

NewsLetter

2006-8 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

Gewährleistungssicherheiten

Mit Beschluss vom 10. November 2005 (Az. VII ZR 11/04) hat der Bundesgerichtshof (BGH) entschieden, dass ein Auftraggeber (AG), der einen Bareinbehalt vornimmt und eine vom Auftragnehmer (AN) gestellte Bürgschaft als Austauschsicherheit in Händen hält, wenn er den Einbehalt nicht fristgerecht auf ein Sperrkonto einzahlt, nicht nur den Einbehalt auszuführen, sondern auch die Bürgschaft herauszugeben hat.

Praxishinweise

Gewährleistungssicherheiten besitzen im Bau-recht erhebliche Bedeutung. Deshalb dazu einige Hinweise:

Die verschiedenen Arten der Sicherheitsleistung sind zuerst in § 232 BGB geregelt: Hinterlegung, Verpfändung bestimmter sicherer Forderungen oder von Sachen, Hypotheken und nicht zuletzt Bürgschaften. Bei VOB/B-Bauverträgen hält § 17 Nr. 2 drei verschiedene Arten der Sicherheit bereit: (Bar-) Einbehalte, Hinterlegung und Bürgschaften. Der Einbehalt ist dabei wohl die häufigste Form.

Bauherren übersehen häufig - irreführend durch falsche Pressemitteilungen -, dass eine Gewährleistungssicherheit vereinbart sein muss, wenn sie geltend gemacht werden soll, insbesondere wenn ein Einbehalt von den Abschlagszahlungen oder der Schlusszahlung gerechtfertigt sein soll. Das gilt sowohl für BGB-Bauverträge als

auch für VOB/B-Bauverträge - für Letztere ist dies ausdrücklich in § 17 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B geregelt.

Eine weitere Fehlerquelle liegt oft in der Vereinbarung zur Höhe der Gewährleistungssicherheit, und zwar dann, wenn dies - wie im Regelfall - durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) des AG geschieht. Das Verlangen in AGB nach einer Gewährleistungssicherheit von viel mehr als den üblichen 5 % der Auftragssumme ist kritisch zu bewerten. Außerdem ist ein Bareinbehalt zu verzinsen. Ist die Vereinbarung zur Höhe unwirksam, so muss der AN überhaupt keine Gewährleistungssicherheit stellen, nicht einmal eine Sicherheit in noch zulässiger Höhe.

Und schließlich sind Klauseln in den AGB des AG unwirksam, die das Wahlrecht des AN nach § 17 Nr. 3 VOB/B unbillig beschränken, nämlich ihm ausschließlich die Möglichkeit belassen, den Einbehalt durch eine Bürgschaft auf sog. erstes Anfordern abzulösen (und dem AN damit letztlich das Risiko der Insolvenz des AG aufbürden). Dazu hat der BGH mit der hier vorgestellten Entscheidung klargestellt, dass eine AGB-Klausel über die Ablösemöglichkeit durch Bürgschaft auf erstes Anfordern dahin auszulegen ist, dass damit sowohl die Wahl anderer Austauschsicherheiten nach § 17 Nr. 3 VOB/B als auch die Verpflichtung zur Einzahlung des Einbehaltes auf Sperrkonto abbedungen sein soll (was unwirksam ist), während durch eine AGB-Klausel über die Ablösemöglichkeit durch „einfache“ Bürgschaft die Verpflichtung zur Einzahlung auf Sperrkonto fortgelten soll (was wirksam ist).

NewsLetter

2006-8 Seite 2

Wie im VOB/B-Bauvertrag mit dem Einbehalt zu verfahren ist, ist in § 17 Nr. 6 VOB/B geregelt: Der Einbehalt ist binnen 18 Werktagen unaufgefordert auf ein Sperrkonto einzuzahlen. Ein Sperrkonto zeichnet sich dadurch aus, dass beide Parteien darüber nur gemeinsam verfügen können (§ 17 Nr. 5 VOB/B).

Und wenn die Einzahlung auf ein Sperrkonto unterbleibt? Dann hat der AN dem AG zunächst eine angemessene (Nach-) Frist für die Einzahlung zu setzen. Verstreicht auch diese ergebnislos, so gilt nicht mehr und nicht weniger, als dass auch der Einbehalt sofort - und damit vorzeitig - zur Auszahlung fällig wird und der AG sein vertraglich eingeräumtes Recht auf eine Gewährleistungssicherheit verliert. Der Verlust erstreckt sich dabei auf alle dem AG gestellten Sicherheiten. Hält der AG also zusätzlich zum Einbehalt auch noch eine Gewährleistungsbürgschaft in Händen, die ihm der AN zum Zwecke des Austauschs zur Verfügung gestellt hatte, so hat der AG nach Ablauf der Nachfrist nicht nur den Einbehalt auszu zahlen, sondern auch die Bürgschaft herauszugeben, und kann natürlich auch künftig keine Sicherheit mehr verlangen.

Der Ablauf der Nachfrist zur Einzahlung auf Sperrkonto verbietet es dem AG hingegen *nicht*, gegen den dann fällig gewordenen Auszahlungsanspruch des AN ein Zurückbehaltungsrecht geltend zu machen; oder die Aufrechnung zu erklären, und zwar mit auf Geld gerichteten Mängelansprüchen sowohl aus dem betroffenen Bauvorhaben als auch (umstritten:) aus anderen Bauvorhaben oder sogar mit Geldansprüchen aus Vertragsverhältnissen außerhalb des Baurechts. Dafür spricht, dass der AG, zu dessen Gunsten die Parteien einen Einbehalt vereinbart haben, im Falle der Nichtbefolgung der Regelungen zum

Umgang mit dem Einbehalt nicht schlechter stehen darf als der AG, zu dessen Gunsten die Parteien keinen Einbehalt vereinbart haben, und der nur aus anderen Gründen noch nicht die ganze Vergütung an den AN bezahlt hat und deshalb nach den allgemeinen Regeln uneingeschränkt gegen dessen Auszahlungsanspruch aufrechnen kann.

Wann im VOB/B-Bauvertrag die Gewährleistungssicherheit zurückzugeben ist, ist zunächst in § 17 Nr. 8 VOB/B geregelt. Danach muss der AG dem AN die nicht in Anspruch genommene Gewährleistungssicherheit spätestens nach Ablauf der Gewährleistungsfrist zurückgeben. Wenn der AG zu dieser Zeit jedoch noch unbefriedigte Mängelansprüche hat, so darf er einen dementsprechenden Teil der Gewährleistungssicherheit behalten (und auch verwerten), wenn er den AN in unverjährter Zeit schriftlich zur Mängelbeseitigung aufgefordert hatte.

Das Recht auf eine Gewährleistungssicherheit entfällt darüber hinaus aber auch dann, wenn die Gewährleistungspflicht selbst entfällt. Das dürfte beispielsweise dann der Fall sein, wenn die Werkleistung im Wege der Ersatzvornahme (Selbstvornahme) vollständig erneuert worden ist und der AN dem AG die Ersatzvorkosten erstattet hat. Lässt der AG hingegen beispielsweise nur die vom AN ausgeführte Befestigung von Fenstern im Mauerwerk im Wege der Ersatzvornahme nachbessern, nicht hingegen die Fenster selbst austauschen, so besteht jedenfalls die Gewährleistung des AN für die Fenster selbst fort, und für eine Verpflichtung des AG zur Auszahlung des Gewährleistungseinbehaltes gibt es überhaupt keinen Anlass.

Dr. Christian Schwertfeger