

NewsLetter

2005-7 Seite 1

Sauerbruchstraße 9
14109 Berlin

Tel. 030 / 80 58 75 06
Fax 030 / 80 58 75 07

info@dr-schwertfeger.de
www.dr-schwertfeger.de

Werkvertragsrecht

Sicherheitseinbehalt

Sehr unterschiedlich wird in der Rechtsprechung die Frage behandelt, ob ein vertraglich vereinbarter Sicherheitseinbehalt zu berücksichtigen ist, wenn wegen Baumängeln der Auftraggeber (AG) gegen den Auftragnehmer (AN) ein Zurückbehaltungsrecht geltend macht oder Erstattung der Selbstvornahmekosten, Kostenvorschuss oder Schadenersatz verlangt.

In einem Fall, in dem die Gewährleistungsfrist bereits abgelaufen war, hat der Bundesgerichtshof (BGH) entschieden (Urteil vom 10. Oktober 1966, Az. VII ZR 30/65), dass der AG seine **Schadenersatzansprüche** aus dem Gewährleistungseinbehalt zu befriedigen habe.

Mit Urteil vom 2. März 1967 (Az. VII ZR 215/64) hat der BGH festgestellt, dass der AG vom AN **Kostenvorschuss** verlangen könne, sofern er nicht über eine ausreichende Sicherheit verfüge. Diese Feststellung traf der BGH allerdings nur lapidar in einem Nebensatz, und zwar in einer Entscheidung, die sich mit einer ganz anderen Problematik befasste. Und ob die Gewährleistungsfrist bereits abgelaufen war oder nicht, ist ebenfalls nicht bekannt.

Eingehend auseinandergesetzt hat sich der BGH mit der Problematik dann erst 1982 (Urteil vom 8. Juli 1982, Az. VII ZR 96/81) und klargestellt, dass ein Gewährleistungseinbehalt den AG grundsätzlich nicht hindert, wegen Werkmängeln eine an sich fällige Zahlung zu verweigern (**Zurückbehaltungsrecht**), wenn die Gewährleis-

tungsfrist noch nicht abgelaufen ist. Im weiteren hat der BGH angedeutet, dass eine beträchtliche Sicherheit Einfluss auf die Höhe des Zurückbehaltungsrechts haben könne.

Nach m. E. unzutreffenden Entscheidungen des OLG Düsseldorf (Urteil vom 23. Juli 1993, Az. 23 U 218/92) und des OLG Oldenburg (Urteil vom 2. Februar 1994, Az. 2 U 216/93) hat das OLG Hamm (Urteil vom 30. Oktober 1995, Az. 17 U 83/94) die BGH-Rechtsprechung fortgeführt. Die Entscheidung kam unter Mitwirkung eines Richters zustande, der heute Mitglied des siebten (Baurechts-) Senats des BGH ist. Ausführlich hat das OLG dargelegt, dass solange die Gewährleistungsfrist nicht abgelaufen sei und damit ein weiteres Sicherheitsbedürfnis bestehe, der AG seine Gewährleistungsansprüche (hier: **Schadenersatz**) verfolgen könne, ohne auf die Sicherheiten zurückgreifen zu müssen. Denn Sinn und Zweck des Gewährleistungseinhalts sei die Absicherung des AG für die Dauer der gesamten Gewährleistungszeit. Gleiches gelte auch für den **Kostenvorschuss**.

Praxishinweise

Im Ergebnis ist also zu unterscheiden, ob die Gewährleistung bereits abgelaufen ist oder noch nicht. Bei noch laufender Gewährleistungsfrist ist richtigerweise anzunehmen, dass der AG weder bei der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts noch bei Kostenerstattung, Kostenvorschuss oder Schadenersatz auf den Gewährleistungseinbehalt verwiesen werden darf.

Dr. Christian Schwertfeger