zahlungen an seine Subunternehmer in Höhe von insgesamt ca. US$ 504.000,- zurück. Ein Teil der vom Auftraggeber angeführten Defekte ging auf Schlechtleistungen eines der Subunternehmer zurück. Der Generalunternehmer initiierte daraufhin ein Schiedsgerichtsverfahren gegen den Auftraggeber, um klären zu lassen, welche der angeblichen Defekte ohne weitere Arbeit akzeptierbar waren. Die Zurückhaltung der Zahlungen an die Subunternehmer rechtfertigte *Hall* in dreierlei Hinsicht. Erstens wollte man das Ergebnis des Schiedsgerichtsverfahrens abwarten, um Gewissheit zu haben, gegen welche Subunternehmer eventuelle Rückgriffsmöglichkeiten bestehen, zweitens, um einen Teil der Kosten des Schiedsgerichtsverfahrens pro rata auf die Subunternehmer abzuwälzen, und drittens rechtfertigte der Generalunternehmer die Zurückhaltung der Zahlungen mit dem Hinweis auf eine aufschiebende Zahlungsbedingung in Klausel 15 der insoweit identischen Subunternehmerverträge:

> „[…] the last payment, which the said contractor shall pay to said subcontractor immediately after said material and labor installed by said subcontractor to have been completed, approved by said architect, and final payment received by the contractor […]"[463]

Der United States District Court hielt diese Klausel im gegebenen Fall nicht für eine aufschiebende Bedingung, auf die sich *Hall* berufen konnte, sondern lediglich für eine Fälligkeitsregelung im Sinne der *Dyer* Entscheidung. Das Vorbringen des Generalunternehmers, diese Entscheidung sei nicht anwendbar, da es sich bei *Dyer* um einen

---

[462] 398 F.Supp. 981 (N.D. Ind., 1975).

[463] 398 F.Supp. 981, 993.

Fall der Auftraggeberinsolvenz handelte, der von der hier vorliegenden Situation abzugrenzen sei, wurde vom District Court zurückgewiesen. In seiner Argumentation bezog sich das Gericht maßgeblich auf den Regelungszweck des *Dyer* Ansatzes. Es wurde eingeräumt, dass ein Ziel der in *Dyer* gefundenen Lösung sei, die alleinige Abhängigkeit der Subunternehmervergütung von der Solvenz des Auftraggebers zu verhindern. Ein ebenso bedeutsamer Regelungszweck sei es aber, zu verhindern, dass rechtmäßige fällige Zahlungsansprüche des Subunternehmers in einem zwischen Generalunternehmer und Auftraggeber geführten Verfahren für lange Zeit gebunden sind, ohne dass der Subunternehmer Partei dieses Verfahrens ist.[464] Diese These läßt sich durch einen hypothetischen Sachverhalt auf der Basis des vorliegenden Falles untermauern. Angesichts der Tatsache, dass der Auftraggeber gegen Ende des Projektes 5% der Vertragssumme einbehalten durfte, der Generalunternehmer gegenüber seinen Subunternehmern jedoch 10% zurückhalten konnte, ist davon auszugehen, dass der Generalunternehmer seinen Subunternehmern eine entsprechend höhere Schlusszahlung schuldet. So war es auch in diesem Fall, in dem der Auftraggeber eine Zahlung von US$ 257.000,- schuldete, während der Generalunternehmer nahezu das Doppelte, hier ca. US$ 504.000,-, schuldete. Wäre die Zahlungsklausel als aufschiebende Bedingung auszulegen, könnte ein böswilliger Generalunternehmer ein Verfahren mit dem Auftraggeber zu verschleppen suchen, um mit Hilfe der Zahlungsklausel über einen langfristigen Zeitraum Mittel (d.h. Gelder i.H.v. 5% der Vertragssumme) zu verwenden, die ihm eigentlich nicht zustünden. Ein solches Verhalten wäre jedoch, so das Gericht, eine intolerierbare Sachlage, die so von der *Dyer* Regelung nicht intendiert sei.[465]

Zum gleichen Ergebnis gelangte das Gericht schließlich in der Entscheidung ***D. K. Meyer Corp. v. Bevco, Inc***.[466] In diesem Fall ging es um Zahlungsansprüche des Subunternehmers *Meyer* gegen den Generalunternehmer *Bevco*, die aus dem Bau des Gemeindezentrums der Church of the Holy Spirit in Plattsmouth, Nebraska, herrührten. *Meyer* hatte sich vertraglich verpflichtet, die Konstruktion des Dachstuhls für besagtes Gemeindezentrum zu übernehmen, deren Einzelteile (u.a. Stahlträger, Stahlgitter, Stahlquerbalken sowie diverse Zierplatten) zuvor von zwei weiteren Subunternehmern angefertigt worden waren. Beim Einbau stellte sich heraus, dass die Einzelteile zwar den angegebenen Spezifikationen des Bauplanes entsprachen, aber ihrer Dimension nach nicht für den Einbau in den Rohbau geeignet waren. Dieser Fehler, der auf eine Fehlplanung des vom Auftraggeber beauftragten Architekten

---

[464] 398 F.Supp. 981, 994.

[465] 398 F.Supp., a.a.O.

[466] 206 Neb. 318, 292 N.W.2d 773 (Neb., 1980).

zurückzuführen war, machte Änderungen am ursprünglichen Bauplan notwendig, die ebenfalls von *Meyer* durchgeführt wurden. Der Generalunternehmer hatte daraufhin dem Subunternehmer die gesamte sich aus dem Subunternehmervertrag ergebende Summe gezahlt, verweigerte jedoch die Vergütung der zusätzlichen Arbeiten wegen eines Mitteilungsversäumnisses des Subunternehmers im Änderungsverfahren, sowie mit dem Hinweis auf eine *pay-when-paid* Klausel, nach der wie folgt vereinbart war:

> „[...]That the Contractor shall not be liable for, nor bound in any respect to the Sub-Contractor for the payment to him of his monthly or final estimates of any moneys in excess of the amount which the Contractor receives from the Owner for the Sub-Contractor's work."

Das Mitteilungsversäumnis wurde vom Gericht als unschädlich erkannt. Da die Nichtzahlung des Auftraggebers im Weiteren auf den Disput über das Vertretenmüssen des Planungsfehlers zurückging, der die vertragsgemäß erbrachten Leistungen des Subunternehmers in keinster Weise betraf, wurde die *pay-when-paid* Verteidigung mit der gleichen Begründung wie zuvor in *Midland Engineering v. Hall* abgewiesen und zugunsten des Klägers erkannt.

II. Der neue Ansatz in der Rechtsprechung

Trotz einer überwiegenden Tendenz amerikanischer Gerichte zur subunternehmerfreundlichen Auslegung bedingender Zahlungsklauseln sind solche Klauseln, wie bereits mehrfach erwähnt, keineswegs generell unwirksam, sondern nach der *Dyer* Rechtsprechung auch weiterhin zulässig, wenn auch in eng gezogenen Grenzen. Es kommt maßgeblich darauf an, ob der Wille zur Risikoübertragung auf den Subunternehmer klar und eindeutig aus dem Vertrag hervorgeht. Die Mehrzahl der Gerichte hat bei der Anwendung dieses Grundsatzes eine strenge Auslegung bevorzugt und sich auf diese Weise Möglichkeiten zur abweichenden Regelung geschaffen. Zum einen wurde die Auslegung von Mehrdeutigkeiten in der Wortwahl des Vertrages zu Lasten des Generalunternehmers auch auf Unstimmigkeiten, die sich aus der besonderen Situation des Einzelfalles ergeben und insofern aus dem Bereich der reinen Wortwahl herausfallen, ausgeweitet. Zum anderen wurde – wie zuvor dargestellt – eine Anwendung der Grundsätze auf andere Situationen als die der Auftraggeberinsolvenz weitestgehend abgelehnt. Ebensowenig haben die Gerichte allerdings in irgendeinem der dargestellten Fälle diese Situationen eindeutig und abschließend von der Anwendung ausgenommen. Somit bleibt es auch in diesen Fällen weiterhin denkbar, dass eine von den Parteien in vollem Bewusstsein der Tragweite getroffene Vereinbarung, das Ausfallrisiko des Auftraggebers in vollem Umfang auf den Subunternehmer zu übertragen,

für zulässig und wirksam erklärt wird, wenn anderweitige Situationen als die der Auftraggeberinsolvenz sprachlich klar und eindeutig mitumfasst werden.

Hierin haben einige Gerichte eine grundsätzliche Gefahr des Missbrauchs solcher Klauseln erkannt. Eine entsprechende Missbrauchssituation ist beispielsweise in Fällen vorstellbar, in denen der Subunternehmer wegen wirtschaftlicher Zwänge oder der ungleichen Verhandlungsposition gegenüber dem zumeist wirtschaftlich deutlich stärkeren Generalunternehmer eine solche bedingende Zahlungsklausel voll akzeptiert, um seine Chancen bei der Vergabe nicht zu gefährden. Nach der bisher dargestellten Rechtsprechung wäre eine solche Verhaltensweise zwar moralisch und gesellschaftlich bedenklich, aber vertragsrechtlich vor dem Hintergrund der Parteiautonomie zulässig und wirksam, sofern sie den Anforderungen an Klarheit und Eindeutigkeit in jeder Hinsicht gerecht würde. Dementsprechend wurden die von der Rechtsprechung in vorherigen Entscheidungen gefundenen Korrektive zugunsten des Subunternehmers als nicht ausreichend empfunden, so dass die Gerichte einiger weniger Bundesstaaten unabhängig voneinander einen neuen Weg gesucht haben, um bedingende Zahlungsklauseln für nichtig und undurchsetzbar zu erklären.

Die dabei gefundene Lösung weist einige Besonderheiten auf. Der bisherige Ansatz wird teilweise ersetzt und durch eine zusätzliche Prüfung ergänzt. Nach der hier vertretenen Ansicht handelt es sich dabei jedoch nicht – wie fälschlicherweise vielfach vertreten – um eine reine Erweiterung des Spektrums der Möglichkeiten im Sinne eines dritten Lösungsansatzes[467], sondern um einen zweistufigen Prüfungsaufbau, deren Stufen klar voneinander abzugrenzen sind.

Die erste Stufe der Prüfung fragt – wie nach dem bisherigen Ansatz –, ob es sich bei der Klausel wirklich um eine *condition precedent* handelt, oder ob die Klausel lediglich die Fälligkeit betrifft. Sofern hier wegen der oben genannten Kriterien die Annahme einer echten aufschiebenden Bedingung ausscheidet, ist die Klausel bereits an dieser Stelle der Prüfung unwirksam und entfaltet lediglich eine zeitliche Wirkung im Sinne der Fälligkeit des Zahlungsanspruchs. Entspricht die Klausel jedoch den aufgestellten Anforderungen nach Klarheit und Eindeutigkeit, ist sie gültig und wirksam und stellt die Vergütung des Subunternehmers unter die aufschiebende Bedingung der vorherigen Bezahlung des Generalunternehmers. Damit war nach dem bisherigen Ansatz die Prüfung abgeschlossen.

Sofern jedoch die vertragliche Regelung in jeder Hinsicht den Anforderungen der Rechtsprechung an bedingende Zahlungsklauseln gerecht wird, tritt nunmehr eine zweite Stufe der Prüfung ein, bei der die Zulässigkeit nicht allein inter partes, sondern im Lichte der

---

[467] So z.B. *Larson*, 21 T. Jefferson L. Rev. (1999), S. 253, 272 ff.

Rechtsordnung als Ganzes betrachtet wird. Das hierbei bemühte Kriterium der Abgrenzung ist die öffentliche Ordnung. Es wird mithin durch das angerufene Gericht untersucht, ob die zwischen den Parteien getroffene Regelung – trotzdem sie klar und eindeutig formuliert ist und den Intentionen der Parteien entspricht – in den von ihr entfalteten Wirkungen gegen die öffentliche Ordnung verstößt (*contrary to public policy*).

Die Entwicklung dieses Ansatzes erfolgte nahezu zeitgleich, jedoch unabhängig voneinander, in zwei grundlegenden Entscheidungen amerikanischer Gerichte, die hier in der Folge – auch im Hinblick auf die von ihnen entfaltete Wirkung auf die Entscheidungen anderer Gerichte – betrachtet werden sollen. Beide Entscheidungen stützen sich in ihrer Argumentation maßgeblich auf die dem Subunternehmer zustehenden Pfandrechte.

1. Der zweistufige Prüfungsaufbau in *West-Fair Electric v. Aetna*

Der erste hier dargestellte Fall entstammt der Rechtsprechung des Staates New York. In ***West-Fair Electric Contractors and L.J. Coppola v. Aetna Casualty & Surety Co. and Gilbane Building Co***.[468] hatte der United States District Court for the Southern District of New York über die Zahlungsansprüche der beiden Subunternehmer *West-Fair Electric* und *Coppola* gegen den Generalunternehmer *Gilbane* sowie gegen den Garantiegeber *Aetna* zu entscheiden. *Gilbane* hatte als Generalunternehmer und Projektmanager den Bau des Westchester Pavilion in White Plains, New York, für den Auftraggeber Fischer-Reese White Plains Associates, L.P. übernommen. Die erforderlichen Elektroinstallationen wurden für eine Vertragssumme von US$ 1,485 Mio. an *West-Fair* als Subunternehmer vergeben. Ein weiterer Subunternehmervertrag in Höhe von US$ 205.705 wurde mit *Coppola* über erforderliche Gas- und Wasserinstallationsarbeiten geschlossen. Beide Subunternehmerverträge enthielten folgende Regelung in § 3.2 des Vertragstextes:

> "It is specifically understood and agreed that the payment to the trade contractor is dependent, as a condition precedent, upon the construction manager receiving contract payments, including retainer from the owner [...]."[469]

Mit fortschreitendem Bau der Anlage wurden zusätzliche Arbeiten in Höhe von US$ 1.247.548 seitens *West-Fairs* sowie in Höhe von US$ 378.204 seitens *Coppolas* notwendig. Bis Oktober 1993 erhielt *Gilbane* Abschlagszahlungen für geleistete Arbeiten, von denen insgesamt US$ 1.212.250 an *West-Fair* sowie US$ 401.713 an *Coppola* weitergeleitet wurden. Wegen der anschließenden Insolvenz des Auftraggebers konnten durch den Generalunternehmer keine weiteren Zahlungen mehr erlangt werden. Die verbleibenden

[468] 872 F.Supp. 1212 (S.D.N.Y., 1994).

[469] 872 F.Supp. 1212, 1213.

Summen in Höhe von US$ 1.520.298 bzw. US$ 225.206 stellten die Zahlungsbegehren der Subunternehmer dar und wurden von *Gilbane* mit Hinweis auf Klausel 3.2 der Subunternehmerverträge abgelehnt.

Aetna hatte für *Gilbane* gegenüber dem Auftraggeber zugunsten der Subunternehmer eine Zahlungsgarantie abgegeben, deren Erfüllung jedoch verweigert wurde. Man stützte diese Haltung ebenfalls maßgeblich auf den fehlenden Zahlungsanspruch der Subunternehmer gegenüber dem Generalunternehmer.

Der Richter erster Instanz lehnte diese Sichtweise der in § 3.2 der Subunternehmerverträge getroffenen Regelung jedoch kategorisch ab. Ansatzpunkt der Argumentation ist das Subunternehmerpfandrecht (*Mechanics' Lien*), das gemäß § 3 New York Lien Law[470] jedem Subunternehmer am Grundeigentum des Auftraggebers zusteht, soweit der Subunternehmer durch seine Leistung dieses Eigentum verbessert oder im Wert gesteigert hat. Jegliche Regelung, die in dieses Pfandrecht eingreift, sei sie vertraglicher Natur oder eine bloße Absprache zwischen den Parteien, ist gemäß § 34 New York Lien Law wegen Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung nichtig und somit undurchsetzbar. Um eine solche nichtige Vereinbarung im Sinne des § 34 habe es sich auch – so die Begründung des Gerichts – bei der fraglichen Klausel gehandelt. Ein solches Subunternehmerpfandrecht ist nur dann durchsetzbar im Sinne des § 34, wenn auch die Zahlung des Subunternehmers fällig war. Bei wortgetreuer Anwendung der Klausel 3.2 des Subunternehmervertrages als *pay-if-paid* Klausel würde jedoch eine solche Zahlung im Falle des Zahlungsausfalls des Auftraggebers nie fällig werden, da sie unter der aufschiebenden Bedingung der Bezahlung des Generalunternehmers steht. Die Zulässigkeit einer solchen exkulpatorischen Klausel würde dem Zweck des § 34 New York Lien Law entgegenstehen[471], so das Gericht, da der ökonomische Effekt einer solchen Regelung einem Verzicht auf das Pfandrecht gleichkomme.[472] Daher wurde die Klausel wegen des Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung für nichtig und undurchsetzbar erklärt. Dementsprechend erging das Urteil zugunsten der Subunternehmer in Höhe der entsprechenden Zahlungsbegehren.

---

[470] Zum Wortlaut der fraglichen Regelungen des New York Lien Law siehe Anhang B.

[471] Zweck des § 34 New York Lien Law, der 1975 in das Lien Law eingefügt wurde, war es, jene Subunternehmer zu schützen, die wegen ihrer ökonomischen Situation nicht in der Lage waren, einer Forderung zu widerstehen, deren Inhalt den Verzicht eines speziell zu ihrem Schutz geschaffenen gesetzlichen Rechtes umfasste, siehe hierzu *Rotodyne, Inc. v. Consolidated Edison,* 85 Misc.2d 347, 378, N.Y.S.2d 899, 902 (Sup.Ct. Westchester Co., 1975).

[472] 872 F.Supp. 1212, 1214.

In der folgenden Berufung vor dem United States Court of Appeals for the Second Circuit wurde die Frage des Verstoßes einer solchen Klausel gegen die öffentliche Ordnung dem Court of Appeals vorgelegt[473] und von letzterem zur Vorabentscheidung angenommen[474]. Dieses Vorabentscheidungsverfahren[475] stellt den Kernpunkt in der neu angefachten Diskussion um die Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln im Lichte der öffentlichen Ordnung dar, da der Court of Appeals die Begründungen der Vorinstanzen maßgeblich erweiterte.

Interessant ist zunächst, mit welcher Klarheit der Court of Appeals das Vorbringen der Kläger abweist, wonach es sich bei der fraglichen Klausel um eine reine Fälligkeitsregelung im Sinne einer pay-when-paid Klausel handele. Das Gericht der Eingangsinstanz ging in der Urteilsbegründung in keiner Weise auf eine Klassifizierung der Klausel ein, sondern setzte sofort mit der *public-policy*-Argumentation an. Dies spräche eher für eine Erweiterung der bisherigen Alternativen um eine dritte Möglichkeit, als den hier vertretenen zweistufigen Aufbau. Der Court of Appeals findet jedoch in der Berufungsinstanz weitaus deutlichere Worte, die die hier vertretene Annahme stützen. Angesichts der klaren und eindeutigen Sprache der vertraglichen Regelung sei die Annahme einer bloßen Fälligkeitsregelung abwegig. Vielmehr sei davon auszugehen, dass der Subunternehmer hier eindeutig das Risiko einer Auftraggeberinsolvenz übernommen hat. Es gelte dementsprechend einzig und allein zu prüfen, ob die vertragliche Abwälzung des Risikos gegen die öffentliche Ordnung des Staates New York verstoße.[476] Demzufolge entschied das Gericht zunächst über die Frage, ob die Regelung als echte aufschiebende Bedingung oder als reine Fälligkeitsregelung zu klassifizieren war. Erst nachdem diese Klassifizierung die Annahme einer aufschiebenden Bedingung stützte, wandte man sich dem Verstoß gegen die öffentliche Ordnung zu.

Das Gericht hatte sich in seiner Begründung insbesondere mit zwei Argumenten der Beklagten auseinanderzusetzen, welche diese in der Berufungsinstanz vor dem Hintergrund der *public-policy*-Argumentation neu eingebracht hatten. Zunächst wurde vorgebracht, dass der Subunternehmer lediglich in das Pfandrecht des Generalunternehmers gegen den Auftraggeber eintrete (*subrogation*), so dass zum einen dem Subunternehmer kein eigenes

---

[473] *West-Fair Electric Contractors and L.J. Coppola v. Aetna Casualty & Surety Co. and Gilbane Building Co.*, 49 F.3d 48 (2nd Cir., 1995).

[474] *West-Fair Electric Contractors and L.J. Coppola v. Aetna Casualty & Surety Co. and Gilbane Building Co.,* 85 N.Y.2d 890, 650 N.E.2d 413, 626 N.Y.S.2d 754 (N.Y., 1995).

[475] *West-Fair Electric Contractors and L.J. Coppola v. Aetna Casualty & Surety Co. and Gilbane Building Co.,* 87 N.Y.2d 148, 661 N.E.2d 967, 638 N.Y.S.2d 394 (N.Y., 1995).

[476] 87 N.Y.2d 148, 155, 661 N.E.2d 967, 970, 638 N.Y.S.2d 394, 397.

alleinstehendes Recht zustehe und zum anderen dieses Pfandrecht dem Pfandrecht des Generalunternehmers untergeordnet sei und dem Grund und Umfang nach durch das Recht des Generalunternehmers gegen den Auftraggeber bestimmt werde, nicht jedoch dazu geeignet sei, die Haftung des Generalunternehmers auszuweiten.[477] Diese Ansicht teilte der Court of Appeals nicht. Gemäß §§ 24, 41 New York Lien Law kann das Pfandrecht nicht nur gegen die Pfandsache, sondern auch gegen jeden Schuldner der Forderung, auf die sich das Pfandrecht stützt, vollstreckt werden. Dementsprechend handele es sich um ein selbständiges Recht des Subunternehmers, das nicht durch die Rechtsmittel des Generalunternehmers bestimmt wird, sondern eigenständig neben diesen Rechtsmitteln existiert.[478] Diese Feststellung ist möglicherweise das entscheidende Element in der logischen Analyse des Gerichts[479] und dient als Abgrenzungskriterium zu anderen gleichartigen Entscheidungen, wie später gezeigt werden wird.

Auch für eine Überordnung des Generalunternehmerpfandrechts oder vorrangige Behandlung des Generalunternehmers finde sich, so das Gericht, kein Anhaltspunkt. Zwar bestimme sich der Umfang des Subunternehmerpfandrechts gemäß § 4 Abs. 1 New York Lien Law an der Forderung des Generalunternehmers gegen den Auftraggeber, indem es die Höhe des Pfandrechts auf die Höhe der unbezahlten Forderung limitiert.[480] Sofern jedoch sowohl Subunternehmer als auch Generalunternehmer ein Pfandrecht an der gleichen Sache ausüben, werden die Erlöse eines Pfandverkaufs gemäß § 56 New York Lien Law zunächst an den Subunternehmer verteilt, was mithin eher die Annahme einer Überordnung des Subunternehmerpfandrechts nahelege.[481]

Darüber hinaus brachten die Beklagten vor, dass die Kläger keineswegs auf ihr Pfandrecht verzichtet hätten, da das Pfandrecht auch trotz der Klausel bei ihnen verbleibe. Dies sei allein dadurch evident, dass die Kläger hier ein Pfandrecht an dem Projekt hatten eintragen lassen, nachdem der Auftraggeber seine Zahlungen einstellte. Auch dieses Argument wurde vom Court of Appeals zurückgewiesen. Das Gericht wies darauf hin, dass das New York Lien Law zwischen der Eintragung (*filing*) und der Vollstreckung (*enforcement*) eines Pfandrechts

---

[477] 87 N.Y.2d 148, 156, 661 N.E.2d 967, 970, 638 N.Y.S.2d 394, 397.

[478] 87 N.Y.2d 148, 157, 661 N.E.2d 967, 971, 638 N.Y.S.2d 394, 398.

[479] *Hendrick* / *Spangler* / *Wedge*, The Construction Lawyer, Juli 1996, S. 21.

[480] Dementsprechend wäre ein Auftraggeber davor bewahrt, mehr als die tatsächlich erbrachten Aufwendungen an der Pfandsache zu bezahlen, falls der Generalunternehmer bereits geleistete Zahlungen nicht an den Subunternehmer weiterleitet.

[481] 87 N.Y.2d 148, 158, 661 N.E.2d 967, 971, 638 N.Y.S.2d 394, 398.

unterscheidet.[482] Die Besonderheit des New Yorker Rechts liegt darin, dass das Pfandrecht nicht nur gegen die Pfandsache, sondern gegen jeden Schuldner der Forderung, auf die sich das Pfandrecht bezieht, vollstreckt werden kann.[483] Dies schließt ausdrücklich den Generalunternehmer in den Kreis der haftenden Personen ein. Im vorliegenden Fall sei aber gerade die Vollstreckung bzw. Durchsetzung des Pfandrechts gegen den Generalunternehmer gehindert. Die *pay-when-paid* Klausel[484] bewirkt dieses Ergebnis, indem sie verhindert, dass der Subunternehmer sich auf eine fällige und unbezahlte Forderung berufen kann, die aus der Leistung des Subunternehmers erwächst und vom Generalunternehmer geschuldet wird. Die Existenz einer solchen Forderung ist jedoch unerlässliche Voraussetzung für einen durchsetzbaren und vollstreckbaren Anspruch aus dem Pfandrecht, so dass die Klausel im Ergebnis gegen die in § 34 New York Lien Law genannte öffentliche Ordnung verstößt und daher nichtig und undurchsetzbar ist.[485]

Nach Rückverweisung der Sache an das Bundesgericht entschied der United States Court of Appeals for the Second Circuit gemäß den Vorgaben aus dem Vorabentscheidungsverfahren und gab dem Zahlungsbegehren der Subunternehmer statt.[486]

2. Der kalifornische Ansatz in *Wm. R. Clarke Corp. v. Safeco*

Der zweite grundlegende Fall ist ein Fall, der von den Gerichten des Staates Kalifornien entschieden wurde. Die Sachlage ist hier nahezu identisch mit der Ausgangssituation in *West-Fair Electric v. Aetna*. Der Konflikt, in dem sich der Wortlaut des Gesetzes und die rechtspolitischen Erwägungen des Gerichts befinden und wie er auch schon in der New Yorker Entscheidung deutlich wurde, tritt jedoch in dieser Entscheidung ungleich klarer hervor und ist daher zur Veranschaulichung der Problematik besonders geeignet. Auch hier ist der Ansatzpunkt der Argumentation das Pfandrecht des Subunternehmers. Im Gegensatz zu New York ist in Kalifornien dieses Pfandrecht jedoch als verfassungsmäßiges Recht anerkannt und somit besonders im Hinblick auf die öffentliche Ordnung geschützt.

---

[482] vgl. z.B. § 34 New York Lien Law.

[483] vgl. §§ 24, 41 New York Lien Law.

[484] Die Wortwahl des Court of Appeals ist ein weiteres Beispiel für die unklare Verwendung der Begriffe *pay-when-paid* und *pay-if-paid*, wie sie oben bereits angesprochen wurde, siehe.... Während die meisten Gerichte nur die reine Fälligkeitsregelung als *pay-when-paid* bezeichnen, verwendet der Court of Appeals diesen Begriff pauschal auch zur Kennzeichnung der hier angenommenen aufschiebenden Bedingung.

[485] 87 N.Y.2d 148, 159, 661 N.E.2d 967, 972, 638 N.Y.S.2d 394, 399.

[486] *West-Fair Electric Contractors and L.J. Coppola v. Aetna Casualty & Surety Co. and Gilbane Building Co.,* 78 F.3d 61 (2nd Cir., 1996).

a. Die Entwicklung in den Vorinstanzen

In ***Wm. R. Clarke Corp. v. Safeco Insurance Co. of America***[487] ging es um die konsolidierte Klage von vier Subunternehmern – *Wm. R. Clarke Corp*., *Barsotti's*, *Garvin Fire Protection Systems* sowie *Church & Larsen* – eines gemeinsamen Bauprojekts gegen den Generalunternehmer und dessen Garantiegeber. Der Auftraggeber war Eigentümer eines Bürokomplexes, den MGM-Pathe Communications Corporation Headquarters, das im Zuge einer Baukampagne durch den Generalunternehmer *Keller Constr. Co.* renoviert und instandgesetzt werden sollte. Für einige der erforderlichen Arbeiten wie Asbestbeseitigung, Brandschutzinstallationen etc. wurden die erwähnten vier Subunternehmer verpflichtet. Jeder der vier Subunternehmerverträge enthielt eine Klausel, die die Vergütung des Subunternehmers klar von der vorherigen Bezahlung an den Generalunternehmer abhängig machte:

> „Receipt of funds by Contractor from Owner is a condition precedent to the Contractor's obligation to pay Subcontractor under this Agreement, regardless of the reason for Owner's nonpayment, whether attributable to the fault of the Owner, Contractor, Subcontractor or due to any other cause."

Dreien der Subunternehmerverträge war darüber hinaus ein Anhang beigefügt[488], in dem u.a. die bedingende Zahlungsklausel noch einmal explizit wiederholt wurde und das Subunternehmerpfandrecht als das einzig mögliche Rechtsmittel des Subunternehmers festgeschrieben wurde.[489]

Keller hatte das Projekt bei *Safeco* mit einer Zahlungsgarantie in Höhe von insgesamt US$ 16,5 Mio. für geleistete Arbeiten und geliefertes Material versichern lassen. Im Laufe des Projekts hatte der Auftraggeber Schwierigkeiten, eine ausreichende Finanzierung zu

---

[487] 47 Cal.App.4th 1352, 46 Cal.Rptr.2d 183 (Cal. Ct. App., 1995).

[488] Der vierte Vertrag enthielt die gleichen Regelungen, die allerdings nicht in einem Anhang, sondern im Vertragstext selber enthalten waren.

[489] Der Text des Anhangs lautete wie folgt:

> "1. Contractor shall have no obligation, legal, equitable or otherwise, to pay Subcontractor for Work performed by Subcontractor unless and until Contractor is paid by the Owner for the Work performed by Subcontractor. Furthermore, in the event Contractor is never paid by Owner for Subcontractor's Work, then Subcontractor shall forever be barred from making, and hereby waives, in perpetuity, any claim against Contractor therefor.
> 2. Subcontractor shall not seek payment from Contractor for, and shall forever refrain from instituting any legal or equitable action for collection of, money and/or compensation for
> Work performed by Subcontractor for which Contractor is not paid [by] Owner.
> 3. Nothing contained in the Subcontract, the Contract Documents or in this Addendum shall be interpreted as creating any express or implied obligation on the part of Contractor to
> Subcontractor to initiate or maintain any action (judicial or extra-judicial) against Owner for collection of monies owing by Owner to Contractor, whether or not relating to Work performed
> by Subcontractor for which Subcontractor has not been paid by Contractor.
> 4. Nothing in this Addendum shall be interpreted as limiting Subcontractor's rights to enforce its statutory mechanic's lien rights or remedies, if any, against Project property and
> Subcontractor expressly agrees that such mechanics lien rights, if any, shall be its sole remedy and means for payment (regardless of whether the value [of] Project property is sufficient
> or insufficient, for any reason, to satisfy Subcontractor's claim) on account of Work performed by Subcontractor for which contractor has not been paid by Owner."

gewährleisten und stellte die Zahlungen ein. *Keller* stellte daraufhin ebenfalls seine Zahlungen an die Subunternehmer ein. Nachdem der Generalunternehmer den Auftraggeber wegen Vertragsbruches verklagt hatte und eine Zwangsvollstreckung aus seinem Bauunternehmerpfandrecht betrieb, konnte zwischen den Parteien ein Vergleich geschlossen werden. Die hierbei erzielten Zahlungen gab *Keller* pro rata an die Subunternehmer weiter. Da keine vollständige Vergütung erzielt werden konnte, nahmen die Subunternehmer *Safeco* in Anspruch. *Safeco* verweigerte die Bezahlung aus der Garantie unter Hinweis auf die wegen der bedingenden Zahlungsklausel mangelnden Anspruchsgrundlage gegen den Generalunternehmer. Es wurde vorgebracht, dass eine Zahlungsverpflichtung zumindest dann entfallen sollte, wenn der in der Garantieerklärung benannte Garantienehmer (*principal*, hier der Generalunternehmer) wegen einer vertraglichen Regelung mit den Begünstigten (hier den Subunternehmern) seinerseits von der Verpflichtung befreit ist.

Die hierzu ergangene erstinstanzliche Entscheidung des Superior Courts of Los Angeles County ist leider unveröffentlicht geblieben, so dass Informationen hierüber nur insoweit vorhanden sind, als die Berufungsinstanz in ihrem Urteil Angaben zum Vorverfahren macht. Den Ausführungen der Berufungsinstanz ist lediglich zu entnehmen, dass das Vorbringen *Safecos* unter Rückgriff auf § 3226 California Civil Code[490] abgelehnt wurde. Die Zahlungsverpflichtung des Garantiegebers (*surety*) wird insofern als gesetzliche Verpflichtung bezeichnet, die die Haftung des Garantiegebers unabhängig von einer etwaigen Haftung des Auftraggebers oder des Generalunternehmers macht.

Der California Court of Appeal for the Second District griff diesen Ansatz auf und bestätigte ihn im Ergebnis. Es fällt hier besonders auf, dass der Court of Appeal eine Entscheidung über die Wirksamkeit der *pay-if-paid* Klausel offensichtlich gemieden hat. Die Frage, ob sich auch der Garantiegeber auf eine solche Klausel berufen kann, wird explizit vor dem hypothetischen Hintergrund erörtert, dass die bedingende Zahlungsklausel in der vorliegenden Form wirksam sei. Das Gericht erkannte den besonderen Konflikt in dieser spezifischen Sachlage. Zum einen ist die Haftung des Garantiegebers nach § 3226 California Civil Code als unabhängige Verpflichtung anerkannt. Zum anderen stellt § 2809 California Civil Code eindeutig fest, dass die Verpflichtung des Garantiegebers (*surety*) niemals höher oder belastender sein darf als die des Garantienehmers (*principal*). Das Gericht betonte jedoch, dass *Safeco* die Garantie in voller Kenntnis der Regelungen der entsprechenden Subunternehmerverträge abgegeben hatte. Absatz 4 des Anhangs bestimmt aber in klarer und eindeutiger Weise, dass das Recht der Subunternehmer, die Garantie in Anspruch zu nehmen,

[490] Zum Wortlaut der angegebenen Regelungen des California Civil Code siehe Anhang C.

ausdrücklich vorbehalten bleibt. Dass *Safeco* diese Bedingungen akzeptiert hatte, stellte in juristischer Sicht nach Auffassung des Gerichts einen Verzicht des Garantiegebers auf seine gesetzlichen Rechte dar.[491] Dementsprechend wurde die Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts aufrechterhalten.

b. Die Mehrheitsentscheidung des California Supreme Court

Bei der anschließenden Revision vor dem California Supreme Court[492] bezog sich das Gericht ausdrücklich auf die New Yorker Entscheidung in *West-Fair Electric v. Aetna* und folgte dem dort eingeführten Prüfungsschema. Zunächst hielt es das Gericht für geboten, die Wirksamkeit der bedingenden Zahlungsklausel festzustellen. Erst nach dieser Prüfung folgte man der neu eingeführten Linie des New Yorker Gerichts, indem man die wirksam vereinbarte Zahlungsklausel an den Anforderungen der öffentlichen Ordnung maß.

Mit seiner Entscheidung verließ das Gericht den Rahmen der selbstformulierten Fragestellung und holte zu einem breit angelegten Schlag gegen bedingende Zahlungsklauseln in Subunternehmerverträgen aus. Dementsprechend schien sich die Urteilsbegründung weniger mit der Frage zu beschäftigen, inwieweit ein Garantiegeber sich auf eine bedingende Zahlungsklausel zugunsten des Garantienehmers bei seiner Verpflichtung gegenüber dem Begünstigten berufen kann. Man stellte vielmehr ausführlich dar, wie Subunternehmerpfandrechte in Kalifornien verfassungsmäßig begründet und geschützt sind und inwieweit hieraus dem Einzelnen individueller Schutz erwächst. Letztendlich fokussierte das Gericht seine Begründung auf die Frage, ob die öffentliche Ordnung die Durchsetzbarkeit einer vertraglichen Klausel erlaubt, die eine aufschiebende Bedingung beinhaltet, deren Wirkung gleichbedeutend mit einem vollständigen Verlust des Vergütungsanspruchs eines Subunternehmers für geleistete Arbeit ist.

Dementsprechend entschied das Gericht zunächst, dass bedingende Zahlungsklauseln unzulässig und daher nicht durchsetzbar sind, da sie gegen die öffentliche Ordnung des Staates Kalifornien verstoßen. Auf dieser Basis urteilte das Gericht dann, dass wegen der

---

[491] Der Court of Appeal griff hierzu auf die sogenannte „Bloom-Regel“ zurück, vgl. *Bloom v. Bender*, 48 Cal.2d 793, 802; 313 P.2d 568 (Cal., 1957), wonach ein Garantiegeber nicht von seiner Verpflichtung frei wird, auch wenn die Haftung des Garantienehmers von Rechts wegen erlischt. Darüber hinaus lässt die „Bloom-Regel“ zu, dass ein Garantiegeber wirksam eine Fortdauer seiner ursprünglichen Haftung vereinbaren kann, auch wenn die Haftung des Garantienehmers bei Eintritt eines bestimmten Sachverhaltes gemindert wird oder völlig erlischt. Beide Möglichkeiten sah der Court of Appeal hier als erfüllt an.

[492] *Wm. R. Clarke Corp. v. Safeco Insurance Co. of America,* 15 Cal.4th 882, 938 P.2d 372, 64 Cal.Rptr.2d 578 (Cal., 1997).

generellen Unzulässigkeit solcher Klauseln weder Generalunternehmer noch Garantiegeber von ihrer Verpflichtung gegenüber dem Subunternehmer frei werden.

In seiner Begründung untersuchte der Supreme Court insbesondere zwei Aspekte der Thematik. Zum einen lieferte das Gericht eine detaillierte Analyse des gesetzlichen Hintergrunds in Kalifornien, wie er auch schon in den Urteilen der Vorinstanzen teilweise zu finden ist. Allerdings fokussierte das Gericht seine Betrachtung, wie erwähnt, eindeutig auf die Frage nach der generellen Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln und weniger auf die besondere Situation des Garantiegebers. Nach Ansicht des California Supreme Courts entspringt die Problematik den Regelungen der §§ 3262 und 3140 California Civil Code. § 3262 schränkt die Möglichkeiten ein, in denen ein Subunternehmer wirksam auf sein Pfandrecht verzichten kann. Das Gericht betonte, dass ein wirksamer Verzicht nach § 3262 nur in direkter Verbindung mit erfolgter Abschlags- oder Schlusszahlung möglich ist.[493] Dem gegenüber steht die Bestimmung des § 3140 California Civil Code, wonach dem Subunternehmer ein Pfandrecht nur dann zusteht, wenn er einen wirksamen und fälligen Zahlungsanspruch erworben hat. Genau dies könnte aber bei einer *pay-if-paid* Klausel problematisch sein, da der Subunternehmer bei Wirksamkeit der Klausel gar keinen Zahlungsanspruch erlangen würde, solange die Bedingung der vorherigen Bezahlung nicht erfüllt wäre. Dann müsste man jedoch feststellen, dass nicht auf das Pfandrecht verzichtet wurde, sondern dass das Pfandrecht gar nicht erst entstanden ist. Insofern wären die sogenannten „*anti-waiver*"-Regelungen des § 3262 aber überhaupt nicht einschlägig und zur Beurteilung der Situation ungeeignet. Das Gericht stimmte diesem Argument der Beklagten grundsätzlich zu. Allerdings verwies das Gericht darauf, dass nicht die Form der Regelung (hier als *pay-if-paid* Klausel), sondern ihr materieller Gehalt entscheidend sei, da das Gesetz dem Inhalt Vorrang vor der Form einräumt.[494] Nach Auffassung des Gerichts kann daher eine bedingende Zahlungsklausel inhaltlich durchaus einen Verzicht auf das gesetzlich geschützte Subunternehmerpfandrecht darstellen, da der praktische Effekt der Regelung der gleiche sei.[495] Auch wenn eine bedingende Zahlungsklausel genau genommen nicht einen Verzicht darstellt, sei es dennoch – wegen der inhaltlich gleichen Wirkung – zulässig, die genannten „*anti-waiver*"-Regelungen anzuwenden, um eine solche Klausel für unwirksam zu erklären.

Darüber hinaus widmete sich das Gericht der Frage der Vertragsfreiheit der Parteien. Von den Beklagten war vorgebracht worden, dass der Grundsatz der Vertragsfreiheit die Vereinbarung einer für beide Seiten akzeptablen Risikoverteilung zulasse. Nach Ansicht der

---

[493] 15 Cal. 4th 882, 889, 938 P.2d 372, 376, 64 Cal. Rptr. 2d 578, 582.

[494] vgl. § 3528 California Civil Code.

[495] 15 Cal. 4th 882, 890, 938 P.2d 372, 376, 64 Cal. Rptr. 2d 578, 582.

Beklagten würde die rechtspolitisch motivierte Entscheidung des Supreme Courts, bedingende Zahlungsklauseln generell für unzulässig zu erklären, zu einer Unterminierung dieses Grundsatzes führen. Der Supreme Court teilte diese Ansicht nicht. Nach der Auffassung des Gerichts hatte bereits der kalifornische Gesetzgeber eine solche rechtspolitische Entscheidung zugunsten des Subunternehmers getroffen, indem er die „*anti-waiver*"-Regelungen des § 3262 California Civil Code eingeführt und somit dem Schutz des Subunternehmers Vorrang vor dem Grundsatz der Vertragsfreiheit eingeräumt hatte.[496] Ferner war das Gericht zu der Überzeugung gelangt, dass die betroffenen Subunternehmer sich der Auswirkungen der vertraglichen Regelungen nicht bewusst waren, so dass von einer beidseitig getragenen Regelung, die den Schutz der Vertragsfreiheit genießen könnte, keine Rede sein konnte. Hierfür sprach nach Ansicht des Supreme Courts, dass die Verträge sowohl eine bedingende Zahlungsklausel als auch – in den erwähnten Anhängen – den Vorbehalt der Subunternehmerpfandrechte enthielten, was vor dem Hintergrund der §§ 3262 und 3140 California Civil Code in direktem Widerspruch zueinander stand.

Dementsprechend urteilte das Gericht mit der Mehrheit seiner Stimmen, dass zum einen bedingende Zahlungsklauseln gegen die öffentliche Ordnung des Staates Kalifornien verstoßen, da sie einen unzulässigen Verzicht auf verfassungsmäßig geschützte Subunternehmerpfandrechte darstellen, und zum anderen, dass sich weder der Generalunternehmer noch der Garantiegeber auf die Existenz einer bedingenden Zahlungsklausel im Subunternehmervertrag berufen konnten.[497]

c. Die Auswirkungen der *Wm. R. Clarke* Entscheidung

Die Entscheidung in *Wm. R. Clarke Corp. v. Safeco* folgte somit zwar einer Vorgabe aus New York. Da sie jedoch die erste Entscheidung darstellt, die dem neuen Ansatz aus New York ausdrücklich folgte, waren die Reaktionen auf dieses Urteil ungleich stärker.

aa. Die Reaktionen in der juristischen Literatur

Einige Kommentatoren sahen in der Bestätigung der neuen Linie das Ende der *pay-if-paid* Debatte und die endgültige Festigung der Position des Subunternehmers.[498] Insbesondere *Larson* begrüßte die Entscheidung ausdrücklich. In seiner sehr ausführlichen und detaillierten Darstellung des Urteils geht er gar so weit, die Entscheidung als Wegbereiter für einen

---

[496] 15 Cal. 4th 882, 892, 938 P.2d 372, 377, 64 Cal. Rptr. 2d 578, 583.

[497] 15 Cal. 4th 882, 886, 938 P.2d 372, 374, 64 Cal. Rptr. 2d 578, 580.

[498] siehe beispielsweise *Vernon*, 33 U.S.F. L. Rev. 1998, S. 99 ff.; *Larson*, 21 T. Jefferson L. Rev. (1999), S. 253 ff.; *Kamine*, California Construction Link, Oktober 1997, S. 24 ff.

nationalen Trend zur Stärkung der Subunternehmerpfandrechte zu bezeichnen.[499] Nach seiner Ansicht hat das Urteil nicht nur für die Position des Subunternehmers, sondern auch die des Generalunternehmers, begrüßenswerte positive Effekte. Letzterer sei nunmehr gehalten größere Sorgfalt bei der Beurteilung des finanziellen Potentials seines Auftraggebers walten zu lassen, was letztendlich auch für den Generalunternehmer einen adäquaten Schutz vor einer möglichen Auftraggeberinsolvenz bedeutet. Darüber hinaus werde die Vertragsabwicklung in der Bauindustrie, die als Industriezweig mit vergleichsweise komplexen Vertragsstrukturen insbesondere auf eine klare und eindeutige Vertragssprache angewiesen ist, vorhersehbarer und weniger von juristischer Nuancierung bestimmt.[500] Auch wenn *Larson* einräumt, dass der Supreme Court in seinem Urteil die unmittelbare Situation der Vertragsparteien vor dem Hintergrund der öffentlichen Ordnung außer acht lässt, sei dies durch das gerechte Ergebnis und die fundierte juristische Analyse des Gerichts gerechtfertigt.[501]

Andere Kommentatoren sahen in der Entscheidung einen zu tiefen Einschnitt in die Vertragsfreiheit der Parteien oder waren in ihrer Reaktion eher neutral. Zwar wurden das Urteil des California Supreme Courts und seine Auswirkungen auf die Praxis der Bauindustrie zur Kenntnis genommen. Den Kommentaren ist jedoch zu entnehmen, das die Debatte über die Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln mit diesem Urteil keineswegs beendet ist.[502]

bb. Das abweichende Votum der Minderheit in *Wm. R. Clarke Corp. v. Safeco*

Diese Annahme gründet sich nicht zuletzt auf das veröffentlichte abweichende Minderheitsvotum einiger Richter des California Supreme Courts unter der Federführung von Justice Chin, das einige starke Argumente gegen die Sichtweise der Mehrheit vorbringt. Die Entscheidung zugunsten der Subunternehmer erging seinerzeit mit einer knappen Mehrheit von vier zu drei Stimmen. Die abweichende Minderheit des Gremiums teilte insbesondere nicht die Analyse der Mehrheit zu der Frage der Vertragsfreiheit. Zwar wird die Beurteilung des Subunternehmerpfandrechts als verfassungsmäßig geschütztes und grundsätzlich unverzichtbares Institut ausdrücklich bestätigt. Nach Ansicht der Richter bezieht sich das

---

[499] *Larson*, 21 T. Jefferson L. Rev. (1999), S. 253, 280.

[500] *Larson*, 21 T. Jefferson L. Rev. 1999, S. 253, 281.

[501] *Larson*, a.a.O.

[502] *Hill / Evans* sprechen beispielsweise davon, dass der Ausgang zukünftiger gerichtlicher Auseinandersetzungen nunmehr vom jeweiligen richterlichen Temperament und den gerade vorherrschenden ökonomischen Rahmenbedingungen abhängen könnte, vgl. The Construction Lawyer, April 1998, S. 20; *Crawford-Tate* bezeichnet die bedingten Zahlungsklauseln als „*currently* void and unenforceable“, vgl. *Crawford-Tate*, http://builderslaw.com/articles/law897.htm (URL vom 28.04.1999).

Votum der Mehrheit jedoch zu unrecht auf die New Yorker Entscheidung in *West Fair Electric v. Aetna* und die hierin gezogenen Schlussfolgerungen. Im Gegensatz zum kalifornischen Recht erlaubt das Recht des Staates New York nämlich die Vollstreckung des Pfandrechts sowohl gegen die Pfandsache selber (im vorliegenden Fall also das Eigentum des Auftraggebers) als auch gegen jeden Schuldner der Forderung, auf die sich das Pfandrecht stützt.[503] In Kalifornien hingegen ist das Subunternehmerpfandrecht zwar verfassungsmäßig durch Art. XIV, § 3 der kalifornischen Verfassung begründet.[504] Es bezieht sich jedoch ausschließlich auf die Pfandsache selbst. Aus diesem Grunde greife die bedingende Zahlungsklausel überhaupt nicht in das Subunternehmerpfandrecht ein. Nach Ansicht der Richter ist der einzige Zweck der Klausel, das Verhältnis des Generalunternehmers und des Subunternehmers untereinander im Hinblick auf die Risikoverteilung und den möglichen Zahlungsausfall des Auftraggebers zu definieren. Insofern stelle es aber keinen direkten oder indirekten Verzicht auf das an der Sache („*upon the property*", vgl. Art. XIV, § 3 Cal. Const.) begründete Pfandrecht dar.[505] Art. XIV, § 3 der Verfassung baut in diesem Kontext die verfassungsmäßige Garantie des Pfandrechts auf einem nicht näher bestimmten Begriff auf, indem es dem Werkunternehmer ein Pfandrecht an der Werksache in der Höhe (*value*) einräumt, in der dieser Arbeiten an der Pfandsache verrichtet hat. Dieser Begriff „*value*" steht nach Ansicht der Richter in direktem Zusammenhang mit dem in der von der Mehrheit herangezogenen Regelung des § 3140 California Civil Code benutzten Begriff „*amount*". Zweck des § 3140 sei es demnach nicht, wie im Mehrheitsvotum irrig angenommen, vertragliche Regelungen zu unterbinden, die das Ausfallrisiko des Auftraggebers unter den Parteien zu verteilen suchen, auch wenn dies den gleichen Effekt wie ein unzulässiger Verzicht des Subunternehmerpfandrechts zur Folge hätte. Die Regelung diene nach Ansicht der Minderheit lediglich dazu, den Wert des Pfandrechts durch eine Limitierung auf den Wert der erbrachten Leistungen, wie sie im zugrundeliegenden Vertrag vereinbart worden sind, zu definieren. Warum, so die berechtigte Frage im Gutachten von Chin, J., sollten Generalunternehmer und Subunternehmer ein Pfandrecht, welches ihnen beiden gegen das Eigentum des Auftraggebers (und nicht gegeneinander) zusteht, durch eine zwischen ihnen getroffene Regelung einschränken? Ein solches Verständnis des § 3140, wie es die Mehrheit vertrat, wäre nach Ansicht der Richter nicht nur in höchstem Maße unlogisch, sondern würde auch erhebliche Zweifel an der Verfassungskonformität dieser Regelung aufwerfen und sei

---

[503] Siehe oben unter 1.

[504] Zum Wortlaut der Cal. Const. Art. XIV, § 3 siehe Anhang D.

[505] 15 Cal. 4th 882, 902, 938 P.2d 372, 384, 64 Cal. Rptr. 2d 578, 590.

somit zu vermeiden.[506] Demgegenüber sei die von der Minderheit vertretene Interpretation verfassungskonform und durch den Wortlaut der Art. XIV, § 3 Cal. Const., sowie § 3140 California Civil Code bestätigt. In diesem Hinblick sei aber die zwischen den Parteien getroffene Verteilung des Ausfallrisikos eindeutig von der Vertragsfreiheit gedeckt und somit auch weiterhin zulässig.[507]

cc. Die Ausweitung der Grundsätze in *Capitol Steel v. Mega Construction*

Im Nachgang zu dem Urteil in *Wm. R. Clarke v. Safeco* weitete der California Court of Appeals for the Second District die dort entwickelten Grundsätze aus. In ***Capitol Steel Fabricators v. Mega Construction Co***.[508] ging es um die Zahlungsansprüche des Subunternehmers *Capitol Steel* gegen die *Mega Construction Co*., die als Generalunternehmer in einem öffentlichen Schulbauprojekt die neue Sporthalle der New Avalon School auf Catalina Island errichten sollte. *Mega Construction* brachte vor, dass die in der Entscheidung *Wm. R. Clarke v. Safeco* aufgestellten Grundsätze nicht anwendbar seien, da sich diese ausschließlich auf Subunternehmerpfandrechte in privaten Projekten bezog, die in dieser Form für ein öffentliches Projekt nicht existieren. Der Court of Appeals entschied jedoch, dass das *public-policy*-Argument des California Supreme Courts so stark sei, dass es auch die Entsprechungen des Pfandrechtes in öffentlichen Projekten (*stop notices, payment bonds* etc.) mitumfasse. Daher gelte die Unzulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln gleichermaßen für private wie für öffentliche Projekte.

III. Stellungnahme

Was bedeutet nun aber dieser neue Ansatz für die Diskussion um die Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln vor amerikanischen Gerichten? Wie bereits erwähnt, sehen viele Autoren die Diskussion mit den klaren Stellungnahmen New Yorker und kalifornischer Gerichte als beendet an. Dies darf jedoch bezweifelt werden. Die Darstellung der verschiedenen Positionen amerikanischer Gerichte in den einzelnen Bundesstaaten hat gezeigt, dass sowohl die Ansatzpunkte als auch die Zielsetzung im Umgang mit bedingenden Zahlungsklauseln höchst unterschiedlich sind.[509] Daran ändert auch die auf die beiden

---

[506] 15 Cal. 4th 882, 901, 938 P.2d 372, 384, 64 Cal. Rptr. 2d 578, 590.

[507] 15 Cal. 4th 882, 897, 938 P.2d 372, 381, 64 Cal. Rptr. 2d 578, 587.

[508] 58 Cal.App.4th 1049, 68 Cal.Rptr.2d 672 (Cal. Ct. App., 1997).

[509] An dieser Stelle sei noch einmal daran erinnert, dass die Rechtsprechung Colorados die Anforderungen an die Klarheit und Deutlichkeit der Vertragssprache kürzlich eher aufgeweicht als erhärtet hat, vgl. *Printz Services Corp. v. Main Electric*, siehe oben unter I. 3. a. dd. (4). Diese Entscheidung macht zwar noch keine Trendwende aus, zeigt aber deutlich, dass nicht allerorten die Gerichte den Ansätzen New Yorks oder Kaliforniens folgen.

Bundesstaaten New York und Kalifornien entwickelte neue Linie nichts. Die widerstreitenden Interessen spiegeln sich deutlich in den Präferenzen der verschiedenen Gerichte für den Subunternehmer bzw. den Generalunternehmer wider. Dass mit pauschaler Bezugnahme auf die Positionen anderer Gerichte in anderen Bundesstaaten nichts gewonnen wird, zeigt das dargestellte Minderheitsvotum in der kalifornischen Leitentscheidung. Zu wenig harmonisiert sind die einzelnen Landesgesetzgebungen, als dass sie eine pauschale Linie amerikanischer Gerichte fördern könnten. Letztendlich kommt es – wie bei jeder Interessenabwägung – auf die Einzelfallsituation an. Pauschale Leitlinien sind willkommen, ersetzen aber nicht die Berücksichtigung von Besonderheiten im individuellen Szenario.

Das neu aufgebrachte *public-policy*-Argument verdient hierbei besondere Beachtung. Es geht über die in der *Dyer* Entscheidung (und der hierauf in der Folge ergangenen Rechtsprechung) aufgeworfene Frage hinaus, welche in etwa lautet: „Steht das mit der Interpretation des Vertragstextes als aufschiebende Bedingung erzielte Ergebnis im Einklang mit der Intention der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses?" Bereits in der *Yamanishi*-Entscheidung[510] spielte der kalifornische Court of Appeal ein hypothetisches Szenario durch, wonach ein eventueller Disput zwischen Generalunternehmer und Auftraggeber möglicherweise verschleppt wird, um die Ansprüche des Subunternehmers zu unterdrücken. Würde der Generalunternehmer gegen den Auftraggeber obsiegen, müsste er womöglich den größten Teil des erstrittenen Geldes an die noch unbezahlten Subunternehmer weiterleiten. Würde er gegen den Auftraggeber z.B. wegen eines eigenen Verschuldens während der Baudurchführung unterliegen, müsste er die Ansprüche aus eigenen Mitteln zahlen. Würde der Streit jedoch nie zur Entscheidung gelangen, würde auch der Zahlungsanspruch des Subunternehmers – vor dem Hintergrund einer aufschiebenden Bedingung – nicht entstehen. Bereits hier sind die Grundsteine für die *public-policy*-Argumentation gelegt worden, denn bereits an dieser Stelle hätte man nicht nur fragen können: „Kann dieses Ergebnis von den Parteien gewollt sein?“ Man hätte auch weitergehend fragen können (und möglicherweise auch fragen sollen): „Kann ein solches Ergebnis noch von der Rechtsordnung toleriert werden, selbst wenn die Parteien es vertraglich so regeln wollten?“ Insofern stellt der *public-policy*-Ansatz ein legitimes Mittel dar, rechtspolitischen Vorgaben in diesem Bereich gerecht zu werden, um die Abwicklung von Bauprojekten für die Parteien vorhersehbarer zu machen und einem potentiell rechtsmissbräuchlichen Verhalten vorzubeugen.

[510] siehe hierzu oben unter I. 3. e.

Die Schwierigkeiten liegen jedoch bei der Übertragbarkeit dieser Linie auf andere Jurisdiktionen, da sowohl der New Yorker als auch der kalifornische Ansatz mit dem Subunternehmerpfandrecht auf sehr spezielle, bundesstaatlich besonders geregelte Anknüpfungspunkte und nicht auf allgemeine Prinzipien zurückgreifen. Man wird gespannt sein dürfen, ob andere Gerichte in anderen Bundesstaaten, deren Rechtsordnung möglicherweise nicht über ein so explizit geregeltes Subunternehmerpfandrecht verfügt, andere Ansatzpunkte für eine Argumentation mit dem Institut der öffentlichen Ordnung finden werden, oder andere Wege entdecken, um die widerstreitenden Interessen der General- und Subunternehmer in Einklang zu bringen. Das Allheilmittel ist mit den beiden Leitentscheidungen jedenfalls noch nicht gefunden, da auch ohne Differenzen in den Rechtsordnungen und Problemen bei der Übertragbarkeit offene Fragen verbleiben. So wird z.B. noch zu klären sein, inwieweit sich der Anknüpfungspunkt über die Subunternehmerpfandrechte mit der sehr gängigen Aufrechnung zwischen Generalunternehmer und Auftraggeber verträgt. In einer nicht veröffentlichten Entscheidung hatte beispielsweise ein Gericht in South Carolina zu den Besonderheiten von sogenannten *non-cash deals* entschieden, dass die Aufrechnung einer offenen Forderung des Generalunternehmers in einem laufenden Projekt mit einer offenen Forderung des Auftraggebers gegen den Generalunternehmer aus einem anderen Projekt (beispielsweise aus einer Schlechterfüllung) auf das Pfandrecht sowohl des Generalunternehmers als auch des Subunternehmers mindernd angerechnet wird.[511] Ein kalifornisches Gericht, das diese Frage zu entscheiden hätte, könnte wohl kaum vermitteln, dass eine Schlechterstellung des Subunternehmerpfandrechts durch eine bedingende Zahlungsklausel gegen die öffentliche Ordnung verstößt, während die Aufrechnung mit einem gleichen oder zumindest ähnlichen Effekt als generell zulässig angesehen wird. Wie dieses Beispiel zeigt, besteht an dieser Stelle sicherlich noch erhebliches Konfliktpotential und eine verstärkte Notwendigkeit an juristischer Klarstellung.

C. Neuere Bestrebungen in der Gesetzgebung

Die in New York und Kalifornien gefundenen Regelungen sind zwar der Sache nach berechtigt. Dennoch mutet der Vergleich zwischen den wirtschaftlichen Effekten einer bedingenden Zahlungsklausel und dem Verzicht eines Subunternehmerpfandrechts ein wenig gezwungen an, um hier ergebnisorientiert zu einem bestimmten Resultat zu gelangen. In

[511] vgl. z.B. *Brailsford*, Subcontractor Payment Practises; ebenso wie die o.a. Regelung in § 3140 California Civil Code, die eine Limitierung des Pfandrechts auf einen definierten Höchstbetrag bezweckt, hat diese Maßnahme offensichtlich den Schutz des Auftraggebers zum Ziel.

solchen Situationen, in denen Gerichte Auswege suchen, um bestimmten rechtspolitisch negativen Tendenzen durch juristischen Erfindungsreichtum entgegenzutreten, ist eine klassische Situation, in der ein Gesetzgeber tätig werden sollte.[512] Bereits in der Entscheidung *Bentley Constr. Development & Engineering Inc. v. All Phase*[513] wies Altenbernd, J., darauf hin, dass eine klare vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien nur dann vom Staat nicht respektiert werden sollte, wenn sie gegen ein Gesetz (*violation of a legislative enactment*) oder eine klare öffentliche Ordnung (*violation of a clear public policy*) verstößt. Die Regelung solcher Situationen sollte jedoch vom Gesetzgeber und nicht von der Judikative erfolgen, insbesondere, wenn es sich um ein öffentliches Bauprojekt handelt.[514]

Solche Bestrebungen der einzelnen bundesstaatlichen Gesetzgeber, die Verwendung von bedingenden Zahlungsklauseln zu regulieren, sind vielerorts in den Vereinigten Staaten zu beobachten. Parallel zu den Entwicklungen in der Rechtsprechung haben einige Bundesstaaten bereits früh Bemühungen gezeigt, das Problem bedingender Zahlungsklauseln gesetzlich zu lösen.

I. Allgemeine Gesetzgebung

Zunächst einmal ist zu vermerken, dass in nahezu allen Bundesstaaten allgemeine Gesetzgebung zur Regulierung der Beziehungen zwischen Auftraggebern, Generalunternehmern und Subunternehmern existiert. Diese Gesetzgebung deckt zu weiten Teilen auch Aspekte der Zahlungsproblematik ab. Während der Bereich der privaten Bau- und Subunternehmerverträge weitestgehend vom Prinzip der Vertragsfreiheit bestimmt ist, existiert besonders für den Bereich öffentlicher Bauprojekte eine Fülle von Vorschriften, die allgemein auf einen verstärkten Schutz des Subunternehmers, speziell im Hinblick auf unverzügliche Zahlungsweiterleitung, abzielen.

Auf Bundesebene ist hier insbesondere der Federal Prompt Payment Act 1982[515] zu vermerken. Obwohl er nur für Bundesbehörden verbindlich ist, lieferte der Prompt Payment Act 1982 einige Referenzpunkte für parallel hierzu ergangene gleichartige Gesetzgebung in den einzelnen Bundesstaaten. Insbesondere das Ergänzungsgesetz zum Prompt Payment Act vom Oktober 1988[516] befasste sich eingehend mit der Subunternehmerproblematik und

---

[512] So auch die Forderung von Chin, J., in seinem abweichenden Votum in *Wm. R. Clarke Corp. v. Safeco*, vgl. 15 Cal. 4th 882, 903, 938 P.2d 372, 385, 64 Cal. Rptr. 2d 578, 591.

[513] 562 So.2d 800, 15 Fla. L. Weekly D1498 (Fla. Dist. Ct. App., 1990).

[514] 562 So.2d 800, 804.

[515] "Prompt Payment Act", Pub. L. No. 97-177, 96 Stat. 85 (1982), kodifiziert in 31 U.S.C. Ch. 39.

[516] "Prompt Payment Act Amendments of 1988", Pub. L. No. 100-496, 102 Stat. 2455 (1988) .

ergänzte das ursprüngliche Gesetz insofern, als es nunmehr zwingend verlangt, dass Bauverträge, in denen Bundesbehörden als Auftraggeber fungieren, dem Generalunternehmer auferlegen, in seine Subunternehmerverträge Regelungen aufzunehmen, wonach der Subunternehmer spätestens sieben Tage nach Eingang der Zahlungen beim Generalunternehmer seinerseits die Vergütung verlangen kann.[517] In einer Vielzahl von Bundesstaaten existiert darüber hinaus gleichartige Gesetzgebung in bezug auf Bauprojekte staatlicher Behörden. Wenngleich die Regelungen ihrer Zielsetzung nach den gleichen Zweck verfolgen, divergieren sie inhaltlich jedoch in erheblichem Maße. Die dem Generalunternehmer nach Zahlungseingang eingeräumte Frist zur Weiterleitung korrespondierender Gelder an den Subunternehmer schwankt beispielsweise zwischen sieben Tagen in Florida, North Carolina und Iowa und fünfundsechzig Tagen in Massachusetts.[518]

II. Contingency-payment-Gesetzgebung

Simultan zu den oben dargestellten Änderungen in der Haltung der Gerichte zu der Problematik bedingender Zahlungsklauseln wandelte – und wandelt – sich auch im Bereich der Gesetzgebung die Diskussion über die Durchsetzbarkeit von *contingency payment clauses* immer mehr in eine Diskussion über die generelle Unzulässigkeit solcher Klauseln vor dem Hintergrund der öffentlichen Ordnung. Immer mehr Staaten unternehmen derzeit Anstrengungen, diesem Problemkomplex mittels Gesetzgebung beizukommen.

1. Gescheiterte Gesetzesinitiativen

Erste Bemühungen konnten in Rhode Island und Connecticut beobachtet werden, wo bereits Ende der achtziger bzw. zu Beginn der neunziger Jahre des letzten Jahrhunderts entsprechende Gesetzgebungsverfahren zur Bewältigung bedingender Zahlungsklauseln initiiert wurden. Bereits im Februar 1989 war ein Gesetzentwurf in das Parlament Rhode Islands eingebracht und im April des Jahres verabschiedet worden, wonach alle *pay-when-paid* Klauseln in Bauverträgen für unwirksam erklärt wurden. Darin war u.a. folgende Regelung enthalten:

> Any contract, agreement or understanding whereby payment from a contractor to a subcontractor or supplier shall be conditioned upon receipt of such payment from any other party including an

[517] Auf der Grundlage dieser Änderungen haben beispielsweise das amerikanische Verteidigungsministerium, die General Services Administration und die NASA die für alle drei geltende Federal Acquisition Regulation entsprechend überarbeitet, so dass in allen von diesen Bundesbehörden autorisierten Subunternehmerverträgen nunmehr spezifische Regelungen zur Vergütung des Subunternehmers getroffen werden müssen.

[518] vgl. hierzu und zur angesprochenen Gesetzgebung im allgemeinen die anschauliche Darstellung bei *Gwyn*, The Construction Lawyer, August 1990, S. 41 ff.

owner, shall be void and against public policy; provided this section shall not prohibit any claim, cause of action or defense that a contractor may have directly against its subcontractor or supplier.[519]

Der Gesetzentwurf wurde an den Rechtsausschuss des Senats von Rhode Island weitergeleitet, von diesem jedoch – soweit dies dem Verfasser bekannt ist – nie verabschiedet. Er wurde mit dem gleichen Wortlaut ein Jahr später im Parlament Connecticuts eingebracht[520] und an den Rechtsausschuss des Parlaments weitergeleitet, der eine öffentliche Anhörung durchführte. Obwohl der Rechtsausschuss seine Empfehlung zur Verabschiedung des Gesetzentwurfes in Aussicht stellte, wurde der Entwurf schließlich zurückgezogen.[521]

Auch in Kalifornien scheiterte ein Gesetzgebungsvorhaben, das bedingende Zahlungsklauseln vor dem Hintergrund der öffentlichen Ordnung für unwirksam erklären sollte. Mit dem Gesetz sollte § 3267.5 California Civil Code wie folgt ergänzt werden:

"Any provision of a contract [...] between a contractor and a subcontractor [...] which conditions payment of the subcontractor [...] upon receipt of payment by the contractor from any third person, is contrary to the public policy of this state, void, and unenforceable." [522]

Die Gesetzesinitiative scheiterte jedoch in der parlamentarischen Abstimmung.

2. Die legislative Vorreiterrolle North Carolinas

Nichtsdestotrotz haben bisher fünf Bundesstaaten das Problem bedingender Zahlungsklauseln positiv geregelt und mit den gesetzlichen Regelungen direkt die Wirksamkeit solcher Klauseln angesprochen. Die Vorreiterrolle übernahm North Carolina, wo 1991 ein Gesetz verabschiedet wurde, das explizite Ergänzungen für die General Statutes of North Carolina Chapter 22c[523] brachte. Chapter 22c trägt den Titel „Payments to Subcontractors" und wurde den General Statutes im Jahre 1988 beigefügt. Es regelt generell die Entstehung, Fälligkeit und Durchsetzbarkeit des Vergütungsanspruchs des Subunternehmers. Die zentrale Regelung hinsichtlich der Fälligkeit des Zahlungsanspruchs ist § 3 N.C. Gen. Stat. Ch. 22c, wonach der Generalunternehmer innerhalb von sieben Tagen nach Erhalt seiner Vergütung vom Auftraggeber entsprechende Zahlungen an den Subunternehmer weiterzuleiten hat. Dagegen besagte die von der Judikative in *Howard-Green v. Chaney*[524] aufgestellte Regel, dass die Fälligkeit des Anspruchs bis zu dem Zeitpunkt

[519] 89-H5695 Substitute A.

[520] An Act Concerning Contracts For the Payment of Subcontractors By Contractors, House Bill 5669.

[521] *Mootz*, 64 Conn. B.J. (1990), S. 271.

[522] Assem. Bill No. 1981 (1993-1994 Reg. Sess.), vgl. auch Hinweis von Chin, J., 15 Cal.4th 882, 903.

[523] Zum Wortlaut der Regelungen des N.C. Gen. Stat. Ch. 22c siehe Anhang E.

[524] vgl. Fn. 371.

aufgeschoben ist, an dem eine Zahlung des Auftraggebers an den Generalunternehmer im regelmäßigen Geschäftsverkehr zu erwarten war. Insofern stehen die beiden Regelungen in einem scheinbaren Widerspruch zueinander. Zum einen ist die Fälligkeit konkret auf sieben Tage nach Zahlung durch den Auftraggeber festgelegt, zum anderen wird sie abstrakt mittels eines hypothetischen Zeitpunktes bestimmt. In *Statesville Roofing & Heating v. Duncan*[525] wurde dieser scheinbare Widerspruch von dem angerufenen Gericht aufgelöst. Es wurde in der Entscheidung deutlich gemacht, dass die Regelung des § 3 N.C. Gen. Stat. Ch. 22c nur diejenigen Fälle anspricht, in denen der Generalunternehmer seinerseits bereits vergütet wurde. In diesen Fällen bestimmt das Gesetz eine zeitliche Grenze (von sieben Tagen), innerhalb der eine Vergütung des Subunternehmers spätestens zu erfolgen hat. Fälle, in denen eine Zahlung durch den Auftraggeber nicht erfolgt, werden hingegen nicht von der gesetzlichen Regelung in § 3, sondern von der in *Howard-Green v. Chaney* aufgestellten Regel erfasst. Hätte der Gesetzgeber in diese Regel durch § 3 eingreifen wollen, so hätte er dies nach Auffassung des Gerichts durch eine unmissverständliche Formulierung tun können.[526]

Eine entsprechende direkte Regelung bedingender Zahlungsklauseln wurde daraufhin durch das o.a. Ergänzungsgesetz von 1991 eingefügt. Dem § 2 N.C. Gen. Stat. Ch. 22c wurde ein zweiter Satz angefügt, der folgenden Wortlaut hat:

> Payment by the owner to a contractor is not a condition precedent for payment to a subcontractor and payment by a contractor to a subcontractor is not a condition precedent for payment to any other subcontractor, and an agreement to the contrary is unenforceable.

Damit hat North Carolina als erster Bundesstaat eine Regelung getroffen, wonach bedingende Zahlungsklauseln generell undurchsetzbar sind. Bemerkenswert an dieser Vorschrift ist, dass der Gesetzgeber, im Gegensatz zur Rechtsprechung, hier keinerlei Differenzierung zwischen *pay-if-paid*- und *pay-when-paid* Klauseln macht, sondern mit der gewählten Formulierung beide Varianten gleichermaßen umfasst und für unwirksam erklärt.

3. Die gesetzlichen Regelungen in Illinois

Bereits kurze Zeit später folgte mit Illinois ein weiterer Bundesstaat dem Vorbild North Carolinas und erließ Regelungen, die neben anderen Bestimmungen auch den Umgang mit bedingenden Zahlungsklauseln betrafen. Der Mechanic's Lien Act[527] verfügt gleich über zwei interessante Regelungen zur Problematik der Subunternehmervergütung.

---

[525] 702 F. Supp. 118 ff., siehe Fn. 371.

[526] 702 F.Supp. 118, 122.

[527] 770 Ill. Comp. Stat. 60, siehe Anhang F.

Das Subunternehmerpfandrecht ist grundsätzlich in § 21 geregelt, der mit Wirkung vom 23. September 1992 durch § 1 des Public Act 87-1180 wie folgt ergänzt wurde:

> "Any provision in a contract, agreement, or understanding, when payment from a contractor to a subcontractor or supplier is conditioned upon receipt of the payment from any other party including a private or public owner, shall not be a defense by the party responsible for payment to a claim brought under Section 21, 22, 23, or 28 of this Act against the party."[528]

Entgegen der klaren Regelung North Carolinas sind bedingende Zahlungsklauseln damit auch weiterhin zulässig und durchsetzbar. Erfasst werden vom Wortlaut sowohl öffentliche als auch private Projekte. Die Durchsetzbarkeit des gesetzlich garantierten Subunternehmerpfandrechts bleibt jedoch grundsätzlich unberührt. Ein unbezahlter Subunternehmer kann demnach auch bei Vorliegen einer bedingenden Zahlungsklausel seinen Anspruch aus dem Pfandrecht geltend machen, ohne dass diesem Anspruch die aufschiebende Bedingung entgegengehalten werden kann.

Als Anknüpfungspunkt für die Kontrolle bedingender Zahlungsklauseln dient somit auch in Illinois das gesetzlich garantierte Subunternehmerpfandrecht. Entgegen der später ergangenen Rechtsprechung, wie sie oben dargestellt wurde, und entsprechenden Bestimmungen in anderen Bundesstaaten bemüht die in § 21 getroffene Regelung jedoch nicht das Institut der öffentlichen Ordnung. Eine solche Anknüpfung findet sich jedoch in einer zweiten Vorschrift, die mit dem Verzicht des Subunternehmerpfandrechts befasst ist. In § 1.1 des Mechanic's Lien Act wird bestimmt:

> "An agreement to waive any right to enforce or claim any lien under this Act where the agreement is in anticipation of and in consideration for the awarding of a contract or subcontract, either express or implied, to perform work or supply materials for an improvement upon real property is against public policy and unenforceable. This Section does not prohibit subordination or release of a lien granted under this Act."[529]

Die Regelung wurde dem Mechanic's Lien Act durch Public Act 87-361 mit Wirkung vom 1. Januar 1992, also unmittelbar vor der Ergänzung des § 21, hinzugefügt. Das Verhältnis beider Bestimmungen ist bislang weitestgehend ungeklärt.[530] Dem Wortlaut zufolge ist die Regelung getroffen worden, um Vereinbarungen zwischen den Vertragsparteien vorzubeugen, die der Bauausführung vorgeschaltet sind und den Verzicht auf das Subunternehmerpfandrecht möglicherweise als Gegenleistung (*consideration*) für die

---

[528] 770 Ill. Comp. Stat. 60/21.

[529] 770 Ill. Comp. Stat. 60/1.1.

[530] In *R.W. Dunteman Co. v. C/G Enterprises, Inc.,* 229 Ill. Dec. 533, 181 Ill.2d 153, 692 N.E.2d 306, siehe hierzu unten, ging das Gericht lediglich auf die Übereinstimmung des § 1.1 mit dem übrigen Wortlaut des § 21 ein, ohne sich mit dem Verhältnis zu der Ergänzung auseinanderzusetzen.

Auftragsvergabe beinhalten. Gerade solchen Vereinbarungen ist ein erhebliches Missbrauchspotential immanent. Ein Verzicht auf Pfandrechte nach Erbringung der geschuldeten Leistung als Gegenleistung für die zu erfolgende Zahlung ist jedoch auch weiterhin zulässig.

Fraglich ist allerdings, inwiefern auch bedingende Zahlungsklauseln von dieser Bestimmung erfasst werden. Diese Frage ist nicht eindeutig zu beantworten. Zum einen hat die Argumentation des New Yorker Gerichts in *West-Fair Electric v. Aetna* gezeigt, dass eine aufschiebend bedingende Bezahlung eines Subunternehmers in ihren Wirkungen dem Verzicht auf das Subunternehmerpfandrecht gleichkommen kann. Bei einer solchen wirtschaftlichen Betrachtungsweise käme es jedoch darauf an, ob sich die aufschiebende Bedingung erfüllt, denn nur in dem Fall, dass der Auftraggeber seine Zahlungspflicht verletzt, würde der Anspruch des Subunternehmers niemals fällig werden. Sofern der Auftraggeber zahlt, ist die Bedingung erfüllt, der Anspruch wird fällig und die Annahme eines Verzichts auf ein Subunternehmerpfandrecht – bzw. eines dem Verzicht gleichkommenden wirtschaftlichen Effekts – wäre ausgeschlossen. Ob ein solcher Verzicht wirtschaftlich betrachtet vorliegt, lässt sich dementsprechend erst zu einem Zeitpunkt beantworten, in dem mit einer Zahlung durch den Auftraggeber zu rechnen ist, während § 1.1 Mechanic's Lien Act bereits auf einen Zeitpunkt bei Vertragsschluss abstellt. Allerdings ließe sich demgegenüber auch vertreten, dass der Subunternehmer bereits mit Akzeptierung der bedingenden Zahlung bei Vertragsschluss auf sein Pfandrecht verzichtet, da er nach diesem Zeitpunkt keinerlei Einfluss mehr darauf hat, ob die Bedingung eintritt oder nicht. Insofern würde eine bedingende Zahlungsklausel möglicherweise in den Anwendungsbereich des § 1.1 fallen. Da die Regelung in dieser Hinsicht wenig eindeutig ist und bei der Beurteilung der Problematik einen erheblichen Auslegungsspielraum belässt, darf vermutet werden, dass der Gesetzgeber mit der zeitlich nachfolgenden Ergänzung des § 21 ein wenig Klarheit schaffen wollte. Da sich der Wortlaut des § 21 nur auf das Subunternehmerpfandrecht bezieht und ansonsten die Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln unberührt lässt, deutet dies darauf hin, dass der Gesetzgeber hiermit eine abschließende Regelung treffen wollte, die eine Anwendung der Regelung in § 1.1 auf bedingende Zahlungsklauseln ausschließt.

§ 1.1 war bereits mehrfach Gegenstand der rechtlichen Überprüfung, wobei u.a. die mangelnde Klarheit der Regelung gerügt wurde. In der Entscheidung ***R.W. Dunteman Co. v. C/G Enterprises, Inc***.[531] hatte der Illinois Supreme Court zu klären, ob die Regelung des § 1.1 wegen ihrer unklaren Formulierung sowie wegen des Eingriffs in die Vertragsfreiheit

[531] 229 Ill. Dec. 533, 181 Ill.2d 153, 692 N.E.2d 306 (Ill., 1998).

verfassungswidrig war. Es wurde u.a. vorgebracht, dass die Regelung unangemessen in die vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien eingreife und den Zweck des Mechanic's Lien Act insofern unzulässig ausweite, als es über den Sicherungszweck hinaus das Pfandrecht als Zwangsmittel zur Erlangung der Bezahlung zulasse. Der Supreme Court wies diese Ansicht zurück und erklärte § 1.1 für verfassungskonform. Dieser Vorgabe folgte der Illinois First District Court of Appeals in seiner Entscheidung *Brown and Kerr, Inc. v. American Stores Properties, Inc*.[532]

Danach sind bedingende Zahlungsklauseln in Illinois auch weiterhin zulässig, solange das dem Subunternehmer zustehende Pfandrecht von jeglicher vertraglichen Einschränkung unberührt bleibt.

4. Die Gesetzgebung in Wisconsin

Eine weitere Regelung setzte sich 1993 in Wisconsin durch. In diesem Bundesstaat existierte mit § 779.035 (1m) der Wisconsin Statutes bereits seit 1991 eine Vorschrift zum Schutz der Subunternehmerpfandrechte, die den entsprechenden Regelungen in New York und Kalifornien ähnelte. Durch Absatz 1 der Regelung werden Vertragsklauseln, die einen Verzicht des Subunternehmers auf sein gesetzlich garantiertes Pfandrecht zur Folge haben, für unwirksam erklärt. Darüber hinaus bestimmt Absatz 2 die Unwirksamkeit von vertraglichen Rechtswahl- oder Gerichtsstandsklauseln. Durch Act 213 / 1993 wurde dieser Abschnitt aus § 779.035 ausgegliedert und in § 779.135[533] umbenannt. Gleichzeitig wurde ein dritter Absatz angefügt, der folgenden Wortlaut hat:

> „ The following provisions in contracts for the improvement of land in this state are void:
> […]
> (3) Provisions making a payment to a general contractor from any person who does not have a contractual agreement with the subcontractor or supplier a condition precedent to a general contractor's payment to a subcontractor or a supplier. This subsection does not prohibit contract provisions that may delay a payment to a subcontractor until the contractor receives payment from any person who does not have a contractual agreement with the subcontractor or supplier."

Zum einen werden durch den ersten Satz bedingende Zahlungsklauseln in der Form der *pay-if-paid* Klausel ganz klar für unwirksam erklärt, da gerade der Fall einer *condition precedent* angesprochen wird. Gleichzeitig wird deutlich gemacht, dass es für die Beurteilung der Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln nicht gänzlich ohne Bedeutung sein kann, dass der Subunternehmer keinerlei vertragliche Beziehung zum Auftraggeber hat. Nichtsdestotrotz sind im Gegensatz hierzu durch die Formulierung in Satz 2 *pay-when-paid*

---

[532] 240 Ill. Dec. 117, 306 Ill. App. 3d 1023, 715 N.E.2d 804 (Ill.App. 1 Dist., 1999).

[533] Siehe auch Anhang G.

Klauseln auch weiterhin möglich und zulässig. Hier wird lediglich eine Verzögerung, also ein Aufschub der Fälligkeit, erfasst. Die Regelung macht jedoch gleichzeitig deutlich, dass sich der Generalunternehmer auch bei einem Ausfall des Auftraggebers seiner Zahlungsverpflichtung letztlich nicht entziehen kann.

5. *Conditional-payment*-Gesetzgebung in Maryland

Der Bundesstaat Maryland blickt auf eine jahrhundertelange Tradition der Pfandrechtsgesetzgebung zurück. Das Werkunternehmerpfandrecht in seiner heutigen Fassung ist im Maryland Real Property Code geregelt.[534] Dort existiert mit § 9-113 (a) bereits seit 1981 eine Regelung, nach der ein Vertrag, durch den ein Subunternehmer auf sein gesetzlich garantiertes Werkunternehmerpfandrecht verzichtet, nichtig ist. Im Hinblick auf bedingende Zahlungsklauseln erhielt diese Vorschrift mit Wirkung vom 01. Oktober 1994 eine entscheidende Ergänzung. Es wurde ein neuer Absatz (b) eingefügt, der folgenden Wortlaut hat:

> (b) Provisions conditioning payment to subcontractor on payment of contractor. -- A provision in an executory contract between a contractor and a subcontractor that is related to construction, alteration, or repair of a building, structure, or improvement and that conditions payment to the subcontractor on receipt by the contractor of payment from the owner or any other third party may not abrogate or waive the right of the subcontractor to:
> (1) Claim a mechanics' lien; or
> (2) Sue on a contractor's bond.

Gleichzeitig wurde der alte Absatz (b) in den neuen Absatz (c) geändert. Die dort geregelte Nichtigkeitsfolge unzulässiger Vereinbarungen wurde insofern ergänzt, als die Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung („as against public policy“) konkretisiert wurde.

Im Gegensatz zu anderen vergleichbaren Regelungen gewährleistet der Maryland Real Property Code mit dieser Bestimmung nicht nur den Fortbestand des Werkunternehmerpfandrechts bei Vorliegen einer bedingenden Zahlungsklausel, sondern verhindert durch die Formulierung in Unterabsatz (2) auch, dass sich ein Garantiegeber auf die Bedingung beruft, um sich seiner Zahlungsverpflichtung zu entziehen. Gleichzeitig macht die Regelung aber auch deutlich, dass die Verwendung bedingender Zahlungsklauseln in entsprechenden Subunternehmerverträgen auch weiterhin toleriert wird, solange sie keine der in § 9-113 für unzulässig erklärten Folgen hat. Insoweit ist die Vorschrift mit dem oben dargestellten Regelungsansatz in Illinois vergleichbar.

[534] Siehe auch Anhang H.

6. Entsprechende Gesetzgebung in Missouri

Als bislang letzter Staat hat Missouri mit Wirkung vom 05. Juli 1995 eine positive Regelung bedingender Zahlungsklauseln erlassen. Durch das Ergänzungsgesetz L.1995, S.B. No. 93, § A wurde in Chapter 431 der Missouri Statutes[535] folgender § 431-183 eingefügt:

> Any provision in a contract, agreement or understanding that provides that a payment from a contractor to a subcontractor, trade contractor, specialty contractor or supplier is contingent or conditioned upon receipt of a payment from any other private party, including a private owner, is no defense to a claim to enforce a mechanic's lien pursuant to the provisions of chapter 429, RSMo.

Im Prinzip entspricht diese Vorschrift ebenfalls der bereits oben dargestellten Regelung des § 21 Illinois Mechanic's Lien Act, da auch hier als Ansatzpunkt der Verzicht auf ein gesetzlich garantiertes Werkunternehmerpfandrecht gewählt wurde. Im Gegensatz zu der Vorschrift aus Illinois ist die Regelung in § 431-183 jedoch dem Wortlaut nach auf private Projekte beschränkt. Dies mag als Intention des Gesetzgebers ausgelegt werden, die Verwendung bedingender Zahlungsklauseln in öffentlichen Projekten auch weiterhin zuzulassen. Insofern würde es jedoch lediglich die Realität widerspiegeln, da Pfandrechte gegenüber öffentlichen Auftraggebern im amerikanischen Recht nur eingeschränkt existieren[536] und die Insolvenz eines öffentlichen Auftraggebers in aller Regel höchst unwahrscheinlich ist, so dass die in § 431-183 angesprochene Berufung eines Generalunternehmers auf die bedingende Zahlungsklausel – zumindest für den Fall der Auftraggeberinsolvenz – von eher hypothetischer Bedeutung ist.[537]

III. Spezielle Aspekte bei der Betrachtung öffentlicher Projekte

Insofern scheint es jedoch geboten, an dieser Stelle auf spezielle Aspekte bei der Beurteilung öffentlicher Projekte näher einzugehen. Gerade im Bereich der öffentlichen Bauvorhaben existieren eine Reihe von speziellen Regelungen, die in dieser Form nicht auf die Abwicklung privater Projekte übertragbar sind, sondern ausschließlich Anwendung gegenüber öffentlichen Auftraggebern finden. Gleichwohl lassen sich wegen der vergleichbaren Strukturen und Anforderungen Parallelen zu privaten Bauprojekten ziehen. Die aus der Betrachtung bedingender Zahlungsklauseln im Rahmen öffentlicher Bauvorhaben gezogenen Erkenntnisse können daher auch für die entsprechende Beurteilung privater

---

[535] Siehe Anhang I.

[536] vgl. insofern die Erörterungen zu *Capitol Steel v. Mega Company*, siehe oben unter B. II. 2. c. cc., wo das Gericht im Hinblick auf die Zulässigkeit bedingter Zahlungsklauseln zu einer gegenteiligen Schlussfolgerung kommt.

[537] vgl. auch *Hendrick* / *Spangler* / *Wedge*, The Construction Lawyer, Juli 1996, S. 13 f.

Projekte von Bedeutung sein. Dies gilt besonders für die Bereitstellung von Zahlungsgarantien, wie sie gerade im internationalen Anlagenbau unverzichtbar und im Bereich öffentlicher Projekte teilweise gesetzlich geboten ist.

So haben beispielsweise einige Bundesgerichte im Rahmen der Beurteilung öffentlicher Projekte eine vergleichbare Argumentation anhand der öffentlichen Ordnung auf der Basis des Miller Act entwickelt, um die Anwendung bedingender Zahlungsklauseln zur Abwehr von Ansprüchen unbezahlter Subunternehmer gegen mögliche Garantiegeber zu verhindern.

1. Der Schutz des Subunternehmers unter dem Federal Miller Act 1935

Die Regelungen des sogenannten Federal Miller Act[538], der in seiner ursprünglichen Fassung von 1935 stammt, stehen im unmittelbaren Zusammenhang mit dem unten noch eingehender erörterten Garantiekomplex. Der Miller Act wurde ausdrücklich zum speziellen Schutz des Subunternehmers im Rahmen öffentlicher Bauprojekte geschaffen.[539] Er gilt dementsprechend ausschließlich für öffentliche Aufträge und verlangt als Voraussetzung für die Vergabe des Auftrages neben einer Leistungsgarantie unter anderem die Bereitstellung von Zahlungsgarantien für unbezahlte Subunternehmer und Lieferanten.[540] Während die zum Schutz des öffentlichen Auftraggebers bereitgestellte Leistungsgarantie der Summe nach in aller Regel den Gesamtkosten des Projekts entsprechen musste, brauchte die Zahlungsgarantie gegenüber den Subunternehmern lediglich bis zu einer deutlich geringeren Höhe bereitgestellt werden. Bis zu einer Höhe der vertraglich vereinbarten Projektkosten von US$ 1 Mio. sollte die Zahlungsgarantie in Höhe von 50% dieser Kosten bereitgestellt werden, im Bereich zwischen US$ 1 Mio. und US$ 5 Mio. sollte die Zahlungsgarantie 40% abdecken, und bei Projekten, die US$ 5 Mio. überstiegen, sollte die Zahlungsgarantie auf US$ 2,5 Mio. lauten.

Die Probleme gerade im Bereich von Großprojekten, die sich hierdurch ergeben, sind offensichtlich. Während die in diesen Bestimmungen zum Ausdruck kommenden Größenordnungen den Bedürfnissen der Bauindustrie zur Zeit des Inkrafttretens im Jahre 1935 noch weitestgehend genügten, sind heutzutage nur wenige öffentliche Großprojekte denkbar, die die Schwelle von US$ 5 Mio. nicht übersteigen. Die Anwendung dieser

---

[538] 40 U.S.C. § 270 (a) bis (d), wiedergegeben in Anhang J.

[539] Zum Schutz des Subunternehmers bei öffentlichen Projekten vor dem Inkrafttreten des Miller Act durch den Heard Act von 1894 und der sich hieraus ergebenden Entwicklung des Miller Act vgl. die Ausführungen von Babcock, J. in *United States ex rel DDC Interiors, Inc. v. Dawson Constr. Co., Inc.*, 895 F.Supp. 270, 272 (D.Colo., 1995).

[540] Neben dem Federal Miller Act existieren mit den sogenannten „Little" Miller Acts in nahezu allen Bundesstaaten gleichartige Regelungen, die den Schutz der Subunternehmer und Lieferanten auf bundesstaatlicher Ebene gewährleisten sollen.

Regelungen würde also beispielsweise bedeuten, dass beim Bau eines Bundesgefängnisses für eine Summe von US$ 100 Mio. der Schutz der Subunternehmer durch die Zahlungsgarantie auf US$ 2,5 Mio. limitiert wäre und damit gerade einmal 2,5% der Gesamtkosten des Projekts abdecken würde.

2. Construction Industry Payment Protection Act 1999

Insbesondere die über die letzten Jahrzehnte rapide gewachsenen Auftragsvolumina im Baugewerbe machten deutlich, dass der Miller Act in seiner ursprünglichen Fassung keinen adäquaten Schutz des Subunternehmers mehr gewährleistete. Innerhalb des Baugewerbes bildete sich daher auf Initiative der ASA eine Koalition zur Modernisierung des Miller Act[541], um durch Anpassungen der ursprünglichen Formulierung des Miller Acts einen effektiveren Schutz der Subunternehmer zu erreichen.

Die New Yorker Kongressabgeordnete Carolyn Maloney brachte daraufhin mit der Unterstützung weiterer zwölf Kongressabgeordneter am 23. März 1999 mit dem „Construction Industry Payment Protection Act of 1999“[542] einen Gesetzesentwurf ein, der die Vorschriften des Miller Act an die veränderten Bedingungen in der Bauindustrie anpassen sollte.[543] Nach Verabschiedung durch die beiden Häuser des Kongresses wurde der Entwurf mit Wirkung vom 17. August 1999 als Public Law 106-49[544] unter dem oben genannten Titel erlassen. Im Bereich des Miller Act standen neben weiteren Modifikationen insbesondere die Änderungen hinsichtlich der Bereitstellung von Zahlungsgarantien im Mittelpunkt. Die ursprünglichen summenmäßigen Begrenzungen, wie sie oben dargestellt wurden, fielen weg und wurden durch eine Regelung ersetzt, nach der die Zahlungsgarantie – ebenso wie die Leistungsgarantie – in Höhe der vertraglich vereinbarten Projektkosten bereitgestellt werden soll. Ausnahmen hiervon sind nur durch einen schriftlichen und gesondert begründeten Beschluss der zuständigen Vergabestelle zulässig, sofern die Bereitstellung der vorgesehenen Garantie im Einzelfall nicht praktikabel ist. Es wird jedoch ausdrücklich bestimmt, dass die Höhe der Zahlungsgarantie in keinem Fall niedriger sein darf als die der Leistungsgarantie.[545]

---

[541] vgl. ASA News Release no. a-11-97.

[542] HR 1219; bereits im November 1997 war mit dem „Construction Subcontractors Payment Protections Enhancement Act of 1998“, HR 3032, ein Gesetzesentwurf zur Verbesserung der Zahlungssituation des Subunternehmers in den Kongress eingebracht worden, der jedoch in dieser Form nie verabschiedet wurde.

[543] Über den Miller Act hinaus beinhaltete der Entwurf Änderungen bzw. Ergänzungen des Office of Federal Procurement Policy Act sowie der Federal Acquisition Regulation.

[544] 113 Stat. 231 (1999), siehe auch Anhang K.

[545] 40 U.S.C. § 270a (a) (2).

Darüber hinaus gewährt § 270b (a) dem Begünstigten ein eigenes Klagerecht aus dem Garantieanspruch. In der Rechtsprechung zum Miller Act wurde teilweise vertreten, dass auf dieses Recht zur Klage wirksam verzichtet werden könne, solange dieser Verzicht klar und eindeutig zum Ausdruck kommt.[546] Diese Rechtsprechung ist durch die Neuregelungen des Public Law 106-49 weitestgehend obsolet geworden, da hierdurch in § 270b ein neuer Absatz (c) eingefügt wurde, der bestimmt, dass ein Verzicht auf die Rechte des Miller Act nichtig ist, solange er nicht schriftlich fixiert wird, von dem Verzichtenden unterzeichnet ist und erst nach der Erbringung erster Leistungen erfolgt. Gerade das letzte Erfordernis, das eine zeitliche Verschiebung des Verzichts bis zur Erbringung von Bauleistungen bewirkt, zeigt deutliche Parallelen zu der oben beschriebenen Regelung des § 1.1 Illinois Mechanic's Lien Act.[547]

Zu guter Letzt ist anzumerken, dass § 270d-1 eine *de minimis* Regel enthält, wonach die Bestimmungen des Miller Act nur für Verträge mit einer Vertragssumme von mehr als US$ 100.000 gelten.

3. Der Einfluß von bedingenden Zahlungsklauseln auf die Haftung des Garantiegebers

Wie bereits angedeutet wurde, haben Garantien zugunsten der verschiedenen Beteiligten in jeder Art von Bauprojekt eine übergeordnete Bedeutung. Dies gilt in besonderem Maße für den Bereich des internationalen Anlagenbaus. Im Hinblick auf die Bereitstellung von Zahlungsgarantien zugunsten des Subunternehmers erwächst die Frage, inwiefern bedingende Zahlungsklauseln Einfluss auf die Verpflichtung des Garantiegebers haben können. Diese Frage stellt sich sowohl in öffentlichen als auch in privaten Bauprojekten, so dass Erkenntnisse in dem einen Bereich durchaus Relevanz für den jeweiligen anderen Bereich haben können.

Die Problematik entsteht aus der Rechtsnatur der gegebenen Sicherheit. An dieser Stelle, wie auch bereits zuvor, wird darauf verzichtet, eine nähere am deutschen Recht orientierte Klassifikation nach Bürgschaft, Garantievertrag etc. vorzunehmen. Garantiegeber in den Vereinigten Staaten sind überwiegend hierauf spezialisierte Banken und Versicherungen, die als „*surety company*" auftreten. Im amerikanischen Rechtsverkehr ist im Hinblick auf die zu leistenden Sicherheiten weitestgehend von „*bid bonds*", „*performance bonds*" und „*payment bonds*" die Rede, was im deutschen Rechtssystem den Bietungs-, Leistungs- und

---

[546] *United States ex rel B's Co. v. Cleveland Elec. Co. of South Carolina*, 373 F.2d 585 (4th Cir., 1967); Ein Verzicht durch reine sinngemäße Auslegung wurde jedoch für nicht ausreichend erachtet, vgl. *Fanderlik-Locke Co. v. United States ex rel Morgan*, 285 F.2d 939 (10th Cir., 1960).

[547] siehe oben unter II. 3.

Zahlungsgarantien entspricht. Hierbei handelt es sich tatsächlich jedoch nicht um Garantien im Sinne eines Garantie- bzw. Gewährleistungsvertrages, wie er im deutschen Recht bekannt ist, sondern um Bürgschaften im weitesten Sinne. Entscheidendes Kriterium, auf das es in der folgenden Betrachtung ankommt, ist, dass die genannten Sicherheiten, insbesondere die Zahlungsgarantie, akzessorisch sind. Damit ist die Verpflichtung aus der Sicherheit dauernd abhängig vom Bestand der gesicherten Hauptschuld.

Auf dieser Basis entsteht die Problematik hinsichtlich bedingender Zahlungsklauseln. Üblicherweise kann ein Garantiegeber wegen der Akzessorietät nur dann in Anspruch genommen werden, wenn ein wirksamer Anspruch des Begünstigten gegen den Garantienehmer besteht. Im hier verwendeten Beispiel würde dies bedeuten, dass ein Anspruch des Subunternehmers (Begünstigter) gegen die Versicherung (Garantiegeber) nur dann besteht, wenn er einen wirksamen Anspruch auf Vergütung gegen den Generalunternehmer (Garantienehmer) hat. Gerade dies ist aber bei Vorliegen einer echten aufschiebenden Bedingung im Sinne einer *pay-if-paid* Klausel fraglich. Wenn im Falle der Nichtzahlung durch den Auftraggeber ein Generalunternehmer dem Zahlungsanspruch des Subunternehmers eine wirksame *pay-if-paid* Klausel wegen des Nichteintritts der aufschiebenden Bedingung entgegenhalten kann, stellt sich die Frage, ob dem Garantiegeber das gleiche Recht zusteht. Anders herum gefragt: ist ein Garantiegeber in einem solchen Fall selbst dann zur Zahlung verpflichtet, wenn der Garantienehmer seinerseits von der Zahlung befreit ist?

Wie bereits oben ausführlich diskutiert wurde, gibt es in den Vereinigten Staaten von Amerika eine Fülle von Rechtsprechung, die eine *pay-if-paid*-Argumentation des Generalunternehmers ablehnt und von einer Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Subunternehmer trotz gegenteiliger vertraglicher Wortwahl ausgeht. In diesen Fällen ist wegen der Bejahung einer Zahlungsverpflichtung des Generalunternehmers die Frage nach der quasi nachgeschalteten Verpflichtung des Garantiegebers nie berührt worden, obwohl sich die Klage der Subunternehmer in den meisten Fällen sowohl gegen den Generalunternehmer als auch den Garantiegeber richtete. Es existieren daher leider nur sehr wenige Fälle, in denen die Frage nach der Haftung des Garantiegebers trotz Wegfalls der Zahlungsverpflichtung beim Generalunternehmer ein wenig ausführlicher behandelt wurde.

a. Die Situation des Garantiegebers in öffentlichen Projekten

Im Bereich der öffentlichen Bauprojekte gibt es insbesondere zwei nennenswerte Entscheidungen, die sich der Frage der Haftung des Garantiegebers bei Vorliegen einer

bedingenden Zahlungsklausel gewidmet haben, bei der Beurteilung jedoch zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt sind.

In ***U.S. ex rel Harrington v. Trione***[548] hatten sich die beiden Generalunternehmer *King F. Trione* und *Dera Trione* zur Übernahme von Rodungsarbeiten am Granby Reservoir in Colorado verpflichtet. Rodungsarbeiten an einem bestimmten Bereich des Granby Reservoirs, am sogenannten North Fork River, wurden an die Subunternehmer *Perry E. Harrington* und *George L. Miller* für die Summe von US$ 24.500 untervergeben. Zur Sicherung der Zahlungsansprüche wurde von der Western Casualty and Surety Co. im Einklang mit den Bestimmungen des Miller Act eine Zahlungsgarantie in Höhe von insgesamt US$ 96.670 gestellt. Nach den Vereinbarungen des Subunternehmervertrages sollten *Harrington* und *Miller* das gefällte Holz unmittelbar zum Verkauf durch die Generalunternehmer zur Verfügung halten. Eine Vergütung der Subunternehmer sollte aus den Gewinnen des Geschäfts, d.h. aus den erzielten Verkaufserlösen und den vereinbarten Zahlungen des Auftraggebers abzüglich der operativen Kosten erfolgen, sobald solche Gewinne erwirtschaftet wurden. Auf dieser Grundlage verweigerten sowohl die Generalunternehmer als auch der Garantiegeber jegliche Zahlungen an die Subunternehmer, da sich weder der Teilabschnitt am North Fork River noch das Gesamtprojekt als profitabel erwiesen.

Das Gericht kam zu dem Ergebnis, dass es der übereinstimmenden Intention der Vertragsparteien entsprach, die Bezahlung der Subunternehmer von der Profitabilität des Projekts abhängig zu machen. Diese zwischen den Parteien vereinbarte aufschiebende Bedingung war nicht eingetreten, so dass eine Zahlungsverpflichtung der Generalunternehmer entfiel. Darüber hinaus sah das Gericht keinerlei Gründe für eine abweichende Beurteilung hinsichtlich der Zahlungsverpflichtung des Garantiegebers. Wenn die Regelungen des Miller Act dem geschützten Subunternehmer zwar auch Rechtsmittel gegen den Generalunternehmer zubilligten und insofern weit auszulegen sind, sei es nach Auffassung des Gerichts jedoch nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen, die Verpflichtung des Garantiegebers über die vertraglichen und quasivertraglichen Verpflichtungen des Generalunternehmers hinaus auszuweiten, da dieser nach wie vor primär hafte. Dementsprechend sei im Falle eines Vertragsschlusses zu einer bestimmten festgelegten Vertragssumme der Anspruch gegen den Generalunternehmer oder seinen Garantiegeber stets auf diese Summe begrenzt, unabhängig von den tatsächlichen Aufwendungen des Subunternehmers. Aus dem gleichen Grund sei aber

[548] 97 F.Supp 522 (D. Colo., 1951).

auch die Haftung des Garantiegebers beschränkt, wenn der Generalunternehmer wegen einer vereinbarten, aber nicht eingetretenen Bedingung nicht zur Zahlung verpflichtet ist.[549]

Zu einem anderen Ergebnis kam das Gericht in einem neueren Fall, der ebenfalls vor der Rechtsprechung Colorados zu entscheiden war. In ***U.S. ex rel DDC Interiors, Inc. v. Dawson Constr. Co., Inc***.[550] hatte das Gericht über die Verpflichtung der United States Fidelity and Guarantee Company (USF&G) gegenüber *DDC* zu entscheiden. In dem zugrundeliegenden Bauprojekt hatte die United States General Services Administration (GSA) einen Vertrag über eine Gesamtsumme von mehr als US$ 20 Mio. mit *Dawson* zur Renovierung des Byron White United States Courthouse in Denver, Colorado, geschlossen. *Dawson* hatte als Generalunternehmer verschiedene Maler- und Lackierarbeiten an *DDC* vergeben, die mit ca. US$ 1,5 Mio. veranschlagt waren. Durch Änderungen während der Bauausführungsphase war diese Vertragssumme auf ca. US$ 2,25 Mio. angestiegen. Die auf der Basis des durch den Miller Act etablierten Klagerechts eingereichte Klage *DDC*'s bezieht sich auf die ausstehenden Zahlungen in Höhe von ca. US$ 600.000, die durch die zusätzlichen Arbeiten entstanden waren. Der Generalunternehmer verweigerte die Zahlungen zumindest vorläufig, da er selber einen Streit über die Zulässigkeit und damit die Vergütungsfähigkeit der zusätzlichen Arbeiten mit dem Auftraggeber führte. Die Entscheidung des Gerichts befasst sich weitestgehend mit einem Vorbringen der Beklagten, das nicht unmittelbar mit der Problematik bedingender Zahlungsklauseln zu tun hat. Danach enthielt der Vertrag bestimmte Klauseln, die nach der Auffassung der Beklagten die Regelungen des Hauptvertrages durch Referenz in den Subunternehmervertrag einbezogen. Insofern sei die Klägerin jedoch an das im Hauptvertrag vorgesehene Streitschlichtungsverfahren gebunden, das jedoch zwischen dem Generalunternehmer und dem Auftraggeber noch nicht abgeschlossen war. Die Regelung des Subunternehmervertrages sei insoweit als Verzicht auf das Klagerecht des Miller Act zu werten. Dieses Argument wurde vom Gericht zurückgewiesen.[551]

In einem weiteren Abschnitt widmet sich das Gericht dann der in Art. XV des Subunternehmervertrages enthaltenen bedingenden Zahlungsklausel, ohne diese jedoch näher zu zitieren. Insofern bleibt unklar, ob es sich hierbei um eine *pay-when-paid-* oder *pay-if-paid* Klausel handelte. Das Gericht räumt ein, dass diese Klausel ebenfalls einen Verzicht auf die Rechte des Miller Act darstellen kann. Ein Verzicht sei jedoch nur im Falle einer klaren und

[549] 97 F.Supp 522, 526.

[550] 895 F.Supp. 270 (D. Colo., 1995).

[551] 895 F.Supp. 270, 273 f.

eindeutigen Ausdrucksweise anzunehmen, nicht jedoch durch reine Implikation.[552] Als Mindestanforderung führt das Gericht eine explizite Nennung des Miller Act an, die im vorliegenden Fall nicht ersichtlich war.

Besonders hervorzuheben ist an diesem Fall, dass die Entscheidung durch eine ausführliche Analyse der Entstehungsgeschichte und des rechtspolitischen Hintergrundes des Miller Act und seiner Interpretation in der Rechtsprechung geprägt ist. Das Gericht betonte in besonderem Maße, dass die Regelungen des Miller Act nicht zum Schutze des Generalunternehmers geschaffen wurden, sondern einzig und allein dem Schutz des Subunternehmers in öffentlichen Bauprojekten dienen.[553] Durch die Regelungen hinsichtlich des Erfordernisses einer entsprechenden Zahlungsgarantie sollte insbesondere das grundlegende Risiko der Nichtzahlung von den Subunternehmern und Lieferanten auf den Garantiegeber gewährleistet werden.[554] Durch diese besondere Aufmerksamkeit, die das Gericht dem Hintergrund des Miller Act schenkt, lässt sich ein der oben dargestellten *public-policy*-Argumentation ähnlicher Ansatz auch im Bereich der öffentlichen Bauprojekte erkennen. Gerade die ausdrückliche Betonung des Schutzcharakters der relevanten Vorschriften macht deutlich, dass der Maßstab der öffentlichen Ordnung auch zur Beurteilung solcher Fälle geeignet ist.

b. Die Situation des Garantiegebers in privaten Projekten

Die Übernahme von Garantien stellt somit eine notwendige und unüberwindbare gesetzliche Voraussetzung für die Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen dar. Aber auch im Bereich privater Bauprojekte ist die Bereitstellung von Zahlungs-, Bietungs- und Leistungsgarantien im internationalen Industrieanlagenbau unverzichtbar geworden, da die gestiegenen Auftragsvolumina Risiken mit sich bringen, die nicht ohne die Hilfe entsprechender Garantiegeber aufgefangen werden können. Demzufolge entsteht die Problematik der Garantiegeberhaftung bei Vorliegen bedingender Zahlungsklauseln auch hier. Die Linie der angerufenen Gerichte, die sich dieser Frage gewidmet haben, ist jedoch nicht einheitlich. Während ein Teil der Rechtsprechung die Verpflichtung des Garantiegebers konsequent von der Zahlungsverpflichtung des Generalunternehmers abhängig macht, geht

---

[552] 895 F.Supp. 270, 274 unter Hinweis auf *United States ex rel B's Co. v. Cleveland Elec. Co. of South Carolina*, 373 F.2d 585 und *Fanderlik-Locke Co. v. United States ex rel Morgan*, 285 F.2d 939.

[553] 895 F.Supp. 270, 272 unter Hinweis auf *United States ex rel Delta Metals, Inc. v. R.M. Wells Co., Inc*., 497 F.Supp. 541, 544 (S.D.Ga., 1980) und *United States ex rel F.E. Robinson Co. of North Carolina, Inc. v. Alpha-Continental*, 273 F.Supp. 758, 774 (E.D.N.C., 1967).

[554] 895 F. Supp. 270, 272 unter Hinweis auf *American Surety Co. of New York v. Hinds*, 260 F.2d 366, 368 (10th Cir., 1958).

ein Großteil der Gerichte davon aus, dass sich ein Garantiegeber unabhängig von der Haftung des Generalunternehmers nicht auf das Vorliegen einer bedingenden Zahlungsklausel berufen kann.

aa. Entscheidungen, nach denen der Garantiegeber sich auf die bedingende Zahlungsklausel berufen kann

Die Anzahl der Fälle, nach denen sich der Garantiegeber auf eine wirksame bedingende Zahlungsklausel berufen kann, ist sehr limitiert. Dennoch finden sich Entscheidungen, die zumindest eine bestimmte Haltung der Gerichte indizieren.

Pacific Lining Co., Inc. v. Algernon-Blair Constr. Co.[555] ist eine der bereits oben kurz angeführten Entscheidungen, die zu der Gruppe von Fällen um die Louisiana World's Fair 1984 zählt. *Algernon-Blair* hatte als Generalunternehmer den Bau verschiedener Ausstellungspavillons für die Weltausstellung übernommen und als Teil dieser Verpflichtungen diverse Wasserprojekte, wie die Anlage künstlicher Lagunen, Seen etc., an *Pacific Lining* weitervergeben. Art. 12 des Subunternehmervertrages enthielt eine bedingende Zahlungsklausel, nach der Zahlungen an den Subunternehmer wie folgt erfolgen sollten:

> „subject to receipt by contractor of payment from the owner. [...] Final Payment shall be made within 30 days after [...] full payment therefor by the owner [...]."

Für sämtliche an den Subunternehmer geschuldeten Zahlungen stellte die United States Fidelity & Guarantee Co. eine Zahlungsgarantie im Namen des Generalunternehmers aus. Nach Insolvenz des Auftraggebers verweigerte der Garantiegeber die Inanspruchnahme der Sicherheit unter Berufung auf die bedingende Zahlungsklausel.

Der Subunternehmer stützte seinen Anspruch auf den Louisiana Private Works Act[556], wonach eine Zahlungsgarantie alle Ansprüche abdecken soll, die ein Subunternehmer gegen den Generalunternehmer für die unter dem Vertrag geschuldete und geleistete Arbeit hat. Nach Ansicht des Subunternehmers sei diese Regelung ohne jegliche Bedingung ausgestaltet, sofern die geschuldete Arbeit bereits geleistet wurde. Dieser Argumentation vermochte das Gericht nicht zu folgen. Gemäß der Begründung des Gerichts macht die Regelung des Private Works Act allein die Regelungen des Vertrages, aus dem sich die gegenseitigen Verpflichtungen ergeben, noch nicht hinfällig. Ein Subunternehmer vermag daher den Garantiegeber auf Zahlungen aus dem Vertrag verklagen, wenn der Generalunternehmer dieser Verpflichtung nicht nachkommt. Jedoch ist Grundlage dieses Anspruches immer noch

---

[555] 812 F.2d 237 (5th Cir., 1987).

[556] La. Rev. Stat. Ann. § 9:4801-55 (West 1991).

der Vertrag, so dass die Interpretation der bedingenden Zahlungsklausel auch gegenüber dem Garantiegeber zum Tragen kommt.[557]

In dem vorliegenden Fall hatte das Gericht jedoch keine eindeutige Sichtweise hinsichtlich der gebotenen Beurteilung bedingender Zahlungsklauseln geliefert, sondern hatte, wie bereits zuvor im Zusammenhang mit den Louisiana World's Fair Fällen beschrieben, unter Feststellung einer erheblichen Divergenz in der Rechtsprechung den Fall dem Louisiana Supreme Court zur Vorabentscheidung dieser Frage vorgelegt. Der Supreme Court lehnte die Annahme zur Vorabentscheidung ab, verwies jedoch in der Entscheidung auf eine parallel gelagerte Entscheidung, in der er in der Verwendung von bedingenden Zahlungsklauseln keinen Fall einer „suspensive condition" nach dem Recht Louisianas sah. Unter Kenntnisnahme dieses Urteils entschied der Fifth Circuit nach der Rückverweisung, dass auch bei Vorliegen einer bedingenden Zahlungsklausel der Generalunternehmer weiterhin zur Zahlung verpflichtet bleibt. Insofern konnte sich auch der Garantiegeber nicht auf den Wegfall der Haftung berufen.[558]

Den Ausführungen des Fifth Circuit ist jedoch zu entnehmen, dass die Annahme einer Haftung des Garantiegebers trotz Vorliegens einer bedingenden Zahlungsklausel einzig auf der Interpretation dieser Klausel zu Lasten des Generalunternehmers basiert. Daher ist davon auszugehen, dass nach Auffassung des Gerichts im Falle einer wirksam vereinbarten Bedingung eine entsprechende Haftung des Garantiegebers entfiele.

In einem weiteren Fall aus dem Bundesstaat Tennessee geht die Entscheidung des angerufenen Gerichts über ein bloßes Indiz einer Auslegung zugunsten des Garantiegebers hinaus. In der Entscheidung ***Allen Electric Co., Inc. v. Fidelity & Deposit Co. of Maryland, Inc.***[559] ging es um die Zahlungsansprüche von insgesamt zehn Subunternehmern, die im Auftrag des Generalunternehmers Hardin International, Inc. Bauarbeiten am Radisson Hotel in Memphis durchgeführt hatten. Nach Abschluss der Arbeiten verweigerte Hardin weitere Zahlungen an die Subunternehmer unter Hinweis auf eine in den Subunternehmerverträgen enthaltene bedingende Zahlungsklausel, da der Auftraggeber wegen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens seinerseits jegliche ausstehenden Zahlungen eingestellt hatte. Im Subunternehmervertrag war unter den Artikeln IV und V folgendes vereinbart:

---

[557] 812 F.2d 237, 242.

[558] Siehe hierzu auch oben unter B. I. 3. a. bb.

[559] 1989 WL 54791, 1 (Tenn. Ct. App., 1989).

„ARTICLE IV. Subcontract Price and Progress Payments:
[...] Within seven (7) days after receipt by Contractor from Owner of monies in payment for Subcontractor's request for payment [...] and only in the event of receipt of such monies, Contractor will pay the same over to the Subcontractor.
[…]
ARTICLE V. Final Payment
[…] Final payment hereunder is due upon satisfaction of all of the following conditions:
[…]
(e) When full payment is received by the Contractor from the Owner for the Work performed hereunder by the Subcontractor."[560]

Die Subunternehmer wandten sich daraufhin an den Garantiegeber, die Fidelity & Deposit Company of Maryland, die jedoch unter Verweis auf die mangelnde Verpflichtung des Garantienehmers ihrerseits die Zahlung verweigerte. Ziffer 2 der Zahlungsgarantie enthielt folgende Regelung:

"The above named Principal and Surety hereby jointly and severally agree with the Owner that every claimant as herein defined, who has not been paid in full before the expiration of a period of ninety (90) days after the date on which the last of such claimant's work or labor was done or performed, or materials were furnished by such claimant, may sue on this bond for the use of such claimant, prosecute the suit to final judgment for such sum or sums as may be justly due claimant […]."[561]

Auf dieser Grundlage entschied das Gericht, dass nach dem gewöhnlichen und gebräuchlichen Verständnis der Wortwahl dieser Regelung der Anspruchsteller einen rechtmäßigen fälligen Anspruch („...justly due claimant") gegen den Garantienehmer nachweisen muss, bevor er sich an den Garantiegeber wenden kann. Nach der generellen Regel ist ein Garantiegeber nicht zur Garantieleistung verpflichtet, solange der Garantienehmer nicht selber zur Zahlung verpflichtet ist. Bei der Inanspruchnahme durch den Begünstigten steht dem Garantiegeber dabei jede Einrede zu, die auch der Garantienehmer vorbringen könnte. Insofern sei im vorliegenden Fall die Fidelity & Deposit Company of Maryland nur dann zur Zahlung der ausstehenden Gelder verpflichtet, wenn ein rechtmäßiger fälliger Zahlungsanspruch gegen Hardin bestünde. Einem solchen Zahlungsanspruch könne Hardin jedoch die wirksame bedingende Zahlungsklausel entgegenhalten, so dass sich auch die Fidelity & Deposit Company of Maryland hierauf berufen kann.[562]

[560] 1989 WL 54791, 2.

[561] 1989 WL 54791, 8.

[562] 1989 WL 54791, 3 f.

bb. Entscheidungen, nach denen der Garantiegeber sich nicht auf die bedingende Zahlungsklausel berufen kann

Die Begründungen, mit denen eine Haftung des Garantiegebers trotz Vorliegens einer wirksamen bedingenden Zahlungsklausel vertreten wird, sind von den einzelnen Gerichten sehr unterschiedlich gefasst worden.

Wie bereits oben dargestellt, hatte der Supreme Court des Bundesstaates Florida in der Entscheidung *OBS Co., Inc. v. Pace Constr. Corp.* einen Widerspruch im Zusammenspiel von Hauptvertrag und Subunternehmervertrag gesehen und die im Subunternehmervertrag enthaltene bedingende Zahlungsklausel zu Lasten des Generalunternehmers ausgelegt.[563] Hinsichtlich der Haftung des Garantiegebers stellte das Gericht fest, dass selbst bei einer Auslegung der Klausel zugunsten des Generalunternehmers die Verpflichtung des Garantiegebers nach dem Wortlaut der vereinbarten Zahlungsgarantie unberührt bleibe. Die Zahlungsgarantie enthielt insbesondere folgende Vereinbarung:

> „2. The above named Principal and Surety hereby jointly and severally agree with the Owner that every claimant as herein defined, who has not been paid in full before the expiration of a period of ninety (90) days after the date on which the last of such claimant's work or labor was done or performed, or materials were furnished by such claimant, may sue on this bond for the use of such claimant, prosecute the suit to final judgment for such sum or sums as may be justly due claimant, and have execution thereon. The Owner shall not be liable for the payment of any costs of expenses of any such suit."[564]

Der Supreme Court betonte in seiner Begründung, dass es sich bei der Zahlungsgarantie um eine separate Vereinbarung handelte, so dass ein Hindernis, gegen den Generalunternehmer anderweitig vorzugehen, nicht notwendigerweise die Inanspruchnahme des Garantiegebers unter der Zahlungsgarantie ausschloss. Die vom Gericht gewählte Auslegung der Zahlungsklausel im Subunternehmervertrag entsprach im wesentlichen einer *pay-when-paid* Klausel, so dass der Generalunternehmer zwar grundsätzlich verpflichtet war und lediglich die Durchsetzbarkeit der Zahlung erschwert wurde. Dafür sprach nach Ansicht des Gerichts auch die Wortwahl der Zahlungsgarantie, die keinerlei vergleichbare Bedingungen enthielt. Die zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen hinsichtlich der Zahlungsgarantie waren nach Auffassung des Gerichts eindeutig. Sofern der Generalunternehmer unverzüglich zahlt, kommt eine Inanspruchnahme der Zahlungsgarantie nicht in Frage. Sofern jedoch die Schlusszahlung des Generalunternehmers mehr als neunzig Tage verzögert wird, erwirbt der

---

[563] siehe oben unter B. I. 3. a. dd. (2).

[564] 558 So.2d 404, 407.

Subunternehmer einen einklagbaren Anspruch gegen den Garantiegeber, da dieser Anspruch nach dem Wortlaut der Zahlungsgarantie unter keine weiteren Bedingungen gestellt war.[565]

Damit hat der Florida Supreme Court zwar im Ergebnis sowohl gegen den Generalunternehmer als auch gegen den nachgeschalteten Garantiegeber entschieden. Da sich das Gericht in seiner Begründung jedoch maßgeblich auf das Fehlen entsprechender Zahlungsbedingungen in der Zahlungsgarantie berief, liegt der Schluss nahe, dass die Entscheidung des Gerichts möglicherweise anders ausgefallen wäre, wenn zum einen durch eine klare und eindeutige Wortwahl im Subunternehmervertrag die Zahlung aufschiebend bedingt worden wäre, ohne im Widerspruch zu anderen Vertragsvereinbarungen zu stehen, und zum anderen auch die Zahlungsgarantie eine klare und eindeutige Bezugnahme auf eine solche Bedingung enthalten hätte.

Einen anderen Ansatz vertrat das Gericht in der bereits oben ausführlich dargestellten Entscheidung *Wm. R. Clarke Corp. v. Safeco Insurance Co. of America.*[566] Der dort behandelte Subunternehmervertrag enthielt eine klare Vereinbarung, nach der die Zahlung an den Subunternehmer durch die vorherige Zahlung durch den Auftraggeber aufschiebend bedingt sein sollte. Daneben war dem Vertrag ein Anhang beigefügt, in dem das Pfandrecht des Subunternehmers ausdrücklich vorbehalten und als einziges dem Subunternehmer verbleibendes Rechtsmittel festgeschrieben wurde.[567]

Vor diesem Hintergrund hatte *Safeco* eine Zahlungsgarantie abgegeben, die im Vertragstext beschrieben war als:

> „payment bond as defined in Civil Code section 3096 […] executed to comply with title 15 (Works of Improvement) of the Civil Code."[568]

§ 3096 California Civil Code definiert die Zahlungsgarantie wie folgt:

> „'Payment bond' means a bond with good and sufficient sureties that is conditioned for the payment in full of the claims of all claimants and that also by its terms is made to inure to the benefit of all claimants so as to give these persons a right of action to recover upon this bond in any suit brought to foreclose the liens provided for in this title or in a separate suit brought on the bond."[569]

Dem Wortlaut des Gesetzes zufolge war daher die Zahlungsgarantie zum einen mit dem zugrundeliegenden Subunternehmerpfandrecht verknüpft und gab dem Subunternehmer zum

---

[565] 558 So.2d 404, 408.

[566] siehe oben unter B. II. 2.

[567] siehe Fn. 489, insbesondere in Ziffer 4 des Anhangs.

[568] 15 Cal.4th 882, 887.

[569] siehe auch Anhang C.

anderen ein selbständiges Klagerecht. Auf dieser Grundlage kam der California Supreme Court zu seinem entscheidenden Ergebnis. So stellte das Gericht fest, dass *Safeco* die Zahlungsgarantie in Kenntnis des eindeutigen Vorbehalts des Subunternehmerpfandrechts – und damit des Klagerechts unter § 3096 California Civil Code – im Subunternehmervertrag mit dem Generalunternehmer abgegeben hatte. Die Existenz einer bedingenden Zahlungsklausel war damit nach Ansicht des Gerichts selbst im hypothetischen Fall der Wirksamkeit einer solchen Klausel unabhängig von der Garantie und damit unbedeutend für die Durchsetzbarkeit des Zahlungsanspruchs gegen den Garantiegeber.

In einer dritten Fallgruppe bemühen die Gerichte auch bei der Beurteilung der Verpflichtung des Garantiegebers das Argument der öffentlichen Ordnung. Ein Urteil, in dem das Gericht diesem Ansatz gefolgt ist, stellt die oben ausführlich dargestellte Entscheidung *West-Fair Electric Contractors v. Aetna Casualty & Surety* dar.[570] In dieser Entscheidung ist die öffentliche Ordnung zentrales Argument der gesamten Betrachtung, d.h. sowohl der bedingenden Zahlungsklausel im Subunternehmervertrag als auch der darauf gestützten Verteidigung des Garantiegebers *Aetna*. Deutlicher wird dieser Ansatz jedoch in der Entscheidung ***Shearman & Associates, Inc. v. Continental Casualty Co***.[571] In diesem Fall hatte St. Thomas Nursing Home Limited Partnership den Bau der St. Thomas Nursing Facility bei der Douglas Construction Company in Auftrag gegeben. *Shearman & Associates* war in diesem Projekt von Douglas als Subunternehmer verpflichtet worden. Die *Continental Casualty Co*. hatte für das Projekt eine Zahlungsgarantie in Höhe der Konstruktionskosten abgegeben. Nachdem der Auftraggeber die Zahlungen an Douglas einstellte, verweigerte der Generalunternehmer ebenfalls weitere Zahlungen an *Shearman* unter Berufung auf folgende Klausel des Subunternehmervertrages:

> „Subcontractor […] agrees that as a CONDITION PRECEDENT to the contractor's […] obligation to make any payment to subcontractor under the subcontract agreement, including final payment, the contractor must receive payment therefor from the owner. In the event the contractor does not receive all or any part of the payment from the owner with respect to the subcontractor's work, whether because of a claimed defect or deficiency in the subcontractor's work, or for any other reason, the contractor shall not be liable to the subcontractor with respect to any sums thereto."[572]

Als *Shearman* daraufhin *Continental* als Garantiegeber in Anspruch nehmen wollte, wurde hiergegen die bedingende Zahlungsklausel vorgebracht. Das Gericht ging insbesondere der Frage nach, inwiefern die auf eine bedingende Zahlungsklausel gestützte Ablehnung einer Inanspruchnahme der Garantie mit der Gesetzeslage der Virgin Islands in Einklang gebracht

---

[570] siehe oben unter B. II. 1.

[571] 901 F.Supp. 199 (D. Virgin Islands, 1995).

[572] 901 F.Supp. 199, 201.

werden konnte. In seiner Analyse stellte das Gericht fest, dass gemäss § 253 des Virgin Islands Codes[573] dem Subunternehmer ein Pfandrecht insoweit zusteht, als es das Gesetz in den §§ 251 bis 270 bestimmt. Aus § 259 (b)[574] ergibt sich ferner, dass ein Pfandrecht nur insoweit durchsetzbar sein soll, als es nicht anderweitig durch eine Zahlungsgarantie abgedeckt ist. Auf dieser Grundlage gelangte das Gericht zu der Erkenntnis, dass die Berufung des Garantiegebers auf die bedingende Zahlungsklausel unzulässig war, da sie gegen die öffentliche Ordnung verstieß. Würde man, nach den Worten des Gerichts, zulassen, dass die Berufung zulässig wäre, so würde der Subunternehmer rechtlos gestellt werden. Zum einen könnte er keine Bezahlung durch den Garantiegeber erlangen, da dieser die bedingende Zahlungsklausel entgegenhalten könnte. Zum anderen würde er gemäß § 259 (b) aber auch seine Rechte aus dem Subunternehmerpfandrecht verlieren, da eine Zahlungsgarantie existierte, wenngleich sie aus Sicht des Subunternehmers auch nicht in Anspruch genommen werden könnte. Diese Rechtlosstellung des Subunternehmers sei vor dem Hintergrund der öffentlichen Ordnung der Virgin Islands nicht hinnehmbar, so dass die Entscheidung gegen den Garantiegeber erfolgen musste.[575]

Aus diesen repräsentativ dargestellten Fällen lassen sich letztendlich drei primäre Fallgruppen identifizieren, die den Umgang der Gerichte mit der Verpflichtung des Garantiegebers vor dem Hintergrund einer bedingenden Zahlungsklausel kennzeichnen.[576] Die erste Gruppe umfasst Fälle, in denen eine Berufung des Garantiegebers auf das Vorliegen einer bedingenden Zahlungsklausel schlicht und ergreifend deswegen scheitert, weil die Vertragsparteien es versäumt haben, korrespondierende Bedingungen in die der Garantie zugrundeliegende Vereinbarung zu implementieren. Es ist daher nicht auszuschließen, dass Gerichte, die zu diesem Ansatz neigen, zugunsten des Garantiegebers entscheiden, soweit entsprechende Bedingungen auch für die Zahlungsgarantie klar und unmissverständlich vereinbart werden. Die zweite Gruppe umfasst Fälle, in denen die Zahlungsgarantie aufgrund besonderer gesetzlicher Regelung von dem Subunternehmervertrag getrennt zu betrachten ist, so dass eine Berufung auf Regelungen des Subunternehmervertrages grundsätzlich ausscheiden. Die letzte Gruppe schließlich folgt der Argumentation anhand der öffentlichen Ordnung, wonach die Berufung eines Garantiegebers auf eine bedingende Zahlungsklausel im Subunternehmervertrag so stark in die rechtliche Position des Subunternehmers eingreifen würde, dass sie gegen die öffentliche Ordnung verstößt. Der Verfasser weist jedoch

---

[573] V.I. Code Ann., title 28, § 253 (2000), siehe Anhang L.

[574] V.I. Code Ann., title 28, § 259 (2000), siehe Anhang L.

[575] 901 F.Supp. 199, 202 f.

[576] So auch *Hendrick* / *Spangler* / *Wedge*, The Construction Lawyer, Juli 1996, S. 25 f.

ausdrücklich darauf hin, dass eine Klassifizierung, wie sie hier vorgenommen wurde, nur exemplarisch möglich ist. Es ist mehr als wahrscheinlich, dass es in der Vielzahl der denkbaren Fälle solche gibt, die sich nicht eindeutig der einen oder anderen Gruppe zuordnen lassen, auch wenn die Gerichte des entsprechenden Bundesstaates eine gewisse Tendenz in ihrer Rechtsprechung erkennen lassen.

D. Zusammenfassung

Die amerikanische Rechtsprechung zeugt damit von einer langen Tradition der pay-if-paid bzw. pay-when-paid Rechtsprechung.

Die grundlegende Entscheidung erging mit *Dyer v. Bishop*, in der das Gericht in aller Deutlichkeit zum Ausdruck brachte, dass die Zulässigkeit und Wirksamkeit einer bedingenden Zahlungsklausel von der Klarheit und Eindeutigkeit der Wortwahl im Vertrag abhing. Zweifel gingen nach dieser Entscheidung zu Lasten des Verwenders. Sofern einer bedingenden Zahlungsklausel der Charakter einer echten aufschiebenden Bedingung insofern nicht zuerkannt wurde, war die Zahlung der Subunternehmervergütung nach der sogenannten „reasonable time doctrine“ innerhalb eines angemessenen Zeitraumes fällig.

Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung entwickelte sich in der Rechtsprechung der einzelnen Bundesstaaten der USA eine vielfältige Interpretation und Anwendung dieser Ausgangsentscheidung. Während einige Bundesstaaten auch weiterhin bedingende Zahlungsklauseln für generell zulässig hielten, änderten die Mehrzahl der Gerichte ihre Rechtsprechung und hielt solche Klauseln in vielen Fällen für unwirksam. Die *Dyer*-Entscheidung hatte jedoch betont, dass bei einer ausreichend klaren Bestimmung die Vereinbarung einer Zahlungsklausel als aufschiebende Bedingung auch weiterhin zulässig war.

Auf der Basis dieser langjährigen Rechtsprechung amerikanischer Gerichte gab es Mitte der neunziger Jahre mit den Entscheidungen *West-Fair Electric v. Aetna* und *Clarke Corp. v. Safeco* einen Vorstoß zweier Gerichte in New York und Kalifornien, die die Verwendung bedingender Zahlungsklauseln vor dem Hintergrund der öffentlichen Ordnung für unwirksam hielten. Damit wurde der *Dyer*-Richtlinie eine zweite Prüfungsstufe angefügt, die auf das Regulativ der öffentlichen Ordnung gestützt wurde, wonach also eine bedingende Zahlungsklausel trotz klarer und unzweideutiger Wortwahl unzulässig sein konnte.

Auf der legislativen Ebene gab es vereinzelte Anstrengungen in den Bundesstaaten, die Verwendung bedingender Zahlungsklauseln für unzulässig zu erklären. Diese haben jedoch zu keiner wesentlichen Änderung der Grundtendenz geführt.

Damit ist in den meisten Bundesstaaten der USA die Verwendung bedingender Zahlungsklauseln nach wie vor zulässig, sofern die Vertragsparteien eine klare und eindeutige Wortwahl in dem entsprechenden Subunternehmervertrag wählen.

IV. Kapitel: Die Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln im englischen Rechtssystem

Ebenso wie in den Vereinigten Staaten von Amerika finden bedingende Zahlungsklauseln ihre Beachtung in den Rechtsordnungen des Vereinigten Königreichs und des Commonwealth. Zwar hat weder die juristische Literatur sich intensiv mit der Zulässigkeit dieser Klauseln beschäftigt, noch hat die englische Rechtsprechung eine derartige Fülle von Entscheidungen hervorgebracht, wie dies in den USA der Fall war. Nichtsdestotrotz soll auf eine kurze Darstellung der relevanten Aspekte der englischen Sichtweise – und wo dies angezeigt ist, auch die der verwandten Rechtsordnungen der Commonwealth Staaten – nicht verzichtet werden. Zum einen hatte die englische Rechtsordnung einen erheblichen Einfluss auf zahlreiche Standardbedingungen, die zu einer Verbreitung bedingender Zahlungsklauseln erheblichen Beitrag geleistet haben. Insbesondere die Einführung des sogenannten „management contracting" als Art der Vergabe in den Sechzigern hat zur Entwicklung verschiedenster Standardbedingungen und –verträge geführt, die sowohl im nationalen wie auch im internationalen Baugewerbe zunehmend an Bedeutung erlangt haben.[577] Zum anderen haben sich gerade in letzter Zeit maßgebliche Änderungen legislativer Art ergeben, die auch in England eine Neubewertung bedingender Zahlungsklauseln notwendig machen. Gerade die hier gefundene Lösung veranschaulicht möglicherweise am deutlichsten, wo Kompromissmöglichkeiten einer modernen Lösung liegen und warum die Verwendung solcher Klauseln in einer modernen Rechtsordnung zumindest dem Grundsatz nach möglich sein sollte.

A. Die generelle Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln im englischen Recht

Bedingende Zahlungsklauseln gehören auch in England und den meisten Commonwealth Staaten zu den umstrittenen Themen im Bereich des Subunternehmereinsatzes. Der größte Teil der juristischen Literatur hält die Klauseln grundsätzlich für zulässig, da sie als Ausdruck der vertraglichen Freiheit der Parteien von der Rechtsordnung zu respektieren sind.[578] Demgegenüber werden sie vereinzelt aber auch als ungerecht[579], unbillig und rechtlich fragwürdig bezeichnet.[580] Einigkeit besteht allerdings darin, dass die Klauseln in der Praxis

[577] *Davis*, S. 65.

[578] siehe stellvertretend *van Deventer*, Rdnr. 4.65; *Keating*, S. 323.

[579] *Huxtable*, 2 ff.

[580] siehe z.B. *Loots*, S. 640.

keineswegs unbekannt sind, sondern häufig Verwendung finden.[581] Die juristische Auseinandersetzung konzentriert sich dementsprechend erneut auf zwei Teilaspekte, die – wie bereits die Untersuchung der deutschen und der amerikanischen Position gezeigt hat – sehr eng miteinander verbunden sind: die Frage, welche Anforderungen an die Zulässigkeit einer bedingenden Zahlungsklausel zu stellen sind, sowie die Frage, welche rechtliche Wirkung eine zulässige Klausel entfaltet.

Ebenso wie im deutschen und im amerikanischen Recht setzt die Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln zunächst eine klare und eindeutige Wortwahl voraus. Dies ist insbesondere insofern bedeutsam, als die Verwendung von vorformulierten Standardbedingungen in England sehr verbreitet ist. Probleme sind hier zunächst dadurch entstanden, dass es zwar schon seit den sechziger Jahren weit verbreitete Standardbedingungen für Hauptverträge, aber erst seit einigen Jahren von der Praxis akzeptierte Standardbedingungen für Subunternehmerverträge gibt. Nichtsdestotrotz hat sowohl die Verwendung eigener Vertragsentwürfe als auch die Verwendung von standardisierten Subunternehmerverträgen in der Koordinierung mit den Regelungen des Hauptvertrages immer wieder zu Unklarheiten geführt, die im Hinblick auf die Verwendung bedingender Zahlungsklauseln eine gerichtliche Überprüfung erforderlich machten.

In der Entscheidung ***Davies & Co (Shopfitters) v. William Old***[582] hatte das Gericht das Verhältnis eines standardisierten Hauptvertrages zu den eigenen Ergänzungen des Generalunternehmers im Hinblick auf eine bedingende Zahlungsklausel zu beurteilen. Der beklagte Generalunternehmer hatte einen Hauptvertrag unter Standardbedingungen[583] abgeschlossen, der ihn verpflichtete, Subunternehmer zu beschäftigen, die von einem bestimmten Architekten zu benennen waren. Der klagende Subunternehmer hatte sein Angebot diesem Architekt übermittelt, der wiederum den Generalunternehmer anwies, auf der Grundlage des Angebots die betreffenden Arbeiten an diesen zu vergeben. Auf seinem Subunternehmervertrag, der lediglich maschinengeschrieben auf einem Standardformblatt vervollständigt war, vermerkte der Generalunternehmer, dass dieser Auftrag den rückseitigen Bedingungen unterlag. Die auf der Rückseite abgedruckten Vertragsbedingungen sahen u.a. vor, dass der Generalunternehmer nicht zur Zahlung von Geldern verpflichtet war, die er nicht

---

[581] *van Deventer*, Rdnr. 4.65 bezeichnet die Verwendung der Klauseln in Subunternehmerverträgen als „usual"; *Murdoch* / *Hughes*, S. 293, weisen darauf hin, dass keiner der zur Zeit verwendeten UK Standard Forms eine vergleichbare Klausel enthält, bezeichnen aber ihre Verwendung besonders in asiatischen Standardbedingungen sowie im Bereich der Individualvereinbarungen als alltäglich.

[582] (1969) 113 S.J. 262

[583] R.I.B.A. Standard Form of Building Contract 1963 Private Edition

seinerseits vom Auftraggeber erhalten hatte. Nachdem der Auftraggeber insolvent geworden war, verweigerte der Generalunternehmer die weiteren ausgebliebenen Zahlungen. Der Subunternehmer hatte die rückseitigen Bedingungen zwar zur Kenntnis genommen, fühlte sich aber an sie nicht gebunden. Der zuständige Richter Blain entschied hier, dass durch die Verwendung zusätzlicher Bedingungen der Auftrag zu einem erneuten Angebot geworden war, dass der Subunternehmer durch Aufnahme der Bauausführung in Kenntnis dieser Bedingungen angenommen hatte, so dass der Generalunternehmer nicht zur Zahlung verpflichtet war. Das Gericht hatte hier also – ohne sich im einzelnen zu der Qualität der Zahlungsklausel zu erklären – die Zulässigkeit einer solchen Zahlungsbedingung nicht in Zweifel gezogen.

In der grundlegenden Entscheidung ***Gilbert-Ash (Northern) Ltd. v. Modern Engineering (Bristol) Ltd.***[584] war zwar eine bedingende Zahlungsklausel nicht Gegenstand der juristischen Auseinandersetzung. Ihre grundsätzliche Zulässigkeit kann aber auf der Grundlage der Ausführungen von Viscount Dilhorne in der Entscheidung des House of Lords ebenfalls unterstellt werden. *Gilbert-Ash* hatte mit der Bradford Corporation auf der Grundlage eines Standardvertrages[585] einen Vertrag über die Erbringung von Bauleistungen abgeschlossen. Klausel 27 dieses Vertrages bestimmte, dass der Generalunternehmer diejenigen Summen innerhalb von 14 Tagen an benannte Subunternehmer weiterzuleiten hatte, deren Fälligkeit der Ingenieur hinsichtlich der Subunternehmerleistung bescheinigt hatte, es sei denn, dass der Subunternehmervertrag bestimmte vertragliche Einbehalte vorsah oder der Generalunternehmer wegen des Verzuges des Subunternehmers zum Einbehalt berechtigt war. *Gilbert-Ash* gab die für die Bauleistung erforderlichen Stahlarbeiten an *Modern Engineering* weiter. Der Subunternehmervertrag bezog die Klauseln des Hauptvertrages insofern ausdrücklich ein, als sie nicht von den insofern vorrangigen Regelungen des Subunternehmervertrages abwichen. Eine Abweichung ergab sich insbesondere in der Zahlungsregelung des Subunternehmervertrages in Klausel 14, die dem Generalunternehmer das Recht zum Einbehalt bei Vertragsverletzungen gab. Kernpunkt des Streites war, dass der Generalunternehmer von einem solchen Einbehaltsrecht Gebrauch machte, nachdem die Arbeiten vom Subunternehmer mit einem Verzug von etwa einem Monat fertiggestellt worden waren.

---

[584] [1974] A.C. 689 [HL].

[585] R.I.B.A. for Local Authorities (with Quantities) 1963 Edition (1967 Issue).

Interessant war jedoch die teilweise Formulierung der erwähnten Klausel 14, da sie die vorherige Vergütung des Auftraggebers zur ausdrücklichen Bedingung weiterer Zahlungen machte:

> "Payments (both interim and final) as stated over leaf will be made to the sub-contractor as and when the value of such works under the terms of the principal contract is included in a certificate to the contractor and the contractor receives the monies due thereunder. […]"[586]

Zwar stand dieser Teil der Klausel nicht primär zur Debatte, da der Auftraggeber unstreitig mehr gezahlt hatte, als letzten Endes vom Generalunternehmer an den Subunternehmer weitergeleitet wurde, so dass in erster Linie das Recht zum Einbehalt streitig war. Nichtsdestotrotz äußerte sich Viscount Dilhorne ausdrücklich auch hierzu und führte aus, dass nach dieser Formulierung des Subunternehmervertrages der Generalunternehmer nur zur Zahlung verpflichtet war, nachdem er selber das Geld vom Auftraggeber erhalten hatte.[587] Insofern kann wohl unterstellt werden, dass diese Klausel dem Grundsatz nach zulässig war.

Zwei weitere unveröffentlichte Entscheidungen haben ferner deutlich gemacht, dass bedingende Zahlungsklauseln zwar grundsätzlich zulässig sind, ihre Zulässigkeit aber von klarer und eindeutiger Vertragssprache abhängt.

In ***Rushpass v. Trentham***[588] war ein Hauptvertrag unter den Standardbedingungen JCT 81 abgeschlossen worden. Zahlungen an den Subunternehmer sollten danach innerhalb von sieben Tagen nach Eingang beim Generalunternehmer in Übereinstimmung mit dem Hauptvertrag erfolgen. Der Subunternehmervertrag bestimmte darüber hinaus, dass er automatisch endet, wenn der Hauptvertrag vorzeitig gekündigt oder anderweitig aufgehoben wird. In diesem Fall sollte der Subunternehmer die gleichen Rechte wie der Generalunternehmer unter JCT 81 haben. Nachdem es zur vorzeitigen Beendigung des Hauptvertrages gekommen war, verweigerte der Generalunternehmer weitere Zahlungen an den Subunternehmer. Das Gericht entschied zugunsten des Subunternehmers und führte insbesondere aus, dass eine *pay-when-paid* Klausel im Falle einer vorzeitigen Beendigung des Vertrages nur dann wirksam sein könne, wenn dies in der vertraglich gewählten Formulierung klar zum Ausdruck kommt. Im zu beurteilenden Fall war die Klausel nicht nur unklar formuliert. Eine Auslegung als *pay-when-paid* Klausel war durch die Verknüpfung mit der Kündigungsklausel sogar ausgeschlossen, da der Subunternehmer wie der Hauptunternehmer zu behandeln war, eine bedingende Zahlung aber nach den Standardbedingungen des

---

[586] Siehe die Ausführungen von Lord Reid in *Gilbert Ash (Northern) Ltd. v. Modern Engineering (Bristol) Ltd*. [1974] A.C. 689, 697.

[587] [1974] A.C. 689, 711.

[588] Entscheidung vom 10. Mai 1991, unveröffentlicht, siehe hierzu *Davis*, S. 64.

Hauptvertrages jedoch nur für den Subunternehmer, nicht jedoch für den Hauptunternehmer vorgesehen war.

In ***Churchfield Construction v. Waymans***[589] kam es nicht zu einer vorzeitigen Beendigung des Vertrages, da die Bauleistung hier bereits erbracht war. Der Subunternehmervertrag bestimmte, dass Zahlungen innerhalb von 28 Tagen nach Ausstellung von Interimsbescheinigungen, die den Anteil des Subunternehmers verdeutlichen mussten, zu erfolgen hatten, vorausgesetzt, dass der Generalunternehmer für die so bescheinigten Leistungen Zahlungen erhalten hatte. Zwischen dem Generalunternehmer und dem Subunternehmer kam es zum Streit über die Schlusszahlung. Der zuständige Richter Garland führte aus, dass sich aus dem Wortlaut der Klausel eindeutig ergab, dass diese sich auf die Ausstellung von Interimsbescheinigungen und damit auf Abschlagszahlungen, nicht jedoch auf die Schlusszahlung bezog. Da die Wortwahl für eine solche Annahme zu unklar war, wurde der Zahlungsklage des Subunternehmers stattgegeben.

Insgesamt wird durch diese Entscheidungen deutlich, dass Zahlungsklauseln von englischen Gerichten anerkannt werden, solange sie klar und eindeutig formuliert sind.

B. Die Auslegung als „condition precedent“

Der Blick insbesondere in den amerikanischen Rechtskreis hat bereits gezeigt, dass neben der generellen Zulässigkeit die rechtliche Wirkung einer bedingenden Zahlungsklausel sehr unterschiedlich beurteilt werden kann. Die Gerichte haben den Klauseln hier – je nach vertretener Auffassung – eine eher temporale (*pay-when-paid*) oder eher strukturale Wirkung (*pay-if-paid*) zuerkannt. In letzter Zeit hat es sich immer stärker durchgesetzt, die von den Parteien beabsichtigte Wirkung nicht im Hinblick auf eine komplette Verlagerung des Insolvenzrisikos zu interpretieren. Ob im Vergleich hierzu englische Gerichte bereit wären, eine klare vertragliche Vereinbarung derart weit auszulegen, ist mehr als fraglich.[590]

I. Die Sichtweise der englischen Gerichte

Zwar existiert bislang keine Rechtsprechung, die sich direkt mit der Auslegung einer bedingenden Zahlungsklausel befassen musste, so dass hier lediglich spekuliert werden kann, welche Sichtweise sich ein englisches Gericht zu eigen machen würde. Die englische Rechtsprechung hat in etlichen Entscheidungen deutlich gemacht, dass sie dazu neigt, vertraglichen Klauseln die aus dem Wortlaut ersichtliche Wirkung zuzuerkennen. Eine Auslegung der Klausel wird nur dort vorgenommen, wo der Wille der Vertragsparteien nicht

---

[589] Entscheidung vom 25. Juli 1996, unveröffentlicht, siehe *Davis*, S. 64.

[590] *Murdoch* / *Hughes*, S. 294.

klar und eindeutig zum Ausdruck kommt. Wo die verwendete Ausdrucksweise einfach, verständlich, klar und offensichtlich ist, wird dieser Wortwahl die gewöhnliche Bedeutung gegeben und zu Gunsten, wie auch zu Lasten, der Parteien vermutet, dass die sich hieraus ergebende rechtliche Wirkung von den Parteien gewünscht war.[591] Zwar wird hierbei auch der Zusammenhang mit anderen Vertragsklauseln berücksichtigt. Außerhalb des Vertrags liegende Aspekte, die sich z.B. aus dem Schriftverkehr der Parteien ergeben, finden jedoch keine Berücksichtigung. Sofern allerdings wegen einer bestehenden Unklarheit oder Mehrdeutigkeit eine Auslegung der entsprechenden Klausel möglich und geboten ist, eröffnet sich dem Gericht die Möglichkeit, weitaus stärker den Hintergrund des Vertrags zu beleuchten und auch außerhalb des Vertrags liegende Faktoren, wie den Schriftverkehr der Parteien, die im Baugewerbe üblichen Bedingungen sowie die allgemeine Marktlage zu berücksichtigen, um die wahre Intention der Parteien zu erforschen.[592] Je nachdem, wie stark die Einflussnahme einer Partei auf die Formulierung der Klausel war, kann das Gericht auf diese Weise zu einer mehr oder minder deutlichen Korrektur in der Auslegung gelangen.

In der Entscheidung ***Tersons Ltd. v. Stevenage Development Corporation***[593] stand zwar zwischen den Parteien keine *pay-when-paid* Klausel im Streit. Der Court of Appeal hatte aber in einer Berufung gegen ein schiedsgerichtliches Urteil den Charakter einer Zahlungsklausel in einem Standardvertrag zu beurteilen, nach der Vergütung für zusätzliche Leistungen verlangt werden konnte. Die beklagte *Stevenage Development Corporation* hatte in zwei Verträgen Bauarbeiten an den Unternehmer *Tersons Ltd*. vergeben. Gegenstand der Verträge waren Bauarbeiten, die im Zusammenhang mit der Verlegung einer Kanalisation in Stevenage New Town standen. Beide Verträge waren auf Veranlassung der Beklagten Standardbedingungen unterstellt.[594] Hinsichtlich der Vergütung zusätzlicher Arbeiten regelten die Verträge in Klausel 52 (4):

> „The Contractor shall send to the Engineer once in every month an account giving full and detailed particulars of all claims for any additional expense to which the Contractor may consider himself entitled and of all extra or additional work ordered by the Engineer which he has executed during the preceding month and no claim for payment for any such work will be considered which has not been included in such particulars. Provided always that the Engineer shall be entitled to authorise payment to be made for any such work notwithstanding the Contractor's failure to comply with this

---

[591] *Hevey*, (1995) 11 Constr. L.J., S. 80.

[592] *Davis*, S. 67.

[593] [1963] 2 Lloyd's Rep. 333.

[594] General Conditions of Contract and Forms of Tender, Agreement and Bond for use in connection with Works of Civil Engineering Construction (2nd ed., Januar 1950).

condition if the Contractor has at the earliest practicable opportunity notified the Engineer that he intends to make a claim for such work."[595]

Der Kläger hatte, nachdem zusätzliche Arbeiten erforderlich wurden, diese dem zuständigen Engineer in verschiedenen Schriftsätzen mitgeteilt und deren Abrechnung angemeldet. Die Parteien stritten sich nunmehr darum, ob diese einfachen Schriftsätze den nach Klausel 52 (4) erforderlichen Mitteilungen entsprachen. In diesem Zusammenhang wurde auch die Frage aufgeworfen, ob es sich bei dem Erfordernis der Mitteilungen um anspruchsbegründende Tatsachen handelte, oder ob diese sich lediglich auf die Fälligkeit der Zahlungen bezogen. Der Kläger stellte sich auf den Standpunkt, dass nach der „*contra preferentem*"-Doktrin die Unklarheit zu Lasten des Verwenders, also der Beklagten, gehen müsse.

Das Gericht folgte dieser Auffassung nicht. Lord Justice Pearson führte aus, dass es sich bei den verwendeten Standardbedingungen weder um einseitige noch missbräuchliche Bedingungen handelte. Es sei weder von einer der Parteien im Hinblick auf ihre eigenen Interessen entworfen, noch der anderen Partei aufgedrängt worden. Es habe sich vielmehr um generelle Bedingungen gehandelt, die von einem aus verschiedenen Verbänden zusammengesetzten Gremium entwickelt worden waren und in Bauverträgen dieser Art üblicherweise im Gebrauch seien. Die Auslegung ihres Inhaltes sollte daher zu identischen Ergebnissen führen, gleich ob die eine oder die andere Partei sie verwendet habe. Der juristische Grundsatz *verba accipiuntur fortius contra proferentem* dürfe daher nicht zur Anwendung gelangen.[596]

Soweit die Klausel selber betroffen war, kam das Gericht zu dem Ergebnis, dass hier zwei Auslegungen möglich waren. Lord Justice Pearson räumte ein, dass die Interpretation der Klausel als reine zeitliche Regelung zu einem angemessenen Ergebnis führe. Dieser Interpretation stehe aber der reine Wortlaut der Klausel entgegen[597], so dass die Berufung letztlich abgewiesen wurde, wenngleich diese Entscheidung weitestgehend auf weiteren hier nicht näher erwähnenswerten Erwägungen beruhte.

Demgegenüber hatte der Court of Appeal in einer früheren Entscheidung, die nicht auf der Verwendung eines Standardvertrages basierte, genau gegenteilig entschieden. In ***John Lee & Son (Grantham) Ltd. et alia v. Railway Executive***[598] hatten die Kläger vom Beklagten Lagerraum in einem dem Beklagten gehörenden Lagerhaus in der Nähe von Grantham

[595] [1963] 2 Lloyd's Rep. 333, 353.

[596] [1963] 2 Lloyd's Rep. 333, 368.

[597] [1963] 2 Lloyd's Rep. 333, 370.

[598] [1949] 2 All E.R. 581.

gemietet. Das Lagerhaus befand sich inmitten eines Eisenbahngeländes und war umgeben von Eisenbahngleisen. Nachdem durch Fahrlässigkeit der Beklagten ein von einer vorbeifahrenden Dampflokomotive mittels Funkenschlages entzündetes Feuer Teile der gelagerten Güter der Kläger zerstört hatte, machten diese den Beklagten für die entstandenen Schäden haftbar. Der Beklagte hatte allerdings in den Mietvertrag eine Klausel aufgenommen, die ihn von einer Haftung für entstandene Schäden freistellte. Streitig zwischen den Parteien war allerdings die Frage, ob diese Haftungsfreistellung sich auch auf Handlungen bezog, die – wie im Fall der Dampflokomotive – in keinem Zusammenhang mit dem Mietverhältnis standen. Das Gericht stellte hierzu fest, dass die verwendete Klausel zwei Interpretationsmöglichkeiten zulasse. Nach Auffassung von Lord Evershed, M.R., war insbesondere zu berücksichtigen, dass der Beklagte die Klausel entworfen und in den Vertrag eingebracht hatte. Da der Wortlaut keineswegs frei von Unklarheiten war und in der Lesart des Beklagten eine umfassende[599] Haftungsfreizeichnung bedeute, sei unter Anwendung der „*contra preferentem*"-Doktrin eine enge Auslegung der Klausel zu Lasten des Beklagten vorzunehmen.[600]

Soweit eine bedingende Zahlungsklausel entweder wegen ihrer klaren Ausdrucksweise oder mittels Auslegung keine reine Fälligkeitsregelung darstellt, ist sie als *condition precedent* zu behandeln. Hierbei ist zu betonen, dass die *condition precedent* zwar auch eine Bedingung in dem hierzulande gem. § 158 verstandenen Sinn darstellen kann, die das Entstehen des Vertrages bedingt. Ähnlich wie im amerikanischen Recht kann eine condition precedent im englischen Recht aber auch – und das wird im Hinblick auf bedingende Zahlungsklauseln nach dem Parteiwillen immer der Fall sein – eine Bedingung sein, die sich nicht auf den gesamten Vertrag, sondern lediglich auf eine einzelne Verpflichtung bezieht. Ausgeführt wurde dies von Lord Denning in aller Deutlichkeit in der Entscheidung ***Trans Trust S.P.R.L. v. Danubian Trading Co. Ltd.***[601]:

> „Sometimes it is a condition precedent to the formation of a contract, that is, it is a condition which must be fulfilled before any contract is concluded at all. […] In other cases a contract is concluded and the stipulation […] is a condition which is an essential term of the contract. In those cases the provision […] is a condition precedent, not to the formation of the contract, but to the obligation (of the seller to deliver the goods)."[602]

---

[599] Lord Evershed bezeichnete die vom Beklagten vorgenommene Auslegung als „extravagant weit", [1949] 2 All E.R. 581, 583.

[600] *John Lee & Son (Grantham) Ltd. et alia v. Railway Executive*, a.a.O.

[601] [1952] 2 Q.B. 297.

[602] [1952] 2 Q.B. 297, 304.

II. Die Behandlung bedingender Zahlungsklauseln in den Commonwealth Staaten

Während die englische Rechtsprechung sich nie direkt mit der Wirkung bedingender Zahlungsklauseln zu befassen hatte, wurden diese in anderen Staaten, die traditionell dem erweiterten englischen Rechtskreis zuzuordnen sind, mehrfach durch die Gerichte beurteilt. Gerade in einigen der (teilweise ehemaligen) asiatischen Commonwealth Staaten ist die Einbeziehung bedingender Zahlungsklauseln in Standardverträge üblich. Insbesondere in Hong Kong und Malaysia existiert eine lange Tradition der Verwendung solcher Klauseln im Baugewerbe.[603] In der zweiten Auflage der SIA Articles of Agreement and Conditions of Contract von 1982 fand sich beispielsweise eine entsprechende Regelung in Art. 30 sub-clause (1) (a) hinsichtlich der Vergütung von Interim certificates:

> „Interim certificates of the Architect in favour of the Contractor under clause 31 of these Conditions shall state separately the amounts in each certificate due to each individual Nominated Sub-Contractor or Supplier […], which amounts shall be paid by the Contractor to such Nominated Sub-Contractors or Designated Sub-Contractors or Suppliers, […], within 14 days of receipt by the Contractor from the Employer of the amounts so due under the certificate of the Architect."[604]

Mit dieser Regelung wird nicht nur die Bescheinigung des Architekten, sondern auch die vorherige Zahlung durch den Auftraggeber vorausgesetzt.

Die Existenz und der Einsatz von bedingenden Zahlungsklauseln werden insoweit auch weitestgehend von Literatur und Praxis akzeptiert. Probleme ergaben sich allerdings in der durch die Rechtsprechung festgelegten Reichweite solcher Klauseln, die vielfach zu Kritik geführt hat.

In ***Hong Kong Teakwood Works Ltd. v. Shui On Construction Co. Ltd***.[605] hatte der High Court von Hong Kong die Wirkung von Klausel 11 des Hong Kong „Green Form" of Sub-Contract, der auf einer erweiterten Version des 1963 UK Form of Sub-Contract for Nominated Work basiert[606], zu beurteilen. Der beklagte Generalunternehmer *Shui On* hatte einen Vertrag über die Errichtung des Regal Meridien Hotels in Hong Kong abgeschlossen. Die Klägerin hatte als benannter Subunternehmer einen Großteil der Innenausstattung übertragen bekommen. Der Architekt stellte über die von der Klägerin ausgeführten Arbeiten zwei Bescheinigungen über HK$ 853.202,- und HK$ 1.025.301,- aus. Hinsichtlich der Bezahlung regelte Klausel 11 (b) des zugrundeliegenden Green Form:

---

[603] *Wallace*, S. 541.

[604] Abgedruckt bei *Wallace*, S. 539, 592 f.

[605] [1984] H.K.L.R. 235.

[606] *Jewkes*, 6 ICLR (1988), S. 121.

„[...] "within 14 days of the receipt by the main contractor of payment from the employer against any certificate from the architect, the main contractor shall notify and pay to the sub-contractor the total value certified therein"

Danach war der Generalunternehmer auf der Grundlage der Bescheinigungen zur Weiterleitung der erhaltenen Gelder verpflichtet. Er führte allerdings aus, diese Gelder nie materiell erhalten zu haben, da der Auftraggeber nicht gezahlt, sondern gegen eine Schadensersatzforderung wegen Verzuges des Hauptvertrages aufgerechnet habe. Die Klägerin stellte sich dagegen auf den Standpunkt, dass es auf eine Zahlung im physikalischen Sinne nicht ankomme, sondern dass hier auf die gegenseitige Erfüllung der Zahlungsverpflichtung abgestellt werden müsse, die auch durch eine Aufrechnung herbeigeführt werden könne. Das Gericht unter Vorsitz von Justice Hunter führte aus, dass die zentrale Frage die nach der Bedeutung der Worte „receipt of money" sei und dass diesen – auch im Kontext mit anderen Vertragsformulierungen gelesen – ihre normale Bedeutung zuerkannt werden müsse. Diese sei zumindest prima facie der Empfang von Geld im physikalischen Sinn. Die durch diese Auslegung möglicherweise resultierende Ungerechtigkeit für den Subunternehmer rechtfertige jedenfalls nicht die Anwendung der „*contra proferentem*"-Doktrin, da zwar das Wort „payment", nicht aber die Worte „receipt of payments" zweideutig seien. Das Gericht sagte weiter, dass es größte Schwierigkeiten habe, die Formulierung „receipt of payments" weit auszulegen und noch größere Schwierigkeiten, auch die Aufrechnung unter eine solche weite Auslegung zu fassen.

Diese Entscheidung wurde in der Literatur vielfach kritisiert.[607] Auch wenn diese sehr am Wortlaut orientierte Auslegung ein Indiz für die konsequente Auslegung von Vertragsklauseln im englischen Rechtskreis ist, führt sie in der Tat zu fragwürdigen Ergebnissen. Bereits in *Larocque v. Beauchemin*[608] hatte die oberste Instanz der Commonwealth Staaten, der Privy Council des House of Lords, festgestellt, dass auch eine Aufrechnung eine Zahlung darstellen und nicht an der bloßen Formalität eines Bargeldaustausches scheitern könne. Würde man der in *Teakwood v. Shui On* aufgestellten Regel konsequent folgen, könnte der Zahlungsanspruch des Subunternehmers letzten Endes daran scheitern, dass der Auftraggeber wegen einer eigenen Vertragsverletzung des Generalunternehmers Zahlung zurückhält oder gegen die ihm

[607] Siehe beispielsweise *Fisher*, 6 ICLR (1988), 126 ff.; *Jewkes*, 6 ICLR (1988), 118 ff.

[608] [1897] A.C. 358 [PC]; Der Fall entstand zwar aus der Berufung gegen eine Entscheidung eines kanadischen Gerichts, dürfte aber wegen der gleichen instanziellen Wirkung auch für Gerichte in anderen Commonwealth Staaten eine gewisse Verbindlichkeit besitzen.

hieraus entstehenden Zahlungsansprüche wirksam aufrechnet. Dies stünde im krassen Gegensatz zu der etablierten Grundregel, dass eigenes Unrecht nicht privilegieren dürfe.[609]

Dementsprechend hat der Hong Kong Court of Appeal in einer ähnlich gelagerten Entscheidung[610] festgestellt, dass auch die Aufrechnung eine Zahlung im Sinne einer bedingenden Zahlungsklausel sein kann. Grundlage war hier zwar nicht der Green Form, aber eine ähnliche vergleichbare Formulierung in Klausel 11 (6) des NFBTE/FASS Nominated Sub-Contract.

Ohne sich letztlich festzulegen, zeigte darüber hinaus auch der Singapore High Court deutliche Bereitschaft, einer pay-when-paid Klausel auch dann Geltung zu verschaffen, wenn der Auftraggeber aufgerechnet hatte.[611] In der Begründung bezog man sich im wesentlichen auf die Ausführungen in den beiden zuvor genannten Entscheidungen aus Hong Kong.

Ebenso sprach sich der Court of Appeal des Ontario Supreme Court in Kanada für eine klare Auslegung bedingender Zahlungsklauseln als *condition precedent* aus. In ***Timbro Developments Ltd. v. Grimsby Diesel Motors Inc***.[612] hatte *Timbro* als Generalunternehmer für *Grimsby* Gebäudebauarbeiten übernommen, von denen er Teile an die beiden Subunternehmer William Clare Plumbing & Heating Ltd. und Lincoln-Arrow Interior Construction Ltd. weitergab. In den Verträgen, die *Timbro* mit den Subunternehmern abgeschlossen hatte, war folgende Klausel 8a enthalten:

> „Payments will be made not more than thirty (30) days after the submission date or ten (10) days after certification or when we have been paid by the owner, whichever is the later."

Da *Timbro* von *Grimsby* nicht bezahlt wurde, lehnte er die Zahlung an die Subunternehmer unter Hinweis auf diese Klausel ebenfalls ab. Das Gericht entschied mit der Mehrheit seiner Stimmen, dass die Klausel eindeutig eine Bedingung im Sinne einer condition precedent

---

[609] vgl. hierzu *Roberts v. Bury Improvement Commissioner,* (1870) L.R. 5 C.P. 310; *Abouloff v. Oppenheimer & Co.,* (1882) 10 Q.B.D. 295; *Alghussein Establishment v. Eton College,* [1988] 1 W.L.R. 587; *Richco International Ltd. v. Alfred C. Toepfer International GmbH* (The „Bonde"), [1991] 1 Lloyd's Rep. 136; *Cerium Investments Ltd. v. Evans,* (1991) 93 Cr.App.R. 203.

[610] *Schindler Lifts (Hong Kong) Ltd. v. Shui On Construction Co. Ltd*., 29 B.L.R. 95; siehe auch *Nin Hing Electronic Engineering v. Aoki Corp*, 40 B.L.R. 107.

[611] *Brightside Mechanical and Electrical Services Group v. Hyundai Engineering and Construction Co. Ltd*., [1988] 1 M.L.J. 500; 41 B.L.R. 110.

[612] (1988) 32 C.L.R. 32.

aufstelle, mit der die Subunternehmer eindeutig das Risiko der Nichtzahlung durch den Auftraggeber auf sich genommen haben.[613]

Ähnlich äußerten sich australische Gerichte in zwei Entscheidungen, wenngleich sie in der Weite der Interpretationen stark voneinander abwichen.

In ***Iezzi Constructions Pty. Ltd. v. Currumbin Crest Development Pty. Ltd***.[614] hatte der Court of Appeal des Supreme Court of Queensland über die Berufung eines Generalunternehmers zu entscheiden, der erstinstanzlich zur Zahlung an seine Subunternehmer trotz Vorliegens einer *pay-when-paid* Klausel verurteilt worden war. In der relevanten Klausel 10 (d) war wie folgt geregelt:

> „[...] it is expressly agreed that the subcontractor's right to receive payment is entirely dependent upon the builder having already actually received from the proprietor payment in respect of the work, subject of the subcontractor's claim, and that the subcontractor shall have no other or further right to payment."

In den beiden zu beurteilenden Subunternehmerverhältnissen waren 85 bzw. 98 Prozent der geschuldeten Bauleistung bereits erbracht, so dass die Zahlungsstreitigkeiten in bezug auf die Schlusszahlung entstanden. McPherson, J.A., legte die Klausel eng aus und entschied, dass sie sich lediglich auf Fortschrittszahlungen bezog, nicht jedoch auf die Schlusszahlung. Es wurde zwar zugestanden, dass die Klausel isoliert betrachtet weit genug formuliert war, um alle Arten der Zahlung abzudecken, dass aber der Zusammenhang mit dem restlichen Vertragswerk, insbesondere den restlichen Absätzen der Klausel 10, einen solchen eindeutigen Schluss nicht zulasse. Da die Klausel vom Generalunternehmer verwendet worden war, wurde sie unter Anwendung der „contra preferentem"-Doktrin gegen ihn ausgelegt und die Berufung abgewiesen.[615]

---

[613] (1988) 32 C.L.R. 32; Es bleibt allerdings anzumerken, dass diese Entscheidung eine Mehrheitsentscheidung der Richter Blair und Cory, JJ.A., war. Demgegenüber handelte es sich nach der Auffassung des Minderheitsvotums von Finlayson, J.A., bei der Klausel um eine reine Fälligkeitsregelung.

[614] (1994) 10 B.C.L. 403.

[615] Australische Gerichte legen vertragliche Klauseln allgemein sehr eng am Wortlaut aus und verlangen somit in der Tradition des englischen Rechtssystems von den Parteien eine klare und unzweideutige Wortwahl. Diese Haltung wird sehr anschaulich dargestellt von Sholl, J., in *Bailes v. Modern Amusements Pty. Ltd*., [1964] V.R. 436, 441:

> „[The wording] appears to me to admit of a number of alternative meanings. And not only am I unable to say which of them (even if I have myself thought of them all) the parties intended to adopt, if they had a common intention about any, but I am unable to feel any reasonable certainty that they were *ad idem* as to any particular meaning, and that it was not a case of one intending one thing and one another. No doubt, if they used certain words, upon which a certain construction could be placed, they would be bound by the words used whatever their secret intentions may have been. But that is not this case. The

In einer zweiten Entscheidung, ***Trade Indemnity Australia Ltd. v. Parkinson Air-Conditioning Pty. Ltd***.[616], hatte das gleiche Gericht eine Klausel zu beurteilen, die den gleichen Wortlaut wie die Klausel in *Iezzi* hatte. Berufungskläger war in diesem Fall die *Trade Indemnity Australia Ltd*., die den Zahlungsausfall des Generalunternehmers versichert hatte und die vom Subunternehmer auf Zahlung seines Werklohns in Anspruch genommen wurde. Die Versicherung berief sich darauf, dass eine Zahlungsverpflichtung des Generalunternehmers wegen der vereinbarten bedingenden Zahlungsklausel nicht bestehe. Der Präsident des Court of Appeal, Justice Fitzgerald, folgte dieser Ansicht, da er die gebrauchte Formulierung für weit genug hielt, um sowohl Fortschritts- wie auch Schlusszahlungen zu erfassen. Er führte aus, dass es wirtschaftlich verständlich sei, dass ein Generalunternehmer eine Zahlungsverpflichtung gegenüber seinen Subunternehmern vermeiden möchte, wenn nicht gleichzeitig gesichert sei, dass er selber Zahlungen vom Auftraggeber erhält. Vor diesem Hintergrund gebe es keinen Anlass, zu schließen, dass die Parteien mit der getroffenen Vereinbarung nicht das Risiko der Auftraggeberinsolvenz auf den Subunternehmer übertragen wollten, so dass der Berufung der Versicherung mit der Mehrheit der Stimmen des Gerichts stattgegeben und der Zahlungsanspruch des Subunternehmers zurückgewiesen wurde.

Demgegenüber haben die Gerichte Neuseelands eine Auslegung als Fälligkeitsregelung bevorzugt. In ***Smith and Smith Glass Ltd. v. Winstone Architectural Cladding Systems Ltd***.[617] ging es um die Zahlungsklage eines Sub-Subunternehmers gegen den Subunternehmer, nachdem der Generalunternehmer unter Zwangsverwaltung gestellt wurde. Gleichzeitig stellt der Fall anschaulich dar, welche Wechselwirkungen Zahlungsschwierigkeiten eines der Vertragspartner innerhalb einer Vergütungskette auslösen können. Gegen Ende 1987 wurde Angus Construction (Auckland) Ltd. Generalunternehmer im Hinblick auf die Errichtung des Price-Waterhouse Centres in Auckland für die Chase Corp. Ltd. Für gewisse Bauarbeiten an der Fassade wurde *Winstone Architectural Cladding Systems Ltd*. als Subunternehmer verpflichtet, die wiederum Teile der Arbeiten an *Smith and Smith Glass Ltd*. als Sub-Subunternehmer vergaben. Letztere führten sämtliche Arbeiten zufriedenstellend bis zum November 1989 aus. Sowohl der Auftraggeber Chase Corp., als auch in der Folge Angus Construction, gerieten in Zahlungsschwierigkeiten und wurden unter Zwangsverwaltung gestellt. Zahlungen an die Subunternehmer konnten nicht mehr erbracht werden. Der Sub-

---

> words can be reasonably have a number of alternative meanings, and it is impossible judicially to determine that the parties had a common intention to adopt any of them."

[616] (1994) 13 A.C.L.R. 19.

[617] [1992] 2 N.Z.L.R. 473.

Subunternehmervertrag war an den FCEC Standardsubunternehmervertrag angelehnt und enthielt eine pay-when-paid Klausel der oben beschriebenen Art. Der zuständige Richter, Master Towle, machte in seiner Urteilsbegründung deutlich, dass sehr klare und eindeutige Worte verwendet werden müssten, um dem Subunternehmer sein Recht auf Zahlung zu nehmen. Er führte aus:

> „For myself I believe that unless the condition precedent is spelled out in clear and precise terms and accepted by both parties, then clauses such as the two particular ones identified in this proceeding do no more than identify the time at which certain things are required to be done, and should not be extended into the „if" category to prevent a subcontractor who has done the work from being paid merely because the party with whom he contracts has not been paid by someone higher up the chain."[618]

Im zu beurteilenden Fall sei es allerdings versäumt worden, eine derart klare und eindeutige Formulierung zu wählen, so dass die Klausel sich lediglich auf die Fälligkeit des Anspruchs beziehen könne.

Auch wenn die dargestellten Entscheidungen in ihrer Argumentation nicht identisch sind und teilweise zu höchst unterschiedlichen Ergebnissen kommen, kann festgehalten werden, dass im englischen Rechtskreis die Gerichte wohl eine Auslegung bedingender Zahlungsklauseln als condition precedent vornehmen würden, wenn diese in klarer und eindeutiger Formulierung zum Ausdruck kommt und keine andere Interpretation nahelegt.

C. Gesetzliche Regelungen

Ebenso wie in Deutschland und den Vereinigten Staaten waren auch im englischen Rechtssystem in jüngster Vergangenheit verstärkte Reformbemühungen im Baugewerbe zu beobachten. Besonders in England haben diese Bestrebungen zu gesetzlichen Neuregelungen geführt, die sich teilweise direkt mit den Problemen bedingender Zahlungsregelungen auseinandergesetzt haben. Hier sind zum Teil bemerkenswerte Ergebnisse entstanden, die für das Verständnis des Problembereichs überaus aufschlussreich sind und insofern auch für Juristen in anderen Rechtssystemen interessant sein können.

I. Gesetzliche Neuregelungen in England

a. Der Latham Report von 1994

Ausgangspunkt für gesetzliche Neuregelungen in den letzten Jahren war die vielgerühmte Studie von Sir Michael Latham, aus der 1994 der sogenannte Latham Report hervorging, in

[618] [1992] 2 N.Z.L.R. 473, 481.

dem sich eine Vielzahl von Empfehlungen an den Gesetzgeber zur Verbesserung der Situation im Baugewerbe finden.

Bemerkenswert ist insbesondere die kurze Zeit, in der Latham eine solch umfassende Studie erstellt hat. 1993 hatte die Britische Regierung das „Joint Review of Procurement and Contractual Arrangements in the United Kingdom Construction Industry" unter dem Vorsitz von Sir Michael Latham einberufen. Der Anstoß für diese Anstrengungen kam von verschiedenen Verbänden, die über ihre speziellen oder sektoralen Interessen hinweg eine Bekämpfung der durch die Rezession entstandenen Probleme im Baugewerbe suchten. Die Kommission bestand aus Latham und acht weiteren Mitgliedern, die die insgesamt beteiligten sieben Verbände und Organisationen repräsentierten.[619] Darüber hinaus waren eine Vielzahl von weiteren Beteiligten – von Parlamentsmitgliedern bis hin zu Akademikern – involviert, die durch mündliche und schriftliche Stellungnahmen informell zur Erstellung der Studie beigetragen haben.

Zentrale These des Berichts ist, dass die Bauindustrie stärker auf den Besteller bezogen sein müsse, da dieser sowohl im Hinblick auf die Initiative als auch im Hinblick auf die Finanzierung die treibende Kraft des Bauprojektes ist. Dies sei in zunehmendem Masse in Vergessenheit geraten.[620] Auf dieser Basis entwickelt der Bericht insgesamt dreißig Empfehlungen, die nahezu sämtliche Aspekte des Baugewerbes abdecken, angefangen von der Förderung fachlicher Qualitäten der Bauunternehmen bis hin zum erleichterten Marktzugang für neue unerfahrene Auftraggeber. Insbesondere wurden Empfehlungen für eine Revision bestehender Standardvertragsbedingungen gegeben, die auf eine Reduzierung streittypischer Inhalte und die Abschaffung unfairer Praktiken abzielen. Die beiden Kernvorschläge des Berichts zielen erstens auf eine Implementierung eines „Code of best practice", der vom Gesetzgeber nicht in seiner Funktion als Gesetzgeber, sonder als Auftraggeber öffentlicher Bauprojekte entwickelt und durchgesetzt werden soll[621], sowie zweitens auf Aufstellung eines Produktivitätsziels, das eine Reduzierung der Realkosten um 30% bis zum Jahr 2000 ermöglicht.[622]

---

[619] Diese Verbände bzw. Organisationen waren das Department of Environment (DOE), der Construction Industry Council (CIC), der Construction Industry Employers Council (CIEC), der National Specialist Contracators Council (NSCC), die Specialist Engineering Contractors Group (SECG), die British Property Federation (BPF) sowie das Chartered Institute of Purchasing and Supply (CIPS).

[620] *Latham*, Constructing the Team, 1.11.

[621] *Latham*, Constructing the Team, 1.17, 3.14.

[622] *Latham*, Constructing the Team, 7.48.

Besondere Aufmerksamkeit verdienen die Ausarbeitungen des Berichts hinsichtlich der Vergütungsproblematiken, die bereits zentrales Thema des ersten Interimsberichts „Trust and Money“ waren. Die Rezession der späten achtziger Jahre hatte – ebenso wie auch in Deutschland – gezeigt, wie sehr sowohl General- als auch Subunternehmer den Gefahren einer Auftraggeberinsolvenz ausgesetzt sind. Obwohl andere Staaten des englischen Rechtssystems[623], wie z.B. Kanada, die – ebenso wie die Vereinigten Staaten – über umfangreiche Regelungen zu Mechanic’s Liens verfügen, ein besonderes System der Sicherung des Werkunternehmers besitzen, ist ein solches System des Unternehmerpfandrechts in England unbekannt. Die Auswertung des von insgesamt 171 Unternehmern eingereichten Fragebogens ergab, dass 40% aller Verträge zu Streitigkeiten über die Zahlung führten. In 13% der Verträge wurden Gelder ohne ausreichende Begründung einbehalten.[624]

Dementsprechend wird die verstärkte Tendenz zum Einbehalt fälliger Zahlungen als eines der primären Probleme identifiziert. Nach Schätzungen werden durch solche Einbehalte bis zu 2 Mrd. Britische Pfund dem cash flow in der Bauindustrie vorenthalten.[625] Auf dieser Basis macht der Bericht mehrere Empfehlungen, die auf eine Verbesserung der Sicherung der beteiligten Unternehmer abzielen. Zwar wird nicht die Einführung eines vergleichbaren Unternehmerpfandrechts vorgeschlagen. Zentrale Empfehlung ist hier die Einrichtung eines obligatorischen „Trust Fund“-Systems, das eine Alternative zum Einbehalt bieten und das Vertrauen der Beteiligten in eine zügige und rechtzeitige Bezahlung stärken soll.[626]

Weitere Empfehlungen zielen darauf ab, die Vereinbarung ungerechter Vertragsbedingungen zu erschweren. Insbesondere die Verwendung bedingender Zahlungsklauseln, aber auch die reine Streichung oder Ergänzung von allgemeinen Bestimmungen, die sich mit dem Grund und der Fälligkeit der Zahlung befassen, stehen hier im Fokus. Daneben fasst Latham auch die existierenden Regelungen zur Aufrechnung als problematisch auf, insbesondere, soweit die Aufrechnung mit Forderungen aus anderen Vertragsverhältnissen erfolgen soll.[627]

---

[623] Siehe neben dem genannten Beispiel Kanada z.B. den Queensland Subcontractors Charges Act 1976 in Australien oder den Wages Protection and Contractor’s Liens Act 1939 in Neuseeland, der bis 1988 galt.

[624] vgl. Estates Gazette vom 4. März 1995, Issue 9509, S. 316.

[625] *Lavers* / *Bick*, The Construction Lawyer, November 1995, S. 36 f.

[626] Siehe auch *Jenkins*, (1995) 11 Constr. L.J., S. 262; *Greenwood* / *Klein*, (1995) 11 Constr. L.J., S. 258.

[627] *Latham*, Constructing the Team, 8.9.

Die Besonderheit des Latham Reports liegt nicht nur in der Kürze der Zeit, in der er erstellt wurde, sondern vielmehr in der Kürze der Zeit, in der seine Empfehlungen in das englische Recht implementiert wurden.

Als Instrument ist der Latham Report keineswegs einzigartig. Bereits zuvor hatte es in der Bauindustrie verschiedene Studien gegeben, deren Abschlussberichte umfangreiche Empfehlungen zur Neuregelung baurechtlicher Vorschriften enthielten. Zu diesen Studien gehören insbesondere der Simon Report, der Emmerson Report und der Banwell Report.[628] All diese Studien wurden von dem Großteil der Bauindustrie begrüßt, stellten sie doch eine Konzentration der übereinstimmenden Ansichten aller Beteiligten dar. Sie führten hingegen zu keiner relevanten Umsetzung in das Gesetz, da zu diesem Schritt der politische Wille letztlich fehlte. Gerade insofern unterschied sich aber der Latham Report fundamental von seinen Vorgängern. In Kapitel 12 des Berichts fügte Latham einen detaillierten Zeitplan für die Umsetzung der gegebenen Empfehlungen ein. Danach war eine Implementierung aller erörterten Vorschläge innerhalb von zwei Jahren unter Beteiligung aller mitwirkenden Verbände vorgegeben. Latham bezeichnete diese Vorgehensweise selber als zwingend, wenn die überaus notwendigen Reformen zum Erfolg führen sollten.[629]

b. Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 (HGCRA) Part II

Da die Auffassung, dass schnellstens Lösungen für die Missstände in der Bauwirtschaft benötigt wurden, nicht nur in der Industrie vorherrschte, sondern auch von der Politik geteilt wurde, folgte der Gesetzgeber dem vorgeschlagenen Zeitplan im Latham Report. Auf der Grundlage der Empfehlungen wurde bereits am 2. Februar 1996 die Housing Grants, Construction and Regeneration Bill zur Erörterung in das Parlament eingebracht und schließlich als Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 verabschiedet, dessen elementarer Teil 2 am 01. Mai 1998 in Kraft trat.[630]

Darin werden insbesondere weitreichende Vergütungsvorschriften, wie ein Anspruch auf Abschlagszahlungen (s. 109), ergänzende Fälligkeitsvorschriften (s. 110) und Vergütungseinbehalte (s. 111) sowie das grundsätzliche Verbot bedingender Zahlungsklauseln (s. 113), geregelt. Daneben führt das Gesetz auch neue Möglichkeiten der alternativen Streitbeilegung (s. 108) ein. Durch die weitreichenden Regelungen des HGCRA 1996 sind viele der Empfehlungen des Latham Reports in geltendes Recht umgesetzt worden. Dementsprechend waren die Reaktionen im Baugewerbe durchweg positiv. Trotz allen Lobes

---

[628] *Lavers* / *Bick*, The Construction Lawyer, November 1995, S. 35 mit weiteren Nachweisen.

[629] *Latham*, Constructing the Team, 12.7, 12.8.

[630] Siehe auch Anhang M.

für die rasche Umsetzung ist allerdings vereinzelt Kritik vernommen worden, dass das Gesetz trotz der Weite seiner Regelungen hinter wesentlichen Vorschlägen Lathams zurückbleibe. Beispielsweise ist den Vorschlägen hinsichtlich der Überarbeitung bestehender Standardverträge nicht Rechnung getragen worden. Ebenso ist die als durchweg positive Empfehlung der Einrichtung obligatorischer Trust Funds verworfen worden. Dies ist weitestgehend dadurch begründet, dass trotz allen Drucks der Lobbyisten der Bauindustrie nur wenig Zeit blieb, um solch weitreichende Regelungen zu implementieren. Das Gesetz, das seinerzeit durch den Staatsminister Robert Jones MP, der selber Ingenieur ist, entworfen wurde, hatte dementsprechend eine insbesondere im House of Lords sehr turbulente Entscheidungsfindung zu durchgehen, bei der letztlich die getroffenen Regelungen den kleinsten gemeinsamen Nenner darstellen und weitreichendere Regelungen zumindest bis auf weiteres entschieden abgelehnt wurden.[631]

aa. Anwendbarkeit des HGCRA 1996

Bevor einzelne Vergütungsregelungen, insbesondere das grundsätzliche Verbot bedingender Zahlungsklauseln, eingehender dargestellt werden, ist kurz auf die Anwendbarkeit des HGCRA 1996 einzugehen, da diese gerade im Bereich des internationalen Anlagenbaus Fragen aufwirft.

(1) Die Regelungen in s. 104 und s.105 HGCRA 1996 Part II

Die Anwendbarkeit des Gesetzes ist in s. 104 – 107 HGCRA geregelt. Das Gesetz ist grundsätzlich nur auf Bauverträge („construction contracts“) anwendbar. Als solche gelten gem. s. 104 (1) (a) HGCRA 1996 alle Verträge, die die Ausführung von Bauarbeiten („carrying out of construction operations“) betreffen. Daneben werden jedoch gem. s. 104 (1) (b) HGCRA 1996 auch explizit Verträge eingeschlossen, die die Ausführung von Bauarbeiten durch Dritte zum Gegenstand haben („arranging for the carrying out of construction operations by others“), insbesondere Subunternehmerverträge. Trotz dieser klaren Definition ergeben sich erhebliche Interpretationsschwierigkeiten durch die reine Fokussierung auf Bauarbeiten. Sofern sich Verträge nicht derart typisieren lassen und neben der Ausführung von Bauarbeiten auch andere Bereiche betreffen, finden die Regelungen des Gesetzes gem. s. 104 (5) nur auf denjenigen Teil des Vertrages Anwendung, der sich auf die Bauarbeiten bezieht. Hierbei handelt es sich um eine höchst unglückliche Regelung, da sich das moderne Baugewerbe immer mehr von dieser fokussierten Betrachtungsweise entfernt und eine Vielzahl von Leistungen gebündelt anbietet. Zu denken ist hier insbesondere an

[631] Siehe zur Entstehungsgeschichte des Gesetzes insbesondere *Cornes*, [1998] 3 ICLR 329 ff.

Projektfinanzierungen, BOT-Vereinbarungen oder im Rahmen des englischen Rechtssystems an Projekte unter PPP bzw. PFI[632], die neben der reinen Bauleistung weitere charakteristische Leistungen und Merkmale umfassen, wie etwa Finanzierung, Betrieb, Unterhaltung etc. Es ist kaum zu erwarten, dass die zu beurteilenden Verträge eine solche Zweiteilung in einen Bauteil und einen weiteren Teil vornehmen. Vielmehr werden sich insbesondere die allgemeinen Regelungen auf sämtliche Leistungen beziehen. Sieht man einmal davon ab, dass eine unterschiedliche Behandlung dieser Teilbereiche für sich genommen bereits ein erhebliches Streitpotential beinhaltet, bereitet allein die Abgrenzung der einzelnen Vertragsklauseln unter solchen Voraussetzungen erhebliche Schwierigkeiten.

Weitere Einschränkungen in der Anwendung des HGCRA ergeben sich durch s. 104 (6) und betreffen insbesondere die internationale Anwendung. Nach s. 104 (6) (b) gelten die Regelungen des HGCRA 1996 nur in bezug auf die Ausführung von Bauarbeiten in England, Wales und Schottland. Dementsprechend findet das Gesetz keine Anwendung auf Verträge, die zwar englischem Recht unterstellt sind, deren Bauleistungen aber nicht innerhalb der zuvor genannten Territorien erbracht werden.[633] Insbesondere im Zusammenspiel mit den in s. 105 enthaltenen Regelungen kann dies zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Abwicklung typischer Anlagenbauverträge führen. S. 105 definiert, welche Arbeiten als Bauarbeiten im Sinne von s. 104 zu werten sind. Abs. 1 der Regelung zählt sehr umfassend diejenigen Tätigkeiten auf, die als Bauarbeiten im Sinne des HGCRA zu werten sind, wie z.B. erbauen, ändern, reparieren, unterhalten, vergrößern, abreißen oder entkernen von Gebäuden etc. Abs. 2 macht von diesen Definitionen weite Ausnahmen, wenn diese Baumaßnahmen mit anderen Aktivitäten wie der Bohrung und Förderung von Rohstoffen, der nuklearen

---

[632] Als PPP (Public/Private Partnership) wird ein Modell bezeichnet, das durch eine enge Kooperation zwischen der öffentlichen Hand und privaten Investoren die Wahrnehmung von infrastrukturellen Versorgungsmaßnahmen erzielen will. Darauf aufbauend wurde 1992 in England die sogenannte PFI (Private Finance Initiative) ins Leben gerufen, die durch Kooperation des öffentlichen Sektors mit dem privaten Sektor eine effizientere und wirtschaftlichere Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben, insbesondere durch Ausnutzung des Innovationspotentials und des Management-Knowhows des privaten Sektors, erreichen will. Unter diesen Kooperationsformen wird mittlerweile eine Vielzahl von Projekten realisiert, z.B. der Bau von Gefängnissen, die von privaten Investoren unter den Vorlagen der englischen Regierung konzeptioniert, errichtet und – gegen Vergütung – betrieben werden; vgl. auch *Mangat*, 4 PFIJ 2 (1999), S. 82 ff. Bis Anfang 1999 wurden allein in England 90 PFI-Projekte unterzeichnet, weitere 50 sind auf den Weg gebracht. 1998 machten diese Projekte mit einer Gesamtinvestitionssumme von 11,3 Mrd. Pfund 14% des gesamten öffentlichen Investitionsvolumens aus, vgl. *Parlasca*, BBauBl. 1999, Heft 3, S. 20., *ders*., BBauBl. 2000, Heft 3, S. 12; zu den Einflüssen der europäischen Gesetzgebung auf die Entwicklung von PFI siehe *Bovis*, 3 PFIJ 6 (1999), S. 20 ff.

[633] *Cornes*, [1998] 3 ICLR 333.

Aufbereitung, der Elektrizitätserzeugung oder der Wasseraufbereitung im Zusammenhang und diese Aktivitäten im Vordergrund stehen. Überdies nimmt s. 105 (2) (d) die sogenannte „off-site production“ oder dezentrale Fertigung von Komponenten und Teilanlagen aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes heraus, sofern der Vertrag neben der Anfertigung und Lieferung nicht auch die Installation vor Ort umfasst. Damit wird – in völlig untypischer Weise für das anglo-amerikanische Rechtssystem – ein unterschiedliches Regime für Subunternehmer auf der einen und Zulieferer auf der anderen Seite geschaffen. In Verbindung mit der räumlichen Begrenzung des Anwendungsbereichs kann dies insbesondere im internationalen Anlagenbau zu erheblichen Schwierigkeiten führen, wenn beispielsweise auf der Grundlage eines dem englischen Recht unterliegenden Subunternehmervertrages außerhalb des Geltungsbereiches des HGCRA 1996 Teile einer Anlage dezentral gefertigt und anschließend in England in die Anlage integriert werden.

(2) Die Construction Contracts (England and Wales) Exclusion Order 1998

Da der Gesetzgeber trotz aller bereits bestehenden Einschränkungen einen zu weiten Anwendungsbereich des Gesetzes befürchtete, wurden mit der Construction Contracts (England and Wales) Exclusion Order 1998[634] weitere umfangreiche Ausnahmen begründet. In bezug auf die hier vorgenommene Untersuchung ist insbesondere Art. 4 der Exclusion Order relevant, nach der PFI Projekte vom Anwendungsbereich des HGCRA 1996 ausgenommen sind. Um als PFI Projekt im Sinne der Exclusion Order qualifiziert zu werden, müssen verschiedene Anforderungen erfüllt sein. Das Projekt muss ausdrücklich als PFI Projekt bezeichnet werden oder auf einer gleichartigen Grundlage basieren, die Vergütung muss in bezug auf den Betrieb oder die Nutzung der Anlage festgelegt sein und eine der Vertragsparteien muss die englische Regierung oder eine der in der Exclusion Order benannten öffentlichen Körperschaften sein.

Daneben werden durch Art. 5 der Exclusion Order Finanzvereinbarungen ausgenommen, zu denen insbesondere Versicherungsverträge, Kredit- und Darlehensvereinbarungen, die Bestellung von Sicherheiten – insbesondere die Übernahme von Bürgschaften – sowie sämtliche Verträge, die die Gründung oder Auflösung von Vereinigungen oder Gesellschaften zum Gegenstand haben, zählen. Dies ist insoweit im Industrieanlagenbau interessant, als hierdurch sowohl der gesamte Bereich der Projektfinanzierung als auch der Bereich der Joint Venture- und Konsortialvereinbarungen aus dem Anwendungsbereich des HGCRA 1996 herausgenommnen werden.

---

[634] SI 1998 No. 648.

bb. Die grundlegenden Vergütungsregelungen des HGCRA 1996 Part II

(1) Das Recht auf Abschlagszahlungen in s. 109

Durch den HGCRA 1996 wurden verschiedene neue Vergütungsregelungen in das englische Recht eingebracht, von denen einige nicht gänzlich unproblematisch sind. Zunächst wurde in s. 109 HGCRA ein gesetzlicher Anspruch auf Abschlagszahlungen eingebracht, der bei Verträgen mit einer Dauer von mehr 45 Tagen Abschlagszahlungen verbindlich macht. Das englische Recht kannte zwar eine solche Verankerung von Abschlagszahlungen bislang nicht.[635] Trotzdem hat das Baugewerbe die Notwendigkeit von Abschlagszahlungen schon seit langer Zeit erkannt und diese auf vertraglicher Basis eingeführt, wann und wo immer diese Regelungen notwendig waren. Insofern nimmt die gesetzliche Lösung ein großes Stück an Flexibilität, als sie Abschlagszahlungen für alle Verträge und alle hiermit im Zusammenhang stehenden Arbeiten verbindlich macht. Nichtsdestotrotz gibt das Gesetz etliche Umgehungsmöglichkeiten, da es insbesondere nur an die im Vertrag genannte Dauer von mindestens 45 Tagen anknüpft und hinsichtlich der Höhe und der Häufigkeit der Abschlagszahlungen keinerlei Vorgaben trifft. Auf der einen Seite können Parteien durch eine entsprechende Anpassung der vertraglichen Dauer – beispielsweise nominelle Verteilung von Arbeiten auf nicht mehr als 45 Tage, wenngleich diese in der tatsächlichen Ausführung deutlich länger benötigen, oder vice versa nominelle Verzögerung geringerer Arbeiten auf eine Zeitspanne von mehreren Monaten – die Verbindlichkeit von Abschlagszahlungen nach ihren Interessen steuern. Zum anderen kann die Höhe der Abschlagszahlungen frei festgesetzt werden, solange regelmäßige Zahlungen erfolgen, so dass z.B. 10% der Gesamtzahlung über Abschlagszahlungen und 90% über die Schlusszahlung verteilt werden. Möglicherweise war diese Unsicherheit maßgeblich mitverantwortlich für die späte Entscheidung des Gesetzgebers, PFI Projekte von der Anwendung des HGCRA 1996 auszunehmen. Gerade solche Projekte werden oft schlüsselfertig mit der Maßgabe gebaut, dass der private Bauunternehmer die gesamte Zwischenfinanzierung bis zur Fertigstellung des Gebäudes übernimmt und erst bei Übertragung der fertiggestellten Anlage eine Gesamtzahlung erhält. Hier hätten die Beteiligten sehr aufmerksam Sorge dafür tragen müssen, dass zumindest nominelle geringe Abschlagszahlungen vorgenommen werden, um der Regelung von s. 109 gerecht zu werden.

---

[635] Es gibt allerdings einen – wenngleich nicht sehr eindeutigen – Präzedenzfall, nach dem bei einem Bauvertrag von einer Vereinbarung von monatlichen Zahlungen ausgegangen werden kann, vgl. *DR Bradley (Cable Joining) v. Jefco Mechanical Services*, (1989) 6 CLD 7-21.

(2) Das grundsätzliche Verbot bedingender Zahlungsklauseln in s. 113

Neben weiteren grundlegenden Zahlungsregelungen, die durch den HGCRA 1996 eingeführt wurden, ist für die hier zentral diskutierte Materie der Verwendung bedingender Zahlungsklauseln in Subunternehmerverträgen jedoch das in s. 113 eingeführte grundsätzliche Verbot solcher Vereinbarungen von besonderer Relevanz. Bereits Latham hat sich in seinem Bericht weitestgehend für die Abschaffung bedingender Zahlungsklauseln ausgesprochen. Unterstützung erhielt er hierzu insbesondere von der Constructors Liaison Group (CLG) und der Confederation of Construction Specialists. Latham sprach sich für eine Beschränkung der Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln auf Insolvenzfälle und nur im Hinblick auf Forderungen benannter Subunternehmer aus, da diese naturgemäß eine stärkere Bindung an den Auftraggeber haben und daher auch Teile des Insolvenzrisikos übernehmen sollten.[636] Demgegenüber sprach sich der Construction Industry Employers Council (CIEC) für eine Beibehaltung der Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln aus.

Der englische Gesetzgeber folgte weitestgehend den Vorschlägen Lathams, nahm aber keine Beschränkung auf benannte Subunternehmer vor. Die nunmehr durch s. 113 (1) getroffene Regelung lautet wie folgt:

> „A provision making payment under a construction contract conditional on the payer receiving payment from a third person is ineffective, unless that third person, or any other person payment by whom is under the contract (directly or indirectly) a condition of payment by that third person, is insolvent."

Damit werden bedingende Zahlungsklauseln grundsätzlich für unzulässig erklärt. Eine Ausnahme wird lediglich gemacht, wenn die Nichtzahlung auf einer Insolvenz des Auftraggebers beruht. Was im einzelnen unter „insolvent" im Sinne von s. 113 (1) zu verstehen ist, wird dezidiert in s. 113 (2) ausgeführt. Die Insolvenz wird dort sehr extensiv definiert und umfasst alle formalen Insolvenzfälle im Sinne des englischen Insolvenzrechts.[637] Für den Bereich des internationalen Anlagenbaus ist darüber hinaus erwähnenswert, dass – im Gegensatz zum Anwendungsbereich des Gesetzes – die Insolvenz auch außerhalb des Geltungsbereiches eintreten kann. Gem. s. 113 (5) wird ein Unternehmern nämlich auch dann als insolvent im Sinne von s. 113 (1) behandelt, wenn ein den Regelungen der Absätze (2) bis

---

[636] *Latham*, Constructing the Team, 5.11.

[637] Erfasst werden die formellen Insolvenzfälle nach dem Insolvency Act 1986 für companies (s. 113 (2)), partnerships (s. 113 (3)) und individuals (s. 113 (4)), soweit ihnen diese Möglichkeiten nach der Rechtsordnung zuerkannt werden, d.h. administration order, appointment of an administrative receiver, receiver or manager, resolution for voluntary winding-up without a declaration of solvency, winding-up order, sequestration, bankruptcy etc.

(4) entsprechender Insolvenzfall einer Rechtsordnung außerhalb des Vereinigten Königreiches eintritt.

Nach dem Wortlaut der Vorschrift sind die dort gefundenen Regelungen nicht disponibel[638], so dass bei Verwendung einer bedingenden Zahlungsklausel stets auf den Bezug zur Insolvenz geachtet werden muss. Auch die Formulierung in s. 113 (1) lässt allerdings etliche Unklarheiten erkennen[639], die auch weiterhin erhebliche Rechtsunsicherheiten in diesem Bereich verursachen werden.

Zunächst war in der Formulierung des ursprünglichen Gesetzesentwurfes noch vorgesehen, die bedingenden Zahlungsklauseln für nichtig („void“) zu erklären. Dies hätte jedoch zu konzeptionellen Schwierigkeiten geführt, da für den Fall der Insolvenz ein Ausnahmetatbestand geschaffen wurde, dessen Eintritt aber erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen kann. Bei Annahme der Nichtigkeit würde die entsprechende Klausel nie wirksam entstehen. Wenn zu einem späteren Zeitpunkt allerdings eine Insolvenz eintritt, müsste der Klausel dennoch Wirkung verschafft werden. Dies wäre bei Annahme der Nichtigkeit dogmatisch kaum möglich. Bei Nichtigkeit läge also bis zum Eintritt der Insolvenz keine wirksame Klausel vor. Ein Subunternehmer könnte in diesem Fall legitim vorbringen (und vor englischen Gerichten wahrscheinlich auch durchsetzen), dass ihm daher für die Arbeiten, die bis zum Eintritt der Insolvenz des Auftraggebers verrichtet wurden, ein *quantum meruit* zusteht, da diese Arbeiten frei von irgendwelchen Bedingungen erbracht wurden.

Wenngleich die Beweggründe des Gesetzgebers nicht eindeutig bekannt sind, wurde die Formulierung „void“ dementsprechend in der verabschiedeten und in Kraft getretenen Version des HGCRA 1996 s. 113 (1) durch die Formulierung „ineffective“ ersetzt. Nach dem Sinn der Vorschrift soll damit die gleiche Unwirksamkeit, wie im Falle der Nichtigkeit erzielt werden. Da es sich hierbei – im Gegensatz zu „void“ – jedoch um einen bislang unbestimmten Rechtsbegriff handelt[640], wird abzuwarten sein, ob die englischen Gerichte die rechtliche Wirkung beider Begriffe wirklich gleich bewerten oder aufgrund der sprachlichen Differenzierung auch eine rechtliche Unterscheidung vornehmen.

Eine weitere sprachliche Unklarheit ergibt sich aus der Tatsache, dass s. 113 (1) zwar nicht direkt von „pay-when-paid“ oder „contingency payment“ spricht, sich jedoch eindeutig auf „Zahlungen“ einer dritten Person als Bedingung bezieht. Danach ist zu vermuten, dass andere Bedingungen weiterhin zulässig sind. Sehr verbreitet sind beispielsweise Klauseln, die die

---

[638] *Cornes*, [1998] 3 ICLR 350.

[639] Die Regelung in s. 113 wurde daher in der Literatur bereits als *penumbra obscura* bezeichnet, siehe *Blackler*, [1998] 14 Building 28.

[640] vgl. Estates Gazette vom 15. November 1997, Issue 9746, S. 151.

Bezahlung des Subunternehmers von einer Bescheinigung des Architekten oder des Ingenieurs abhängig machen, sogenanntes pay-when-certified.[641] Hierdurch ergäbe sich zumindest theoretisch die Möglichkeit, durch entsprechende Ausgestaltung der Anforderungen an die Bescheinigung die Regelung in s. 113 (1) hinsichtlich des Zahlungserfordernisses zu umgehen. Zu denken ist beispielsweise an das Erfordernis von Bescheinigungen, die neben der Bewertung der erbrachten Bauleistung als vertragsgemäß auch den Eingang der hierfür geschuldeten Zahlungen beim Generalunternehmer ausweisen. Wie englische Gerichte diese pay-when-certified Klauseln vor diesem Hintergrund in Zukunft bewerten, bleibt ebenfalls abzuwarten.[642]

Zu guter Letzt ist die Beschränkung der Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln auf formelle Insolvenzfälle bedauerlich und in ihren potentiellen praktischen Auswirkungen unglücklich. Wie die Regelungen in s. 113 (2) bis (4) deutlich machen, sind informelle Insolvenzfälle und Rettungsversuche durch freiwillige Vereinbarungen mit den Gläubigern usw. nicht erfasst. Sie können dementsprechend keine Zulässigkeit einer bedingenden Zahlungsklausel bewirken. Soweit also der Auftraggeber unter Insolvenzverwaltung gestellt wird, wäre der Generalunternehmer durch eine vereinbarte bedingende Zahlungsklausel geschützt und keinen Ansprüchen seiner Subunternehmer ausgesetzt. Ziel einer solchen Insolvenzverwaltung könnte es beispielsweise sein, eine freiwillige Vereinbarung mit den Gläubigern, z.B. in Form eines Zahlungsaufschubs, zu fördern. Dies hätte zur Folge, dass mit dem Treffen einer solchen Vereinbarung die Insolvenzverwaltung als erfolgreich beendet wird und damit der Schutz des Generalunternehmers entfällt. Es ist daher mehr als fraglich, warum ein Generalunternehmer als Gläubiger des Auftraggebers einer solchen Vereinbarung unter den gegebenen Umständen zustimmen sollte. Durch Beschränkung des Wortlauts von s. 113 auf formelle Insolvenzfälle wird daher im Ergebnis die Insolvenzbereitschaft indirekt gestärkt, was jedoch kaum im Sinne einer effektiven Belebung des Baugewerbes sein kann.[643]

Ebenso unklar ist, wie im Falle der Auftraggeberinsolvenz mit den erzielten Quoten des Generalunternehmers zu verfahren ist. Die Regelung in s. 113 lässt nicht erkennen, ob die ausstehenden Ansprüche des Subunternehmers hiervon zumindest teilweise zu befriedigen sind, oder ob die Wirksamkeit der bedingenden Zahlungsklausel einen absoluten Schutz des Generalunternehmers vor Zahlung bewirkt.

---

[641] vgl. hierzu insbesondere die Entscheidung in *Dunlop & Ranken v. Hendall Steel Structures*, [1957] 1 W.L.R. 1102.

[642] In der Literatur ist bereits ein heftiger Streit um die Zulässigkeit solcher Klauseln unter s. 113 (1) HGCRA entstanden, vgl. *Price* / *Klein*, [1998] 31 Building 34.

[643] vgl. hierzu auch *Davis*, S. 69; *Blackler*, [1998] 14 Building 28.

Da die Regelungen erst 1998 in Kraft getreten sind und daher bislang nur wenig Rechtsprechung hervorgebracht haben, bleibt abzuwarten, wie die Antworten der englischen Gerichte auf diese Unsicherheiten in der Anwendung des HGCRA 1996 ausfallen werden.

(3) Die alternativen Regelungen des Scheme for Construction Contracts

Der Verstoß gegen die Regelungen des HGCRA hat allerdings nicht unmittelbar die Unwirksamkeit der entsprechenden Vereinbarung oder gar des gesamten Vertrages zur Folge. Dies wird insbesondere durch die Regelung in s. 113 (6) deutlich. Soweit eine bedingende Zahlungsklausel gegen s. 113 (1) verstößt und damit als „ineffective" zu betrachten ist, wird den Parteien zunächst die Möglichkeit gegeben, die hierdurch entstandene Lücke durch eigene Regelungen zu schließen. Sofern dies nicht erfolgreich geschieht, treten die Regelungen des Scheme for Construction Contracts[644] an die Stelle der vertraglichen Vereinbarungen. Bereits Latham hatte die Regierung aufgefordert, als größter Auftraggeber des Baugewerbes eigene Vertragsbedingungen im Sinne eines „Code of best practice" zu entwerfen und diesen in Vertragsverhandlungen zugrunde zu legen.[645] Dementsprechend sieht s. 114 HGCRA 1996 vor, dass der zuständige Minister nach entsprechender Beratung über die zu regelnden Punkte ein Scheme for Construction Contracts entwerfen und in der Form eines Statutory Instruments mit der Zustimmung des Parlaments etablieren soll. Auf der Grundlage dieser Handlungskompetenz wurde mit dem Statutory Instrument Nr. 649 mit Wirkung vom 1. Mai 1998 ein solches Scheme for Construction Contracts geschaffen. Bezüglich der Zahlungsvereinbarungen sieht Regulation 3 dieses Schemes vor, dass in Fällen, in denen die Parteien eines Bauvertrages keine Einigung hinsichtlich der Regelungen in ss. 109, 111 oder 113 HGCRA 1996 treffen können[646] oder der Bauvertrag keine Regelung im Sinne von s. 110 des HGCRA 1996 trifft[647], die entsprechenden Regelungen des Schemes an diese Stelle treten.[648] Hierbei ist insbesondere zu beachten, dass dort weder eine allgemeine noch eine auf Insolvenzfälle beschränkte bedingende Zahlungsregelung im Sinne von s. 113 enthalten ist.

II. Building and Construction Industry Security of Payment Act 1999 (NSW)

Neben den umfangreichen Regelungen des Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 wurden auch in Australien, z.B. im Bundesstaat New South Wales, mit dem

---

[644] SI 1998 No. 649.

[645] *Latham*, Constructing the Team, 1.17, 3.14.

[646] Reg. 3 (a) der Scheme for Construction Contracts (England and Wales) Regulations 1998.

[647] Reg. 3 (b) der Scheme for Construction Contracts (England and Wales) Regulations 1998.

[648] Die entsprechenden Zahlungsregelungen finden sich in Part II des Schedules zu den Scheme for Construction Contracts (England and Wales) Regulations 1998.

Building and Construction Industry Security of Payment Act 1999 (NSW)[649] Neuregelungen zur Beseitigung von Missständen im Bausektor geschaffen.[650] Das Gesetz trat zum 26. März 2000 in Kraft und konzentriert sich ebenso wie Teil 2 des HGCRA im wesentlichen auf die Bereiche „Payment" und „Adjudication". Damit soll zum einen ein gesetzlicher Anspruch auf zügige Zahlung für geleistete Arbeit und zum anderen ein prozessuales System zur Sicherung und schnellen Durchsetzung der so erworbenen Ansprüche geschaffen werden.[651]

Das Gesetz schneidet tief in die Vertragsfreiheit der an Bauverträgen beteiligten Personen ein. Um nicht durch Vereinbarungen der Vertragspartner ausgehöhlt zu werden und die Effektivität der getroffenen Vorschriften zu gewährleisten, sind die Regelungen des BCISPA 1999 in s. 34 ausdrücklich für unabdingbar erklärt worden. Sie sind damit zwingend hinsichtlich aller Bauverträge verbindlich, die in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fallen.

1. Die zentralen Zahlungsregelungen des BCISPA 1999

Der BCISPA geht in seinen Zahlungsregelungen deutlich weiter als der HGCRA. Er etabliert ebenfalls einen gesetzlichen Anspruch auf Abschlagszahlungen in Bauverträgen. Anders als im HGCRA 1996 orientieren sich die Zahlungen jedoch am jeweiligen Baufortschritt und sind damit deutlich weitgehender der direkten Einflussnahme der Parteien entzogen. Soweit die Parteien nicht bereits selber in ihrem Vertrag einen Anspruch auf Abschlagszahlungen vereinbart haben, gibt s. 8 jedem Bauunternehmer und Zulieferer einen gesetzlichen Anspruch auf Bezahlung nach Baufortschritt. Gem. s. 8 (2) BCISPA sollen die Fortschrittszahlungen mangels anderweitiger vertraglicher Vereinbarung im Abstand von 4 Wochen gewährt werden. Fälligkeit tritt gem. s. 11 BCISPA mangels abweichender Vereinbarung zwei Wochen nach Eingang eines Zahlungsanspruchs („payment claim") ein. Die Höhe der jeweiligen Abschlagszahlung soll sich gem. s. 9 (a) BCISPA nach den

---

[649] vgl. Anhang N; Für einen Überblick über die wesentlichen Regelungen vgl. *Lithgow*, (1999) 37 (11) LSJ 38 ff.; *Davenport*, (2000) 38 (2) LSJ 46 ff.; *Dawson*, Building and Construction Industry Security of Payment Act 1999 (NSW), 17 ICLR (2000), S. 611 ff.

[650] Daneben ist am 14.05.2002 im Bundesstaat Victoria der Building and Construction Industry Security of Payment Act 2002 verabschiedet worden, der inhaltlich weitestgehend wortidentisch mit dem BCISPA 1999 (NSW). Weitere Gesetzgebung ist in den Bundesstaaten Western Australia mit der Construction Industry Payments Bill 2002 sowie in Queensland in Form der Building and Construction Industry Payments Bill 2003 auf den Weg gebracht worden. Angesichts der weitgehenden inhaltlichen Identität der Regelungen wird eine kurze Darstellung lediglich am Beispiel des BCISPA 1999 (NSW) erfolgen und auf die Wiedergabe der weiteren erwähnten Gesetze bzw. Gesetzesentwürfe verzichtet.

[651] *Dawson*, a.a.O., S. 611.

vertraglichen Vereinbarungen der Parteien und in Ermangelung solcher expliziter Vereinbarungen gem. s. 9 (b) BCISPA nach den tatsächlich ausgeführten Arbeiten auf der Grundlage ihres vertraglich angegebenen Wertes bemessen.

Über das Recht auf Abschlagszahlungen hinaus erklärt der BCISPA die Vereinbarung bedingender Zahlungsklauseln für unzulässig. In s. 12 findet sich eine entsprechende Vorschrift, die den Effekt bedingender Zahlungsklauseln unter dem BCISPA wie folgt beschreibt:

> "(1) A pay when paid provision of a construction contract has no effect in relation to any payment for construction work carried out (or for related goods and services supplied) under the contract.
>
> (2) In this section:
> […]
> pay when paid provision of a construction contract means a provision of the contract:
>
> (a) that makes the liability of one party (the first party) to pay money owing to another party (the second party) contingent on payment to the first party by a further party (the third party) of the whole or any part of that money, or
> (b) that makes the due date for payment of money owing by the first party to the second party dependent on the date on which payment of the whole or any part of that money is made to the first party by the third party.
> […]"[652]

Damit geht die Regelung deutlich weiter als die entsprechenden Regelungen des HGCRA 1996 zu bedingenden Zahlungsklauseln. Zum einen wird keine Ausnahme hinsichtlich der Insolvenz des Auftraggebers gemacht. Bedingende Zahlungsklauseln sind nach s. 12 BCISPA daher auch in solchen Fällen unwirksam. Zum anderen fällt auf, dass s. 12 (2) keine Unterscheidung mehr hinsichtlich des von den Parteien beabsichtigten Zwecks trifft, wie er noch in der Rechtsprechung regelmäßig anerkannt wurde. Die Formulierung in s. 12 (2) (a) bezieht sich auf das Verbot echter Bedingungen im Sinne einer *pay-if-paid* Klausel, während s. 12 (2) (b) BCISPA ganz deutlich auch die Fälligkeitsregelungen im Sinne einer *pay-when-paid* Klausel erfasst. Damit ist in Abkehrung von der bisherigen Rechtsprechung, die zumindest Fälligkeitsregelungen bislang zugelassen hat, ein Verbot sämtlicher bedingender Zahlungsklauseln in Bauverträgen durchgesetzt worden.

---

[652] Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle zumindest angemerkt, dass sich in s. 13 des BCISPA 2002 (Victoria) eine Regelung findet, die nahezu wortidentisch mit dieser Vorschrift ist. Anzumerken ist insofern auch, dass nach s. 48 BCISPA 2002 (Victoria) eine vertragliche Abweichung von den Regelungen des Gesetzes ausdrücklich für unwirksam erklärt wird.

2. Der Anwendungsbereich des BCISPA 1999

Wenngleich diese Regelungen sehr weit gehen, ergeben sich doch Einschränkungen im Anwendungsbereich des Gesetzes. Zwar bezieht das Gesetz gem. s. 7 (1) neben reinen Bauverträgen auch die mit entsprechenden Bauprojekten im Zusammenhang stehenden Zulieferungs-, Dienstleistungs- und Arbeitsverträge in den Anwendungsbereich mit ein, und zwar – im Gegensatz zum HGCRA 1996, der sich nur auf schriftliche Vereinbarungen bezieht[653] –, sowohl schriftliche als auch mündliche Verträge. Damit ist auch der gesamte planerische Bereich der Architekten- und Ingenieursleistungen bis hin zur Innenarchitektur und Landschaftsgestaltung vom Anwendungsbereich des BCISPA umfasst. Explizite Ausnahmen vom Anwendungsbereich werden jedoch in s. 7 (2) bis (5) gemacht. Danach werden insbesondere Bauverträge ausgenommen, die Teil einer bestimmten Finanzierungsvereinbarung (Kredit, Garantie, Versicherung etc.) sind.. Außerdem werden gem. s. 7 (2) (c) BCISPA solche Bauverträge nicht erfasst, bei denen die Gegenleistung nicht in bezug zum wirtschaftlichen Wert der geleisteten Arbeiten oder dem Wert der gelieferten Güter oder Dienstleistungen bestimmt wird. Hiervon sind in erster Linie besondere Finanzierungsformen, wie BOT, BOOT etc. betroffen, bei denen Konzessionsvereinbarungen, Betriebserlöse usw. in die gegenseitigen Ansprüche einbezogen werden.

In räumlicher Hinsicht ergeben sich Besonderheiten, die wiederum für den internationalen Baubereich interessant sind. Der Anwendungsbereich des BCISPA ist gem. s. 7 (4) auf Bauprojekte innerhalb New South Wales beschränkt. Soweit dort Bauarbeiten unter einem Bauvertrag ausgeführt werden, ist die Anwendung des Gesetzes jedoch gem. s. 7 (1) zwingend. Das bedeutet, dass der BCISPA 1999 auch dann Anwendung findet, wenn der Bauvertrag außerhalb dieses Territoriums geschlossen und einer fremden Rechtsordnung unterstellt wird, solange die geschuldeten Bauleistungen in New South Wales erbracht werden.[654]

III. Unfair Contract Terms Act 1977

Vereinzelt ist in der juristischen Literatur vorgeschlagen worden, bedingende Zahlungsklauseln auch an den Anforderungen des Unfair Contract Terms Act 1977 (UCTA 1977) zu messen.[655] Dies ist insbesondere dann angezeigt, wenn der Generalunternehmer eine bedingende Zahlungsklausel in seinen eigenen vorformulierten Standardbedingungen

---

[653] vgl. s. 107 (1) HGCRA 1996.

[654] *Dawson*, Building and Construction Industry Security of Payment Act 1999 (NSW), 17 ICLR (2000), S. 615.

[655] *Murdoch* / *Hughes*, S. 294; *Hevey*, (1995) 11 Constr. L.J., S. 82; *Keating*, S. 323.

durchsetzen will. Gem. s. 3 (1) UCTA 1977 ist mit der Verwendung eigener Standardbedingungen der Anwendungsbereich des UCTA 1977 eröffnet.[656] Hierauf aufbauend trifft s. 3 (2) (b) folgende Regelung:

> „(2) As against that party, the other cannot by reference to any contract term —
> […]
> (b) claim to be entitled —
> (i) to render a contractual performance substantially different from that which was reasonably expected of him; or
> (ii) in respect of the whole or any part of his contractual obligation, to render no performance at all, except in so far as (in any of the cases mentioned in this subsection) the contract term satisfies the requirement of reasonableness."

Diese Formulierung würde grundsätzlich auch bedingende Zahlungsklauseln erfassen. Soweit man eine bedingende Zahlungsklausel als reine Fälligkeitsregelung auslegen würde, wäre hierdurch möglicherweise die Anforderung in subsection (b) (i) erfüllt, da dann die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung eine substantielle Änderung erfahren würde. Soweit man eine bedingende Zahlungsklausel als echte Bedingung ansehen würde, wäre überhaupt kein Erfüllungsanspruch gegeben, so dass insofern subsection (b) (ii) in Betracht käme.

Sofern man dieser Ansicht folgt, würde die Zulässigkeit der Klausel von ihrer Angemessenheit[657] abhängen. Bislang hat sich kein englisches Gericht mit dieser Fragestellung auseinandergesetzt, so dass nicht geklärt ist, ob bedingende Zahlungsklauseln in der Tat gegen s. 3 UCTA 1977 verstoßen. Anders als beim AGB-Recht in der deutschen Rechtsordnung würde eine Beurteilung sicherlich weitaus weniger pauschal erfolgen, sondern würde in jedem Einzelfall eine Untersuchung des geschäftlichen Verständnisses des Subunternehmers umfassen, so dass nur bei einem eindeutigen Missverhältnis zu Lasten des Subunternehmers eine Unangemessenheit anzunehmen wäre, wogegen eine Verwendung gegenüber einem geschäftserfahrenen Subunternehmer wohl im Rahmen des nach s. 3 UCTA 1977 Angemessenen läge. Darüber hinaus ist auch nicht klar, ob ein Gericht, das die Unwirksamkeit einer bedingenden Zahlungsklausel unter bestimmten Umständen, beispielsweise bei eigener Vertragstreue des Generalunternehmers, feststellt, hiermit gleichzeitig die gesamte Unwirksamkeit der Klausel bejahen würde oder ihre Unzulässigkeit auf diese bestimmten Umstände beschränken würde. Auch hier bleibt abzuwarten, wie sich die englischen Gerichte zu diesen Fragen in der Zukunft äußern werden.[658]

---

[656] Siehe hierzu auch *McCrone v. Boots Farm Sales Ltd*., 1981 S.L.T. 103.

[657] Für einen Überblick über die grundlegenden Anforderungen der englischen Rechtsprechung an den sog. "test of reasonableness" siehe *Adams* / *Brownsword*, 104 L.Q.R. (1988), S. 94.

[658] Im Zusammenhang des internationalen Anlagenbaus ist hier außerdem darauf hinzuweisen, dass gem. s. 26 UCTA 1977 eine Anwendung auf solche Verträge ausgeschlossen ist, die als internationale Zulieferverträge

D. Zusammenfassung

Ebenso wie die amerikanischen Gerichte legen englische Gerichte ihr Augenmerk bei der Beurteilung bedingender Zahlungsklauseln in erster Linie auf die Klarheit und Eindeutigkeit des vertraglichen Wortlauts. Sofern die Formulierung des parteilichen Willens den so gestellten Anforderungen gerecht wird, kann unterstellt werden, dass eine bedingende Zahlungsklausel von der englischen Rechtsprechung auch als echte Bedingung anerkannt wird. Unklarheiten werden dagegen regelmäßig gegen den Verwender ausgelegt und resultieren in aller Regel in einer Auslegung als Fälligkeitsregelung.

Mit dem Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 Part II hat der englische Gesetzgeber auf der Grundlage des Latham Reports grundlegende gesetzliche Regelungen geschaffen, um die rechtliche Stellung der unmittelbaren Baubeteiligten insbesondere im Hinblick auf die Erlangung und Durchsetzung von Zahlungen zu stärken. Bedingende Zahlungsklauseln werden durch dieses Gesetz für grundsätzlich unzulässig erklärt, es sei denn, sie beziehen sich auf die Insolvenz des zur Zahlung verpflichteten Dritten.

In den meisten Commonwealth Staaten ist die Beurteilung durch die Rechtsprechung ähnlich. Während allerdings in asiatischen Ländern eine höhere Bereitschaft zu beobachten ist, bedingenden Zahlungsklauseln die Wirkung einer Bedingung zuzuerkennen, sind australische und neuseeländische Gerichte eher geneigt, bedingende Zahlungsklauseln als Fälligkeitsregelungen zu betrachten. Diese kritische Haltung wurde noch gestärkt durch den Building and Construction Industry Security of Payment Act 1999, den der Gesetzgeber des australischen Bundesstaates New South Wales kürzlich erlassen hat. Hierdurch werden bedingende Zahlungsklauseln insgesamt für unzulässig erklärt, unabhängig davon, ob sie als echte Bedingung oder als Fälligkeitsregelung formuliert wurden.

Während der Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 deutlich stärker den im Latham Report herausgestellten Aspekt des Teamworks und der Kooperation der Parteien im Blick hatte und dementsprechend den Parteien einen breiten Spielraum in der Ausgestaltung der neuen Regelungen belässt, schafft der Building and Construction Industry Security of Payment Act 1999 mit seinen rigideren Vorschriften und stärkeren Zwängen eine deutlich höhere Verbindlichkeit.

Beide Gesetze weisen damit interessante und positive Ansätze auf, die gerade im Hinblick auf die Förderung moderner Vertragsstrukturen notwendig sind.

(„International Supply Contracts“) zu qualifizieren sind. Dies könnte insbesondere im Hinblick auf Subunternehmerleistungen relevant sein, die off-shore in den Produktionsstätten des Subunternehmers gefertigt werden und vor Ort lediglich in die Anlage integriert werden.

Eine erst kürzlich ergangene und sehr lesenswerte Entscheidung fasst zum ersten Mal die wichtigsten Aspekte bedingender Zahlungsklauseln vor dem Hintergrund der neuen Regelunge des HGCRA 1996 zusammen. In ***Durabella Ltd. v. J. Jarvis & Sons Ltd***.[659] hatte sich *Jarvis* als Generalunternehmer zum Bau des Limehouse-Komplexes am Old Sun Wharf in London verpflichtet. Auftraggeber war Galliard Homes Ltd. *Jarvis* verpflichtete *Durabella* als Subunternehmer für das Verlegen von Parkett in 36 Wohnungen des Gebäudekomplexes für einen Gesamtpreis von £ 70.951,14. Die dem Subunternehmervertrag auf Veranlassung des Generalunternehmers *Jarvis* zugrunde gelegten Standardbedingungen enthielten in Klausel 4 eine bedingende Zahlungsklausel mit dem folgenden Wortlaut:

> „Our liability for payment to you is limited to such amounts as we ourselves actually receive from the employer in respect of your works under this order."[660]

Aufgrund verschiedener Probleme zwischen *Jarvis* und Galliard, die insbesondere aus der mangelhaften Erbringung einer Vielzahl von Bauleistungen herrührten, kündigte Galliard den Vertrag. Auch die Leistungen des Subunternehmers *Durabella* waren dabei teilweise als mangelhaft eingestuft worden, sie waren jedoch nicht der Grund für die Kümdigung. *Jarvis* klagte gegen Galliard auf Zahlung und brachte dabei unter anderem vor, die Parkettarbeiten seien nicht mangelhaft gewesen. In einem Vergleich akzeptierte *Jarvis* eine Schlusszahlung von £ 550.000,00, setzte jedoch durch, dass im Vergleichstext unter Ziffer 2 (b) (i) vermerkt wurde, dass hierin keine Zahlungen für die von *Durabella* erbrachten Bauleistungen enthalten seien.

Judge Lloyd entschied, dass *Jarvis* sich vor diesem Hintergrund nicht auf die bedingende Zahlungsklausel berufen konnte. Zwar wurde die Anwendung von s. 3 (2) UCTA nicht zwingend befürwortet, da Durabella alleine aufgrund des – wenn auch erfolglosen – Stellens eigener Vertragsbedingungen nach Auffassung des Gerichts deutlich gemacht hatte, dass man über eine gleiche Verhandlungsmacht verfügte.[661] Nichtsdestotrotz bestimme aber auch das Common Law, dass eine Vertragspartei sich nicht zu ihrem Vorteil auf ihre eigene Vertragsuntreue berufen könne. Hier habe *Jarvis* durch eigenes Fehlverhalten dem Subunternehmer die Möglichkeit genommen, die vertraglich geschuldeten Leistungen in vollem Umfang zu erbringen bzw. hierfür die geschuldete Vergütung zu erlangen. Zum

---

[659] Das Urteil von Judge Humphrey Lloyd, QC, Case 1998 ORB 33, Urteil vom 19.09.2001, wurde auf Antrag der Parteien nur teilweise zur Veröffentlichung vorgesehen. Eine Publikation ist zwischenzeitlich in 83 Con LR 145 erfolgt. Die Zitierung erfolgte anhand der Fassung, wie sie den Parteien verkündet wurde und wie sie dem Verfasser vorlag.; vgl. zu der Entscheidung auch die Anmerkungen von *Button*, CSM 2 (2002), S. 32.

[660] Nr. 3 des Urteilstextes.

[661] Nr. 16, 17 des Urteilstextes.

anderen sei eine bedingende Zahlungsklausel – unabhängig von einem bestimmten Fehlverhalten – nur dann wirksam, wenn der zahlungsauslösende Mechanismus überhaupt in der Lage ist, den beabsichtigten Bedingungseintritt herbeizuführen. Sobald dieser Zahlungsmechanismus z.B. durch Kündigung entfällt, hebt dies gleichermaßen die Wirksamkeit der Klausel auf.

Über diese fallspezifischen Gründe hinaus macht Judge Lloyd jedoch überaus deutlich, dass dies nicht eine generell Unzulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln bedeute, sondern dass vielmehr gewichtige Gründe für die begrenzte Zulässigkeit solcher Klauseln bestünden. Er nennt zunächst zwei Gründe für die berechtigte Verwendung bedingender Zahlungsklauseln.[662] Zum einen entlasteten sie den Generalunternehmer von seiner Zahlungsverpflichtung, solange er seinerseits keine Zahlungen erhalten habe. Zum anderen strebten sie eine proportionale Verteilung des Insolvenzrisikos an. Insbesondere vor dem Hintergrund von s. 113 (1) HGCRA 1996 sei es kaum möglich, anzunehmen, dass solche Klauseln im gesamten Bereich des Baugewerbes als unangemessen angesehen würden. Wäre dies der Fall, so hätte der Gesetzgeber dem Rechnung getragen. Durch das Fehlen einer allgemeinen Unwirksamkeit sei sehr stark zu vermuten, dass bedingende Zahlungsklauseln in bestimmten Bereichen eine angemessene und faire Verteilung typischer Risiken darstellen. Da darüber hinaus in s. 113 (1) HGCRA eine explizite Ausnahme hinsichtlich der Insolvenz des Auftraggebers geschaffen wurde, sei auch insofern deutlich zum Ausdruck gekommen, dass eine solche Regelung angemessen sei, da der Generalunternehmer zum einen nicht der Bürge für die Solvenz des Auftraggebers sei und zum anderen das Risiko des Zahlungsausfalls legitim unter den Parteien aufgeteilt werden könne. Die Ausübung der Vertragsfreiheit in dieser Hinsicht sei legitim und in keinem Fall unangemessen.[663]

[662] Nr. 19 des Urteilstextes.

[663] Nr. 21 des Urteilstextes.

V. Kapitel: Vergleich der Regelungsvorschriften der unterschiedlichen Rechtssysteme

A. Vergleichbarkeit der Regelungsansätze

Die Subunternehmervergütung im Bauwesen bereitet offenkundig in allen der dargestellten Rechtssysteme erhebliche Probleme. Dies hat gerade in jüngster Zeit sowohl in Deutschland wie auch in England und den USA zu verstärkten Bestrebungen der jeweiligen Gesetzgeber geführt, die dort vorherrschenden Missstände durch gesetzliche Regelungen zu minimieren. Die Zielsetzungen sind dabei nahezu identisch, da sie allesamt eine schnellere und unverzügliche Zahlung an die Beteiligten zu gewährleisten versuchen. Dennoch sind die Ansätze, um diese Beschleunigung zu erreichen, höchst unterschiedlich. Während in Deutschland und England umfangreiche Regelungen getroffen wurden, die die jeweiligen Zahlungsmechanismen direkt betreffen, beschränkte sich der amerikanische Gesetzgeber bislang weitestgehend auf die Schaffung fördernder Rahmenbedingungen.

Die gefundenen Lösungen stützen sich in aller Regel auf Besonderheiten des jeweiligen Baurechts und stellen insofern sehr systemspezifische nationale Lösungen dar. Nichtsdestotrotz ist eine übergeordnete Betrachtung der Regelungsansätze insbesondere im Anlagenbau geboten, da dieser aufgrund seiner stärkeren Internationalität und seines grenzüberschreitenden Charakters über solche nationalen Besonderheiten nicht verfügt, sondern sich vielmehr durch eine Vermengung der unterschiedlichsten Merkmale auszeichnet. Insbesondere durch die vermehrte Verwendung international etablierter Standardbedingungen wie z.B. der FIDIC-Bedingungen ist eine eigene Rechtsordnung geschaffen worden, die weitestgehend auf der Gewährleistung der Vertragsfreiheit beruht und damit zu einem nicht unerheblichen Maße von ihr abhängt. Da diese Strukturen keine gemeinsame Basis in einer speziellen Rechtsordnung finden und ein kodifiziertes internationales Recht des Anlagenbaus bislang nicht existiert, ist eine übergeordnete Betrachtung der relevanten Vergütungsregelungen in den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen nicht nur konstruktiv sinnvoll, sondern geradezu geboten, um auch in Zukunft den Erfordernissen des Bauwesens in diesem Bereich gerecht zu werden.

I. Die Ansätze der Subunternehmervergütung im Vergleich

Alle untersuchten Rechtsordnungen gehen grundsätzlich von einer Trennung der Vertragsverhältnisse zwischen Auftraggeber und Generalunternehmer einerseits und Generalunternehmer und Subunternehmer andererseits aus. Diese Beobachtung ist letztlich deswegen so bedeutsam, als hierdurch nicht nur die hauptsächliche Problematik bedingender

Zahlungsklauseln einen gemeinsamen Ausgangspunkt findet, sondern auch ihre Bewältigung zumindest dem Grundsatz nach auf gleicher Basis erfolgen kann.

Die Vergütung der Subunternehmer richtet sich in allen drei Rechtsordnungen in erster Linie nach den vertraglichen Vereinbarungen. Die in Deutschland gebräuchlichen Vertragstypen des Einheitspreisvertrages, des Pauschalpreisvertrages und des Selbstkostenerstattungsvertrages finden dabei in den anglo-amerikanischen Rechtsordnungen ihre jeweiligen Entsprechungen im remeasurement contract, im lump sum contract und im cost-reimbursable contract. Während in Deutschland insbesondere die VOB/B-Regelung immer noch vom Einheitspreisvertrag ausgeht, hat sich gerade im Bereich des internationalen Anlagenbaus auf der Basis der englischen und der amerikanischen Rechtsordnung der lump sum contract immer stärker durchgesetzt.

Hinsichtlich der Vergütungsmechanismen haben gerade die letzten Jahre erhebliche Veränderungen in allen drei Rechtsordnungen gebracht. Die veränderten Rahmenbedingungen des Baugewerbes in den achtziger Jahren haben weltweit Missstände offenbart, die ein regulierendes Eingreifen durch den jeweiligen Gesetzgeber notwendig machten. Vorreiter waren hier die USA, die bereits 1982 mit dem Prompt Payment Act erste Neuorientierungen versuchten. Die insgesamt in den untersuchten Rechtsordnungen gefundenen Regelungen machen jedoch gleichermaßen deutlich, welches unterschiedliche Maß des gesetzgeberischen Eingreifens jeweils für erforderlich erachtet wurde.

Die deutschen Neuregelungen durch das Beschleunigungsgesetz und das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz haben direkt in die Vergütungsmechanismen eingegriffen und hier teilweise grundlegende Ergänzungen vorgenommen. Insbesondere die deutsche Besonderheit des Abnahmeerfordernisses machte Änderungen der alten Regelung notwendig, um eine größere Flexibilität unter den Beteiligten zu ermöglichen. Herauszugreifen ist in diesem Zusammenhang die Einführung der Fertigstellungsbescheinigung nach § 641a BGB, durch die sich das deutsche Vergütungssystem der international gebräuchlichen englischen Regelung angepasst hat. Gerade das englische System und die hierauf basierenden Standardverträge machen die Vergütung des Subunternehmers regelmäßig von verschiedenen Mitwirkungen abhängig, wie z.B. der Anmeldung des Vergütungsanspruches. Auf dieser Basis zertifiziert ein unabhängiger Dritter in der Form des Engineers die Fertigstellung einzelner Gewerke oder Teile davon und ersetzt somit die nach deutschem Recht erforderliche Abnahme zwischen den Parteien. Dieses System ist sowohl in England als auch in den USA gebräuchlich und damit auch international sehr verbreitet, da die Rechtswahlklauseln internationaler Anlagenverträge überaus häufig auf diese Rechtsordnungen verweisen.

Allen Reformbestrebungen gemeinsam war die Etablierung eines kodifizierten Anspruches auf Abschlagszahlungen. Infolge dieser Regelungen wurde nunmehr auch durch die verschiedenen Gesetzgeber der Bedeutung des cash flows in der Bauindustrie Rechnung getragen, indem die Höhe der Schlusszahlung reduziert und durch die Einführung von Abschlagszahlungen auf angemessene Weise über die mitunter sehr langfristige Zeitspanne der Bauarbeiten verteilt wurde. Es darf jedoch nicht verkannt werden, dass diese Regelungen keine grundlegende inhaltliche Neuerung in der Baubranche darstellen, da bereits auf vertraglicher Ebene die Vereinbarung von Abschlagszahlungen schon seit mehreren Jahrzehnten üblich ist. In Deutschland kommt dies bereits teilweise durch die Regelungen der VOB/B zum Ausdruck, die schon seit langer Zeit die Möglichkeit von Abschlagszahlungen vorsehen. Auch in England wurden progress payments bereits seit längerer Zeit vereinbart, wenngleich es weder gesetzliche Vorschriften hierzu gab, noch ein durch langfristige Übung etabliertes Prinzip in der Rechtsprechung existierte, da die Anerkennung eines Rechts auf Abschlagszahlungen im Common Law in der Regel sehr auf den Einzelfall bezogen war. Durch die Einführung des § 632a BGB in Deutschland und s. 109 des HGCRA 1996 Part II in England ist nunmehr in beiden Rechtsordnungen ein gesetzlicher Anspruch auf Abschlagsvergütung kodifiziert. Wegen des Erfordernisses der Eigentumsverschaffung dürfte der Anspruch nach 3 632a BGB dem Subunternehmer jedoch nicht zur Verfügung stehen, so dass dieser auf die Durchsetzbarkeit von Abschlagszahlungen in seinen Vertragsverhandlungen mit dem Generalunternehmer vertrauen müsste.

II. Die Wirkung bedingender Zahlungsklauseln

Sehr unterschiedlich ist dagegen bis heute die Behandlung bedingender Zahlungsklauseln durch Gesetz, Rechtsprechung und juristische Lehre in den untersuchten Rechtsordnungen. Während die Vereinigten Staaten über ein höchst differenziertes und gleichzeitig überaus uneinheitliches System verfügen, das in erster Linie durch die Rechtsprechung entwickelt wurde und nur im Hinblick auf öffentliche Bauprojekte in Teilen gesetzlich verankert ist, hat der englische Gesetzgeber in jüngster Zeit durch positive Regelungen versucht, die Problematik in den Griff zu bekommen und den Missbrauch solcher Klauseln einzudämmen. Demgegenüber ist eine einheitliche Behandlung bedingender Zahlungsklauseln in der deutschen Rechtsordnung weder gesetzlich verankert, noch gibt es eine einheitliche Betrachtung der Klauseln durch die deutsche Rechtsprechung. Einigkeit besteht hier nur bei der Verwendung der Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

1. Die Behandlung bedingender Zahlungsklauseln als Fälligkeitsregelung

Allen drei Rechtsordnungen ist jedoch gemeinsam, dass die beabsichtigte Wirkung der Klauseln sowohl eine temporale als auch eine kausale sein kann. Insofern folgt man – ohne Verwendung der gleichen Terminologie – nahezu einheitlich der durch die amerikanische Rechtsprechung entwickelten Unterteilung in *pay-when-paid*- und *pay-if-paid*-Klauseln. Da bei Annahme einer kausalen Wirkung die Entstehung des Zahlungsanspruchs des Subunternehmers betroffen ist und somit tief in die Rechte des Subunternehmers eingegriffen wird, stellen alle drei Rechtsordnungen sehr hohe Anforderungen an eine solche Auslegung. Ohne entsprechende eindeutige Wortwahl im zugrundeliegenden Subunternehmervertrag wird allgemein davon ausgegangen, dass die Parteien nicht die Entstehung des Zahlungsanspruchs, sondern allenfalls seine Durchsetzbarkeit hindern wollten. Insofern wird in allen drei Rechtsordnungen übereinstimmend davon ausgegangen, dass in einem solchen Fall lediglich die Fälligkeit des Anspruches verzögert werden soll.

Besonders die englische Rechtsprechung stellt hierbei an die Eindeutigkeit der vertraglichen Wortwahl höchste Anforderungen. Sofern die gewählte Formulierung auch nur kleinste Hinweise auf eine Fälligkeitsregelung gibt[664], wird sie *contra preferentem*, in der Regel also gegen den Generalunternehmer, ausgelegt.

Die Interpretation als Fälligkeitsregelung, die ursprünglich in den USA entwickelt wurde, setzte sich bereits vor der grundlegenden *Dyer*-Entscheidung durch. Nichtsdestotrotz wurde erst mit der Entscheidung in *Dyer v. Bishop* ein Prinzip geschaffen, das auch in anderen Bundesstaaten und anderen Rechtsordnungen beachtet wurde. Im Ergebnis stimmen daher die Ansätze der einzelnen Rechtsordnungen überein, da in allen drei Rechtsordnungen eine zeitliche Wirkung anerkannt wird. Die Unterschiede liegen somit in erster Linie auf dogmatischer Ebene. Während die englischen Gerichte sehr einzelfallbezogen agieren und in Grund und Fälligkeit des Anspruches ein einheitliches zusammenhängend zu beurteilendes Gebilde sehen, stehen die deutschen Gerichte vor der Schwierigkeit, dass das deutsche Recht mit der Abnahme nach § 640 BGB einen konkreten Anknüpfungspunkt für die Fälligkeit schafft, der neben der eigentlichen Leistungserbringung steht. Deutsche Gerichte neigen dementsprechend dazu, die durch eine bedingende Zahlungsklausel beabsichtigte Wirkung losgelöst von der eigentlichen Leistungsvereinbarung im Sinne eines Regel-Ausnahme-Prinzips zu betrachten und als separate Stundungsvereinbarung zu behandeln.[665]

---

[664] Zu denken ist hier insbesondere an Vokabular, dass bereits eine zeitliche Komponente besitzt, wie z.B. „as soon as“, da hier der Schluss nahe liegt, dass der primäre Sinngehalt einer solchen Formulierung auf eine zeitliche Regelung abzielt.

[665] vgl. beispielsweise OLG Hamm, MDR 1977, 928.

Die amerikanische Rechtsordnung weist diesbezüglich z.B. mit der im Recht des Bundesstaats Louisianas getroffenen Unterscheidung zwischen „term“ und „condition“ noch eine weitere Besonderheit auf, die sich weder im deutschen Recht noch im englischen common law widerspiegelt. Die „condition“ bzw. „suspensive condition“ entspricht hierbei der „condition precedent“ des englischen Rechts bzw. der aufschiebenden Bedingung des deutschen Rechts. Eine exakte Entsprechung des „terms“ findet sich demgegenüber allenfalls in der englischen „time of performance“. Die Besonderheit des „terms“ liegt darin, dass er in weiten Teilen Charakteristika der Bedingung enthält, indem er ebenfalls an ein zukünftiges Ereignis anknüpft und damit keine direkte zeitliche Regelung trifft. Der Unterschied zur „condition“ liegt einzig im Grad der Gewissheit des zukünftigen Ereignisses. Während die „condition“ an ein ungewisses Ereignis anknüpft, beruht der „term“ auf einem sicheren Ereignis, d.h. der „term“ knüpft nicht an die Frage an, ob ein Ereignis eintritt, sondern einzig und allein an die Frage, wann das Ereignis eintritt. Damit erreicht er letztlich die Wirkungen einer Fälligkeitsregelung, ohne dass er eine solche im klassischen Sinne darstellt.

Die in *Dyer v. Bishop* getroffene Unterscheidung zwischen zeitlicher und kausaler Wirkung einer bedingenden Zahlungsklausel wurde darüber hinaus mit einer weiteren Frage verknüpft, die für die Beurteilung einer solchen Klausel als Fälligkeitsregel bedeutsam ist. Soweit nämlich erst die Auslegung einer Klausel ergibt, dass es sich bei der Bedingung vorherigen Zahlungseingangs beim Generalunternehmer nicht um eine aufschiebende Bedingung, sondern eine Fälligkeitsregel handelt, ist kaum zu erwarten, dass die Klausel weitere Regelungen hinsichtlich des konkreten Fälligkeitstermins für den Fall trifft, dass dieser Zahlungseingang überhaupt nicht erfolgt. Insofern stellt sich die Frage, wann in einem solchen Fall die Fälligkeit des Zahlungsanspruches des Subunternehmers eintritt. Die amerikanische Rechtsordnung war zunächst die einzige, die sich mit dieser Frage näher beschäftigt hat. In *Dyer v. Bishop* sah das Gericht in dieser Hinsicht keine Regelungslücke, da Abs. 3 der angefochtenen Klausel ausreichende Regelungen zur Fälligkeit vornahm. Hieraus schloss das Gericht, dass eine Zahlung spätestens nach Ablauf einer angemessenen Frist fällig wurde. Aus dieser konkreten Auslegung entwickelte sich jedoch ein allgemeines Prinzip, die sog. *reasonable time doctrine*, nach der Regelungslücken der o.a. Art immer mit der Annahme der Fälligkeit nach Ablauf einer angemessenen Frist geschlossen werden.

Es herrscht jedoch bis heute keine Einigkeit darüber, was hierbei als angemessene Frist angesehen werden kann. Die einzige veröffentlichte deutsche Entscheidung, die sich dieser Fragestellung widmete, kam zu dem Ergebnis, dass zumindest nach Ablauf von sechs

Monaten ein Fälligkeitseintritt anzunehmen sei.[666] Der United States District Court sah demgegenüber in der Entscheidung *Midland Engineering Co. v. John A. Hall Constr. Co*.[667] erst einen Zeitraum von drei Jahren als zu lang an.[668] Englische Gerichte orientieren sich weitestgehend an den Gegebenheiten des Einzelfalles. Hierdurch kann möglicherweise am ehesten den Interessen der Parteien entsprochen werden. Gerade im Bereich des Anlagenbaus können diese Interessen erheblich kollidieren, da zum einen die Ausführungsfristen naturgemäß lang und nicht selten über mehrere Jahre bemessen sind, zum anderen aber aus den bereits oben genannten Gründen ein Interesse des Leistenden an schneller und unverzüglicher Bezahlung anzuerkennen ist. Da diese Kollision zu einem erheblichen Maße auf die Besonderheiten des Baurechts zurückgeht, bietet sich auch kein Vergleich mit Vorschriften aus anderen Rechtsgebieten wie z.B. dem Kaufrecht[669] an, da hier die Leistungsfristen im Vergleich zum Baurecht in der Regel erheblich kürzer bemessen sind und insofern der Konflikt zwischen langer Ausführungsfrist und Interesse an schneller Bezahlung nicht so deutlich hervortritt. Wie weit dieses Interesse an schneller Bezahlung reicht, ist in aller Regel erst unter Würdigung der vertraglichen Regelungen und der Besonderheiten des Einzelfalles zu bestimmen.

Diesem Ansatz folgte auch der North Carolina Court of Appeal, der in *Howard Green Electrical Co. v. Chaney & James Constr. Co*.[670] feststellte, dass die dort verwendete Zahlungsklausel die Bezahlung des Subunternehmers höchstens für die Zeit hinauszuzögern vermochte, innerhalb dieser eine Vergütung nach dem gewöhnlichen Geschäftsbetrieb erwarten durfte. Hierdurch wurden sowohl die Besonderheiten der Parteien als auch die Besonderheiten des zwischen Ihnen vereinbarten Vertrages im Hinblick auf das konkrete Projekt in das Ermessen des Gerichts einbezogen.

2. Die öffentliche Ordnung als Regulativ

Die Bewertung bedingender Zahlungsklauseln im amerikanischen Rechtssystem weist darüber hinaus eine weitere Eigenart auf, die bislang allerdings nur vereinzelt hervorgetreten

---

[666] OLG Hamm, a.a.O.

[667] Siehe hierzu III. Kapitel, B. I. 4.

[668] 398 F.Supp. 981, 994.

[669] Ein vergleichbarer Terminus findet sich z.B. in Art. 39 Abs. 1 der Wiener Kaufrechtskonvention, nach der ein Käufer seine Gewährleistungsrechte wegen eines Mangels der Kaufsache verliert, wenn er den Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist nach Entdeckung des Mangels von diesem in Kenntnis setzt; vgl. auch die §§ 10(2), 29(3) und 62(2) des englischen Sale of Goods Act; zur Anwendbarkeit von kaufrechtlichen Prinzipien im Werkvertragsrecht, vgl. *Nicklisch*, IBL 1988, 253 ff.

[670] Siehe oben III. Kapitel, B. I. 4.

ist. Im Gegensatz zu englischen und deutschen Gerichten hat die amerikanische Rechtsprechung in den Staaten New York und Kalifornien die durch die *Dyer*-Rechtsprechung eingeführte Beurteilung bedingender Zahlungsklauseln in jüngster Zeit erweitert, indem sie mit den Entscheidungen in *West-Fair Electric v. Aetna*[671] und *Clarke v. Safeco*[672] den Aspekt der öffentlichen Ordnung in die Bewertung integrierte, und so die Prüfung der Klausel um eine zweite Stufe ergänzte.

Hierbei handelte es sich offensichtlich um rechtspolitische Entscheidungen der Gerichte, denen die *Dyer*-Rechtsprechung auch nach langjähriger Übung nicht weit genug ging. Die auf der *Dyer*-Entscheidung basierende Rechtsprechung geht vom Grundsatz der Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln aus und knüpft sie an die Klarheit und Eindeutigkeit der vertraglichen Formulierung. Die Wirksamkeit bedingender Zahlungsklauseln liegt insofern allein in den Händen der Vertragsparteien. Dies ging den Gerichten in den beiden oben genannten Entscheidungen offenkundig nicht weit genug, da nach ihrer Auffassung auch hier noch Missbräuche möglich sind, solange sie durch klare Wortwahl ausreichend verschleiert werden. Es wurde daher zwar auf der einen Seite an der grundlegenden Prüfung festgehalten. Ihr wurde jedoch mit dem Aspekt des Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung eine Prüfungsstufe hinzugefügt, die die Beurteilung der bedingenden Zahlungsklausel zumindest in Teilen der Herrschaft der Vertragsparteien entzieht.

Diese Entwicklung wurde weder im deutschen noch im englischen Rechtssystem nachvollzogen. Englische Gerichte gehen bei der Beurteilung bedingender Zahlungsklauseln nach wie vor einzig und allein von der Klarheit der vertraglichen Formulierung aus. Aspekte der öffentlichen Ordnung wurden als Regulativ bislang nicht bemüht. Auch in Deutschland ist dieser Ansatz bisher unbekannt. Regulierend wird hier allenfalls – bisweilen auch sehr großzügig – über das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen eingegriffen.

Dies hat seine Ursache maßgeblich in der mangelnden Übertragbarkeit des neuen Ansatzes. Alleine die Tatsache, dass New York und Kalifornien auch sieben Jahre nach Einführung die einzigen Bundesstaaten sind, die den Ansatz über die öffentliche Ordnung vertreten, belegt, dass eine Übertragung auf andere Rechtssysteme nicht oder nur mit erheblichen Schwierigkeiten verwirklicht werden kann. Dies liegt insbesondere daran, dass die Gerichte einen geeigneten Ansatzpunkt für das Eingreifen der öffentlichen Ordnung finden mussten. Dieser lag in beiden Fällen in der gesetzlich bzw. im Falle Kaliforniens sogar verfassungsrechtlich verankerten Gewährleistung der Subunter-nehmerpfandrechte. Da in

[671] Siehe hierzu III. Kapitel, B. II. 1.

[672] Siehe hierzu III. Kapitel, B. II. 2.

beiden Fällen wegen des besonderen Schutzes ein Verzicht auf diese Rechte als Verstoß gegen die öffentliche Ordnung behandelt wurde, nahm man diese Wertung auch bei bedingenden Zahlungsklauseln vor, die bei Auslegung als aufschiebende Bedingung die gleiche Wirkung erzielen, wie ein Pfandrechtsverzicht. Mit der Anknüpfung an die Subunternehmerpfandrechte sind jedoch Anknüpfungspunkte gewählt worden, die sowohl in anderen Bundesstaaten als auch in den anderen untersuchten Rechtsordnungen nicht bzw. nur sehr begrenzt nachvollziehbar sind, da sie die Existenz geeigneter Vorschriften zum Schutz dieser Pfandrechte voraussetzen. Das englische common law kennt beispielsweise kein gesetzliches System der Werkunternehmerpfandrechte. Solche Sicherungsmittel können zwar freiwillig zwischen den Parteien vereinbart werden, reichen insofern aber nicht aus, um einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung zu begründen. Auch auf die deutsche Rechtsordnung ist dieser Ansatz nur begrenzt übertragbar. Das Sicherungsmittel des § 647 BGB ist in aller Regel im Bereich des Anlagenbaus ungeeignet, da es sich ausschließlich auf bewegliche Sachen bezieht. Die Sicherungshypothek gem. § 648 BGB mag darüber hinaus zwar grundsätzlich zur Verfügung stehen, dürfte aber kaum im Verhältnis zwischen Subunternehmer und Generalunternehmer zum Tragen kommen, da letzterer in der Regel nicht Eigentümer der Bausache bzw. des Baugrundstücks ist und somit ein solches Recht nicht gewähren könnte. Das einzige taugliche Sicherungsmittel, auf das der in *West Fair Electric v. Aetna* und *Clarke v. Safeco* gewählte Ansatz übertragbar wäre, ist die neu eingeführte Bauhandwerkersicherung gem. § 648a BGB, die durch das Beschleunigungsgesetz eingeführt wurde. Da § 648a Abs. 7 BGB abweichende Vereinbarungen für unwirksam erklärt, könnte hieraus gegebenenfalls ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung im Sinne der amerikanischen Entscheidungen hergeleitet werden, da die Regelung des § 648a BGB als Bestandteil der Rechtsordnung auch dem Sicherungsbereich der öffentlichen Ordnung unterfällt. Die Schwierigkeiten, die der Subunternehmer bei der Durchsetzung solcher Sicherheiten auf rein geschäftlicher Ebene hat, sind allerdings bereits dargestellt worden.

3. Die Behandlung bedingender Zahlungsklauseln als echte Bedingung

Am problematischsten stellt sich in allen drei Rechtsordnungen die Beurteilung bedingender Zahlungsklauseln als echte Bedingung dar. Sowohl das amerikanische Recht wie auch das englische und das deutsche Recht stimmen überein, dass eine wörtliche Auslegung einer bedingenden Zahlungsklausel als echte aufschiebende Bedingung zumindest grundsätzlich zulässig ist.

Während dies in Deutschland zu erheblichen dogmatischen Problemen führt, da sich bei genauer Betrachtung die aufschiebende Bedingung im Sinne des § 158 Abs. 1 BGB auf das gesamte Rechtsgeschäft bezieht und damit vor einem völlig anderen Hintergrund agiert, kennen die anglo-amerikanischen Rechtssysteme eine derartige Differenzierung nicht. Wie die Ausführungen Lord Dennings in *Trans Trust S.P.R.L. v. Danubian Trading Co. Ltd.*[673] belegen, kann sich eine *condition precedent* – im Gegensatz zur deutschen aufschiebenden Bedingung im Sinne von § 158 Abs. 1 BGB – sowohl auf das gesamte Rechtsgeschäft als auch auf eine einzelne vertragliche Verpflichtung beziehen. Die Bewertung der vertraglichen Beziehungen anhand des von den Parteien gewählten Wortlautes der entsprechenden Regelung ist damit auch in dieser Hinsicht stärker auf die Besonderheiten des Einzelfalles bezogen, als dies in Deutschland der Fall ist. Die Tendenz zur Anerkennung der Vertragsfreiheit bei entsprechender klarer und deutlicher Ausdrucksweise ist somit am deutlichsten im englischen Rechtssystem zu erkennen. Hier haben die Gerichte immer wieder betont, dass die Wirksamkeit einer bedingenden Zahlungsklausel einzig vom Willen der agierenden Vertragsparteien abhängt. Eine Auslegung des Willens durch die Gerichte erfolgt nur, wenn dieser Willen nicht hinreichend klar zum Ausdruck kommt. Unklarheiten bei einer solchen Auslegung gehen dabei stets zu Lasten des Verwenders. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die bereits dargestellte Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 11.10.1996[674], die erstmals im Zusammenhang mit der Verwendung einer bedingenden Zahlungsklausel überaus detailliert auf die Wortwahl und die sich hieraus ergebenden Möglichkeiten der Auslegung einer Vereinbarung bezieht und somit eine weitgehende Übereinstimmung mit dem englischen und amerikanischen Ansatz zeigt. Da der Fall sich aber primär mit der Frage auseinandersetzte, ob die erbrachte Leistung überhaupt von einer Vergütungsregelung erfasst war, wird das Urteil indes kaum als Wegbereiter einer neuen Betrachtung bedingender Zahlungsklauseln verstanden werden können.

Die amerikanischen Gerichte haben die zuvor dargestellte Linie ebenfalls über Jahrzehnte konsequent verfolgt. Im Gegensatz zum englischen Rechtssystem wurden die hierbei entwickelten Strukturen jedoch gerade in jüngster Zeit teilweise durch rechtspolitische Eingriffe der Gesetzgeber aufgebrochen. Diesbezüglich ist in vielen Bundesstaaten das gespannte Verhältnis von gesetzlichen Vorgaben und richterlicher Anwendung noch nicht vollends geklärt, so dass das amerikanische Rechtssystem insgesamt betrachtet keine klare Anwendungslinie erkennen lässt. Eine Mehrheit der Bundesstaaten hat aber mittlerweile

---

[673] Siehe hierzu IV. Kapitel, B. I. (Fn. 601 f.).

[674] OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 211 ff.

zumindest die Wirkung als aufschiebende Bedingung wegen der intensiven Konsequenzen für den Subunternehmer verneint, wenngleich die Vereinbarung von Fälligkeitsregelungen auch nach wie vor zulässig ist.

Zwar wurde durch die amerikanische Rechtsprechung auch festgestellt, dass bedingende Zahlungsklauseln nicht nur hinsichtlich ihrer beabsichtigten Wirkung Unterschiede aufweisen können, sondern dass auch die vertraglich antizipierte Ausgangssituation der Klausel Auswirkungen auf die Wirksamkeit haben kann. So wurde beispielsweise festgestellt, dass eine eigene Vertragsuntreue des Generalunternehmers viel eher zur Annahme einer Unwirksamkeit der Klausel führen kann, als beispielsweise die Insolvenz des Auftraggebers. Dennoch stellt das englische Rechtssystem mit seiner Neuregelung in s. 113 HGCRA 1996 die einzige Rechtsordnung dar, die insofern eine klare Differenzierung vorgenommen hat, indem sie zwar auf der einen Seite die grundsätzliche Unzulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln erklärt, hiervon aber für den Fall der Auftraggeberinsolvenz eine Ausnahme macht.

4. Auswirkungen der Erkenntnisse auf den deutschen Regelungsansatz

Für die deutsche Rechtsordnung ergeben sich aus dem zuvor Genannten die folgenden Überlegungen. Die meisten bedingenden Zahlungsklauseln scheitern im deutschen Recht an ihrer AGB-Eigenschaft. Soweit diese vorliegt, verstoßen solche Klauseln eindeutig – auch im geschäftlichen Verkehr unter Kaufleuten – gegen das Benachteiligungsverbot des § 307 BGB.

a. Dogmatische Einordnung individueller Vereinbarungen

Soweit allerdings eine individuelle Vereinbarung vorliegt, die der Wertung des § 307 BGB entzogen ist, bereitet die rechtliche Einordnung der Klausel nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Diese ergeben sich in erster Linie durch Diskrepanzen zwischen der sprachlichen Umschreibung der Wirkung und der dahinter stehenden Absicht der Parteien, die häufig erst durch Auslegung zu ermitteln ist. Beabsichtigen die Parteien eine reine zeitliche Wirkung, die lediglich eine Modifikation der gesetzlich bestimmten Fälligkeit erreichen will, so wird in aller Regel von einer Stundungsvereinbarung auszugehen sein. Hier wird grundsätzlich anzunehmen sein, dass die Parteien die Anspruchsbegründung seitens des Subunternehmers nicht in Frage stellen und die Möglichkeit des Nichteintritts der Bedingung nicht oder nicht vollständig erfassen wollten, so dass von einer Fälligkeit spätestens nach Ablauf einer angemessenen Frist auszugehen ist, auch wenn die bestimmte Bedingung nicht eintritt.

Erhebliche Schwierigkeiten entstehen, wenn aus dem Wortlaut der Vereinbarung deutlich hervorgeht, dass die Parteien zwar den Zahlungsanspruch des Subunternehmers nicht in Frage

stellen wollten, hinsichtlich des Fälligkeitseintritts aber klar von einer Abhängigkeit vom Eintritt der Bedingung ausgingen und dabei auch die Möglichkeit eines dauerhaften Nichteintritts der Fälligkeit antizipiert haben. Trotz des zeitlichen Charakters der Formulierung würde einer solchen Klausel nach ihrem beabsichtigten Inhalt eine ähnliche Wirkung zukommen wie die einer kausalen Klausel, die bereits die Anspruchsbegründung vom Eintritt der Bedingung abhängig machen will. Wirtschaftlich betrachtet macht es nämlich für den Subunternehmer keinen Unterschied, ob sein Anspruch nicht entsteht, oder ob er zwar entsteht, aber dauerhaft nicht durchsetzbar ist. Die Einordnung eines solchen Inhalts als Stundungsvereinbarung ist wohl kaum möglich, da dies im Widerspruch zu der zu § 271 BGB existierenden Rechtsprechung deutscher Gerichte stünde. Wird eine vertragliche Leistungsverpflichtung nach dem Willen der Parteien auf unbestimmte Zeit gestundet, so hat der Gläubiger der Leistung das Recht, die Leistungszeit nach billigem Ermessen gem. § 316, 315 BGB festzusetzen.[675] Gleichermaßen kommt eine Einordnung als kausale Bedingung nicht in Betracht, da die Parteien die Entstehung des Anspruchs zugunsten des Subunternehmers erkennbar nicht einschränken wollten. In einem solchen Fall wäre wohl in Anlehnung an die englische Rechtsprechung davon auszugehen, dass der zeitliche Charakter der Formulierung überwiegt und – insofern *contra preferentem* – dass der hypothetische Wille der Parteien nicht auf eine solche dauerhafte der Rechtsordnung zuwiderlaufende Fälligkeitshinderung gerichtet gewesen sein konnte, so dass die Wirkung der Klausel hier ebenfalls auf eine Fälligkeit innerhalb eines angemessenen Zeitraumes zu reduzieren ist.

Soweit die Parteien in ihrer Vereinbarung klar und deutlich zum Ausdruck gebracht haben, dass sie bereits die Anspruchsbegründung vom Eintritt der Bedingung abhängig machen wollten, ist eine eindeutige rechtliche Einordnung dieser Wirkung schwierig. Es ist klar, dass eine aufschiebende Bedingung gem. § 158 Abs. 1 BGB ausscheidet, da diese Vorschrift in ihrer Wirkung deutlich auf das gesamte Rechtsgeschäft abstellt. Insofern ist dem OLG Düsseldorf[676] in der jüngsten getroffenen Entscheidung zu dieser Frage zumindest im Ergebnis zuzustimmen. Die Argumentation des OLG überzeugt indes nicht in vollem Umfang. Soweit das Gericht annimmt, die inhaltliche Verknüpfung der Werkleistung des Subunternehmers mit der Zahlung des Auftraggebers im Sinne einer synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung stehe im Widerspruch zur Vereinbarung einer Bedingung, ist dieser Auffassung nicht zu folgen. Der BGH hat anerkannt, dass auch die Erfüllung einer vertraglichen Pflicht zur Bedingung im Sinne des § 158 gemacht werden

[675] BGH, NJW-RR 1991, 822.

[676] OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 1323 ff. (siehe II. Kapitel, C. II. 2. c. bb. (2)).

kann.[677] Die schwebende Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts hindert also nicht daran, die Erfüllung genau derjenigen Pflichten als Bedingung zu vereinbaren, die erst durch das schwebend unwirksame Rechtsgeschäft entstehen. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass hier die Erfüllung von Leistungsverpflichtungen nicht vollständig ins Leere geht, sondern dass bereits mit der schwebenden Unwirksamkeit Anwartschaftsrechte entstehen, auch wenn zum Zeitpunkt der Bedingungsvereinbarung nicht sicher ist, dass diese Anwartschaftsrechte einmal zum Vollrecht erstarken werden.

Nichtsdestotrotz bezieht sich auch in diesem Fall die Bedingung auf die Wirkung des Rechtsgeschäfts als Ganzes und nicht nur auf die einzelne Leistungsverpflichtung. Die in der Literatur geäußerte Annahme einer echten Bedingung im Sinne des § 158 Abs. 1 BGB basiert letztlich auf einer Vermengung der deutschen Dogmatik mit dem US-amerikanischen Recht. Dort wird die Diskussion aber gerade nicht um eine das ganze Rechtsgeschäft betreffende Bedingung, sondern um die Bedingung einer einzelnen Leistungsverpflichtung geführt. Das Zustandekommen und das Fortbestehen des zugrundeliegenden Subunternehmervertrages stehen und standen hier nie in Frage. Es wird lediglich unterschieden, ob der insofern isoliert betrachtete Anspruch des Subunternehmers entstanden, jedoch nicht fällig ist, oder ob der Anspruch überhaupt nicht entstanden ist. Es ist jedoch klar, dass in beiden Fällen die Wirksamkeit des Vertrages insgesamt nicht in Zweifel stehen soll.

Letztlich ist der Entscheidung des OLG Düsseldorf nicht eindeutig zu entnehmen, dass die hier vielfach diskutierte beabsichtigte Wirkung einer bedingenden Zahlungsklausel im deutschen Recht nicht zulässig ist. Es wird lediglich festgestellt, dass eine solche Vereinbarung keine Bedingung im Sinne des § 158 Abs. 1 BGB darstellt. Im übrigen scheitern die Ansprüche des Klägers an seinen Beweisdefiziten. Insofern ist eine Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln im Rahmen der Vertragsfreiheit auch weiterhin denkbar.

Es spricht letzten Endes einiges dafür, eine Abbedingung des Leistungsanspruchs per Bedingung auch im deutschen Recht für zulässig zu erachten. Eine den Anforderungen eines modernen Wirtschaftslebens gerecht werdende Rechtsordnung muss im Rahmen der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit auch solche Strukturen ermöglichen, die von den Vätern der Rechtsordnung nicht antizipiert wurden, sich durch wirtschaftliche, soziale und kulturelle Entwicklungen aber als notwendig oder wünschenswert erweisen.

Soweit durch die Verwendung bedingender Zahlungsklauseln weder gegen gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB noch gegen die guten Sitten im Sinne von § 138 BGB verstoßen wird, ist der Wille der Parteien, eine solche Zahlungsregelung zu vereinbaren, unter

[677] BGH, WM 1983, 991.

dem Aspekt der Vertragsfreiheit grundsätzlich anzuerkennen. Sofern dieser Wille in dem vertraglichen Wortlaut nicht eindeutig und ohne jeden Zweifel zum Ausdruck kommt, hat dies gegen den Verwender zu gehen. Trifft der Vertrag jedoch in diesem Hinblick klare und eindeutige Regelungen, so sind diese im Sinne einer aufschiebenden Bedingung bezüglich einer vertraglichen Verpflichtung anzuerkennen. Diese Wertung ergibt sich bereits aus § 157 BGB. Durch die Bindung der Gegenleistungsverpflichtung entsteht hier jedoch ein gewisses synallagmatisches Ungleichgewicht, das möglicherweise eine Charakterisierung des Vertrages als Werkvertrag nicht mehr eindeutig möglich macht, da dieser in seinen Leistungsverpflichtungen klar durch die Bezahlung gegen Werkleistung gekennzeichnet ist. Fällt eine dieser Verpflichtungen ersatzlos weg, während die andere Verpflichtung bestehen bleibt bzw. in der Regel bereits erbracht wurde, so entfällt gleichzeitig eines der kennzeichnenden Leistungsmerkmale. Insofern wäre möglicherweise von einem besonderen Schuldverhältnis gem. § 311 BGB auszugehen. Da aber alle weiteren charakterisierenden Merkmale des Werkvertrages erhalten bleiben und auch davon auszugehen ist, dass nach dem Willen der Vertragsparteien ein Werkvertrag abgeschlossen werden sollte, ist diese alternative Einordnung verzichtbar.

Da § 158 Abs. 1 BGB jedoch nur auf das gesamte Rechtsgeschäft anwendbar ist, kommt hinsichtlich der Verwendung einer bedingenden Zahlungsklausel nur die analoge Anwendung des § 158 Abs. 1 BGB auf die einzelne Zahlungsverpflichtung des Generalunternehmers in Betracht. Diese Lösung erscheint auch im Hinblick auf die Regelung des § 162 Abs. 1 BGB gerechtfertigt. Wie bereits gezeigt wurde, entstehen durch die Verwendung bedingender Zahlungsklauseln in erster Linie dann unbillige Ergebnisse, wenn der Grund für die Nichtzahlung des Auftraggebers nicht auf die Subunternehmerleistung, sondern auf eigene Fehler des Generalunternehmers zurückzuführen ist. Hier erlangt der Subunternehmer durch § 162 Abs. 1 BGB Schutz, der einen Bedingungseintritt fingiert, wenn der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert wird. Bei Verwendung einer bedingenden Zahlungsklausel würde der Eintritt der Bedingung in einer Zahlung des Auftraggebers liegen. Diese würde dem Generalunternehmer zum Nachteil gereichen, da er dann zur Zahlung an den Subunternehmer verpflichtet wäre. Verhindert er nunmehr wegen eigenen Fehlverhaltens, dass eine solche Zahlung des Auftraggebers erfolgt, so handelt er wider Treu und Glauben mit der Folge, dass der Eintritt der Bedingung nach Maßgabe des § 162 Abs. 1 BGB fingiert werden könnte.

b. Begründung spezieller Verpflichtungen des Generalunternehmers

Die Anerkennung einer solchen einseitigen Abwälzung des Ausfallrisikos auf den Subunternehmer würde diesen jedoch auch im Rahmen einer individuellen Abrede, auf die das AGB-Recht nicht anwendbar ist, stark benachteiligen. Aufgrund der Trennung von Hauptvertrag und Subunternehmervertrag hat der Subunternehmer keine eigenen Ansprüche gegen den Auftraggeber. Ansprüche gegen den Generalunternehmer auf Zahlung sind indes durch die bedingende Zahlungsklausel gehindert. Um den Subunternehmer in dieser Situation nicht vollends rechtlos zu stellen und seinem Schutzbedürfnis zu entsprechen, muss man in dieser Situation davon ausgehen, dass der Generalunternehmer mit der Abwälzung des Ausfallrisikos auf den Subunternehmer zusätzliche spezielle Pflichten übernimmt. Hierzu zählt insbesondere die Information des Subunternehmers über relevante Entwicklungen hinsichtlich der Realisierbarkeit der ausstehenden Zahlungen des Auftraggebers. Diese Informationspflicht muss mindestens den Zahlungsanteil umfassen, der direkt dem Anteil der Subunternehmerleistung zuzuordnen ist. Darüber hinaus wird man generell davon ausgehen müssen, dass der Generalunternehmer verpflichtet ist, alle zumutbaren Anstrengungen zu unternehmen und alle gebotenen Maßnahmen zu ergreifen, um eine Bezahlung durch den Auftraggeber zu erhalten und damit den Eintritt der Bedingung herbeizuführen.[678]

Dies begründet sich letztlich damit, dass der Subunternehmer keinerlei vertragliche Beziehungen zum Auftraggeber besitzt und damit weder Ansprüche gegen ihn geltend machen kann, noch über Informationen hinsichtlich der Finanzkraft des Auftraggebers verfügt, die ihm eine Beurteilung der Zahlungsfähigkeit und damit der Realisierbarkeit der eigenen Ansprüche ermöglichen könnte. Dennoch würden ihn die wirtschaftlichen Folgen eines Zahlungsausfalls treffen. Die Durchsetzbarkeit seines potentiellen Zahlungsanspruchs liegt damit einzig in der Hand des Generalunternehmers, der diese Lücken durch seine vertragliche Beziehung zum Auftraggeber zumindest teilweise füllen kann. Damit rückt der Generalunternehmer im Verhältnis zum Subunternehmer in eine treuhandähnliche Position, aus der sich die oben angesprochenen Verpflichtungen zwangsläufig ergeben.[679]

---

[678] *Vetter*, RIW 1986, S. 89; *ders*., in: *Nicklisch* (Hrsg.), Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, S. 84; *Hager*, in: *Weyers* (Hrsg.), Risikoverteilung bei Großprojekten, S. 73; gleichwohl ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass nach Auffassung des OLG Düsseldorf in der bereits dargestellten Entscheidung vom 11.10.1996, NJW-RR 1997, 211 ff., der Generalunternehmer nicht treuwidrig im Sinne von § 161 Abs. 1 BGB handele, wenn er davon absehe, den Auftraggeber auf Zahlung zu verklagen.

[679] So auch *Vetter*, a.a.O.; eine ähnliche Position hat die amerikanische Rechtsprechung eingenommen, vgl. *T.G.I. East Coast Constr. Corp. v. Fireman's Funds Ins. Co*., 534 F.Supp. 780 (S.D.N.Y., 1982), wonach der Generalunternehmer die Rechte des Subunternehmers nach Treu und Glauben zu wahren hat.

Wie weit diese Verpflichtungen des Generalunternehmers im einzelnen gehen ist offen und hängt maßgeblich von den Umständen des Einzelfalles ab. Auch insofern ist davon auszugehen, dass ein geschäftserfahrener Subunternehmer, der über eine stärkere wirtschaftliche Präsenz verfügt als ein Kleinunternehmer, weitaus weniger schutzbedürftig ist, so dass hier die Verpflichtungen des Generalunternehmers eher gering anzusiedeln sind. Die treuhandähnliche Funktion geht jedenfalls nicht so weit, dass eine Geltendmachung von Ansprüchen in Anlehnung an die *actio pro socio* notwendig ist. Dies würde bereits an der Rechtsnatur der Verbindung zwischen Subunternehmer und Generalunternehmer scheitern. Die Abwälzung des Zahlungsrisikos auf den Subunternehmer durch die bedingende Zahlungsklausel begründet gerade kein gesellschaftsrechtliches Vertragsverhältnis im Sinne von § 705 BGB, da es hier an dem konstitutiven Element des gemeinsamen Zwecks fehlt. Das Interesse des Subunternehmers ist – im Gegensatz zum Generalunternehmer – vielmehr allein auf seine Teilleistung gerichtet, d.h. er hat kein eigenes Interesse an der Erstellung der Gesamtanlage.

Möglicherweise ist aber der Generalunternehmer aus dieser treuhandähnlichen Funktion verpflichtet, seinerseits die Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Auftraggeber durch den Subunternehmer zu dulden. Die Treuhandstellung würde damit zumindest gesellschaft- bzw. gemeinschaftsähnliche Züge bekommen, die eine entsprechende Anwendung der Vorschriften der §§ 705 ff. bzw. §§ 741 ff. BGB rechtfertigen könnte. Würde man z.B. das Verhältnis zwischen General- und Subunternehmer als eine Art Bruchteilsgemeinschaft an der Werklohnforderung des Generalunternehmers gegen den Auftraggeber ansehen, ließe sich gegebenenfalls für eine entsprechende Handlungsbefugnis des Subunternehmers gegenüber dem Auftraggeber unter Heranziehung des Rechts zur Notgeschäftsführung gem. § 744 Abs. 2 BGB argumentieren. Dies wäre insofern interessengerecht, als der Generalunternehmer möglicherweise nur sehr zögerlich gegen den Auftraggeber vorgehen würde, um seine Geschäftsbeziehung mit dem Auftraggeber nicht übermäßig zu strapazieren. Gerade vor dem Hintergrund einer drohenden Insolvenz könnte der Generalunternehmer beispielsweise bestrebt sein, zunächst eine Vergütung für eigene Leistungsteile zu erlangen und erst später auf Zahlung der Subunternehmerleistungen zu drängen. Dementsprechend ist eine solche Duldungspflicht gerade im englischen Rechtssystem in einer Vielzahl von Standardbedingungen für Subunternehmerverträge verankert.[680] Da es sich hierbei jedoch um die Geltendmachung von eigenen Ansprüchen des Generalunternehmers für Zwecke des

[680] *Wallace*, S. 323, Rdnr. 20-04.

Subunternehmers handelt, müsste gewährleistet sein, dass insoweit ein gewisses Maß an Anspruchsidentität gegeben ist.

B. Anforderungen an die zukünftige Betrachtung bedingender Zahlungsklauseln

I. Die Erforderlichkeit eines neuen strukturellen Selbstverständnisses

Viel wesentlicher als der Vergleich einzelner Regelungen scheint bei der vergleichenden Betrachtung der einzelnen Rechtsordnungen die Tatsache zu sein, dass alle rechtlichen Lösungen letztlich auf der Beobachtung derselben Ursachen beruhen. Trotzdem alle dargestellten Ansätze sich auf nationale Lösungen beschränken, sind die Ursachen der zugrundeliegenden Missstände weitaus globaler. In allen dargestellten Rechtsordnungen sind die legislativen Änderungen der letzten Jahre initiiert worden, weil mit dem in den achtziger Jahren weltweit einsetzenden wirtschaftlichen Abschwung eine grundlegende Schwächung der Finanzkraft vieler im Baugewerbe tätiger Unternehmen einherging. Diese Einbußen führten zu einer Vielzahl von Insolvenzen, die sich wiederum negativ auf die finanzielle Verfassung der jeweiligen Vertragspartner in Form von Generalunternehmern und Subunternehmern auswirkte. Durch die gleichzeitig immer schmaler werdenden Gewinnmargen und den verstärkten Wettbewerbsdruck entstand ein Konkurrenzklima im Baugewerbe, welches dazu führte, dass übergeordnete Interessen der Branche missachtet und eigene Interessen in den Vordergrund gestellt wurden.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Missbrauchsproblematik hinsichtlich der Verwendung bedingender Zahlungsklauseln allenfalls als Symptom, nicht jedoch als Ursache dar. Insbesondere im Bereich des Industrieanlagenbaus stellt sich die pauschale Verurteilung solcher Klauseln[681] daher oft als zu kurzsichtig dar, da sie wesentliche Aspekte der Problematik außer Betracht lässt. Wie bereits mehrfach erwähnt, zeichnet sich der Anlagenbau durch hohe Vertragswerte aus, die in aller Regel die Leistungsfähigkeit eines einzelnen Vertragspartners bei weitem übersteigen. In Verbindung mit der hohen Komplexität der Projekte und der langfristigen Durchführung ist hier – gerade vor dem Hintergrund der Unzulänglichkeit des deutschen Werkvertragsrechts – ein differenziertes System der Risikoverteilung erforderlich.[682] Zumindest soweit es um Insolvenzrisiken geht, die durch die

[681] So z.B. bei *Loots*, S. 640, der den pauschalen Vorwurf erhebt, die Verwendung bedingter Zahlungsklauseln mache die Vertragsgestaltung einseitig, und der dabei übersieht, dass die Risikoverteilung über solche Zahlungsklauseln lediglich einen Baustein in einem komplexen System der Risikoverteilung darstellt.

[682] *Nicklisch*, NJW 1985, S. 2363.

Beteiligten in der Regel weder versicherbar noch eindeutig im voraus identifizierbar sind, ist daher eine Einbeziehung aller Beteiligten in diese Risiken geboten.

Die Ursachen für viele Probleme im Bereich des Baurechts liegen daher in der fehlenden Erkenntnis dieser Rahmenbedingungen und der hieraus resultierenden mangelnden Bereitschaft, an diesen Risiken maßvoll teilzuhaben. Insbesondere wegen des großen Konkurrenzkampfes, der sich unter den oben dargestellten Vorzeichen immer mehr in einen Überlebenskampf gewandelt hat, ist die Bereitschaft des einzelnen Unternehmers, eigene Risiken zu übernehmen, äußerst gering, da gleichzeitig die Erkenntnis, dass eine möglichst breite Verteilung dieser Risiken am ehesten einen Erfolg des Gesamtprojektes verspricht, aus dem Blickfeld der am Baugewerbe Beteiligten verschwunden ist.

In jüngster Zeit wird daher über die Grenzen der einzelnen Rechtsordnungen hinaus verstärkt für ein neues Selbstverständnis der Beteiligten im Baubereich geworben. Vorreiter war auch in diesem Fall die englische Rechtsordnung, die durch den Bericht Sir Michael Lathams als erste diese Thematik artikuliert hat. Latham identifiziert als wesentlichen Mangel der Bauindustrie den Verlust des Teamworks, durch das sich die Bauindustrie in früheren Jahren nach seiner Auffassung ausgezeichnet habe. Überdeutlich wird dies bereits durch den Titel „Constructing the Team“, den Latham für seinen Bericht gewählt hat. Aber auch inhaltlich macht der Bericht in erster Linie Empfehlungen, die auf eine stärkere Einbindung des Auftraggebers in die Baudurchführung und eine engere Verbindung zwischen den direkt am Bau Beteiligten abzielen. Die Bedeutung, die Latham dabei einer Neubelebung des Teamverständnisses beimisst, findet sich an verschiedenen Stellen seines Berichts. Besonders deutlich kommt dies zum Ausdruck, indem Latham eine Überarbeitung der Standardbedingungen des New Engineering Contracts anmahnt und dabei insbesondere einen Passus integriert sehen möchte, nach dem beide Parteien zusichern, dass sie auf der Grundlage einer fairen und angemessenen Vereinbarung eine Durchführung des Projektes in einer Atmosphäre des gegenseitigen Vertrauens, der Kooperation und des lauteren Geschäftsverkehrs miteinander und mit ihren Zulieferern und Subunternehmern anstreben.[683] In diesem Zusammenhang steht auch die bereits beschriebene Implementierung eines

[683] *Latham*, Constructing the Team, 5.20; Bereits im Vorwort des Berichts fasst Latham hierzu wie folgt zusammen:

> „[To obtain high quality projects] requires better performance, but with fairness to all involved. Above all, it needs teamwork. Management jargon calls that ‘seeking win-win solutions’. I prefer the immortal words of Dodo in ‘Alice’s Adventures in Wonderland’, ‘Everybody has won and all must have the prizes’.”

gemeinsamen „Code of Practice“[684], wie er z.B. in Australien einheitlich im September 1997 eingeführt wurde.[685]

Aber auch in Deutschland wurde diese Thematik gelegentlich angesprochen, wenngleich ihr nicht allzuviel Beachtung geschenkt wurde.[686] Wenn er diesem Ansatz inhaltlich auch nicht folgt, so räumt Locher[687] zumindest eine alternative Betrachtungsweise ein, nach der Generalunternehmer und Subunternehmer als eine Art von Solidargemeinschaft zum Zwecke eines dem Auftraggeber gemeinsam zu erbringenden Gesamtbauleistungserfolgs angesehen werden können. Dieser Ansatz verdient spätestens nach den Erkenntnissen der letzten Jahre und den eindringlichen Plädoyers Latham’s Beachtung. Vielmehr als die Frage, warum man General- und Subunternehmer als eine Art der Solidargemeinschaft ansehen sollte, stellt sich die Frage, warum man dies nicht tun sollte. Die spezifische Art der Verknüpfung der einzelnen Bauleistungen, die zu einem großen Teil voneinander abhängen und aufeinander aufbauen, sowie die dringende Notwendigkeit einer übergreifenden Abstimmung aller Beteiligten beim Anlagenbau sprechen sehr für die Annahme eines gemeinschaftsähnlichen Verhältnisses, da gerade beim Industrieanlagenbau nicht die Summe der einzelnen Leistungen, sondern die Verknüpfung der Leistungen innerhalb eines komplexen planerischen Gefüges die Bauausführung dominieren. Für die Beteiligten hätte diese Annahme durchaus positive Effekte, da innerhalb einer solchen Solidargemeinschaft auch finanzielle Risiken am ehesten durch die Verteilung auf viele Schultern gemeistert werden können. Insbesondere Subunternehmern wird nicht an einem Totalausfall des Projektes gelegen sein, da sie oftmals

---

[684] Siehe hierzu IV. Kapitel, C. I. a.

[685] vgl. Construction Issues, Vol. 1 No. 23 (April 1998), S. 1; Die englische Literatur nahm diesen Ansatz Latham’s zum Anlass, hierdurch eine Verbindung zum amerikanischen Konzept der „Unconscionability“ (s. 2-302 UCC) sowie den europäischen Bestrebungen gegen unlauteres Geschäftsgebaren, z.B. durch die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABlEG Nr. L 095 vom 21.04.1993, S. 29, herzustellen, um eine Implementierung dieser Grundsätze im englischen Rechtssystem zu empfehlen und hierdurch eine Annäherung an das deutsche AGB-Recht zu erreichen, die wohl insofern auch für eine Beurteilung bedingter Zahlungsklauseln relevant wäre, vgl. Estates Gazette vom 4. März 1995, Issue 9509, S. 317.

[686] In jüngster Zeit hat z.B. die FIEC auf europäischer Ebene unter deutscher Beteiligung einen Katalog von Prinzipien für die Subunternehmerbeziehungen im Baugewerbe erarbeitet, der die besondere Notwendigkeit der Zusammenarbeit zwischen den Beteiligten betont, vgl. *FIEC*, Untervergabe in der Bauwirtschaft: Grundprinzipien der Zusammenarbeit zwischen den Partnern, FIEC-Veröffentlichung vom 10.05.1998; *Pitzer* spricht insofern auch von der Notwendigkeit einer homogenen Gruppe im Sinne einer „Mannschaft“, vgl. *Pitzer*, in: *Deutsche Gesellschaft für Baurecht e.V.* (Hrsg.), Seminar ARGE / Generalunternehmer / Subunternehmer, S. 44 f.

[687] *Locher*, NJW 1979, S. 2237.

in besonderem Maße von seinem wirtschaftlichen Gelingen abhängig sind. Ein solcher Totalausfall droht allerdings, wenn der Generalunternehmer finanzielle Lasten alleine tragen muss, die seine finanzielle Belastbarkeit übersteigen. Auf diese Weise würde man seitens der Subunternehmer die Sicherheit vor dem Insolvenzrisiko des Auftraggebers durch ein gesteigertes Insolvenzrisiko beim Generalunternehmer ersetzen. Der Subunternehmer stellt sich hier möglicherweise besser, wenn er in begrenztem und angemessenem Umfang Teilrisiken übernimmt, bei deren Verwirklichung zwar finanzielle Einbußen, nicht jedoch der Totalausfall drohen können. Dies gilt um so mehr, als es dem Subunternehmer überlassen bleibt, dieses Mehr an Risiko in betriebswirtschaftlicher Weise zu bewerten und in sein Angebot einfließen zu lassen. Insofern dürften sich auch die Generalunternehmer im Klaren sein, dass die Übernahme zusätzlicher Risiken einen Niederschlag im Angebotspreis finden muss, der jedoch vor dem Hintergrund einer Minimierung und solidarischen Verteilung des Gesamtrisikos akzeptabel ist.

II. Die Notwendigkeit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise

Dies zeigt, dass besonders im industriellen Anlagenbau ein differenziertes System der Risikoverteilung erforderlich ist.[688] Im Hinblick auf die Verwendung bedingender Zahlungsklauseln fehlt eine solche differenzierte Betrachtungsweise aber insbesondere im deutschen Rechtssystem. Die hier gefundenen Lösungsansätze halten bedingende Zahlungsklauseln in der Regel entweder für generell zulässig oder – in den meisten Fällen – für generell unzulässig. Damit wird das Problem jedoch weitgehend typisiert und pauschalisiert, was dem von den Parteien herangezogenen Regelungshintergrund nur unzureichend gerecht wird. Ähnliche Tendenzen zeigen sich in den USA, wo bei oberflächlicher Betrachtung die Bundesstaaten in zwei gegensätzliche Lager unterteilt sind. Eine Gruppe von Bundesstaaten hält bedingende Zahlungsklauseln für generell zulässig, während die weitaus größere Gruppe sie für generell unzulässig erachtet. Auch hier werden also weitestgehend pauschale Betrachtungen vorgenommen. Demgegenüber hat die englische Rechtsordnung mit der neu eingeführten Regelung in s. 113 HGCRA 1996 zum ersten Mal aufgezeigt, wo ein arbeitsfähiger Kompromiss zwischen den Positionen des Generalunternehmers und des Subunternehmers liegen könnte. Zum einen wird dem Schutzbedürfnis des Subunternehmers Rechnung getragen, indem bedingende Zahlungsklauseln für grundsätzlich unzulässig erklärt werden. Zum anderen werden die wirtschaftlichen Interessen des Generalunternehmers berücksichtigt, indem eine wesentliche

[688] *Nicklisch*, NJW 1985, S. 2363.

Ausnahme von diesem Grundsatz im Hinblick auf die Insolvenz des Auftraggebers gemacht wird.

1. Die Bedeutung des *cash flows* für den Projekterfolg

Dass es sich bei dieser neuen Lösung um einen sinnvollen und zukunftsorientierten Ansatz handelt, wird besonders deutlich, wenn man sich nicht auf eine rein rechtlich-dogmatische Betrachtung beschränkt, sondern wirtschaftliche Aspekte einbezieht. Die besondere Problematik bedingender Zahlungsklauseln rührt aus der Unterbrechung einer Vergütungskette her, von deren Fortbestehen gerade im Anlagenbau etliche Ebenen von Subunternehmern und Sub-Subunternehmern abhängig sind. Dieser Zahlungsstrom, der cash flow, ist wesentliches Element eines Bauprojektes und entscheidet in viel stärkerem Maße als in anderen Rechtsbereichen über das Gelingen oder Scheitern eines Projektes.[689] Die Erarbeitung einer differenzierten Risikoverteilung ist daher in erster Linie auf die Aufrechterhaltung dieses cash flows gerichtet. Insofern ist kaum verständlich, warum die Vereinbarung einer bedingenden Zahlungsklausel per se unzulässig sein sollte, da die Unzulässigkeit solcher Klauseln lediglich die Vergütung des Subunternehmers, nicht aber notwendigerweise auch die Aufrechterhaltung des cash flows gewährleisten kann. Die Vergütung des Subunternehmers durch den Generalunternehmer setzt voraus, dass letzterer hierzu wirtschaftlich in der Lage ist. Aufgrund der hohen Vertragswerte im Industrieanlagenbau wird dieser eine solche finanzielle Anstrengung häufig nur dann unternehmen können, wenn er seinerseits vom Auftraggeber vergütet wurde.[690] Insofern leitet er die für einzelne Subunternehmerleistungen erhaltenen Gelder lediglich weiter. Würde er auch den insolvenzbedingten Ausfall des Auftraggebers seinen Subunternehmern gegenüber zu vertreten haben, indem er seinerseits zur Zahlung verpflichtet bleibt, würde der Generalunternehmer nicht nur seine Bauleistungen erbringen müssen, sondern hätte auch die Finanzierung des cash flows sicherzustellen. Dies ist aber kaum wünschenswert, da es in aller Regel die wirtschaftliche Belastungsfähigkeit des Generalunternehmers übersteigen und somit den Gesamterfolg des Projektes gefährden würde. Solange der Generalunternehmer als Hauptunternehmer wirtschaftlich in der Lage bleibt, das Projekt fertigzustellen, besteht durch Gewinnung alternativer Investoren die Möglichkeit, das Projekt erfolgreich durchzuführen. Sobald aber der Generalunternehmer durch den Sog der Auftraggeberinsolvenz seinerseits in

---

[689] *Lord Denning* umschrieb die Bedeutung des *cash flows* als „Herzblut des Gewerbes“, vgl. *Gilbert-Ash v. Modern Engineering*, (1973) 71 L.G.R. 162, 167: „There must be a ‚cash flow' in the building trade. It is the very lifeblood of the enterprise."

[690] *Vetter*, RIW 1986, S. 88.

eine wirtschaftliche Handlungsunfähigkeit gedrängt wird, ist mit einem dauerhaften Baustopp zu rechnen, der kaum im Interesse der beteiligten Subunternehmer liegen kann.

Daneben besteht auch aus Billigkeitserwägungen kein Grund, warum der Generalunternehmer das Insolvenzrisiko vor diesem Hintergrund allein tragen sollte. Auch für den Generalunternehmer bedeutet die Insolvenz des Hauptauftraggebers in aller Regel den Verlust eigener Vergütungsanteile. In diesem Fall ist seine Interessenlage die gleiche wie die des Subunternehmers, so dass auch insofern eine Gleichbehandlung im Sinne einer Beteiligung des Subunternehmers am Insolvenzrisiko geboten ist.[691]

2. Die Verwendung bedingender Zahlungsklauseln vor dem Hintergrund moderner Finanzierungsstrukturen

Eine solche wirtschaftliche Betrachtungsweise zeigt darüber hinaus auch deutlich, dass ein pauschales Verbot bedingender Zahlungsklauseln die Durchsetzung moderner Vertrags- und Finanzierungsstrukturen hindert, so dass auch insofern eine differenziertere Betrachtung in der deutschen Rechtsordnung notwendig und wünschenswert wäre. Dies soll beispielhaft am Hintergrund einer typischen Projektfinanzierung dargestellt werden. Diese Form der Finanzierung wird bislang in erster Linie zur Durchführung von Infrastrukturmaßnahmen eingesetzt. Insbesondere öffentliche Auftraggeber nutzen hierbei die Effizienz der privaten Kapitalmärkte, um eine wirtschaftlichere Finanzierung kapitalintensiver Projekte zu ermöglichen und ihre Haushalte auf diese Weise zu entlasten. Der gesamtwirtschaftliche Effekt, der von dieser neuen Art der Finanzierung ausgehen kann, sollte dabei nicht unterschätzt werden. Im Jahr 2000 betrug die Gesamtsumme aller neu vergebenen Kredite für Projektfinanzierungen ca. US$ 131,7 Mrd. weltweit. Deutsche Banken nehmen hierbei innerhalb Europas eine Spitzenstellung ein.[692] Bisher sind Projektfinanzierungen vornehmlich in den Vereinigten Staaten und England sowie in Ländern der zweiten und dritten Welt eingesetzt worden, hierbei sehr häufig zur Wahrnehmung öffentlicher Versorgungsmaßnahmen wie Kraftwerksbau, Bau von Leitungsnetzen aller Art, Bau von Kläranlagen und Abfallverbrennungsanlagen, aber auch zum Bau von öffentlichen Einrichtungen wie Fußballstadien, Krankenhäusern, Gefängnissen, Flughäfen etc. In Deutschland sind Projektfinanzierungen bisher hauptsächlich im privatindustriellen Bereich eingesetzt worden. Mit den positiven Erfahrungen, die man z.B. in England mit PPP und PFI[693], aber auch in anderen europäischen Ländern – insbesondere den Niederlanden[694] –,

---

[691] So wohl auch *Hevey*, (1995) 11 Constr.L.J., S. 81; *Davis*, S. 66.

[692] *Geisler*, Azur 6/2001, Beilage.

[693] Siehe z.B. *Parlasca*, BBauBl. 1999, Heft 3, S. 18 ff.; vgl. auch die Nachweise in Fn. 632.

gesammelt hat, erfährt nunmehr auch der deutsche Markt für private Finanzierungen öffentlicher Projekte einen langerwarteten Aufschwung, z.B. durch neue Brücken- und Tunnelprojekte oder die Verwirklichung des in der Planung befindlichen Containerhafens für Hochseeschiffe im Gebiet Cuxhaven / Wilhelmshaven. Alleine im Bereich der Verkehrsinfrastruktur liegen die geschätzten Kosten für den Straßenbau in den nächsten Jahren bei ca. € 6 Mrd. p.a., von denen z.Zt. lediglich € 4 Mrd. durch die öffentlichen Haushalte gedeckt sind.[695] Hier ergeben sich insbesondere durch das sog. Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz[696] Möglichkeiten einer teilweisen Gebühren-finanzierung durch Private.

a. Die Strukturierung von Projektfinanzierungen

Die Erschließung dieses Marktes setzt in gewissem Maße eine Anpassung an etablierte Strukturen der Projektfinanzierung und eine diesbezügliche Öffnung der Rechtsordnung voraus. Hierbei werden höchste Anforderungen an die Flexibilität der zugrundeliegenden Regeln gestellt, da Projektfinanzierungen eine Vielzahl von Gestalten annehmen können und sehr auf das einzelne Projekt zugeschnitten sind. Dementsprechend existiert keine verbindliche Definition der Projektfinanzierung. Eine Einordnung kann sich daher nur anhand des mit der Projektfinanzierung verfolgten Zwecks orientieren. Dieser liegt in der Vielzahl der Fälle in einer Haftungsbegrenzung der Sponsoren des Projekts, die ihre unmittelbare Haftung für ein Projekt ausschließen und anstelle einer Eigenkapitalfinanzierung eine weitestgehende Fremdfinanzierung durch Banken oder die internationalen Kapitalmärkte anstreben.[697] Aus dieser Zweckbestimmung lassen sich daher verschiedene Elemente identifizieren, die nahezu allen Projektfinanzierungen immanent sind und die zusammengefasst das Instrument der Projektfinanzierung wie folgt darstellen.

Projektfinanzierungen beziehen sich danach regelmäßig auf die Finanzierung und Refinanzierung bestimmter Einrichtungen in kapitalintensiven Industriezweigen. Die Finanzierungsstruktur einer Projektfinanzierung wird regelmäßig so angelegt sein, dass ein

---

[694] Siehe hierzu *Sherman*, 23 Building (2000), S. 54; *Marks*, 4 PFIJ 4 (1999), S. 40 f.; *Parlasca*, BBauBl. 2000, Heft 3, S. 10 ff.

[695] *Drömann*, S. 3 f.

[696] Gesetz über den Bau und die Finanzierung von Bundesfernstraßen durch Private (FStrPrivFinG) vom 30.08.1994, BGBl. I 1994, S. 2243 ff., zu dem die Bundesregierung kürzlich den Entwurf eines Änderungsgesetzes vorgelegt hat, vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetzes und straßenverkehrsrechtlicher Vorschriften (FStrPrivFinÄndG) vom 21.12.2001, BR-Drucks. 1091/01.

[697] *Röver*, in: *Siebel (Hrsg.)*, Projekte und Projektfinanzierungen, S. 162 Rdnr. 10.

Rückgriff auf die Initiatoren bzw. Sponsoren des Projektes nicht oder nur sehr begrenzt zulässig ist und die Kreditvergabe somit in aller Regel auf den Vermögenswerten des Projektes selber und den prognostizierten zukünftigen Einnahmen des Projektes beruht.[698] Aus dieser Definition ergeben sich die folgenden typischen Strukturen.

Initiator einer projektfinanzierten Investitionsmaßnahme wird in der Regel eine Regierung oder eine entsprechende Behörde, ein Konsortium oder ein einzelnes Wirtschaftsunternehmen sein, die als sog. Sponsor auftreten. Um eine Haftungsbegrenzung zu erreichen, werden die Sponsoren in aller Regel eine Projektgesellschaft gründen. Diese Projektgesellschaft betreibt die Entwicklung des Projektes im eigenen Namen als sog. Special Purpose Vehicle (SPV). Hierbei handelt es sich in aller Regel um eine eigens zum Zwecke der Projektdurchführung gegründete Kapitalgesellschaft, da auf diese Weise die Haftung der Sponsoren auf die Eigenkapitalquote an der Projektgesellschaft beschränkt ist.[699] Diese Projektgesellschaft, die vom Sponsor umfassend mit der Erstellung des Projektes beauftragt wird, tritt als Hauptvertragspartner in den Bau- und Kreditverträgen auf. Zu den dahinter stehenden Initiatoren gibt es mit Ausnahme der gesellschaftsrechtlichen Haftung, eventuell abgegebenen begrenzten Garantien oder Parentalerklärungen und der deliktischen Haftung keinerlei Rückgriffsmöglichkeit.[700] Die übrige Finanzierung wird durch Kredite von Banken oder direkte oder indirekte Beteiligungen an dem Projekt über die Kapitalmärkte erreicht.

Durch die Einschaltung einer Projektgesellschaft wird darüber hinaus eine sog. „off-balance-sheet-Finanzierung“ erreicht, d.h., eine Finanzierung, die sich auf Seiten der Sponsoren blianzneutral darstellt. Die Fremdkapitalfinanzierung des Projektes erscheint ausschließlich in den Bilanzen der Projektgesellschaft, während in der Bilanz der Sponsoren lediglich die Beteiligung am Eigenkapital der Projektgesellschaft erscheint.

Auf diese Weise ist die Projektfinanzierung ein effizientes Mittel der Risikokapitalbeschaffung und im weitesten Sinne auch der Entwicklungshilfe, da durch sie die Verwirklichung risikobehafteter Projekte, z.B. in geographisch schwierigen Lagen, ermöglicht werden kann. Durch die Trennung der Projektgesellschaft bzw. des SPV von der dahinter stehenden Körperschaft wird eine sogenannte Insolvenzferne begründet, die einen Rückgriff auf die Initiatoren ausschließt und somit die Durchführung anderer Projekte nicht gefährden kann. Auf diese Weise kann z.B. eine finanzschwache Regierung eines

---

[698] Eine solche kurze Definition findet sich z.B. bei *Hoffman*, S. 4 f.; ausführlicher, jedoch im Kern identisch *McCormack*, BJIBFL 1992, S. 374; *ders*., BJIBFL 1998, S. 9.

[699] *Röver*, in: *Siebel (Hrsg.)*, Projekte und Projektfinanzierungen, S. 162 Rdnr. 10.

[700] Je nach Ausgestaltung spricht man hier vom „non-recourse financing“ oder „limited-recourse financing“.

Drittweltlandes mehrere aussichtsreiche Infrastrukturprojekte durchführen, ohne dass der Misserfolg eines Projektes die Verwirklichung der anderen Projekte gefährden könnte.

b. Die potentielle Notwendigkeit bedingender Zahlungsklauseln in Projektfinanzierungen

aa. Die Risikostrukturierung einer Projektfinanzierung

Die Projektfinanzierung zeichnet sich dadurch aus, dass sie in hohem Maße fremdfinanziert ist, üblicherweise in einer Größenordnung von mehr als 80%. Der Eigenkapitalanteil der Projektsponsoren wird auf diese Weise entsprechend verringert. Der Kreditgeber besichert seine Kredite in erster Linie durch die Abtretung der zukünftigen Erträge des Projektes und verlässt sich somit hinsichtlich der Tilgung und Zinszahlung zu einem großen Teil auf den prognostizierten Erfolg des Projektes. Eine Besicherung der projekteigenen Sachwerte wie z.B. Grundstück, Baumaterial, Lizenzen etc. erfolgt in der Regel nur pro forma, da in den meisten Fällen die Realisierung der Sicherheiten keinen adäquaten Schutz bietet.[701] Darüber hinaus wird eine Sicherung der Kredite weitestgehend über die Vorausabtretung der zukünftigen Erträge erreicht. Da die Finanzierung somit in besonderer Weise von einem wirtschaftlichen Erfolg des Projektes abhängt, ist es die wesentlichste Aufgabe, im Vorfeld der Finanzierung alle Risiken zu minimieren, die einen solchen Erfolg gefährden könnten.

Insofern handelt es sich bei der Projektfinanzierung in erster Linie um eine Form des Risikomanagements[702], die aus zwei wesentlichen Elementen besteht. Das erste Element ist die Risikoidentifizierung, bei der versucht wird, alle Risiken eines Projektes zu identifizieren, sie zu analysieren und zu quantifizieren.[703] In Betracht kommen hierbei eine Vielzahl von Risiken, die in typisierter Form z.B. technische Risiken, Baurisiken, Marktrisiken, Betriebsrisiken, finanzielle Risiken, politische Risiken und rechtliche Risiken umfassen. Eine abschließende Aufzählung ist nicht möglich, da zum einen jede der genannten Risikogruppen eine Vielzahl von unterschiedlichen Einzelrisiken beinhaltet und zum anderen die Risikostruktur von den spezifischen Umfeldvarianten des jeweiligen Projektes abhängt.

---

[701] Zur Veranschaulichung sei hier das Beispiel einer projektfinanzierten Industrieanlage in einem Wüstenstaat genannt. Sofern die Finanzierung in der Mitte der Bauausführung in Schwierigkeiten gerät, ist kaum damit zu rechnen, dass der Verkauf des Baulandes oder die Versteigerung der nur halb fertiggestellten Anlage nennenswerte Erlöse für die Sicherung der Finanzierung bringen.

[702] *Lighterness*, BJIBFL 1993, S. 345.

[703] *Hoffman*, § 2.01.

Das zweite Element der Projektfinanzierung und Kernstück des Finanzierungskonzepts ist die Risikominimierung und –verteilung.[704] Da die Finanzierung sich alleine auf den Erfolg des Projektes stützt und der Rückgriff auf den Sponsor auf dessen Gesellschaftsanteil an der Projektgesellschaft bzw. dem SPV beschränkt ist, ist es grundlegend, dass die projektimmanenten Risiken sich nicht in einer oder wenigen Personen konzentrieren, sondern dass sie angemessen auf alle Beteiligten verteilt werden.[705] Eine unangemessene Verteilung der Risiken erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass einer der Beteiligten mit einem Risiko überfordert wird und hierdurch der Erfolg des gesamten Projektes gefährdet wird. Bei der Verteilung der Risiken gilt daher der Grundsatz, dass ein Risiko von demjenigen zu tragen ist, der es am ehesten beherrschen kann. Hierbei ist stets zu beachten, dass ein Risiko in aller Regel nicht eliminiert werden kann.[706] Es ist jedoch möglich, Risiken zu minimieren und zu beherrschen, indem man entweder die Wahrscheinlichkeit eines Risikoeintritts senkt oder Vorkehrungen – z.B. in Form von Versicherungen – trifft, die Folgen einer Risikoverwirklichung zu minimieren. Grundsätzlich ist hierbei davon auszugehen, dass schwer beherrschbare Risiken von mehreren Beteiligten geteilt werden.

bb. Der Einfluss bedingender Zahlungsklauseln

In der Praxis bedingender Zahlungsklauseln wird in aller Regel davon ausgegangen, dass das Risiko einer Auftraggeberinsolvenz am besten durch den Generalunternehmer als seinen unmittelbaren Vertragspartner zu tragen ist. Eine Beteiligung des Subunternehmers wird üblicherweise mit Hinweis auf die fehlende vertragliche Verbindung und das hieraus resultierende Informationsdefizit abgelehnt.[707] Insofern wird vertreten, dass der Generalunternehmer am ehesten eine drohende Insolvenz beim Auftraggeber erkennen und daher leichter Vorkehrungen gegen die hieraus drohenden Folgen treffen könne. Diese Einschätzung geht weitestgehend fehl. Niemand käme beispielsweise auf die Idee, einem Bauunternehmer aus einem Pazifikstaat das Risiko für Taifunschäden allein deshalb aufzubürden, weil er als lokaler Unternehmer die Wetterbedingungen besser einschätzen

---

[704] *Hoffman*, a.a.O.; siehe auch *Mangat*, 4 PFIJ 2 (1999), S. 82; *Parker* / *Scott*, 4 PFIJ 2 (1999), S. 90; sehr anschaulich zur generellen Bedeutung und den einzelnen Phasen der Risikoidentifizierung und –verteilung, *Kilduff*, 4 PFIJ 5 (1999), S. 70 ff.; sehr ausführlich zum Einfluss des Risikos auf die zugrunde liegenden Zahlungsmechanismen, *Gannon*, 3 PFIJ 3 (1998), S. 32 f.

[705] Eine Besonderheit der Projektfinanzierung liegt dementsprechend in der engen Einbindung der Kreditgeber in sämtliche Phasen der Projektabwicklung.

[706] "Risk, like energy, is neither created nor destroyed, merely passed around", *Taylor*, The Economist, April 27 1996, S. 12.

[707] Siehe Nachweise in Fn. 245.

könne. Die vielbeschworene Informationsnähe des Generalunternehmers geht insofern fehl. Die hier bereits mehrfach nachgezeichnete Vergütungskette resultiert in verschiedener Hinsicht in einer Hierarchie, an dessen Spitze der Auftraggeber steht. Diese Hierarchie findet ihren Niederschlag auch im Maß der Markt- und Verhandlungsmacht. In der Regel wird der Auftraggeber über eine größere oder zumindest gleichartige wirtschaftliche Macht verfügen, als der von ihm beauftragte Generalunternehmer. Insofern ist es naiv, anzunehmen, dass der Generalunternehmer einen realistischen Zugriff auf Informationen hinsichtlich der finanziellen Verfassung des Auftraggebers hat, die eine verlässliche Prognose über das Insolvenzrisiko und hierauf gestützte Vorkehrungen möglich machen. Da somit das Risiko einer Auftraggeberinsolvenz für alle nachrangig Beteiligten gleich schwer zu identifizieren und zu beherrschen ist, spricht alles für eine angemessene Verteilung des Risikos auf alle Betroffenen, z.B. durch die entsprechende Verwendung bedingender Zahlungsklauseln.

Innerhalb einer Projektfinanzierung wird diese Notwendigkeit umso deutlicher. Wie bereits dargestellt, hängt die Finanzierung von der angemessenen Verteilung und Beherrschung von Risiken ab. Die Projektgesellschaft wird in aller Regel nur über eine minimale Ausstattung verfügen, da sie nur ein Gebilde darstellt, in dem alle Stränge des Projektes zusammenfließen. Gegenüber den Banken tritt sie als Kreditnehmer auf. Die ihr obliegenden Verpflichtungen zum Bau des Projektes wird sie vertraglich an entsprechende Bauunternehmer weitervergeben. Da sie nur über eine minimale Ausstattung verfügt, wird die Projektgesellschaft gleichzeitig bestrebt sein, alle Risiken auf andere Beteiligte zu verteilen.[708] Bei einer Finanzierung z.B. über Eurobonds kann auf diese Weise gegenüber den Kapitalmärkten ein hohes Rating erreicht werden, das eine Finanzierung des Projektes nicht nur günstiger macht, sondern in vielen Fällen eine Finanzierung über diese Kapitalmärkte überhaupt erst ermöglicht.[709]

Wegen ihrer minimalen Ausstattung hat die Projektgesellschaft hierbei auch ein Interesse, die finanziellen Risiken einer Unterbrechung des Zahlungsstromes an die Bauunternehmer in Form von bedingenden Zahlungsklauseln weiterzugeben. Sollte sie hierzu nicht in der Lage sein, könnte dies die gesamte Finanzierung gefährden. Sofern nämlich eine Weiterleitung der Zahlungsrisiken wegen der Unzulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln unmöglich wäre, sehe sie sich erheblichen Vergütungsansprüchen der Bauunternehmer ausgesetzt, die sie aus eigenen Mitteln nicht bewältigen könnte. Spätestens auf der Ebene der Refinanzierung auf dem öffentlichen Kapitalmarkt würde das hierdurch geschaffene Risiko einer

---

[708] *McCormack*, BJIBFL 1998, S. 9.

[709] vgl. hierzu *Hoffman*, § 21.04 [2].

Unterfinanzierung einen entsprechenden Niederschlag in einem schlechteren Rating finden und so die Finanzierung verteuern oder gänzlich unmöglich machen.[710]

Dieses Risiko wurde im englischen Lösungsansatz des HGCRA 1996 im Rahmen von s. 113 erkannt, so dass nicht nur das Risiko einer Insolvenz als zulässige Ausnahme anerkannt wurde, sondern dass auch solche typischen Strukturen einer Projektfinanzierung im Hinblick auf PFI von der Anwendung des HGCRA durch Art. 4 der Exclusion Order gänzlich ausgenommen wurden.[711] Hierbei ist allerdings zu beachten, dass die Regelung der Exclusion Order nur den Konzessionsvertrag zwischen der öffentlichen Hand und der Projektgesellschaft ausnimmt, aber keine explizite Ausnahme hinsichtlich der nachfolgenden Verträge auf der Subunternehmerebene macht. Diese Lücke könnte sich insgesamt als Mangel der getroffenen Regelung herausstellen. Insofern wird diskutiert, inwieweit trotz des entgegenstehenden Wortlauts eine lückenschließende Ausweitung auch auf die Subunternehmerebene von der Regelung erfasst ist.[712] Es wird abzuwarten bleiben, ob die Lücke in der Zukunft durch den Gesetzgeber oder die Rechtsprechung geschlossen wird. Nichtsdestotrotz bleibt festzuhalten, dass die in England getroffene Neuregelung durch s. 113 HGCRA 1996 im Vergleich zu den Regelungsansätzen in der deutschen und amerikanischen Rechtsordnung eine fortschrittliche Lösung darstellt und möglicherweise als arbeitsfähiger Kompromiss auch einen Lösungsansatz für General- und Subunternehmer im Hinblick auf eine Wiederbelebung des Teamgeistes darstellen kann.

3. Einführung alternativer Sicherungsstrukturen

Gleichzeitig haben die Anstrengungen in der englischen Rechtsordnung auch gezeigt, wo mögliche alternative Sicherungsstrukturen liegen können. Der Latham Report gibt an

---

[710] Dieser Ansicht folgen im Ergebnis auch *Price*, 36 Building 4, S. 42; vgl. auch *Jenkins*, (1998) 14 Constr.L.J., S. 396, die bei der Unmöglichkeit einer teilweisen Abwälzung des Zahlungsrisikos auf die Subunternehmerebene auch von fehlender „bankability" spricht; kritisch hierzu *Minogue*, 36 Building 4 (September 1998), S. 42; aus der amerikanischen Rechtsordnung ist mit der Entscheidung *Orman v. Ryan*, 55 P. 168 (Colo., 1898) ein sehr früher Fall bekannt, in dem eine bedingte Zahlungsklausel in einem projektfinanzierungsähnlichen Szenario zum Tragen kam. James B. Orman war als Subunternehmer für die Pacific Contract Company tätig, die den Bau der Elk Mountain Railway übernommen hatte. Teile der Gleisbettarbeiten hatte Orman an Maurice Ryan weitergegeben. Die Bezahlung sollte aufgrund einer bedingten Zahlungsklausel erst dann erfolgen, wenn Orman seinerseits vergütet wurde. Die Finanzierung der Arbeiten sollte seitens des Auftraggebers alleine aus dem Verkauf von Schuldverschreibungen (bonds) erfolgen. Nachdem diese Finanzierung fehlschlug, erfolgten keinerlei Zahlungen. Das Berufungsgericht sah die bedingte Zahlungsklausel als wirksame Bedingung an und lehnte den Zahlungsanspruch des Sub-Subunternehmers Ryan ab.

[711] Siehe hierzu IV. Kapitel, C. I. b. aa. (2).

[712] vgl. insbesondere *Minogue*, a.a.O.; *Price*, a.a.O.

mehreren Stellen eindringliche Empfehlungen, sichere Treuhandfonds obligatorisch zu machen, in die der Auftraggeber die jeweiligen Zahlungen für eine Abschlagsperiode bzw. für einen bestimmten Bauabschnitt unmittelbar vor Beginn der Bauarbeiten für diesen Abschnitt einzuzahlen hat. Die auf diese Weise jeweils vor Fälligkeit auf das Treuhandkonto zu zahlenden Beträge sollten dabei detailliert vor Baubeginn in Übereinstimmung der Parteien festgelegt werden. Auf diese Weise erhofft man sich eine Stärkung des Vertrauens von Generalunternehmern und Subunternehmern in die eigene Bezahlung.[713]

Dennoch ist diesbezüglich eine große Zurückhaltung zu spüren, die Vorschläge in die Praxis umzusetzen und entsprechende gesetzliche Regelungen zu implementieren. Trotz der eindringlichen Empfehlung des Latham Reports und der zumeist positiven Reaktionen der Bauunternehmer ist eine Umsetzung in diesem Punkt bislang nicht erfolgt und somit in absehbarer Zeit wohl auch nicht zu erwarten. Dies mag damit zusammenhängen, dass die Realisierung gerade im Baugewerbe auf einige Probleme trifft, die teilweise bereits durch den Latham Report selber identifiziert wurden, die vereinzelt aber auch in der Literatur angesprochen worden sind. Zum einen gab es die Forderung des CIEC, eine *de minimis* Regelung einzubeziehen, die eine Einrichtung von Treuhandkonten bei geringen Bauvertragswerten oder nur kurzfristigen Arbeiten entbehrlich macht. Dem wurde entgegengehalten, dass dann die Gefahren einer Umgehung durch Aufteilung des Gesamtprojektes in verschiedene Bauverträge mit entsprechend kleinen Vertragswerten und entsprechend kurzen Vertragszeiten steigen würden.[714]

Neben den generellen Vorbehalten der Auftraggeberseite, durch die Einrichtung von Treuhandkonten in eine Vorfinanzierung gedrängt zu werden, dürfte ein erhebliches Problem in den mit der Einrichtung von Treuhandkonten verbundenen zusätzlichen Kosten liegen. Zwar schlägt *Latham* vor, dass jegliche Zinserträge dem Auftraggeber zufließen sollten, um dessen Pflicht zur Vorfinanzierung zu kompensieren. Diese würden aber wohl kaum dessen Finanzierungskosten decken, so dass im Endeffekt die prognostizierten Zusatzkosten die Gesamtprojektkosten steigern und damit die Gewinnspanne der Bauunternehmer mindern würden. Angesichts der ohnehin minimalen Gewinnspannen in der Bauindustrie wäre zu erwarten, dass die Mehrzahl der Bauunternehmer das Risiko einer Auftraggeberinsolvenz zugunsten einer höheren potentiellen Gewinnspanne eingehen würde.[715]

Außerdem wäre ein Schutz des Subunternehmers nur dann gewährleistet, wenn sichergestellt wäre, dass die auf dem Treuhandkonto gesicherten Zahlungen an den

---

[713] *Latham*, Constructing the Team, 5.20., 10.6.

[714] *Latham*, Constructing the Team, 10.11.

[715] *Jenkins*, (1995) 11 Constr.L.J., S. 272 f.; siehe auch *Greenwood* / *Klein*, (1995) 11 Constr.L.J., S. 260.

Generalunternehmer von diesem auch zügig an den Subunternehmer weitergeleitet werden. Sollte der Generalunternehmer beispielsweise insolvent werden, nachdem er entsprechende Zahlungen aus dem Treuhandfonds erhalten hat, würde der Schutz des Subunternehmers entfallen. Dem könnte nur vorgebeugt werden, wenn der Generalunternehmer seinerseits sofort nach Erhaltung der Zahlungen zur Einrichtung entsprechender Treuhandkonten für die Vergütungsanteile des Subunternehmers verpflichtet wäre oder von vornherein separate Treuhandkonten für die Subunternehmer eingerichtet werden, in die der Auftraggeber deren Leistungsanteile direkt einzahlt. Zum einen wirft diese Einrichtung mehrerer Treuhandfonds erhebliche Probleme in der Zuordnung und Freigabe der Gelder auf, zum anderen sind mit der Einrichtung einer Vielzahl von Treuhandkonten erheblich höhere Transaktionskosten verbunden, die wiederum die Gesamtprojektkosten belasten würden.[716]

Eine ähnlich starke Zurückhaltung wurde daher auch innerhalb der deutschen Rechtsordnung im Zusammenhang mit den Entwürfen eines Bauvertragsgesetzes gezeigt. Sowohl der Gesetzesantrag des Freistaates Sachsen[717] als auch der gleichlautende Gesetzesantrag der Bundestagsfraktion von CDU/CSU[718] hat bei der Prüfung von Alternativen auch die Einrichtung von Treuhandkonten in Erwägung gezogen. Es wurde erwogen, im Rahmen des Bauvorhabens fließende Gelder auf Treuhand- oder Anderkonten zu deponieren und die kontoführende Bank zu verpflichten, zur Bauerstellung gewährte Kredite auch nur diesen Konten gutzuschreiben. Auszahlungen sollten nur an die am Bau Beteiligten erfolgen. Ferner wurde erwogen, den Bauherren zu verpflichten, seine Eigenmittel sowie Mittel aus der Verwertung der Bauleistungen, die er vor Fertigstellung erzielt, unter Treuhand zu stellen. Darüber hinaus wurde ergänzend erwogen, die finanzierende Bank zu verpflichten, eine Ausschöpfung des Kreditrahmens und die Auskehrung der auf die Treuhandkonten eingezahlten Beträge erst dann vorzunehmen, wenn anhand einer Liste festgestellt worden ist, dass sämtliche Forderungen von Handwerkern und Subunternehmern befriedigt worden sind oder das Bauvorhaben abgeschlossen ist. Gleichermaßen wurden diese Erwägungen jedoch verworfen, da erhebliche Bedenken gegen die Praktikabilität solcher Treuhandkonten bestanden. Diese richteten sich – ebenso wie die in der englischen Rechtsordnung geäußerten Bedenken – in erster Linie gegen die Verminderung der Liquidität und Flexibilität des Auftraggebers, den mit der Errichtung von Treuhandkonten verbundenen Sach- und

---

[716] *Jenkins*, (1995) 11 Constr.L.J., S. 264 f.

[717] Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Forderungen der Bauhandwerker (Bauvertragsgesetz – BauVertrG) vom 14.04.1999, BR-Drucks. 242/99; siehe auch II. Kapitel, C. I. 4. (Fn. 229).

[718] Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Forderungen der Bauhandwerker (Bauvertragsgesetz – BauVertrG) vom 26.03.1999, BT-Drucks. 14/673, siehe auch II. Kapitel, C. I. 4. (Fn. 228).

Verwaltungsaufwand, die entstehende unübersichtliche Gemengelage von Rechtsverhältnissen zwischen Bank, Bauträger und Bauherrn sowie gegen die Verringerung der relativ geringen Margen im Bauträgergeschäft.[719]

Das amerikanische Rechtssystem enthält in § 21-02 des Illinois Mechanic's Liens Act[720] eine entsprechende Regelung zur Einrichtung von sog. trust funds. Nach § 21-02 (a) sind solche trust funds obligatorisch einzurichten, wenn ein Beteiligter auf ein ihm zustehendes Pfandrecht (mechanic's lien) verzichtet. Die Regelung in § 21-02 (b) macht jedoch deutlich, dass ein Vorhalten der Gelder in separaten Treuhandkonten nicht zwingend erforderlich ist und auch eine Vermengung treuhänderisch gehaltener Gelder mit anderen Mitteln nicht per se als Verstoß gegen die Vorschrift anzusehen ist. Insofern wird eine umfassende Schadensersatzpflicht des Treuhänders als ausreichendes Kontrollmittel erachtet. Auf diese Weise entfällt der erhebliche Anteil der mit der Einrichtung von Treuhandkonten verbundenen Transaktionskosten, so dass insofern eine Praktikabilität sichergestellt ist. Gleichzeitig ist die Anwendung jedoch sehr stark eingeschränkt und auf den Verzicht von Pfandrechten begrenzt. Eine Vergleichbarkeit mit den englischen und deutschen Ansätzen ist daher nur bedingt gegeben, so dass erhebliche Probleme hinsichtlich der Umsetzung der grundsätzlich positiven Ansätze verbleiben.

III. Potentielle Lösungsansätze für das Verhältnis von General- und Subunternehmer

Welche Möglichkeiten eröffnen sich aber nun für eine adäquate Lösung des angesprochenen cash-flow-Problems für den Fall der Auftraggeberinsolvenz. Lösungen nach amerikanischem Muster, die dem Subunternehmer das volle Ausfallrisiko aufbürden, ohne ihm einen zusätzlichen oder erweiterten Schutz zu gewähren, erscheinen unbillig und allenfalls im Zusammenhang mit den oben erwähnten Finanzierungsstrukturen angezeigt, bei denen eine Abwälzung des Risikos möglicherweise für die Durchführung des Projekts zwingend erforderlich ist. Da das Risiko der Auftraggeberinsolvenz aber sowohl für den Generalunternehmer als auch für den Subunternehmer gleichermaßen wenig zu beherrschen ist, erscheint es angemessen, solche Lösungen zu bevorzugen, die beide Parteien mit dem gleichen Anteil am Risiko beteiligen, mit dem sie auch an der Vergütung partizipiert hätten.

Eine naheliegende Möglichkeit wäre die Aufnahme entsprechender Regelungen in den Subunternehmervertrag, etwa dergestalt, dass der Generalunternehmer im Falle der Auftraggeberinsolvenz diejenigen Beträge, die ihm im Insolvenzverfahren zugesprochen

---

[719] BR-Drucks. 242/99, S. 14 f.; BT-Drucks. 14/673, S. 8 f.

[720] 770 Ill. Comp. Stat. 60/21-02, siehe Anhang F.

werden, im Verhältnis der Subunternehmerforderung zur Gesamtforderung an den Subunternehmer zahlt.

Eine entsprechende Möglichkeit würde auch die Teilabtretung der Werklohnforderung des Generalunternehmers in Höhe des Werklohnanteils des Subunternehmers an den Subunternehmer an Erfüllungs statt gem. §§ 398 ff., 364 Abs. 1 BGB darstellen. Hierbei würde der Generalunternehmer mit der Abtretung gegenüber dem Subunternehmer frei werden, während letzterer lediglich die Quote beim Auftraggeber erzielen könnte und damit ebenfalls am Ausfallrisiko partizipieren würde. Diese Möglichkeit wäre aber mit erheblichen Problemen verbunden, da sie voraussetzt, dass die Werklohnforderung des Subunternehmers deckungsgleich zu der abzutretenden Teilforderung des Generalunternehmers gegen den Auftraggeber ist. Eine solche Deckungsgleicheit wird sich nur schwer darstellen lassen, so dass sich hier potentielle Probleme im Hinblick auf die für eine wirksame Abtretung erforderliche Bestimmtheit der Forderung ergeben.

Da die vorgenannten Lösungsansätze stets von der Mitwirkung des Subunternehmers abhängen, stellt sich für den Generalunternehmer die Frage, ob er eine Beteiligung des Subunternehmers am Ausfallrisiko nicht auch auf andere Weise erreichen könnte. Einen Weg, diese Risikobeteiligung des Subunternehmers zu erreichen, könnte die Anlehnung an moderne Finanzierungsstrukturen darstellen. Sofern der Generalunternehmer nicht selber mit dem Auftraggeber kontrahiert, sondern eine Projektgesellschaft mit beschränkter Haftung gründet, die dann als Generalunternehmer gegenüber dem Auftraggeber auftritt, könnte er zunächst erreichen, dass das haftende Vermögen dieser Projektgesellschaft auf die Werklohnforderung gegenüber dem Auftraggeber (zuzüglich des Mindestkapitals) beschränkt wird. Die Projektgesellschaft würde dann separate Vertragsverhältnisse mit dem eigentlichen Generalunternehmer über dessen Leistungsteil sowie mit dem Subunternehmer über die Subunternehmerleistung abschließen. Im Verhältnis zur Projektgesellschaft wäre der Generalunternehmer dann ebenfalls wie ein Subunternehmer zu behandeln. Ginge nun der Auftraggeber in die Insolvenz, wäre die Werklohnforderung der Projektgesellschaft, als einziger Aktivposten, nur noch in Höhe der Quote zu realisieren. Da die Forderungen der eigentlichen Bauunternehmer, i.e. Generalunternehmer und Subunternehmer, gegen die Projektgesellschaft nach wie vor bestünden, wäre die Projektgesellschaft unterkapitalisiert und müsste ihrerseits abgewickelt werden. Hierzu würde man den einzigen Aktivposten, d.h. die in Höhe der Quote realisierte bzw. realisierbare Werklohnforderung gegen den insolventen Auftraggeber, an die Gläubiger jeweils im Verhältnis ihrer Werklohnforderungen gegen die Projektgesellschaft verteilen. Eine Nachrangigkeit, z.B. nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, hätte der Generalunternehmer nicht zu befürchten, da seine Forderung gegen die

Projektgesellschaft nicht als kapitalersetzendes Darlehen zu qualifizieren wäre, sondern ebenso wie die Forderung des Subunternehmers eine Insolvenzforderung wäre.

IV. Weitere rechtspolitische Erwägungen

Da in bezug auf die zuvor gemachten Ausführungen zu belegen versucht wurde, dass zumindest eine potentielle Notwendigkeit besteht, bedingende Zahlungsklauseln in einem begrenzten Umfang für zulässig zu erachten, ist es wünschenswert, nach dem Vorbild der anderen Rechtsordnungen auch innerhalb der deutschen Rechtsordnung differenzierte gesetzliche Regelungen dieses Aspektes zu treffen, da anderweitig zumindest denkbare Effekte eintreten können, die von der Rechtsordnung nicht gewollt sein können.

Die bislang bestehenden Defizite in der Wahrnehmung der Probleme und in der gesetzlichen Regelung dürften nicht zuletzt darauf zurückzuführen sein, dass sowohl der Gesetzgeber als auch die juristische Lehre im Bereich des Subunternehmereinsatzes immer erst dann reagiert haben, wenn es zu schlechten Erfahrungen und Missbräuchen der herkömmlichen Regelungen kam. Dies war sowohl Anfang der fünfziger Jahre erkennbar, als erst die Missstände in der Bauwirtschaft die Ausarbeitung eines Merkblattes für Generalunternehmer auslösten, als auch in den achtziger und frühen neunziger Jahren, als ein erheblicher Anstieg der Insolvenzen im Baugewerbe den Gesetzgeber zwangen, rechtliche Regelungen zur Hebung der Zahlungsmoral zu etablieren. Gerade solche schlechten Erfahrungen fehlen aber fast ausschließlich im Bereich der hier vornehmlich diskutierten bedingenden Zahlungsbedingungen im internationalen Anlagenbau. Daher verwundert es nicht, dass die Lösungsansätze in ihrer Argumentation recht einfach gehalten sind. Diese mangelnden Erfahrungen sind mitnichten darauf zurückzuführen, dass solche bedingenden Zahlungsklauseln nicht verwendet werden, da der Einsatz solcher Klauseln insbesondere im internationalen Geschäft durchaus üblich und weit verbreitet ist. Daher ist die Annahme berechtigt, dass diese Wahrnehmungsdefizite darauf beruhen, dass die deutsche Rechtsprechung mit diesen Probleme nicht sehr häufig betraut wird, sondern dass die Entscheidung über die Zulässigkeit solcher Klauseln viel eher vor ausländischen Gerichten oder Schiedsgerichten getroffen wird. Hierfür spricht die hohe Diskrepanz zwischen der Fülle der amerikanischen Entscheidungen zu der denkbar geringen Anzahl deutscher Entscheidungen zu diesem Thema. Neben der richterlichen Rechtsfortbildung fehlt es der deutschen Rechtsordnung darüber hinaus an entsprechenden gesetzlichen Regelungen zu diesem Problemkreis, wie sie in anderen Rechtsordnungen, wie z.B. der englischen, in jüngster Zeit geschaffen wurden. Das Ausweichen auf ausländische Rechtsordnungen mag insofern darauf beruhen, dass wegen der mangelnden Erfassung der aus der Sicht der

Vertragsparteien bedeutenden Probleme im kodifizierten Recht und in der Rechtsprechung keine verbindlichen Regelungen – und damit aus der Sicht der Parteien auch keine prognostizierbaren Ergebnisse – bestehen, so dass sie es daher vorziehen, ihre eigene Rechtsordnung per Vertrag zu schaffen bzw. auf fremde Rechtsordnungen, wie die anglo-amerikanischen Rechtsordnungen, auszuweichen, die insofern explizite Regelungen treffen und der Rechtsunsicherheit der Parteien entgegenwirken.

Insbesondere zwei Aspekte sprechen für ein solches Ausweichen auf andere Rechtsordnungen bzw. Entscheidungsträger. Zum einen spricht gegen die Anwendung der deutschen Rechtsordnung die potentielle generelle Unzulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln auch in solchen Fällen, die von den Parteien übereinstimmend möglicherweise gewünscht werden. Dass zur Verwendung solcher Klauseln gerade im Anlagenbau eine gewisse Notwendigkeit bestehen kann, wurde anhand der Projektfinanzierung versucht, darzustellen. Hieraus kann eine verstärkte Nichtanwendung der deutschen Rechtsordnung über entsprechende Rechtswahlklauseln resultieren, die sicherlich nicht im Interesse der Rechtsordnung sein kann. Auch die einzelnen nationalen Rechtsordnungen stehen in einem gewissen Wettbewerb untereinander, da über sie ein erheblicher Einfluss auf wirtschaftliche Vorgänge genommen werden kann. Dass auf diese Weise eine ausgewogene Rechtsordnung, wie die deutsche, auf bestimmte Vertragsverhältnisse nicht mehr bzw. nur noch teilweise zur Anwendung gelangt, ist erklärlichermaßen wenig wünschenswert. Im Hinblick auf die in Deutschland gewählte pauschale AGB-Lösung lässt sich dieser hypothetische Gedankengang noch weiterverfolgen. Zieht man in Betracht, dass wegen der potentiellen Unzulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln eine Flucht aus dem normalerweise anwendbaren deutschen Recht erfolgen kann, so könnte Art. 3 Abs. 3 der Römer Vertragsrechtskonvention bei einer solchen Konstellation einschlägig sein, mit der Folge, dass das deutsche AGB-Recht als zwingendes Recht dennoch zur Anwendung gelangt und die bedingenden Zahlungsklauseln unzulässig werden lässt.[721] Bedenkt man, dass Art. 3 Abs. 3 der Konvention an andere bestimmende Faktoren wie Wohnsitz oder Niederlassung der Vertragsparteien anknüpft, könnte dies im worst case scenario bedeuten, dass ein deutscher Subunternehmer wegen der vorgenannten

[721] Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass Art. 4 Abs. 1 der Konvention auch eine diesbezügliche Teilung des Vertragsverhältnisses zulässt, insbesondere wenn es sich um komplexe Verträge handelt, vgl. Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von Herrn Mario Giuliano, Professor an der Universität Mailand, und Herrn Paul Lagarde, Professor an der Universität Paris I, ABlEG C 282 vom 31. Oktober 1980, S. 10.

potentiellen Konsequenzen für das Vertragsverhältnis bei der Vergabe der Arbeiten nicht berücksichtigt wird.

Auch wenn diese Überlegungen in höchstem Maße hypothetisch sind, wäre es aus Sicht der deutschen Rechtsordnung wünschenswert, wenn nach dem hier vorgestellten Vergleich mit den positiven Regelungen anderer Rechtsordnungen eine entsprechende deutsche Regelung gefunden werden könnte. Es ist zwar nicht die Aufgabe der Rechtsordnung, sich in allen Fällen den Wünschen der Wirtschaftsordnung zu beugen, sondern vielmehr, sie zu formen. Soweit es um die Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen geht, obliegt ihr allerdings auch die Aufgabe, nicht nur regulierend in das Geschäft solcher Unternehmer einzugreifen, sondern auch den Boden für eine möglichst breit angelegte Tätigkeit zu bereiten.[722]

Zum anderen ist mit der Flucht in andere Rechtsordnungen auch die Flucht in andere Foren, das sog. *forum shopping*, eng verbunden. Diese Flucht lässt sich nicht nur vor ordentliche Gerichte beobachten. Die immer wieder beobachteten Aussagen von Praktikern, es handele sich bei der Verwendung von Zahlungsklauseln um alltägliche Klauseln, steht angesichts des hohen Konfliktpotentials solcher Klauseln im direkten Widerspruch zur geringen Häufigkeit gerichtlicher Streitigkeiten diesbezüglich. Dies lässt vermuten, dass diese Streitigkeiten vor anderen Gerichten ausgetragen werden. Da kaum in höherem Maße entsprechende Entscheidungen in einer der untersuchten Rechtsordnungen veröffentlicht worden sind, lässt dies wiederum vermuten, dass es sich bei solchen Gerichten in erster Linie um Schiedsgerichte handelt, deren Entscheidungen nur in den wenigsten Fällen veröffentlicht werden.[723] Auch insofern könnten entsprechende gesetzliche Regelungen bedingender Zahlungsklauseln zu einer Klärung beitragen.

C. Schlussbetrachtung

Zusammengefasst lässt sich festhalten, dass die Komplexität der Vertragsverhältnisse im Anlagenbau eine pauschale Ablehnung bedingender Zahlungsklauseln, wie sie vornehmlich im deutschen Rechtssystem beobachtet werden kann, verbietet. Zwar existiert auch im

---

[722] Hier sei darauf hingewiesen, dass beispielsweise für das englische Rechtssystem der CIPS Bericht auf der Basis des Latham Reports ein explizites „Mission Statement“ vornimmt, wonach es als Hauptaufgabe der Neuregelungen angesehen wird, der Bauindustrie des Vereinigten Königreiches zu internationaler Wettbewerbsfähigkeit zu verhelfen. Dies mag auch ein Indiz für ein breiteres Verständnis der Funktionen einer Rechtsordnung sein.

[723] Dem Verfasser ist lediglich ein Schiedsspruch bekannt, bei dem die von einem österreichischen Generalunternehmer gegenüber einem englischen Subunternehmer verwendete bedingte Zahlungsklausel als echte Bedingung zugunsten des Generalunternehmers ausgelegt wurde, vgl. Final Award in Case No. 6230/1990, Yearbook of Commercial Arbitration 1990, 86 ff.

amerikanischen Rechtssystem eine Vielzahl von Entscheidungen, die eine Verwendung bedingender Zahlungsklauseln in Subunternehmerverträgen für generell unzulässig erachten. Die größte Zahl dieser Entscheidungen erging allerdings vor dem Hintergrund kleinerer Bauvorhaben, bei denen die Subunternehmer allein aufgrund ihrer wirtschaftlichen Schwäche schutzwürdig waren. Diese Wertungen lassen sich aufgrund größerer Komplexität der Projekte, langfristigerer Vertragsabwicklung und der deutlich höheren Vertragswerte nur sehr begrenzt auf den industriellen Anlagenbau übertragen. Da Subunternehmer im Anlagenbau – zumindest auf den höheren Ebenen – über einen deutlich höheren Grad an Spezialisierung und damit auch deutlich stärkere wirtschaftliche Macht verfügen, existiert oftmals kein solches Gefälle gegenüber dem Generalunternehmer, welches ein besonderes Schutzinteresse des Subunternehmers begründen könnte.[724] Im Vordergrund steht hier vielmehr die Vertragsfreiheit der Parteien.

Da das deutsche Recht bei derartigen Problemlösungen oftmals leider immer noch das werkrechtliche Vertragsbild des Kleinvertrages[725], nicht aber den komplexen Langzeitvertrag, vor Augen hat, ist eine teilweise Neuorientierung des deutschen Rechts in diesem Bereich notwendig. Dies erfordert nicht das Festhalten an herkömmlichen Vertragsstrukturen, sondern eine pragmatische Ausrichtung an wirtschaftlichen Notwendigkeiten[726], wie der Vergleich mit modernen Finanzierungsstrukturen gezeigt hat. Die Unzulänglichkeit der Rechtsgrundlagen führt insgesamt zu Rechtsunsicherheit und stärkerer Prozesslastigkeit und wirkt sich daher in hohem Maße negativ aus.[727]

Die besondere Position des Subunternehmers setzt bei der Erarbeitung einer angemessenen gesetzlichen Regelung allerdings ein hohes Maß an Vorsicht voraus, da der Verwendung bedingender Zahlungsklauseln wegen ihrer drastischen Wirkung ein hohes Missbrauchspotential immanent ist. Die Entscheidung über die Zulässigkeit oder

---

[724] Das House of Lords hat eine solche starke Position gegenüber dem Generalunternehmer z.B. bereits aus der Nominierung des Subunternehmers hergeleitet, vgl. *Modern-Engineering v. Gilbert-Ash*, [1974] A.C. 689, 692, wo es wie folgt heißt:

> „The sub-contractor in the present case was in a very strong position because he was nominated by the architect and not by the main contractor and therefore the sub-contractor was in a position to refuse to enter into any conditions more onerous than those specified in the R.I.B.A. form of contract."

[725] vgl. hierzu *von Gierke*, Jherings Jahrbücher 1914, S. 356 ff.

[726] vgl. hierzu auch *Nicklisch*, in: Fritz *Nicklisch* / Adolfo Alvarado *Velloso* (Hrsg.), Der komplexe Langzeitvertrag – Strukturen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht, Band 8, Heidelberg 1987, S. 17 ff.

[727] Bereits jetzt sind die deutschen Landgerichte in Zivilsachen zu rund einem Drittel ihrer Kapazität mit Bauprozessen ausgelastet, in den neuen Bundesländern zu mehr als der Hälfte, vgl. *IfBF*, BauR 2001, Sonderdruck zu Heft 4, S. 9.

Unzulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln sollte daher sehr stark von den spezifischen Bedingungen des Einzelfalles abhängig gemacht werden, wie dies auch insbesondere im englischen Rechtssystem anhand der sehr sorgfältigen Überprüfung der vertraglichen Formulierungen der Fall ist. Eine Zulässigkeit sollte – orientiert an der englischen Lösung in s. 113 HGCRA 1996 – nur im Hinblick auf die Insolvenz des Auftraggebers anerkannt werden. Da Generalunternehmer und Subunternehmer eine Schicksalsgemeinschaft bilden, deren Durchsetzung von Ansprüchen gegen den Auftraggeber nur durch den Generalunternehmer geltend gemacht werden kann, sollte die Verwendung bedingender Zahlungsklauseln für den Insolvenzfall ferner nur dann zulässig sein, wenn gleichzeitig eine Vereinbarung zwischen den Parteien getroffen wird, die eine konkrete, am Verhältnis der Leistungsanteile bemessene Quotelung der vom Generalunternehmer erstrittenen Gelder vorsieht.[728] Andernfalls besteht die Gefahr, dass entweder der Generalunternehmer sämtliche Gelder zunächst mit seinen offenen Forderungen verrechnet und der Subunternehmer Gefahr läuft, leer auszugehen oder der Generalunternehmer zunächst sämtliche Forderungen seiner Subunternehmer begleichen und seinerseits mit einem Totalausfall rechnen muss.

Insgesamt sollten derartige Neuregelungen geeignet sein, dem hohen Grad an Kooperation im Anlagenbau gerecht zu werden und das Vertrauen und den Teamgeist unter den Beteiligten zu stärken, um damit den negativen Entwicklungen innerhalb des Baugewerbes und den hieraus resultierenden auseinanderdriftenden Interessen der im Baugewerbe Tätigen angemessen entgegenzuwirken.

---

[728] *Wallace*, S. 323; Eine entsprechende Regelung sehen auch die SIA Articles and Conditions of Contract in Klausel 30 (2) (b) vor, wo es heißt:

„In a case where the Contractor has without any default on his part only been able to recover from the Employer some but not all the sums properly due to him under or by virtue of the Contract, shall be rateably allocated to all such Designated or Nominated Sub-Contractors or Suppliers in proportion to their respective certified amounts and shall be deemed to have been paid to the Contractor in respect of each of the said amounts." (Hervorhebung durch den Verfasser eingefügt).

Anhang A - Louisiana Civil Code (Auszüge)

La. Civ. Code Ann. Art. 1767 (1987)

A conditional obligation is one dependent on an uncertain event.

If the obligation may not be enforced until the uncertain event occurs, the condition is suspensive.

If the obligation may be immediately enforced but will come to an end when the uncertain event occurs, the condition is resolutory.

La. Civ. Code Ann. Art. 1777 (1987)

A term for the performance of an obligation may be express or it may be implied by the nature of the contract.

Performance of an obligation not subject to a term is due immediately.

La. Civ. Code Ann. Art. 1778 (1987)

A term for the performance of an obligation is a period of time either certain or uncertain. It is certain when it is fixed. It is uncertain when it is not fixed but is determinable either by the intent of the parties or by the occurrence of a future and certain event. It is also uncertain when it is not determinable, in which case the obligation must be performed within a reasonable time.

Anhang B – New York Lien Law (Auszüge)

New York Lien Law § 3 (1993)

Mechanic's lien on real property

A contractor, subcontractor, laborer, materialman, landscape gardener, nurseryman or person or corporation selling fruit or ornamental trees, roses, shrubbery, vines and small fruits, who performs labor or furnishes materials for the improvement of real property with the consent or at the request of the owner thereof, or of his agent, contractor or subcontractor, and any trust fund to which benefits and wage supplements are due or payable for the benefit of such laborers, shall have a lien for the principal and interest, of the value, or the agreed price, of such labor, including benefits and wage supplements due or payable for the benefit of any laborer, or materials upon the real property improved or to be improved and upon such improvement, from the time of filing a notice of such lien as prescribed in this chapter. Where the contract for an improvement is made with a husband or wife and the property belongs to the other or both, the husband or wife contracting shall also be presumed to be the agent of the other, unless such other having knowledge of the improvement shall, within ten days after learning of the contract give the contractor written notice of his or her refusal to consent to the improvement.

Within the meaning of the provisions of this chapter, materials actually manufactured for but not delivered to the real property, shall also be deemed to be materials furnished.

New York Lien Law § 34 (1993)

Waiver of lien

Notwithstanding the provisions of any other law, any contract, agreement or understanding whereby the right to file or enforce any lien created under article two is waived, shall be void as against public policy and wholly unenforceable. This section shall not preclude a requirement for a written waiver of the right to file a mechanic's lien executed and delivered by a contractor, subcontractor, material supplier or laborer simultaneously with or after payment for the labor performed or the materials furnished has been made to such contractor, subcontractor, material man or laborer nor shall this section be applicable to a written agreement to subordinate, release or satisfy all or part of such a lien made after a notice of lien has been filed.

Anhang C – California Civil Code (Auszüge)

Cal. Civ. Code § 2809 (1993)

The obligation of a surety must be neither larger in amount nor in other respects more burdensome than that of the principal; and if in its terms it exceeds it, it is reducible in proportion to the principal obligation.

Cal. Civ. Code § 3096 (1993)

'Payment bond' means a bond with good and sufficient sureties that is conditioned for the payment in full of the claims of all claimants and that also by its terms is made to inure to the benefit of all claimants so as to give these persons a right of action to recover upon this bond in any suit brought to foreclose the liens provided for in this title or in a separate suit brought on the bond.

Cal. Civ. Code § 3140 (1993)

Any original contractor or subcontractor shall be entitled to recover, upon a claim of lien recorded by him, only such amount as may be due him according to the terms of his contract after deducting all claims of other claimants for labor, services, equipment, or materials furnished and embraced within his contract.

Cal. Civ. Code § 3226 (1993)

Any bond given pursuant to the provisions of this title will be construed most strongly against the surety and in favor of all persons for whose benefit such bond is given, and under no circumstances shall a surety be released from liability to those for whose benefit such bond has been given, by reason of any breach of contract between the owner and original contractor or on the part of any obligee named in such bond, but the sole conditions of recovery shall be that claimant is a person described in Section 3110, 3111, or 3112, and has not been paid the full amount of his claim.

Cal. Civ. Code § 3262 (1993)

(a) Neither the owner nor original contractor by any term of their contract, or otherwise, shall waive, affect, or impair the claims and liens of other persons whether with or without notice except by their written consent, and any term of the contract to that effect shall be null and void. Any written consent given by any claimant pursuant to this subdivision shall be null, void, and unenforceable unless and until the claimant executes and delivers a waiver and release. Such a waiver and release shall be binding and effective to release the owner, construction lender, and surety on a payment bond from claims and liens only if the waiver and release follows substantially one of the forms set forth in this section and is signed by the claimant or his or her authorized agent, and, in the case of a conditional release, there is evidence of payment to the claimant. Evidence of payment may be by the claimant's endorsement on a single or joint payee check which has been paid by the bank upon which it was drawn or by written acknowledgment of payment given by the claimant.

(b) No oral or written statement purporting to waive, release, impair or otherwise adversely affect a claim is enforceable or creates any estoppel or impairment of a claim unless (1) it is pursuant to a waiver and release prescribed herein, or (2) the claimant had actually received payment in full for the claim.

(c) This section does not affect the enforceability of either an accord and satisfaction regarding a bona fide dispute or any agreement made in settlement of an action pending in any court provided the accord and satisfaction or agreement and settlement make specific reference to the mechanic's lien, stop notice, or bond claims.

[…]

Cal. Civ. Code § 3528 (1997)

The law respects form less than substance.

Anhang D – Constitution of the State of California 1879 (Auszüge)

Cal.Const. Art. XIV, § 3 (1996)

Mechanics' liens

Sec. 3. Mechanics, persons furnishing materials, artisans, and laborers of every class, shall have a lien upon the property upon which they have bestowed labor or furnished material for the value of such labor done and material furnished; and the Legislature shall provide, by law, for the speedy and efficient enforcement of such liens.

Anhang E – General Statutes of North Carolina (Auszüge)

N.C. Gen. Stat. Ch. 22c, § 2 (1998)

Performance by subcontractor

Performance by a subcontractor in accordance with the provisions of its contract shall entitle it to payment from the party with whom it contracts. Payment by the owner to a contractor is not a condition precedent for payment to a subcontractor and payment by a contractor to a subcontractor is not a condition precedent for payment to any other subcontractor, and an agreement to the contrary is unenforceable

N.C. Gen. Stat. Ch. 22c, § 3 (1998)

Time of payment to subcontractors after contractor or other subcontractor has been paid

When a subcontractor has performed in accordance with the provisions of his contract, the contractor shall pay to his subcontractor and each subcontractor shall pay to his subcontractor, within seven days of receipt by the contractor or subcontractor of each periodic or final payment, the full amount received for such subcontractor's work and materials based on work completed or service provided under the subcontract.

Anhang F – Illinois Compiled Statutes (Auszüge)

770 Ill. Comp. Stat. 60/1.1 (1993)

An agreement to waive any right to enforce or claim any lien under this Act where the agreement is in anticipation of and in consideration for the awarding of a contract or subcontract, either express or implied, to perform work or supply materials for an improvement upon real property is against public

policy and unenforceable. This Section does not prohibit subordination or release of a lien granted under this Act.

770 Ill. Comp. Stat. 60/21 (1993)

Subject to the provisions of Section 5, every mechanic, worker or other person who shall furnish any materials, apparatus, machinery or fixtures, or furnish or perform services or labor for the contractor, or shall furnish any material to be employed in the process of construction as a means for assisting in the erection of the building or improvement in what is commonly termed form or form work where concrete, cement or like material is used in whole or in part, shall be known under this Act as a sub-contractor, and shall have a lien for the value thereof, with interest on such amount from the date the same is due, from the same time, on the same property as provided for the contractor, and, also, as against the creditors and assignees, and personal and legal representatives of the contractor, on the material, fixtures, apparatus or machinery furnished, and on the moneys or other considerations due or to become due from the owner under the original contract. If the legal effect of any contract between the owner and contractor is that no lien or claim may be filed or maintained by any one and the waiver is not prohibited by this Act, such provision shall be binding; but the only admissible evidence thereof as against a sub-contractor or material man, shall be proof of actual notice thereof to him before any labor or material is furnished by him; or proof that a duly written and signed stipulation or agreement to that effect has been filed in the office of the recorder of the county or counties where the house, building or other improvement is situated, prior to the commencement of the work upon such house, building or other improvement, or within 10 days after the execution of the principal contract or not less than 10 days prior to the contract of the sub-contractor or material man. The recorder shall record the same at length in the order of time of its reception in books provided by him for that purpose, and the recorder shall index the same, in the name of the contractor and in the name of the owner, in books kept for that purpose, and also in the tract or abstract book of the tract, lot, or parcel of land, upon which the house, building or other improvement is located, and the recorder shall receive therefor a fee, such as is provided for the recording of instruments in his office.

It shall be the duty of each subcontractor who has furnished, or is furnishing, materials or labor for an existing owner-occupied single family residence, in order to preserve his lien, to notify the occupant either personally or by certified mail, return receipt requested, addressed to the occupant or his agent of the residence within 60 days from his first furnishing materials or labor, that he is supplying materials or labor; provided, however, that any notice given after 60 days by the subcontractor shall preserve his lien, but only to the extent that the owner has not been prejudiced by payments made prior to receipt of the notice. The notification shall include a warning to the owner that before any payment is made to the contractor, the owner should receive a waiver of lien executed by each subcontractor who has furnished materials or labor.

The notice shall contain the name and address of the subcontractor or material man, the date he started to work or to deliver materials, the type of work done and to be done or the type of materials delivered and to be delivered, and the name of the contractor requesting the work. The notice shall also contain the following warning:

"NOTICE TO OWNER

The subcontractor providing this notice has performed work for or delivered material to your home improvement contractor. These services or materials are being used in the improvements to your residence and entitle the subcontractor to file a lien against your residence if the services or materials are not paid for by your home improvement contractor. A lien waiver will be provided to your contractor when the subcontractor is paid, and you are urged to request this waiver from your contractor when paying for your home improvements."

Such warning shall be in at least 10 point bold face type. For purposes of this Section, notice by certified mail is considered served at the time of its mailing.

In no case, except as hereinafter provided, shall the owner be compelled to pay a greater sum for or on account of the completion of such house, building or other improvement than the price or sum stipulated in said original contract or agreement, unless payment be made to the contractor or to his order, in violation of the rights and interests of the persons intended to be benefited by this act: Provided, if it shall appear to the court that the owner and contractor fraudulently, and for the purpose of defrauding sub-contractors fixed an unreasonably low price in their original contract for the erection or repairing of such house, building or other improvement, then the court shall ascertain how much of a difference exists between a fair price for labor and material used in said house, building or other improvement, and the sum named in said original contract, and said difference shall be considered a part of the contract and be subject to a lien. But where the contractor's statement, made as provided in Section 5, shows the amount to be paid to the sub- contractor, or party furnishing material, or the sub-contractor's statement, made pursuant to Section 22, shows the amount to become due for material; or notice is given to the owner, as provided in Sections 24 and 25, and thereafter such sub-contract shall be performed, or material to the value of the amount named in such statements or notice, shall be prepared for use and delivery, or delivered without written protest on the part of the owner previous to such performance or delivery, or preparation for delivery, then, and in any of such cases, such sub-contractor or party furnishing or preparing material, regardless of the price named in the original contract, shall have a lien therefor to the extent of the amount named in such statements or notice. In case of default or abandonment by the contractor, the sub-contractor or party furnishing material, shall have and may enforce his lien to the same extent and in the same manner that the contractor may under conditions that arise as provided for in section 4 of this Act, and shall have and may exercise the same rights as are therein provided for the contractor.

Any provision in a contract, agreement, or understanding, when payment from a contractor to a subcontractor or supplier is conditioned upon receipt of the payment from any other party including a private or public owner, shall not be a defense by the party responsible for payment to a claim brought under Section 21, 22, 23, or 28 of this Act against the party. For the purpose of this Section, "contractor" also includes subcontractor or supplier. The provisions of Public Act 87-1180 shall be construed as declarative of existing law and not as a new enactment.

770 Ill. Comp. Stat. 60/21-02 (1999)

Construction trust funds

(a) Money held in trust; trustees. Any owner, contractor, subcontractor, or supplier of any tier who requests or requires the execution and delivery of a waiver of mechanics lien by any person who furnishes labor, services, or materials for the improvement of a lot or a tract of land in exchange for payment or the promise of payment, shall hold in trust the unpaid sums subject to the waiver of mechanics lien, as trustee for the person who furnished the labor, services, or materials.

(b) How trust moneys held; commingling. Nothing contained in this Section shall be construed as requiring moneys held in trust by an owner, contractor, subcontractor, or material supplier under this Section to be placed in a separate account. If an owner, contractor, subcontractor, or material supplier commingles moneys held in trust under this Section with other moneys, the mere commingling of the moneys does not constitute a violation of this Section.

(c) Violation of this Section. Any owner, contractor, subcontractor, or material supplier who knowingly retains or uses the moneys held in trust under this Section or any part thereof, for any purpose other than to pay those persons for whom the moneys are held in trust, shall be liable to any person who successfully enforces his or her rights under this Section for all damages sustained by that person.

Anhang G – Wisconsin Statutes (Auszüge)

Wis. Stat. Ann. § 779.135 (1999)

Construction contracts, form of contract

The following provisions in contracts for the improvement of land in this state are void:

(1) Provisions requiring a contractor, subcontractor or material supplier to waive his or her right to a construction lien or to a claim against a payment bond before he or she has been paid for the labor or materials or both that he or she furnished.

(2) Provisions making the contract subject to the laws of another state or requiring that any litigation, arbitration or other dispute resolution process on the contract occur in another state.

(3) Provisions making a payment to a general contractor from any person who does not have a contractual agreement with the subcontractor or supplier a condition precedent to a general

contractor's payment to a subcontractor or a supplier. This subsection does not prohibit contract provisions that may delay a payment to a subcontractor until the contractor receives payment from any person who does not have a contractual agreement with the subcontractor or supplier.

Anhang H – Annotated Code of Maryland (Auszüge)

Md. Code Ann., [Real Property Code], § 9-113 (1999)

Prohibited provisions in executory contracts

(a) In general. -- An executory contract between a contractor and any subcontractor that is related to construction, alteration, or repair of a building, structure, or improvement may not waive or require the subcontractor to waive the right to:

(1) Claim a mechanics' lien; or

(2) Sue on a contractor's bond.

(b) Provisions conditioning payment to subcontractor on payment of contractor. -- A provision in an executory contract between a contractor and a subcontractor that is related to construction, alteration, or repair of a building, structure, or improvement and that conditions payment to the subcontractor on receipt by the contractor of payment from the owner or any other third party may not abrogate or waive the right of the subcontractor to:

(1) Claim a mechanics' lien; or

(2) Sue on a contractor's bond.

(c) Void provisions. -- Any provision of a contract made in violation of this section is void as against the public policy of this State.

Anhang I – Vernon's Annotated Missouri Statutes (Auszüge)

Mo. Ann. Stat. § 413-183 (2000)

Contingent or conditional obligation to pay not a defense against mechanic's lien

Any provision in a contract, agreement or understanding that provides that a payment from a contractor to a subcontractor, trade contractor, specialty contractor or supplier is contingent or conditioned upon receipt of a payment from any other private party, including a private owner, is no defense to a claim to enforce a mechanic's lien pursuant to the provisions of chapter 429, RSMo.

Anhang J – 40 U.S.C.A. § 270 „Miller Act"

40 U.S.C.A. § 270a

(a) Type of bonds required

Before any contract for the construction, alteration, or repair of any public building or public work of the United States is awarded to any person, such person shall furnish to the United States the following bonds, which shall become binding upon the award of the contract to such person, who is hereinafter designated as "contractor":

(1) A performance bond with a surety or sureties satisfactory to the officer awarding such contract, and in such amount as he shall deem adequate, for the protection of the United States.

(2) A payment bond with a surety or sureties satisfactory to such officer for the protection of all persons supplying labor and material in the prosecution of the work provided for in said contract for the use of each such person. The amount of the payment bond shall be equal to the total amount payable by the terms of the contract unless the contracting officer awarding the contract makes a written determination supported by specific findings that a payment bond in that amount is impractical, in which case the amount of the payment bond shall be set by the contracting officer. In no case shall the amount of the payment bond be less than the amount of the performance bond.

(b) Waiver of bonds for contracts performed in foreign countries

The contracting officer in respect of any contract is authorized to waive the requirement of a performance bond and payment bond for so much of the work under such contract as is to be performed in a foreign country if he finds that it is impracticable for the contractor to furnish such bonds.

(c) Authority to require additional bonds

Nothing in this section shall be construed to limit the authority of any contracting officer to require a performance bond or other security in addition to those, or in cases other than the cases specified in subsection (a) of this section.

(d) Coverage for taxes in performance bond

Every performance bond required under this section shall specifically provide coverage for taxes imposed by the United States which are collected, deducted, or withheld from wages paid by the contractor in carrying out the contract with respect to which such bond is furnished. However, the United States shall give the surety or sureties on such bond written notice, with respect to any such unpaid taxes attributable to any period, within ninety days after the date when such contractor files a return for such period, except that no such notice shall be given more than one hundred and eighty days from the date when a return for the period was required to be filed under Title 26. No suit on such bond for such taxes shall be commenced by the United States unless notice is given as provided in the preceding sentence, and no such suit shall be commenced after the expiration of one year after the day on which such notice is given.

40 U.S.C.A. § 270b

(a) Every person who has furnished labor or material in the prosecution of the work provided for in such contract, in respect of which a payment bond is furnished under sections 270a to 270d of this title and who has not been paid in full therefor before the expiration of a period of ninety days after the day

on which the last of the labor was done or performed by him or material was furnished or supplied by him for which such claim is made, shall have the right to sue on such payment bond for the amount, or the balance thereof, unpaid at the time of institution of such suit and to prosecute said action to final execution and judgment for the sum or sums justly due him: Provided, however, That any person having direct contractual relationship with a subcontractor but no contractual relationship express or implied with the contractor furnishing said payment bond shall have a right of action upon the said payment bond upon giving written notice to said contractor within ninety days from the date on which such person did or performed the last of the labor or furnished or supplied the last of the material for which such claim is made, stating with substantial accuracy the amount claimed and the name of the party to whom the material was furnished or supplied or for whom the labor was done or performed. Such notice shall be served by any means which provides written, third-party verification of delivery to the contractor at any place he maintains an office or conducts his business, or his residence, or in any manner in which the United States marshal of the district in which the public improvement is situated is authorized by law to serve summons.

(b) Every suit instituted under this section shall be brought in the name of the United States for the use of the person suing, in the United States District Court for any district in which the contract was to be performed and executed and not elsewhere, irrespective of the amount in controversy in such suit, but no such suit shall be commenced after the expiration of one year after the day on which the last of the labor was performed or material was supplied by him. The United States shall not be liable for the payment of any costs or expenses of any such suit.

(c) Any waiver of the right to sue on the payment bond required by sections 270a to 270d of this title shall be void unless it is in writing, signed by the person whose right is waived, and executed after such person has first furnished labor or material for use in the performance of the contract.

40 U.S.C.A. § 270c

The department secretary or agency head of the contracting agency is authorized and directed to furnish, to any person making application therefor who submits an affidavit that he has supplied labor or materials for such work and payment therefor has not been made or that he is being sued on any such bond, a certified copy of such bond and the contract for which it was given, which copy shall be prima facie evidence of the contents, execution, and delivery of the original. Applicants shall pay for such certified copies such fees as the department secretary or agency head of the contracting agency fixes to cover the cost of preparation thereof.

40 U.S.C.A. § 270d

The term "person" and the masculine pronoun as used in sections 270a to 270d-1 of this title shall include all persons whether individuals, associations, copartnerships, or corporations.

40 U.S.C.A. § 270d-1

Sections 270a to 270d of this title do not apply to a contract in an amount that is not greater than $100,000.

Anhang K – Construction Industry Payment Protection Act of 1999

United States
106th Congress - First Session
Convening January 27, 1999

Publ.L. 106-49 (HR 1219)
August 17, 1999

Construction Industry Payment Protection Act of 1999

An Act To amend the Miller Act, relating to payment protections for persons providing labor and materials for Federal construction projects.

Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States
of America in Congress assembled,

SEC. 1. SHORT TITLE.
This Act may be cited as the "Construction Industry Payment Protection Act of 1999".

SEC. 2. AMENDMENTS TO THE MILLER ACT.
<< 40 USCA § 270a >>
(a) ENHANCEMENT OF PAYMENT BOND PROTECTION.--Subsection (a)(2) of the first section of the Miller Act (40 U.S.C. 270a(a)(2)) is amended by striking the second, third, and fourth sentences and inserting in lieu thereof the following: "The amount of the payment bond shall be equal to the total amount payable by the terms of the contract unless the contracting officer awarding the contract makes a written determination supported by specific findings that a payment bond in that amount is impractical, in which case the amount of the payment bond shall be set by the contracting officer. In no case shall the amount of the payment bond be less than the amount of the performance bond.".
<< 40 USCA § 270b >>
(b) MODERNIZATION OF DELIVERY OF NOTICE.--Section 2(a) of the Miller Act (40 U.S.C. 270b(a)) is amended in the last sentence by striking "mailing the same by registered mail, postage prepaid, in an envelope addressed" and inserting "any means which provides written, third-party verification of delivery.".

(c) NONWAIVER OF RIGHTS.--The second section of the Miller Act (40 U.S.C. 270b) is amended by adding at the end the following new subsection:
"(c) Any waiver of the right to sue on the payment bond required by this Act shall be void unless it is in writing, signed by the person whose right is waived, and executed after such person has first furnished labor or material for use in the performance of the contract.".

SEC. 3. IMPLEMENTATION THROUGH THE GOVERNMENT-WIDE PROCUREMENT REGULATIONS.
(a) PROPOSED REGULATIONS.--Proposed revisions to the Government-wide Federal Acquisition Regulation to implement the amendments made by this Act shall be published not later than 120 days after the date of the enactment of this Actand provide not less than 60 days for public comment.
(b) FINAL REGULATIONS.--Final regulations shall be published not less than 180 days after the date of the enactment of this Act and shall be effective on the date that is 30 days after the date of publication.

Approved August 17, 1999.

Anhang L – Virgin Islands Code Annotated (Auszüge)

V.I. Code Ann., title 28, § 253 (2000)

Except as provided in section 254 of this title, even though the owner has not made an agreement giving a real estate security interest, a prime contractor, subcontractor or subsubcontractor, upon compliance with section 264 of this title has to the extent provided in this chapter a lien to secure payment of the contract price on the contracting owner's real estate which is being improved. He also has a lien on an interest in the real estate being improved of any owner, other than the contracting owner, who, in writing, has either requested that the improvement be made or agreed specifically that his interest may be bound by the lien.

V.I. Code Ann., title 28, § 259 (2000)

(a) No lien shall attach to the real estate in behalf of any claimant other than the prime contractor if the owner or the prime contractor, prior to commencing the improvement under the contract between the owner and prime contractor, procures from a surety company authorized to do business in the Virgin Islands a payment bond meeting the requirements of this section.
(b) Subject to subsection (c) the bond must obligate the surety company to pay all sums due to subcontractors and subsubcontractors for services and materials supplied to the prime contractor or to a subcontractor pursuant to the contract under which the lien would otherwise arise.

(c) The amount of the payment bond shall be not less than the following percentages of the total contract price payable to the prime contractor;

(1) 50 percent of the contract price up to $1,000,000;

(2) 40 percent of that portion of the contract price above $1,000,000 and up to $5,000,000; and

(3) 35 percent of that portion of the contract price above $5,000,000.

If the total amount payable by the terms of the owner's contract with the prime contractor is indefinite, the payment bond shall be in a sum which the owner and prime contractor in good faith believe is at least one-half of the amount which is or would have been due to the prime contractor if he performs, or would have performed, the contract according to its terms; Provided, subcontractors and subsubcontractors to whom the payment bond applies may file a notice of lien, but the lien shall be enforceable only against the real estate for an amount which is not covered by the bond. In addition to the requirements of section 264 of this title, the notice of lien under this subsection shall state that a notice of payment bond has been filed and shall give the reference location for the notice of payment bond.

(d) If a bond has been procured pursuant to this section, notice thereof shall be recorded under section 267 of this title.

(e) The person acquiring the bond shall furnish a true copy of any bond procured under this section at cost of reproduction thereof to any claimant on request, and, for refusal to furnish a copy without justifiable cause, shall be liable to the claimant for any damages caused by the refusal or failure.

(f) No claimant may recover under the surety bonds provided in this section unless he

(1) within 60 days after completion of his performance, gives the surety and the contractor notice of the amount due, and

(2) institutes suit against the surety within one year after the completion of his performance.

(g) A subcontractor or subsubcontractor having a claim under the bond has a direct right of action against the surety.

(h) The obligation of a surety under this section shall not be affected by any change or modification of the contract between the prime contractor and the owner but the total liability of the surety shall not be greater than the penal sum of the bond.

Anhang M – Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 Part II (Auszüge)

s. 104 – Construction contracts

(1) In this Part a "construction contract" means an agreement with a person for any of the following-

(a) the carrying out of construction operations;

(b) arranging for the carrying out of construction operations by others, whether under sub-contract to him or otherwise;

(c) providing his own labour, or the labour of others, for the carrying out of construction operations.

(2) References in this Part to a construction contract include an agreement-

(a) to do architectural, design, or surveying work, or

(b) to provide advice on building, engineering, interior or exterior decoration or on the laying-out of landscape,

in relation to construction operations.

(3) References in this Part to a construction contract do not include a contract of employment (within the meaning of the Employment Rights Act 1996).

(4) The Secretary of State may by order add to, amend or repeal any of the provisions of subsection (1), (2) or (3) as to the agreements which are construction contracts for the purposes of this Part or are to be taken or not to be taken as included in references to such contracts.

No such order shall be made unless a draft of it has been laid before and approved by a resolution of each of House of Parliament.

(5) Where an agreement relates to construction operations and other matters, this Part applies to it only so far as it relates to construction operations.

An agreement relates to construction operations so far as it makes provision of any kind within subsection (1) or (2).

(6) This Part applies only to construction contracts which-

(a) are entered into after the commencement of this Part, and

(b) relate to the carrying out of construction operations in England, Wales or Scotland.

(7) This Part applies whether or not the law of England and Wales or Scotland is otherwise the applicable law in relation to the contract.

s. 105 – Meaning of "construction operations"

(1) In this Part "construction operations" means, subject as follows, operations of any of the following descriptions-

(a) construction, alteration, repair, maintenance, extension, demolition or dismantling of buildings, or structures forming, or to form, part of the land (whether permanent or not);

(b) construction, alteration, repair, maintenance, extension, demolition or dismantling of any works forming, or to form, part of the land, including (without prejudice to the foregoing) walls, roadworks, power-lines, telecommunication apparatus, aircraft runways, docks and harbours, railways, inland waterways, pipe-lines, reservoirs, water-mains, wells, sewers, industrial plant and installations for purposes of land drainage, coast protection or defence;

(c) installation in any building or structure of fittings forming part of the land, including (without prejudice to the foregoing) systems of heating, lighting, air-conditioning, ventilation, power supply, drainage, sanitation, water supply or fire protection, or security or communications systems;

(d) external or internal cleaning of buildings and structures, so far as carried out in the course of their construction, alteration, repair, extension or restoration;

(e) operations which form an integral part of, or are preparatory to, or are for rendering complete, such operations as are previously described in this subsection, including site clearance, earth-moving, excavation, tunnelling and boring, laying of foundations, erection, maintenance or dismantling of scaffolding, site restoration, landscaping and the provision of roadways and other access works;

(f) painting or decorating the internal or external surfaces of any building or structure.

(2) The following operations are not construction operations within the meaning of this Part-

(a) drilling for, or extraction of, oil or natural gas;

(b) extraction (whether by underground or surface working) of minerals; tunnelling or boring, or construction of underground works, for this purpose;

(c) assembly, installation or demolition of plant or machinery, or erection or demolition of steelwork for the purposes of supporting or providing access to plant or machinery, on a site where the primary activity is-

(i) nuclear processing, power generation, or water or effluent treatment, or

(ii) the production, transmission, processing or bulk storage (other than warehousing) of chemicals, pharmaceuticals, oil, gas, steel or food and drink;

(d) manufacture or delivery to site of-

(i) building or engineering components or equipment,

(ii) materials, plant or machinery, or

(iii) components for systems of heating, lighting, air-conditioning, ventilation, power supply, drainage, sanitation, water supply or fire protection, or for security or communications systems,

except under a contract which also provides for their installation;

(e) the making, installation and repair of artistic works, being sculptures, murals and other works which are wholly artistic in nature.

(3) The Secretary of State may by order add to, amend or repeal any of the provisions of subsection (1) or (2) as to the operations and work to be treated as construction operations for the purposes of this Part.

(4) No such order shall be made unless a draft of it has been laid before and approved by a resolution of each House of Parliament.

s. 106 – Provisions not applicable to contract with residential occupier.

(1) This Part does not apply-

(a) to a construction contract with a residential occupier (see below), or

(b) to any other description of construction contract excluded from the operation of this Part by order of the Secretary of State.

(2) A construction contract with a residential occupier means a construction contract which principally relates to operations on a dwelling which one of the parties to the contract occupies, or intends to occupy, as his residence.

In this subsection "dwelling" means a dwelling-house or a flat; and for this purpose-

"dwelling-house" does not include a building containing a flat; and

"flat" means separate and self-contained premises constructed or adapted for use for residential purposes and forming part of a building from some other part of which the premises are divided horizontally.

(3) The Secretary of State may by order amend subsection (2).

(4) No order under this section shall be made unless a draft of it has been laid before and approved by a resolution of each House of Parliament.

s. 107 – Provisions applicable only to agreements in writing.

(1) The provisions of this Part apply only where the construction contract is in writing, and any other agreement between the parties as to any matter is effective for the purposes of this Part only if in writing.

The expressions"agreement", "agree" and "agreed" shall be construed accordingly.

(2) There is an agreement in writing-

(a) if the agreement is made in writing (whether or not it is signed by the parties),

(b) if the agreement is made by exchange of communications in writing, or

(c) if the agreement is evidenced in writing.

(3) Where parties agree otherwise than in writing by reference to terms which are in writing, they make an agreement in writing.

(4) An agreement is evidenced in writing if an agreement made otherwise than in writing is recorded by one of the parties, or by a third party, with the authority of the parties to the agreement.

(5) An exchange of written submissions in adjudication proceedings, or in arbitral or legal proceedings in which the existence of an agreement otherwise than in writing is alleged by one party against another party and not denied by the other party in his response constitutes as between those parties an agreement in writing to the effect alleged.

(6) References in this Part to anything being written or in writing include its being recorded by any means.

s. 108 – Right to refer disputes to adjudication.

(1) A party to a construction contract has the right to refer a dispute arising under the contract for adjudication under a procedure complying with this section.

For this purpose "dispute" includes any difference.

(2) The contract shall-

(a) enable a party to give notice at any time of his intention to refer a dispute to adjudication;

(b) provide a timetable with the object of securing the appointment of the adjudicator and referral of the dispute to him within 7 days of such notice;

(c) require the adjudicator to reach a decision within 28 days of referral or such longer period as is agreed by the parties after the dispute has been referred;

(d) allow the adjudicator to extend the period of 28 days by up to 14 days, with the consent of the party by whom the dispute was referred;

(e) impose a duty on the adjudicator to act impartially; and

(f) enable the adjudicator to take the initiative in ascertaining the facts and the law.

(3) The contract shall provide that the decision of the adjudicator is binding until the dispute is finally determined by legal proceedings, by arbitration (if the contract provides for arbitration or the parties otherwise agree to arbitration) or by agreement.

The parties may agree to accept the decision of the adjudicator as finally determining the dispute.

(4) The contract shall also provide that the adjudicator is not liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his functions as adjudicator unless the act or omission is in bad faith, and that any employee or agent of the adjudicator is similarly protected from liability.

(5) If the contract does not comply with the requirements of subsections (1) to (4), the adjudication provisions of the Scheme for Construction Contracts apply.

(6) For England and Wales, the Scheme may apply the provisions of the Arbitration Act 1996 with such adaptations and modifications as appear to the Minister making the scheme to be appropriate.

For Scotland, the Scheme may include provision conferring powers on courts in relation to adjudication and provision relating to the enforcement of the adjudicator's decision.

s. 109 – Entitlement to stage payments

(1) A party to a construction contract is entitled to payment by instalments, stage payments or other periodic payments for any work under the contract unless-

(a) it is specified in the contract that the duration of the work is to be less than 45 days, or

(b) it is agreed between the parties that the duration of the work is estimated to be less than 45 days.

(2) The parties are free to agree the amounts of the payments and the intervals at which, or circumstances in which, they become due.

(3) In the absence of such agreement, the relevant provisions of the Scheme for Construction Contracts apply.

(4) References in the following sections to a payment under the contract include a payment by virtue of this section.

s. 110 – Dates for payment.

(1) Every construction contract shall-

(a) provide an adequate mechanism for determining what payments become due under the contract, and when, and

(b) provide for a final date for payment in relation to any sum which becomes due.

The parties are free to agree how long the period is to be between the date on which a sum becomes due and the final date for payment.

(2) Every construction contract shall provide for the giving of notice by a party not later than five days after the date on which a payment becomes due from him under the contract, or would have become due if-

(a) the other party had carried out his obligations under the contract, and

(b) no set-off or abatement was permitted by reference to any sum claimed to be due under one or more other contracts,

specifying the amount (if any) of the payment made or proposed to be made, and the basis on which that amount was calculated.

(3) If or to the extent that a contract does not contain such provision as is mentioned in subsection (1) or (2), the relevant provisions of the Scheme for Construction Contracts apply.

s. 111 – Notice of intention to withhold payment

(1) A party to a construction contract may not withhold payment after the final date for payment of a sum due under the contract unless he has given an effective notice of intention to withhold payment.

The notice mentioned in section 110(2) may suffice as a notice of intention to withhold payment if it complies with the requirements of this section.

(2) To be effective such a notice must specify-

(a) the amount proposed to be withheld and the ground for withholding payment, or

(b) if there is more than one ground, each ground and the amount attributable to it,

and must be given not later than the prescribed period before the final date for payment.

(3) The parties are free to agree what that prescribed period is to be.

In the absence of such agreement, the period shall be that provided by the Scheme for Construction Contracts.

(4) Where an effective notice of intention to withhold payment is given, but on the matter being referred to adjudication it is decided that the whole or part of the amount should be paid, the decision shall be construed as requiring payment not later than-

(a) seven days from the date of the decision, or

(b) the date which apart from the notice would have been the final date for payment,

whichever is the later.

s. 112 – Right to suspend performance for non-payment.

(1) Where a sum due under a construction contract is not paid in full by the final date for payment and no effective notice to withhold payment has been given, the person to whom the sum is due has the

right (without prejudice to any other right or remedy) to suspend performance of his obligations under the contract to the party by whom payment ought to have been made ("the party in default").

(2) The right may not be exercised without first giving to the party in default at least seven days' notice of intention to suspend performance, stating the ground or grounds on which it is intended to suspend performance.

(3) The right to suspend performance ceases when the party in default makes payment in full of the amount due.

(4) Any period during which performance is suspended in pursuance of the right conferred by this section shall be disregarded in computing for the purposes of any contractual time limit the time taken, by the party exercising the right or by a third party, to complete any work directly or indirectly affected by the exercise of the right.

Where the contractual time limit is set by reference to a date rather than a period, the date shall be adjusted accordingly.

s. 113 – Prohibition of conditional payment provisions.

(1) A provision making payment under a construction contract conditional on the payer receiving payment from a third person is ineffective, unless that third person, or any other person payment by whom is under the contract (directly or indirectly) a condition of payment by that third person, is insolvent.

(2) For the purposes of this section a company becomes insolvent-

(a) on the making of an administration order against it under Part II of the Insolvency Act 1986,

(b) on the appointment of an administrative receiver or a receiver or manager of its property under Chapter I of Part III of that Act, or the appointment of a receiver under Chapter II of that Part,

(c) on the passing of a resolution for voluntary winding-up without a declaration of solvency under section 89 of that Act, or

(d) on the making of a winding-up order under Part IV or V of that Act.

(3) For the purposes of this section a partnership becomes insolvent-

(a) on the making of a winding-up order against it under any provision of the Insolvency Act 1986 as applied by an order under section 420 of that Act, or

(b) when sequestration is awarded on the estate of the partnership under section 12 of the Bankruptcy (Scotland) Act 1985 or the partnership grants a trust deed for its creditors.

(4) For the purposes of this section an individual becomes insolvent-

(a) on the making of a bankruptcy order against him under Part IX of the Insolvency Act 1986, or

(b) on the sequestration of his estate under the Bankruptcy (Scotland) Act 1985 or when he grants a trust deed for his creditors.

(5) A company, partnership or individual shall also be treated as insolvent on the occurrence of any event corresponding to those specified in subsection (2), (3) or (4) under the law of Northern Ireland or of a country outside the United Kingdom.

(6) Where a provision is rendered ineffective by subsection (1), the parties are free to agree other terms for payment.
In the absence of such agreement, the relevant provisions of the Scheme for Construction Contracts apply.

s. 114 – The Scheme for Construction Contracts.

(1) The Minister shall by regulations make a scheme ("the Scheme for Construction Contracts") containing provision about the matters referred to in the preceding provisions of this Part.
(2) Before making any regulations under this section the Minister shall consult such persons as he thinks fit.
(3) In this section "the Minister" means-
(a) for England and Wales, the Secretary of State, and
(b) for Scotland, the Lord Advocate.
(4) Where any provisions of the Scheme for Construction Contracts apply by virtue of this Part in default of contractual provision agreed by the parties, they have effect as implied terms of the contract concerned.
(5) Regulations under this section shall not be made unless a draft of them has been approved by resolution of each House of Parliament.

Anhang N – Building and Construction Industry Security of Payment Act 1999 (NSW) (Auszüge)

s. 7 – Application of Act

(1) Subject to this section, this Act applies to any construction contract, whether written or oral, or partly written and partly oral, and so applies even if the contract is expressed to be governed by the law of a jurisdiction other than New South Wales.
(2) This Act does not apply to:
(a) a construction contract that forms part of a loan agreement, a contract of guarantee or a contract of insurance under which a recognised financial institution undertakes:
(i) to lend money or to repay money lent, or
(ii) to guarantee payment of money owing or repayment of money lent, or
(iii) to provide an indemnity with respect to construction work carried out, or related goods and services supplied, under the construction contract, or
(b) a construction contract for the carrying out of residential building work (within the meaning of the Home Building Act 1989) on such part of any premises as the party for whom the work is carried out resides in or proposes to reside in, or

(c) a construction contract under which it is agreed that the consideration payable for construction work carried out under the contract, or for related goods and services supplied under the contract, is to be calculated otherwise than by reference to the value of the work carried out or the value of the goods and services supplied.

(3) This Act does not apply to a construction contract to the extent to which it contains:

(a) provisions under which a party undertakes to carry out construction work, or supply related goods and services, as an employee (within the meaning of the Industrial Relations Act 1996) of the party for whom the work is to be carried out or the related goods and services are to be supplied, or

(b) provisions under which a party undertakes to carry out construction work, or to supply related goods and services, as a condition of a loan agreement with a recognised financial institution, or

(c) provisions under which a party undertakes:

(i) to lend money or to repay money lent, or

(ii) to guarantee payment of money owing or repayment of money lent, or

(iii) to provide an indemnity with respect to construction work carried out, or related goods and services supplied, under the construction contract.

(4) This Act does not apply to a construction contract to the extent to which it deals with:

(a) construction work carried out outside New South Wales, and

(b) related goods and services supplied in respect of construction work carried out outside New South Wales.

(5) This Act does not apply to any construction contract, or class of construction contracts, prescribed by the regulations for the purposes of this section.

s. 8 – Rights to progress payments

(1) On and from each reference date under a construction contract, a person:

(a) who has undertaken to carry out construction work under the contract, or

(b) who has undertaken to supply related goods and services under the contract, is entitled to a progress payment under this Act, calculated by reference to that date.

(2) In this section, reference date, in relation to a construction contract, means:

(a) a date determined by or in accordance with the terms of the contract as:

(i) a date on which a claim for a progress payment may be made, or

(ii) a date by reference to which the amount of a progress payment is to be calculated, in relation to work carried out or to be carried out (or related goods and services supplied or to be supplied) under the contract, or

(b) if the contract makes no express provision with respect to the matter, the date occurring 4 weeks after the previous reference date or (in the case of the first reference date) the date occurring 4

weeks after construction work was first carried out (or related goods and services were first supplied) under the contract.

s. 9 – Amount of progress payment

The amount of a progress payment to which a person is entitled in respect of a construction contract is to be:

(a) the amount calculated in accordance with the terms of the contract, or

(b) if the contract makes no express provision with respect to the matter, the amount calculated on the basis of the value of construction work carried out by the person (or of related goods and services supplied by the person) under the contract.

s. 11 – Due date for payment

A progress payment under a construction contract becomes due and payable:

(a) on the date on which the payment becomes due and payable in accordance with the terms of the contract, or

(b) if the contract makes no express provision with respect to the matter, on the date occurring 2 weeks after a payment claim is made under Part 3 in relation to the payment.

s. 12 – Effect of "pay when paid" provisions

(1) A pay when paid provision of a construction contract has no effect in relation to any payment for construction work carried out (or for related goods and services supplied) under the contract.

(2) In this section:

- money owing, in relation to a construction contract, means money owing for construction work carried out (or for related goods and services supplied) under the contract.
- pay when paid provision of a construction contract means a provision of the contract:

(a) that makes the liability of one party (the first party) to pay money owing to another party (the second party) contingent on payment to the first party by a further party (the third party) of the whole or any part of that money, or

(b) that makes the due date for payment of money owing by the first party to the second party dependent on the date on which payment of the whole or any part of that money is made to the first party by the third party.

Die dem General- und Subunternehmereinsatz typische „Kettenvergütung“, bei der die Zahlung des Werklohns zunächst vom Auftraggeber an den Generalunternehmer erfolgt und von diesem pro rata an den Subunternehmer weitergeleitet wird, führt zu erheblichen Problemen, wenn es auf der Auftraggeber- oder der Generalunternehmerebene zu einer Unterbrechung des cash flows kommt. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich für den Generalunternehmer, wenn eine Zahlung des Auftraggebers wegen Insolvenz unterbleibt, er aber aufgrund der Trennung der Vertragsverhältnisse verpflichtet bleibt, den vollen Werklohn an den Subunternehmer abzuführen. Im anglo-amerikanischen Rechtskreis hat sich mit den sogenannten „pay-if-paid“- bzw. „pay-when-paid“-Klauseln eine vertragliche Regelung etabliert, die dieses Dilemma zu überwinden versucht, indem sie den Werklohnanspruch des Subunternehmers unter die aufschiebende Bedingung einer Zahlung durch den Auftraggeber stellt. Diese „bedingenden“ Zahlungsklauseln sind dogmatisch nach deutschem Recht nicht unproblematisch. Vor dem Hintergrund der neueren Rechtsprechung und Gesetzgebung in den USA und Großbritannien stellt die Arbeit die Rechtslage dar und bietet eine praxisorientierte Betrachtung derartiger Klauseln, insbesondere vor dem Hintergrund moderner Finanzierungsmethoden, wie der Projektfinanzierung.

Schlagwörter:

Bedingende Zahlungsklausel, Subunternehmer, Anlagenbau

The contractual chain following the involvement of general contractors and subcontractors leads to significant payment problems, if the cash flow from the owner to the general contractor and from there to the subcontractor is interrupted, e.g. by the owner's insolvency. In this case the general contractor would still be facing a payment obligation towards the subcontractor, while he would not be able to recover payment from the insolvent owner. Under anglo-american law a contractual stipulation known as „pay-if-paid" or „pay-when-paid" clauses has been established over the last decades, making the general contractor's payment obligation towards the subcontractor contingent upon previous payment by the owner. Such payment mechanism faces difficulties under German law. On the basis of the latest legislation and case law in the USA and the UK, the author tries to give a detailed overview of the legal situation in these jurisdictions and tries to develop a practical viewpoint, taking also modern financial instrument, such as project finance, into account.

Key words:

pay-if-paid, subcontractor, contingency payment