

Abreden, wird deshalb oftmals versucht, zumindest die Dauer des Zeitraums für die Mängelhaftung zu verkürzen.

Praxishinweis

Ohne Not sollte sich ein Auftraggeber nicht auf Vereinbarungen zur Verkürzung der Verjährungsfrist einlassen. Solche Vereinbarungen finden sich deshalb meist auch in vom Auftragnehmer vorformulierten Vertragsbedingungen. Auch wenn dort kürzere Verjährungsfristen vorgesehen sind, sollte dies allein den Auftraggeber nicht davon abhalten, die Realisierung vermeintlich verjährter Ansprüche weiter im Auge zu behalten. In nicht wenigen Fällen wird eine rechtskundige Überprüfung ergeben, dass eine – vermeintlich wirksame – Klausel nicht hält und damit Mängelansprüche noch gar nicht verjährt sind.

Verdeckte Vertragsklauseln zur Verjährungsfrist

Besonders beachtet werden muss in diesem Zusammenhang, dass verjährungsverkürzende Vereinbarungen nicht ohne Weiteres offenkundig sind, etwa in der Weise, dass der Wortlaut der einschlägigen Vertragsklausel ausdrücklich eine vom Gesetz oder der VOB abweichende, dann kürzere, Verjährungsfrist vorsieht. Häufiger sind vielmehr vorformulierte Vertragsbestimmungen, wonach der Beginn des Laufs der Verjährungsfrist vorverlagert, und damit mittelbar eine Verkürzung der Verjährungsfrist erreicht wird.

6 Sicherung von Mängelansprüchen

Der schönste Mängelanspruch hilft dann nichts, wenn derjenige, der in Anspruch genommen werden könnte, nicht mehr leistungsfähig, also pleite ist. Ist dieser Umstand eingetreten, ist es meistens für Gegenreaktionen zu spät. Vertraglich vereinbarte Sicherheiten beugen diesem Risiko vor. Zudem sieht das Gesetz Sicherungen sowie eine Reihe von Möglichkeiten vor, sich vor späteren Ausfällen zu schützen.

6.1 Neu: Absicherung der vertragsgemäßen Erfüllung

Bei Verträgen mit Verbrauchern, hierzu zählt regelmäßig der so genannte „Häuslebauer“, dürfte künftig die VOB/B der Vergangenheit angehören. In Bauträgerkaufverträge wurde sie auch in der Vergangenheit ohnehin nur höchst selten einbezogen.

Seit 1.1.2009 können Auftragnehmer auch bei BGB-Verträgen Abschlagszahlungen für vertragsgerecht erbrachte Teilleistungen verlangen. Diese müssen nicht, wie früher, in sich abgeschlossen sein. Der Auftraggeber muss also auf Anforderung bereits Zahlungen leisten, obschon die beauftragte Leistung, also etwa die Errichtung eines schlüsselfertigen Hauses, noch nicht vollständig und insbesondere vertragsgerecht erbracht ist. Dies birgt natürlich ein gewisses Risiko für den Besteller. Wird der Auftragnehmer im Zuge der Bauerstellung insolvent, sind unter Umständen Mängelansprüche nicht mehr abgesichert. Hiergegen hat der Gesetzgeber Vorsorge getroffen.

Abschlags-
zahlungen für
Teilleistungen

Wenn der Bauvertrag die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat und der Besteller Verbraucher ist, ist diesem bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel in Höhe von 5 vom Hundert des Vergütungsanspruchs zu leisten. Wenn sich der Vergütungsanspruch durch Änderungen oder Ergänzungen des Vertrages um mehr als 10 % erhöht, ist dem Besteller bei der nächsten Abschlagszahlung eine weitere Sicherheit in Höhe von 5 vom Hundert des zusätzlichen Vergütungsanspruchs zu leisten.

Leistung von
Sicherheiten

Von der Vorschrift des § 632a BGB n. F. sind damit insbesondere so genannte Komplettheitsanbieter, also beispielsweise Bauträger, Fertighaushersteller, Generalunternehmer oder Generalübernehmer angesprochen. Ein Umbau liegt dann vor, wenn bei einem vorhandenen Objekt Umgestaltungen vorgenommen werden sollen, die mit wesentlichen Eingriffen in Konstruktion oder Bestand verbunden sind. Üblicherweise wird die Sicherheit durch Bürgschaft einer Bank oder durch Garantie oder ein sonstiges Zahlungsversprechen eines Kreditversicherers geleistet werden. Der Unternehmer hat aber ein Wahlrecht. Auf sein Verlangen ist die Sicherheitsleistung durch

Rückgabe der
Sicherheit

Einbehalt dergestalt zu erbringen, dass der Besteller die Abschlagszahlungen bis zu dem Gesamtbetrag der geschuldeten Sicherheit zurückhält.

Die oben beschriebene Sicherheit deckt Ansprüche des Bestellers ab, die darauf beruhen, dass die Unternehmerleistung hinter der vertraglich vorausgesetzten Tauglichkeit oder Werthaltigkeit zurückbleibt, aber auch durch Bauzeitverzögerungen entstandene Ansprüche.

Die erhaltene Sicherheit ist zurückzugeben bzw. der einbehaltene Betrag auszuzahlen, wenn feststeht, dass der Sicherungsfall nicht mehr eintreten kann. Dies ist üblicherweise dann der Fall, wenn das geschuldete Werk ohne wesentliche Mängel hergestellt und abgenommen wurde und auch keine Verzugsschäden im Raum stehen. Werden bei der Abnahme Mängel vorbehalten, müssen diese beseitigt werden, bevor die Sicherheit zurückverlangt werden kann. Übersteigt im Falle vorbehaltener Mängel der Betrag der Sicherheit das Zweifache der voraussichtlich entstehenden Mängelbeseitigungskosten, wird zu überlegen sein, ob zumindest der überschüssige Teil der Sicherheit zurückgefordert werden kann.

Wurde eine Rückbehalt vorgenommen, wäre demnach der Differenzbetrag auszuzahlen. Wurde eine Bürgschaft gestellt, bestünde ein entsprechender Anspruch auf Teilhaftung der Sicherheit.

6.2 Alt aber bewährt: Der Sicherheitseinbehalt

Sicherheits-
einbehalte müssen
vertraglich
vereinbart werden

Einleitend muss mit einem immer noch weit verbreiteten Irrglauben aufgeräumt werden: Viele Auftraggeber von Bauleistungen meinen nach wie vor, dass von fälligen Werklohnforderungen grundsätzlich ein Einbehalt (meist 5 %) zur Absicherung möglicher Mängelansprüche vorgenommen werden dürfe. Dem ist nicht so. Sicherheitseinbehalte bedürfen vielmehr einer hierauf gerichteten vertraglichen Vereinbarung.

Muster: Vertragsformulierung für einen Sicherheitseinbehalt

§ ...

Der Auftraggeber ist berechtigt, zur Sicherung seiner Mängelansprüche 5 % der Bruttoabrechnungssumme einzubehalten. Der Auftragnehmer kann die Auszahlung des Sicherheitseinbehalts gegen Übergabe einer üblichen Bürgschaft für Mängelansprüche verlangen.

Üblicherweise wird die Art der Sicherheit, wie im vorstehenden Muster, bereits im Vertrag festgelegt. Ist dies nicht der Fall, finden die §§ 232 bis 240 BGB Anwendung. Die Art der Sicherheitsleistung ist dort in § 232 geregelt. Einen Bareinbehalt kennt das BGB nicht. Soll ein solcher also möglich sein, bedarf es hierzu einer ausdrücklichen, klaren Vereinbarung. Soll dies formularmäßig erfolgen, ist darauf zu achten, dass dem Auftragnehmer ein angemessener Ausgleich (z. B. nach den Regeln des § 17 VOB/B) zugestanden wird. Eine Ablösemöglichkeit ausschließlich durch Bürgschaft auf erstes Anfordern ist insoweit kein angemessener Ausgleich. Im Übrigen bedarf auch die Ablösemöglichkeit eines vereinbarten Barsicherheits-einhalts – etwa durch Bankbürgschaft – einer zusätzlichen Abrede zwischen den Vertragsparteien.

Regelung im
BGB-Vertrag

Für den VOB-Vertrag gilt vom Grundsatz her nichts anderes. In deren § 17 ist lediglich festgelegt, dass Sicherheitsleistung dann beansprucht werden kann, wenn dies vereinbart wurde. Auch die VOB/B verlangt deshalb eine entsprechende vertragliche Absprache. Wurde Sicherheit vereinbart, stellt die VOB/B eine Reihe ergänzender Regelungen auf.

Regelung im
VOB-Vertrag

Wurde die Art der Sicherheit nicht konkret festgelegt, kann diese durch Einbehalt von Geld, dessen Hinterlegung oder durch Bürgschaft erfolgen. Das Wahlrecht hierüber steht dem Auftragnehmer zu, er kann – auch nachträglich – eine Sicherheit durch eine andere austauschen.

Wurde ein Gewährleistungseinbehalt (üblicherweise 5 %) vereinbart, bedeutet dies noch nicht, dass auch bereits bei Abschlagsrechnungen Einbehalte vorgenommen werden dürften. Auch insoweit muss vielmehr eine hierauf gerichtete vertragliche Abrede (meist 10 %) getroffen werden. Liegt dem Vertrag die VOB zu Grunde, muss aber Folgendes beachtet werden:

Gewährleistungs-
einbehalt

In vielen, von Auftraggebern vorformulierten Verträgen findet sich in etwa folgende Klausel:

„Für die Sicherstellung der Mängelansprüche darf der Auftraggeber 5 % der Brutto-Abrechnungssumme einbehalten. Abschlagsrechnungen werden zu 90 % ausbezahlt.“

§ 17 Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 VOB/B führt hierzu aus:

„Soll der Auftraggeber vereinbarungsgemäß die Sicherheit in Teilbeträgen von seinen Zahlungen einbehalten, so darf er jeweils die Zahlung um höchstens 10 v. H. kürzen ..., dies allerdings nur, solange ... bis die vereinbarte Sicherheitssumme erreicht ist.“

Werden beispielsweise 10 Abschlagszahlungen gleicher Höhe vereinbart und hiervon 10 % einbehalten, ist der Sicherheitsbetrag nach der zitierten VOB-Bestimmung nach der fünften Abschlagszahlung erreicht.

Schon nach der früheren Rechtsprechung stellte damit die obige Klausel einen Eingriff in den Kernbereich der VOB/B dar. Erst recht gilt dies nach der Entscheidung des BGH vom 22.01.2004, mit der ausgesprochen wurde, dass jede Änderung der VOB/B durch vorrangige vertragliche Regelungen ihre Ausgewogenheit entfallen lässt. Mit der VOB/B (Fassung 2002) wurde die Verpflichtung des Auftraggebers, eine vereinbarte Sicherheit nach 2 Jahren (sofern nichts anderes vereinbart wurde) zurückgeben zu müssen (§17 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B), neu geregelt. Dies wurde damit begründet, dass mit der Neufassung der VOB/B die Regelverjährung von 2 Jahren auf 4 Jahre verlängert wurde und man dem Auftragnehmer nicht zusätzlich aufbürden wollte, mehr als 2 Jahre eine Sicherheit stellen zu müssen. Soweit allerdings bis zu diesem Zeitpunkt geltend gemachte Ansprüche noch nicht erfüllt sind, darf ein entsprechender Teil der Sicherheit zurückbehalten werden. Die VOB 2006 hat diese Regelung beibehalten.

Einzahlung auf ein Sperrkonto

§ 17 VOB/B regelt in seinem Anwendungsbereich zusätzlich, dass einbehaltenes Geld nicht im Vermögen des Auftraggebers belassen werden darf. Dieses ist vielmehr (sofern wirksam nichts Abweichendes vereinbart wurde) binnen 18 Werktagen nach Mitteilung des Einbehalts auf ein Sperrkonto einzubezahlen. Tut dies der Auftraggeber nicht, kann ihm der Auftragnehmer hierzu eine angemessene Nachfrist setzen. Läuft dies fruchtlos ab, kann die Auszahlung des Sicherheitseinbehalts verlangt werden, ohne dass Sicherheit geleistet werden müsste (§ 17 Nr. 6 Abs. 3 VOB/B).

§ 17 Nr. 5 Satz 1 VOB/B erläutert in seiner nunmehrigen Fassung von 2006 das Sperrkonto wie folgt:

„Wird Sicherheit durch Hinterlegung von Geld geleistet, so hat der Auftragnehmer den Betrag bei einem zu vereinbarenden Geldinstitut auf ein Sperrkonto einzuzahlen, über das beide nur gemeinsam verfügen können („Und-Konto“).“

Für den Bareinbehalt durch den Auftraggeber gilt diese Regelung über § 17 Nr. 6 VOB/B.

Einen vertraglich vereinbarten Einbehalt zur Sicherung von Mängelansprüchen kann der Auftragnehmer, nach seiner Wahl, durch eine andere Sicherheit austauschen (sofern hierzu wirksam nichts anderes vereinbart wurde). Üblicherweise erfolgt die Ablösung durch Bankbürgschaft.

Austausch der
Sicherheits-
leistung

6.3 Vereinbarung von weiteren Sicherheiten

Bei Vertragsschluss und auch später (hierauf wird sich dann der Auftragnehmer allerdings meist nicht mehr einlassen) können weitere Sicherheiten vereinbart werden. Ein Bauhandwerker oder Unternehmer, der sich in dieser Phase für einen Auftrag bewirbt, ist eher zu Kompromissen bereit, als derjenige, der den Auftrag bereits in der Tasche hat.

Vertragserfüllungsbürgschaft

Mit einer Vertragserfüllungsbürgschaft werden die Ansprüche des Auftraggebers auf die vollständige, rechtzeitige und insbesondere auch (zum Zeitpunkt der Abnahme) mangelfreie Erbringung der vertraglich geschuldeten Werkleistung abgesichert.

Vorauszahlungsbürgschaft

Soll – abweichend vom gesetzlichen Leitbild – der Auftragnehmer Vergütungsteile im Voraus erhalten, läuft der Auftraggeber Gefahr, bei Insolvenz des Auftragnehmers keine oder nur eine nicht vertragsgerechte Gegenleistung zu erhalten. Vorauszahlungen sollten deshalb grundsätzlich nur gegen eine adäquate Absicherung, am Besten durch taugliche Bürgschaft, geleistet werden.

Die VOB/B sieht ausdrücklich vor, dass auch noch nach Vertragsabschluss Vorauszahlungen vereinbart werden können. Erfolgt dies,

Absicherung von
Vorauszahlungen

kann der Auftraggeber vom Auftragnehmer hierfür Sicherheit verlangen.

Mängelbürgschaft

Übliches Sicherungsmittel für Mängelansprüche nach Abnahme ist die Mängelbürgschaft (oftmals im Austausch gegen einen vereinbarten Geldeinbehalt). Wird die VOB/B als Vertragsgrundlage vereinbart, muss allerdings Folgendes beachtet werden:

Achtung:

Eine vereinbarte Sicherheit muss nicht erst nach Ablauf der Verjährungsfrist, sondern bereits nach 2 Jahren zurückgegeben werden. Ab diesem Zeitpunkt sind dann später auftretende Mängelansprüche nicht mehr abgesichert.

Vertraglich sollte deshalb vereinbart werden (§ 17 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B lässt dies ausdrücklich zu), dass eine vereinbarte Sicherheit erst nach Ablauf der Verjährungsfrist für Mängelansprüche zurückzugeben ist. Dies dürfte – zumindest nach dem aktuellen Stand der Rechtsprechung – auch in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen möglich sein, gleichfalls dürfte kein Eingriff in die VOB/B vorliegen. Auch insoweit muss allerdings die künftige obergerichtliche Rechtsprechung im Auge behalten werden.

7 Recht haben und Recht bekommen: Meistens zwei Paar Stiefel

Kann eine Baurechtsstreitigkeit nicht im Vorfeld erledigt werden, bleibt oftmals nur noch der Gang zum Gericht. Will man dort erfolgreich sein, muss zum einen ein vertraglicher oder gesetzlicher Anspruch bestehen, der das – was begehrt wird – auch stützt. Hiermit aber nicht genug. Der dem Anspruch zu Grunde liegende Sachverhalt muss, wenn er von der Gegenseite berechtigterweise bestritten wird, auch bewiesen werden können. Gelingt dies nicht, mag man noch so sehr Recht haben, bekommen wird man dieses im Zweifel aber nicht.

