



## Sicherheiten am Bau – Stand der Rechtsprechung

Der Autor:  
Rechtsanwalt Dr. Ralf Kleemann  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

### Einleitung

Sowohl beim VOB- als auch beim BGB-Bauvertrag ist für die Verpflichtung, Sicherheit zu leisten, eine vertragliche Vereinbarung erforderlich. Denn weder §§ 14, 17 VOB/B noch §§ 232 ff. BGB geben ein Recht auf Sicherheit, sondern setzen die vorherige Verpflichtung dazu voraus.

Ein Teil der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in den letzten Jahren behandelt die Frage, welchen Inhalt die Vereinbarung hat, Sicherheit zu leisten (nachstehend I.). Dazu gehört auch die Frage, was zu gelten hat, wenn die Parteien keine Vereinbarung über den Sicherungsfall getroffen haben (nachstehend II.), wobei es insbesondere um Fragen des Austausches der Sicherheiten geht. Erfolgt die Verpflichtung, Sicherheit zu leisten, nicht individualvertraglich, sondern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, stellt sich das Problem der Wirksamkeit der Sicherungsvereinbarung (nachstehend III.).

### I. Die Sicherungsabrede

Als Sicherungsabrede ist die Vereinbarung der Parteien im Bauvertrag, nicht im späteren Bürgschaftsvertrag zu verstehen, dass eine oder beide Parteien in bestimmter Weise Sicherheit für einen bestimmten Zweck und in bestimmter Art und Höhe zu leisten haben. In der Sicherungsabrede sollte auch der Sicherungsfall geregelt sein. Fehlt eine ausdrückliche Vereinbarung der Parteien über den Sicherungsfall, bedarf der Vertrag, der an den Interessen beider Parteien ausgerichteten Auslegung.

Der 7. Senat des Bundesgerichtshof versteht unter interessengerechter Auslegung des Willens der Parteien als Sicherungsfall bei der Gewährleistung, dass der Sicherungsnehmer berechtigt ist, die Sicherheit für die vom Sicherungszweck erfassten geldwerten Gewährleistungsansprüche (Vorschuss auf Mängelbeseitigungskosten, Erstattung der

Aufwendungen für Mängelbeseitigungen, Schadensersatz, Minderung) zu verwerten.

Die Sicherheit besteht in einem Bardepot; ihre Verwertung ist auf Geldzahlung gerichtet.

Der Sicherungsfall ist somit erst gegeben, wenn der gesicherte Anspruch bereits in eine Geldforderung übergegangen ist.

### II. Der Sicherungsfall

Der zweite Schwerpunkt der Entscheidungen des 7. Senats des Bundesgerichtshofs befasst sich mit dem Sicherungsfall bzw. Verstößen gegen die Sicherungsvereinbarung. In den zur Entscheidung stehenden Fällen war jeweils wirksam ein Gewährleistungseinbehalt vereinbart, der durch eine Bürgschaft des Auftragnehmers abgelöst werden konnte. Der Auftragnehmer machte von seinem Ablösungsrecht Gebrauch, gab also die Bürgschaft.

Der Auftraggeber nahm die Bürgschaft entgegen, zahlte jedoch den Einbehalt nicht aus, weil er dagegen mit Gegenansprüchen wegen Mängeln aufrechnete oder sich eines Zurückbehaltungsrechts berührte. Nach den Grundsatzentscheidungen vom 03.07.1997 (BGHZ 136, 195) und vom 13.09.2001 (BGHZ 148, 151) gilt hinsichtlich der zeitlichen Abfolge von Sicherungsfall und Ausübung des Austauschrechtes folgendes:

1.  
Bietet der Auftragnehmer dem Auftraggeber die Austauschbürgschaft zu einem Zeitpunkt an, in dem der Sicherungseinbehalt bereits verwertet ist, ist für einen Austausch kein Raum mehr. Das Austauschrecht ist mit der Verwertung entfallen. Der Auftraggeber muss die Bürgschaft zurückweisen.

2.  
Macht der Auftragnehmer von seinem Austauschrecht zu einem Zeitpunkt Gebrauch, in dem der Sicherungsfall noch nicht eingetreten ist,

ist der Auftraggeber verpflichtet, die Bürgschaft entgegenzunehmen und den Sicherheitseinbehalt auszuzahlen. Kommt er dem nicht unverzüglich nach, verletzt er die Sicherungsabrede. Auch wenn dann der Sicherungsfall eintritt, bleibt er zur Auszahlung verpflichtet. Etwas anderes kann im Einzelfall (unmittelbar bevorstehender Sicherungsfall bei ablaufender Fristsetzung zur Mangelbeseitigung) gelten.

3. Liegt der Sicherungsfall bei Stellung der Bürgschaft dagegen bereits vor, steht es im Belieben des Auftraggebers, ob er die Bürgschaft als Austauschsicherheit annimmt oder den Bareinbehalt verwertet. Wählt er die Verwertung, ist für einen Austausch kein Raum mehr. Er darf die Bürgschaft dann nicht mehr entgegen nehmen. Entscheidet sich der Auftraggeber für die Bürgschaft, muss er den Sicherheitseinbehalt auszahlen. Der Auftragnehmer darf dabei nicht hingehalten werden. Kommt der Auftraggeber dem Gebot, sich unverzüglich zu erklären, nicht nach, muss er den Sicherheitseinbehalt auszahlen und kann die Bürgschaft behalten (BGH, IBR 2002, 476).

### III. Wirksamkeit der Sicherungsabrede

Der dritte Schwerpunkt der Rechtsprechung des 7. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs in den vergangenen Jahren liegt in der Auseinandersetzung mit der Wirksamkeit der Sicherungsabreden. Sicherungsabreden im Bauvertrag sind, soweit dieser nicht selbst der Form bedarf, formlos möglich.

1. Sofern sie wirklich individuell ausgehandelt sind, unterliegen sie nicht der AGB-Kontrolle. Dabei muss aber der gesetzesfremde Kerngehalt zur Disposition gestellt worden sein (BGH, NJW 1998, 3488).

2. Eine Kontrolle nach dem AGBG beziehungsweise bei Neuverträgen nach §§ 307 ff. BGB scheidet auch dann aus, wenn sich der Verwender selbst auf die Unwirksamkeit einer derartigen Klausel beruft.

3. Mit der Wirksamkeit von Sicherungsabreden zur Gewährleistung hat sich der Bundesgerichtshof erstmals in der Entscheidung vom 05.06.1997 (BGHZ 136, 25) befasst. Die Vertragsklausel sah einen Gewährleistungseinbehalt von 5 Jahren vor, ablösbar durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern und im Übrigen war § 17 VOB ausgeschlossen. Diese Sicherungsabrede hat der

7. Senat an § 9 Abs. 1 AGBG (jetzt: § 307 Abs. 1 Satz BGB n.F.) gemessen und für unwirksam gehalten. Nach Ansicht des BGH benachteilige diese Klausel den Kunden entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, ohne dass ihm ein entsprechender Ausgleich zugestanden werde. Für 5 Jahre, also für einen verhältnismäßig langen Zeitraum, müsste der Auftragnehmer das Bonitätsrisiko des Auftraggebers tragen. Ebenso lange würde der Einbehalt nicht verzinst. Unter dem Gesichtspunkt der Kompensation bestehe insoweit "kein fairer Ausgleich".

Die Bürgschaft auf erstes Anfordern gehe - so das Gericht - deutlich über die Notwendigkeit hinaus, in der bauvertraglichen Praxis dem Auftraggeber nach Abnahme des Werkes eine aus-reichende Sicherheit für seine etwaigen Gewährleistungsansprüche einzuräumen. Hierbei ist nämlich der Begünstigte nicht verpflichtet, schlüssig darzulegen, dass die durch die Bürgschaft gesicherte Hauptforderung besteht; Einwendungen können - abgesehen von offensichtlichen Missbrauchsfällen - erst im Rückforderungsprozess geltend gemacht werden. Die Bürgschaft auf erstes Anfordern führt damit dem Gläubiger sofort liquide Mittel zu, wenn er den Bürgschaftsfall lediglich für eingetreten erklärt.

Nicht richtig ist die Ansicht, dass die Vereinbarung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern als Sicherungsmittel im Wege Allgemeiner Geschäftsbedingungen grundsätzlich ausgeschlossen sei. Allerdings muss sich dabei die Ausgestaltung des vorgesehenen Austauschrechtes, nämlich die Ablösung des Einbehalts, als "faire Alternative" darstellen. Das OLG München hat im Jahre 2001 judiziert, dass eine Vertragsklausel, bei der Bareinbehalt lediglich 3 % der Schlussrechnungssumme für die Dauer von 2 Jahren betragen sollte, unwirksam sei, und zwar grundsätzlich unabhängig von Dauer und Höhe des Bareinbehaltes. Die Revision hierzu hat der 7. Zivilsenat des BGH durch Beschluss vom 17.01.2002 nicht angenommen (BauR 2002, 110). Zu denken wäre also an eine zulässige formularvertragliche Regelung, die zum einen verzinslich ist, zum anderen eine noch kürzere Laufzeit hat und darüber hinaus gegebenenfalls auch die Möglichkeit der Einzahlung des Einbehalts auf ein Sperrkonto gemäß § 17 VOB/B nicht ausschließt.

Abschließend ist noch interessant, darauf hinzuweisen, dass in der Entscheidung des BGH

vom 04.07.2002 (NJW 2002, 3098) judiziert wurde, bei unwirksamer Vereinbarung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern den dadurch lückenhaft gewordenen Vertrag ergänzend dahin auszulegen, dass der Bauunternehmer dann aber eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft schulde. Der ersatzlose Wegfall der Bürgschaftsverpflichtung würde - so der BGH - zum einem den Interessen der Parteien nicht mehr gerecht werdenden Ergebnis führen. Der Vertrag sei vielmehr anders auszulegen (§§ 6 Abs. 2 AGBG, 133, 157 BGB).

Dem im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nach § 6 Abs. 2 AGBG gefundenen Ergebnis liegt maßgeblich die Erwägung zugrunde, die nach § 9 Abs. 1 AGBG unwirksame Klausel führe zu einer planwidrigen, von den Vertragsparteien nicht bedachten Unvollständigkeit des Vertrages.

Ganz wichtig ist abschließend auch allerdings folgende Feststellung des Bundesgerichtshofes: Eine solche ergänzende Vertragsauslegung hat er bei Verträgen, die nach Bekanntwerden dieser Entscheidung in den beteiligten Verkehrskreisen abgeschlossen werden, für nicht mehr zulässig angesehen. Denn dann sei davon auszugehen, dass der Klauselverwender bewusst und ausschließlich Wert auf eine Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern lege und deshalb bei Unwirksamkeit dieser Klausel eine ergänzende Vertragsauslegung zur Wahrung seines Sicherungsinteresses nicht mehr in Betracht komme.