

## **Die Verwertung von Gewährleistungssicherheiten – aktuelle Probleme und Praxishinweise**

Die Verwertung von Gewährleistungssicherheiten aus Bauverträgen ist mit zahlreichen Schwierigkeiten belastet.

Häufig zeigen sich erst beim Versuch der Verwertung grundsätzliche Probleme, deren Ursachen bereits in der Vertragsgestaltung des Bauvertrages und in der Art und Weise der Sicherheitsleistung begründet liegen.

Sicherheiten für Gewährleistungsforderungen werden in der Regel durch Einhalte vom Werklohn oder durch Bürgschaften erbracht.

Im BGB-Werkvertragsrecht sind Sicherheiten für Gewährleistungsansprüche nicht vorgesehen. Es existiert demnach keine gesetzliche Pflicht zur Leistung von Sicherheiten. Auch die VOB/B bietet keinen Rechtsgrund für den Anspruch auf Stellung einer Gewährleistungssicherheit.

Eine Verpflichtung zur Leistung einer Sicherheit erfordert daher eine Sicherungsabrede zwischen den Parteien. Die Sicherheitsabrede kann individuell, in allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Formularvertrages bei Vertragschluss oder auch später getroffen werden.

Insbesondere zur Vereinbarung in allgemeinen Geschäftsbedingungen liegt umfangreiche Rechtsprechung vor. So ist eine Sicherungsabrede unwirksam, wenn die Höhe der Sicherheitsleistung den Auftragnehmer unangemessen benachteiligt. Zwar sind gelegentlich in der Rechtsprechung auch Sicherheiten bis zu 10 % der Auftragssumme als wirksam betrachtet worden, jedoch wird allgemein von einer Höchstgrenze von 5 % ausgegangen.

Zudem muss vereinbart werden, in welcher Form die Sicherheit zu leisten ist. Zwar wird in der Regel wie z.B. in § 17 Nr. 3 VOB/B eine Ersetzung der erbrachten Sicherheit durch eine andere vereinbart. Jedoch muss zunächst eine Art der Sicherheitsleistung vereinbart werden, um das Erfordernis der Bestimmtheit der entsprechenden Klausel zu erfüllen. Bestimmt ist die Sicherungsabrede auch nur dann, wenn sich die Prozentangabe auf eine konkrete Bezugsgröße bezieht. Hier sollte in der Regel auf die Nettoschlussrechnungssumme abgestellt werden.

Eine weitere Einschränkung aus der Rechtsprechung des BGH ist, dass eine Vereinbarung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern unwirksam ist.

Die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede führt dazu, dass eine Sicherheitsleistung nicht geschuldet ist.

Für Sicherungseinbehalte wird in der Regel die Einzahlung auf ein Sperrkonto vereinbart (vgl. § 17 Nr. 6 VOB/B).

Wichtig ist des Weiteren, dass eine Dauer der Sicherheitsleistung vereinbart wird. Dabei ist darauf zu achten, dass die Dauer der Sicherheitsleistung auf die vereinbarten oder gesetzlichen Verjährungsfristen abgestimmt wird.

Soweit eine wirksame Sicherungsabrede vorliegt, sind sodann bei der Erbringung der Sicherheiten einige Problemfälle zu beachten.

Beim Sicherheitseinbehalt ist zu beachten, dass nach VOB/B der Einbehalt fristgemäß auf ein Sperrkonto einzuzahlen ist. Die Missachtung dieser Verpflichtung kann dazu führen, dass ein sofortiger Auszahlungsanspruch entsteht (§ 17 Nr. 6 III VOB/B) und der Auftraggeber seine Sicherung vollständig verliert.

Ein Sperrkonto ist ein sogenanntes Und-Konto, über das Auftraggeber und Auftragnehmer nur gemeinsam verfügen können. Aus diesem Grund verbietet sich auch ein gemeinsames Konto für die Einbehalte.

Bei der Bürgschaft ist darauf zu achten, dass die ausgereichte Bürgschaft den Anforderungen aus dem Vertrag entspricht. So werden Bürgschaften in der Urkunde häufig unter Bedingungen gestellt, die im Vertrag nicht vereinbart sind. Viele Bürgschaften enthalten die Bedingung, dass die Werkleistung mangelfrei abgenommen wurde. Ist dies nicht der Fall, weil sich im Abnahmeprotokoll Mängel finden, so ist die Bürgschaftsverpflichtung nicht entstanden. Eine solche Bürgschaftsurkunde sollte als nicht vertragskonform zurückgewiesen werden.

Letztlich ergeben sich Probleme regelmäßig daraus, dass Mängel erst am Ende der Gewährleistungsfrist erkennbar werden und erst dann geltend gemacht werden können. Die Feststellung der Mängel und die Korrespondenz dazu benötigen Zeit und machen eine Auseinandersetzung mit der Frage der Verjährung von Ansprüchen notwendig.

Hier sind zwei Dinge zu beachten. Zunächst ist nach den Sicherungsarten zu unterscheiden. Beim Sicherungseinbehalt besteht lediglich ein Vertragsverhältnis zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber. Hier ist innerhalb der Verjährungsfrist der Mangel zu rügen und die Voraussetzungen für einen Geldzahlungsanspruch herbeizuführen. Die schriftliche Mangelrüge führt bei VOB/B-Verträgen bereits dazu, dass eine weitere Verjährungsfrist von 2 Jahren zu laufen beginnt. Ist auch diese weitere Frist nicht ausreichend, ist eine Hemmung der Verjährung herbeizuführen.

Bei einer Sicherungsbürgschaft ist zu berücksichtigen, dass hier zwei Rechtsverhältnisse bestehen, die hinsichtlich der Verjährung unterschiedlich zu behandeln sind.

Es besteht das Bauvertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer und daneben das Bürgschaftsverhältnis zwischen Auftraggeber und Bürge.

In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, wann die Verjährung des Bürgschaftsanspruchs beginnt. Teilweise wird vertreten, dass die Verjährungsfrist für die Bürgschaftsschuld erst mit Inanspruchnahme beginnt. Überwiegend wird jedoch auf die Fälligkeit der gesicherten Forderung abgestellt. Demnach beginnt die regelmäßige Verjährungsfrist für den Bürgschaftsanspruch mit Entstehung der Geldersatzschuld (Ablauf der Mangelbeseitigungsfrist).

Wegen der Akzessorietät der Bürgschaft von der Hauptschuld kann sich über §§ 768 Abs. 1 Satz 1, 214 Abs. 1 BGB der Bürge darauf berufen, dass im Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer Verjährung eingetreten ist.

Auch bei Vorhandensein einer Gewährleistungsbürgschaft ist daher darauf zu achten, dass gegebenenfalls die Verjährung gegenüber dem Auftragnehmer unterbrochen oder gehemmt werden muss. Dies wird insbesondere bei der Insolvenz der Auftragnehmers häufig nicht beachtet.

Insgesamt sollte auf das Sicherheitsmanagement besonderer Wert gelegt werden, da nicht selten auf den Auftragnehmer am Ende der Gewährleistungsfrist nicht zurückgegriffen werden kann.

Martin Alter  
Rechtsanwalt