

„Kleine“ Änderung mit großer Auswirkung

§ 17 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B (2002) ist dahingehend auszulegen, dass der Auftraggeber eine als Sicherheit für Mängelansprüche erhaltene Bürgschaft nach Ablauf der zweijährigen Sicherungszeit nicht (mehr) zurückhalten darf, wenn diese Mängelansprüche verjährt sind und der Auftragnehmer die Einrede der Verjährung erhebt. (Amtl. Leitsatz)

Autorin:
Birgit Appenrodt, Rechtsanwältin
Fachanwältin für Bau- und
Architektenrecht
Magdeburg

In der Baupraxis sind vertragliche Vereinbarungen, wonach die Vertragsparteien die VOB/B zur Grundlage ihres Vertrages machen, gang und gäbe. Durchaus üblich ist auch, dass anstelle der in § 13 Abs. 4 Nr. 1 S. 1 VOB/B geregelten 4-jährigen Verjährungsfrist für Mängelansprüche für Bauwerke die 5-jährige Verjährungsfrist für Mängelansprüche gemäß BGB vereinbart wird. Weil gerade Auftraggeber davon ausgehen, dass ihnen weiterhin für die Gewährleistungszeit eine Sicherheitsleistung zusteht, erlebt man es des Öfteren, dass Auftraggeber von der Schlussrechnung einfach einen Sicherheitseinbehalt abziehen. Dies ist aber unzulässig, wenn eine Sicherheitsleistung für Mängelansprüche nicht vereinbart ist. Insoweit setzt § 17 Abs. 1 VOB/B ausdrücklich eine dementsprechende Vereinbarung voraus. Aber selbst wenn die Vertragsparteien eine Sicherheitsleistung gem. § 17 Abs. 1 VOB/B für Mängelansprüche in der Regel mit 5 % der Abrechnungssumme vereinbart haben, wird vielfach damit argumentiert, dass die Sicherheitsleistung generell frühestens mit Ablauf der Gewährleistungszeit oder aber, wenn noch nicht alle Mängel innerhalb der Gewährleistungszeit beseitigt worden sind erst mit der Beseitigung der Mängel zurückzugeben ist.

Hierzu hatte der BGH einen Fall zu entscheiden, welchem folgender Sachverhalt zugrunde lag: Die Vertragsparteien haben einen VOB/B-Bauwerksvertrag geschlossen und in die-

sem u.a. vereinbart, „Sicherheitseinbehalt auf Abschlagszahlungen in Höhe von 10 % der Bruttosumme. 5 % werden ausgezahlt nach Abnahme. 5 % werden gegen Vorlage einer unbefristeten Bürgschaft (Gewährleistung) ausgezahlt. Die Gewährleistung ist geregelt nach VOB, 5 Jahre und 2 Wochen ...“. Am 30.11.2005 fand die Abnahme der vom Auftragnehmer erbrachten Werkleistung statt. Zur Ablösung des 5 %igen Sicherheitseinbehaltes für Mängelansprüche übergab der Auftragnehmer eine unbefristete Gewährleistungsbürgschaft. Im Rahmen der Abnahme rügte der Auftraggeber diverse Mängel an Fenster und Türen. Weitergehend rügte der Auftraggeber im Juni 2006 Mängel hinsichtlich der Mechanik eines Obertürschließers sowie fehlende Feuerfestigkeit eines feststehend verglasten Elementes. Schlussendlich rügte der Auftraggeber mit Schreiben vom 20.02.2009 einen fehlerhaften Schallschutz und beruft sich, nachdem der Auftragnehmer nach mittlerweile eingetretener Verjährung etwaiger Mängelansprüche Klage auf Herausgabe der Gewährleistungsbürgschaft erhoben hat, auf sein Zurückbehaltungsrecht an der Bürgschafts-urkunde, da von ihm die Mängel hinsichtlich des fehlerhaften Schallschutzes in noch unverjährter Zeit, hier im Februar 2009, gerügt worden sind.

Dabei hat der Auftraggeber bereits verkannt, dass die VOB/B in der Fassung bis 2002 in § 17 Nr. 8 VOB/B zwar noch regelte, dass der Auftraggeber eine nicht verwertete Sicherheit zum vereinbarten Zeitpunkt, spätestens nach Ablauf der Verjährungsfrist für die Gewährleistung, zurückzugeben hat, wobei der Auftraggeber einen entsprechenden Teil der

Sicherheit zurückhalten kann, soweit zu dieser Zeit seine Ansprüche noch nicht erfüllt sind.

Diese Regelung ist jedoch in der VOB/B in den Fassungen ab 2002 dahingehend geändert worden, dass die Rückgabe einer nicht verwerteten Sicherheit als spätesten Zeitpunkt nicht mehr an den Ablauf der Verjährungsfrist für die Gewährleistung gekoppelt ist. Denn nunmehr heißt es in § 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 Rückgabepunkt vereinbart worden ist. Darüber hinaus darf der Auftraggeber zwar weiterhin einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurückhalten, dies jedoch nur soweit zu diesem Zeitpunkt, d.h. zu dem Zeitpunkt, zu welchem Sicherheit zurückzugeben ist, seine geltend gemachten Ansprüche noch nicht erfüllt sind.

In dem vom BGH mit Urteil vom 08.07.2015 entschiedenen Fall konnte sich der Auftraggeber hinsichtlich seines Zurückbehaltungsrechtes an der Gewährleistungsbürgschaft bereits nicht darauf berufen, dass er innerhalb der Gewährleistungszeit, hier im Februar 2009, einen fehlerhaften Schallschutz gerügt hat. Denn die Vertragsparteien haben zwar eine Gewährleistungszeit von 5 Jahren und 2 Wochen vereinbart, darüber hinausgehend aber keine Vereinbarung getroffen, wonach vom Auftragnehmer die Gewährleistungssicherheit bis zum Ablauf der Gewährleistungszeit zu stellen ist. Damit war der Auftraggeber verpflichtet, mit Ablauf des 30.11.2007 die Gewährleistungsbürgschaft zurückzugeben. Allenfalls hätte er einen Teil der Sicherheit zurückhalten dürfen für die zum Zeitpunkt der Abnahme bzw. im Juni 2006 gerügten Mängel, sodann diese zum Ablauf des 30.11.2007 noch nicht erledigt gewesen wären. Letztendlich waren jedoch, da der Auftragne-

geber keine verjährungshemmenden Maßnahmen eingeleitet hat, zwischenzeitlich sämtliche Mängelansprüche verjährt, womit dem Auftraggeber kein Zurückbehaltungsrecht mehr zustand.

Die wichtigste Konsequenz für die Praxis lautet:

Ab der VOB/B (2002) ist der Rückgabepunkt einer Gewährleistungssicherheit nicht mehr an den Ablauf der Verjährung der Gewährleistungsansprüche gekoppelt. Will der Auftraggeber eine Verlängerung der Gewährleistungszeit für Bauwerke gemäß VOB/B von 4 Jahren auf 5 Jahre gemäß BGB, bedarf es dementsprechend einer gesonderten Vereinbarung. Darüber hinaus muss zwischen den Vertragsparteien eine gesonderte Vereinbarung getroffen werden hinsichtlich des Zeitraumes, für welchen vom Auftragnehmer eine Gewährleistungssicherheit zu gewähren ist.

Fehlt es an einer solchen gesonderten Vereinbarung, ist die Gewährleistungssicherheit nach Ablauf von 2 Jahren, gerechnet vom Zeitpunkt der Abnahme an, zurückzugeben. Für diesen Fall kann der Auftraggeber aber auch nur dann einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurückhalten, wenn er Mängelansprüche bis dahin geltend gemacht hat und diese noch nicht erfüllt sind, nicht aber die Sicherheit oder einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurückhalten für Mängelrechte, die er erst nach dem Rückgabepunkt von 2 Jahren ab Abnahme geltend macht.

Schon gar nicht kann der Auftraggeber eine Sicherheitsleistung zurückhalten, wenn seine Mängelrechte bereits verjährt sind. Dies selbst dann nicht, wenn diese Ansprüche zwar in unverjährter Zeit von ihm geltend gemacht worden sind, zum Zeitpunkt des Rückgabeverlangens aber bereits verjährt sind.

(BGH, Urteil vom 09.07.2015 – VII ZR 5/15)