

Zu viel gewollt geht eben nicht immer

1. Die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bestellers eines Bauvertrages enthaltene Klausel über eine Gewährleistungsbürgschaft „Die Bürgschaft ist zurückzugeben, wenn alle unter die Gewährleistungsfrist fallenden Gewährleistungsansprüche nicht mehr geltend gemacht werden können“ benachteiligt den Unternehmer unangemessen und ist daher unwirksam.

2. Bei Vereinbarung einer Gewährleistungsbürgschaft als Sicherheit für die vertragsgemäße und mängelfreie Ausführung der Leistungen hat der Besteller regelmäßig nach Ablauf der vereinbarten Frist eine Bürgschaft insoweit freizugeben, als zu diesem Zeitpunkt keine durchsetzbaren Gewährleistungsansprüche mehr bestehen. (Amtl. Leitsatz)

Autorin:

Birgit Appenrodt, Rechtsanwältin
Fachanwältin für Bau- und
Architektenrecht
Magdeburg

In der Baupraxis sind Sicherheitsleistungen Gang und Gebe. Diesbezüglich wird das Stellen einer Sicherheit jedoch sowohl bei einem BGB- als auch bei einem VOB/B-Bauvertrag nur geschuldet, soweit eine Sicherheitsleistung zwischen den Vertragsparteien überhaupt vereinbart worden ist. Damit ist, wie man es in der Praxis des Öfteren erlebt, ein Auftraggeber, sodann eine Sicherheitsleistung vertraglich nicht vereinbart ist, nicht berechtigt, von der Schlussrechnung des Bauunternehmers einfach einen Sicherheitseinbehalt abzuziehen.

Für den BGB-Bauvertrag gelten §§ 232 bis 240 BGB. Hierbei regelt insbesondere § 232 BGB die Arten der Sicherheitsleistung, wie Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren, Verpfändung von Forderungen oder beweglicher Sachen, Bestellung von Hypotheken oder Stellung eines tauglichen Bürgen. Beim VOB/B-Bauvertrag kommt § 17 VOB/B zum Tragen. Soweit nichts anderes vereinbart ist, kann gem. § 17 Abs. 2 VOB/B Sicherheit durch Einbehalt oder durch Hinterlegung von Geld oder durch

Bürgschaft eines Kreditinstitutes oder Kreditversicherers geleistet werden. Der Bauunternehmer hat auch die Wahl unter den verschiedenen Arten der Sicherheiten; er kann eine Sicherheit durch eine andere ersetzen. Wird Sicherheit durch Gestellung einer Bürgschaft geleistet, muss der Inhalt der Bürgschaft den Anforderungen des § 17 Abs. 4 VOB/B entsprechen. Hiernach muss es sich um eine selbstschuldnerische Bürgschaft handeln, die unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage abgegeben ist. Sie muss die Hauptschuld hinreichend bezeichnen und nach den Vorschriften des Auftraggebers ausgestellt sein. Letztendlich darf die Bürgschaft, und dies wird in der Praxis oft übersehen, nicht auf bestimmte Zeit begrenzt sein. Eine Bürgschaft, die den Bürgen zur Zahlung auf erstes Anfordern verpflichtet, kann, dies ist insoweit ausdrücklich in § 17 Abs. 4 VOB/B geregelt, nicht verlangt werden.

Gerade in Bezug auf Gewährleistungsansprüche des Auftraggebers vereinbaren die Vertragsparteien häufig einen Sicherheitseinbehalt in der Regel in Höhe von 5 % der Auftragssumme, der dann durch die Gestellung einer Gewährleistungsbürgschaft durch den Bauunternehmer abgelöst werden kann.

Nach § 17 Abs. 8 Nr. 2 S. 1 VOB/B hat der Auftraggeber eine nicht verwertete Sicherheit für Mängelansprüche nach Ablauf von 2 Jahren zurückzugeben, sofern kein an-

derer Rückgabezeitpunkt vereinbart worden ist. Soweit jedoch zu diesem Zeitpunkt geltend gemachte Ansprüche des Auftraggebers noch nicht erfüllt sind, darf dieser nach § 17 Abs. 8 Nr. 2 S. 2 VOB/B einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurückhalten. Die Höhe des Teils orientiert sich dabei an den Kosten der Mängelbeseitigung, d.h. der einfache Betrag der Kosten ohne Berücksichtigung eines etwaigen Druckzuschlages.

Diesem wird jedoch die vom Auftraggeber insoweit vorgegebene Vertragsklausel nicht gerecht. Sie benachteiligt den Bauunternehmer unangemessen und ist daher unwirksam. Dies, da der Auftraggeber hiernach die Gewährleistungsbürgschaft auch nach Ablauf der Verjährungsfrist von 5 Jahren in Gänze zurückbehalten kann, und zwar unabhängig davon, in welcher Höhe dieser zu diesem Zeitpunkt noch gesicherte Ansprüche hat.

Die wichtigste Konsequenz für die Praxis lautet:

Hinsichtlich der Rückgabe einer vereinbarten Sicherheit für Mängelansprüche regelt § 17 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B, dass der Auftraggeber eine nicht verwertete Sicherheit für Mängelansprüche nach Ablauf von 2 Jahren zurückzugeben hat, sofern kein anderer Rückgabezeitpunkt vereinbart worden ist. Damit bedarf es, sodann der Bauunternehmer für die gesamte in der Regel auf 5 Jahre vereinbarte Gewährleistungsfrist Sicherheit für Mängelansprüche leisten soll, einer dementsprechenden Vereinbarung. In Bauverträgen findet man daher regelmäßig eine Regelung über eine Gewährleistungszeit von 5 Jahren sowie darüber hinausgehend eine Regelung, wonach die Gewährleistungssicherheit für die Zeit der Gewährleistung zu stellen ist. Damit kann der Bauunternehmer eine nicht verwertete Sicher-



heit erst nach 5 Jahren zurückfordern. Wird jedoch nur eine Gewährleistungsfrist von 5 Jahren vereinbart, ohne dass auch ein Rückgabezeitpunkt vereinbart wird, ist eine nicht verwertete Sicherheit bereits nach Ablauf von 2 Jahren zurückzugeben. Soweit zum Rückgabezeitpunkt geltend gemachte Ansprüche noch nicht erfüllt sind, darf der Auftraggeber nicht die gesamte Sicherheitsleistung zurückbehalten, sondern nur noch einen Teil davon. Maßgeblich für die Höhe des Teils sind dabei die Kosten der Mängelbeseitigung ohne einem etwaigen Druckzuschlag. Dies kann auch nicht durch die hier vom Auftraggeber vorgegebene Vertragsklausel ausgehebelt werden. Denn nach dieser wäre selbst ein ganz geringer berechtigter Anspruch im Wert von 1.000,00 € ausreichend, um eine Bürgschaft in Höhe von nahezu 1 Mio. € zurückzuhalten, was zu einer entsprechend hohen Belastung des Bauunternehmers hinsichtlich der Avalkosten und seiner Kreditlinie führt.

(BGH, Urteil vom 26.03.2015 – VII ZR 92/14)