

Neuigkeiten zu Sicherheiten im Bauvertrag

09. März 2023

Referent: Dr. jur. Burkhard Siebert





Überblick

- I. Einleitung und Grundlagen
- II. Gewährleistungssicherheit
- III. Bauhandwerkersicherung gemäß § 650 f BGB



I. Einleitung und Grundlagen

// 09.03.2023

Fall 1:

Die Klägerin beauftragt einen GU mit der schlüsselfertigen Errichtung zweier Wohngebäude. Vertraglich vereinbart wurde zwischen den Parteien eine förmliche Abnahme.

Der Vertrag sieht für die fünfjährige Gewährleistungsfrist außerdem eine Barsicherheit von 5 % des Pauschalpreises ohne Mehrwertsteuer vor. Es besteht die Möglichkeit, die Barsicherheit durch eine auf fünf Jahre befristete selbstschuldnerische Gewährleistungsbürgschaft abzulösen.

Die Beklagte (Bürgin) gibt in der Folgezeit eine schriftliche Bürgschaftserklärung ab, mit welcher die Barsicherheit abgelöst wird.

Zu einer förmlichen Abnahme kommt es nicht. Auf diese wird im Wege konkludenten Verhaltens verzichtet.

Während der Gewährleistungsfrist treten Mängel auf. Wegen der Kosten für die Beseitigung der Mängel nimmt die Klägerin die beklagte Bürgin in Anspruch, nachdem der GU der Mangelbeseitigung nicht nachkommt. Die Bürgin verweigert die Zahlung der Mangelbeseitigungskosten.

Zu Recht?

Lösung:

- **JA! Das OLG gibt der Bürgin Recht!**
- Da vorliegend keine förmliche Abnahme entsprechend der vertraglichen Vereinbarung stattgefunden hat, ist die Bürgin nicht einstandspflichtig!
- Die Vertragsparteien – hier also die Klägerin und der GU – können zu Lasten der Bürgin nicht, auch nicht einvernehmlich von der vertraglich vereinbarten förmlichen Abnahme abweichen bzw. diese modifizieren.
- Dafür spricht schon § 767 Abs. 1 S. 3 BGB, nach der durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert wird.

„(1) Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend. Dies gilt insbesondere auch, wenn die Hauptverbindlichkeit durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners geändert wird. Durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, wird die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert.“

- Ein mit der Bürgin nicht abgestimmter Verzicht des Erfordernisses auf die förmliche Abnahme hätte für die Hauptschuld zur Folge, dass die Wirkungen der Abnahme sich schon an eine konkludente Abnahme knüpfen könnten; dies ist eine nicht unwesentliche Änderung, da die Bürgin eine klare und überschaubare Eingrenzung ihrer Verpflichtung einbüßen würde.
- **OLG Rostock, Urteil vom 31.08.2006, Az.: 7 U 2/06**

Praxishinweis:

➤ **ACHTUNG bei Abnahmemodifizierung!**

- In der Praxis tritt dieser Fall regelmäßig ein: es wird vertraglich eine förmliche Abnahme vereinbart, auf diese Art der Abnahme mit den ihr immanenten Förmlichkeiten dann aber doch verzichtet.
- Kommt es dann dazu, dass in der Folgezeit die Gewährleistungsbürgschaft in Anspruch genommen werden muss (z.B. wegen Insolvenz des Unternehmers oder des Nachunternehmers), kann die Bürgin nicht in Anspruch genommen werden; das wirtschaftliche Risiko ist folglich erheblich.
- Dies kann nur vermieden werden, indem...

...die Vereinbarung einer förmlichen Abnahme bei jeder Baumaßnahme konsequent gelebt wird.

...von vorne herein keine förmliche Abnahme vereinbart wird, mit der Konsequenz, dass die Abnahmewirkungen auch im Wege schlüssigen Verhaltens (Fertigstellungsanzeige und Fristablauf, Inbetriebnahme, Nutzung etc.) eintreten können. Dies kann allerdings auch für den Auftraggeber gefährlich sein.

...indem im Falle der Abnahmemodifizierung im Vorfeld die Bürgin beteiligt wird. Hierzu wird die Bürgin regelmäßig nicht bereit sein.

Praxishinweis:

- Bei dem geschilderten Fall handelt es sich nicht um einen Einzelfall.
- Auch das OLG München (Urteil vom 24.01.2011, Az.: 13 U 3970/10) und das OLG Köln (Urteil vom 16.03.2005, Az.: 41 O 238/02) haben ähnlich gelagerte Sachverhalte so entschieden.
- Daher ist im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme einer Gewährleistungsbürgschaft zu beachten, was vertraglich zur Abnahme geregelt wurde.

Bisherige Formulierung in unserem Nachunternehmer-Verhandlungsprotokoll:

11. Abnahme gemäß § 12 VOB/B

Es findet eine förmliche Abnahme statt. Die Abnahmefiktionen der VOB/B (§ 12 Abs. 5 VOB/B) sind ausgeschlossen. Vor der Abnahme der NU-Leistung sind dem AG folgende Unterlagen zu übergeben (z. B. Fabrikatsnachweise, Technische Merkblätter, Produktbeschreibung, Beschreibungen und Bedienungsanleitungen etc.):

Ideen für eine Neufassung des Nachunternehmer-Verhandlungsprotokolls:

Idee 1



„Für die Abnahme gilt § 12 VOB/B.“

Idee 2



„Für die Abnahme gilt § 12 VOB/B mit der Einschränkung, dass die Abnahme durch Benutzung der Leistung gemäß § 12 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B ausgeschlossen ist.“

Zweck einer Sicherheit

- Beide Parteien eines Bauvertrages haben ein berechtigtes Interesse daran, dass ihre aus dem Bauvertrag resultierenden Ansprüche gesichert werden / sind.
 - Auftraggeber: mangelfreie Herstellung des Werkes durch den Auftragnehmer.
 - Auftragnehmer: Anspruch auf Zahlung Werklohn gegenüber dem Auftraggeber.
- Bei der Sicherheitsleistung handelt es sich nicht um ein Mittel der Erfüllung vertraglicher Leistungspflichten als solche, sondern um ein Mittel zur Abwendung der Gefahr künftiger Rechtsverletzungen oder Benachteiligungen im bauvertraglichen Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer.
- Dem Vertragspartner wird quasi ein „Pfand“ in die Hand gegeben.

Welche Sicherheiten gibt es?

Sicherheiten nach dem Gesetz	Sicherheiten auf Grundlage vertraglicher Vereinbarung	
<u>§ 650 f BGB - Bauhandwerkersicherung</u>	Vorauszahlungsbürgschaft	
§ 650 e BGB - Sicherungshypothek	Sicherheitseinbehalt bei Abschlagszahlung und / oder Schlusszahlung	
§ 632 a Abs. 1 S. 6, Abs. 2 BGB – Sicherheit für angelieferte / bereitgestellte erforderliche Stoffe oder Bauteile	Vertragserfüllungssicherheit (regelmäßig in Form einer Vertragserfüllungsbürgschaft)	} inklusive sozialversicherungsrechtlicher Haftungsrisiken
§ 650 m Abs. 2 BGB – Vertragserfüllungssicherheit bei Abschlagszahlungen zugunsten Verbraucher	<u>Gewährleistungssicherheit (regelmäßig in Form einer Bürgschaft zur Absicherung von Mängelansprüchen)</u>	

Fall 2:

Der Auftraggeber (AG) nimmt einen Bürgen (B) aus einer Vertragserfüllungsbürgschaft in Anspruch.

Dem Bauvertrag mit dem Auftragnehmer (AN) liegen die VOB/B und die vom AG gestellten Vertragsbedingungen (BVB + ZVB) zu Grunde.

Danach hat der Auftragnehmer eine 5%ige Vertragserfüllungssicherheit und eine 5%ige Mängelsicherheit zu stellen. Die BVB sehen vor, dass der Auftragnehmer (AN) nach Abnahme und Erbringung aller bis dahin erhobenen Ansprüche einschließlich Schadensersatz verlangen kann, dass die Vertragserfüllungssicherheit in eine Mängelsicherheit umgewandelt wird.

Nach den ZVB erstreckt sich die Vertragserfüllungssicherheit auch auf Mängelansprüche (sog. Kombisicherheit). Die B ist der Ansicht, dass die Sicherungsabrede nach kundenfeindlichster Auslegung dahin auszulegen ist, dass es zu einer Überschneidung von der auch Mängelansprüche sichernden Vertragserfüllungssicherheit und der Mängelsicherheit kommen kann. Dies begründet sie damit, dass dann, wenn der AG Ansprüche erhebt, er die Vertragserfüllungssicherheit nicht zurückgeben muss, gleichwohl aber schon eine Mängelsicherheit zu stellen hat. Dies habe eine unangemessene Übersicherung zur Konsequenz, weshalb die Sicherungsabrede unwirksam sei.

Hat die B hiermit Recht?

Lösung:

- **JA! Das OLG gibt der Bürgin Recht!**
- Die B kann sich gemäß § 768 BGB auf die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede berufen.
- Zwar differenziert die Sicherungsabrede zwischen Vertragserfüllungs- und Mängelsicherheit, aber die Vertragserfüllungssicherheit sichert auch Mängelansprüche.
- Da der AN nach der kundenfeindlichsten Auslegung der Sicherungsabrede die Mängelsicherheit auch dann zu stellen hat, wenn die Vertragserfüllungssicherheit – soweit der AG Ansprüche geltend macht – noch nicht zurückgegeben werden muss, kann es zu einer Kumulation beider Sicherheiten über den Abnahmezeitpunkt hinaus kommen.
- Dem AG stünden dann Sicherheiten in Höhe von 10 % für Mängelansprüche (die durch beide Sicherheiten gesichert sind) zu; dies überschreitet das zulässige Maß.
- **OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.11.2020, Az.: 5 U 345/19**

ALSO: Vermischung und Kumulierung von Sicherheiten vermeiden!

- Die Sicherheiten zugrunde liegenden vertraglichen Sicherungsabreden sind regelmäßig als Allgemeine Geschäftsbedingung zu qualifizieren und unterliegen demnach der Wirksamkeitskontrolle.
- Nach der Rechtsprechung des BGH und der OLG's kann die Unwirksamkeit insbesondere wegen einer unangemessene Übersicherung anzunehmen sein.
- Eine solche Übersicherung kann anzunehmen sein, wenn die Vertragserfüllungs- und die Gewährleistungssicherheit identische Ansprüche absichern.
- vgl. auch BGH, Urteil vom 16.07.2020, Az.: VII ZR 159/19; OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.11.2020, Az.: 5 U 354/19; OLG Rostock, Beschluss vom 17.07.2019, Az.: 4 U 66/19; OLG München, Urteil vom 04.05.2016, Az.: 13 U 1145/15.
- **Daher: strikte Trennung der beiden Sicherheiten im Vertrag sowie Absichern gleichartiger Ansprüche durch mehrere Sicherheiten und Kumulierung vermeiden!**

Unser Vorschlag im Nachunternehmer-Verhandlungsprotokoll:

16.1 Sicherheit für den Zeitraum bis zu Abnahme

Der NU hat dem AG

- zur Sicherstellung der vertragsgemäßen und termingerechten Ausführung der Vertragsleistung und
 - zur Sicherung etwaiger Ansprüche aus der Freistellungsvereinbarung gemäß Ziffer 15 sowie gesetzlicher Regressansprüche des AG gegen den NU im Falle der Inanspruchnahme durch die Einzugsstelle für die einzelnen Sozialversicherungsträger oder durch die einzelnen Sozialversicherungsträger auf Zahlung der Gesamtsozialversicherungsbeiträge nach § 28 e Abs. 3 a SGB IV oder durch die Unfallversicherung nach § 150 Abs. 3 SGB VII oder durch Arbeitnehmer des NU oder durch Arbeitnehmer eines in der Nachunternehmerkette enthaltenen Nachunternehmers auf Zahlung des Mindestlohnes und/oder auf Zahlung von Beiträgen an eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien (Urlaubskassenbeiträge) nach § 14 AEntG oder auf Zahlung des Mindestlohnes nach § 13 MiLoG i.V.m. § 14 AEntG
- und
- zur Sicherung des Anspruchs auf Erstattung einer etwaigen Überzahlung

vor Beginn der Bauarbeiten bis spätestens _____ eine Vertragserfüllungsbürgschaft gemäß beiliegendem Muster (**Anlage 4**) in Form einer unbefristeten, unwiderruflichen und selbstschuldnerischen Bürgschaft eines in der Bundesrepublik Deutschland ansässigen und zugelassenen deutschen Kreditinstitutes oder Kreditversicherers in Höhe von _____ % der Netto-Auftragssumme zu übergeben. Die Bürgschaft muss den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage gemäß § 771 BGB enthalten.

Die Rückgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft richtet sich nach § 17 Abs. 8 Ziffer 1 VOB/B.

Sollten dem NU geänderte oder zusätzliche Leistungen beauftragt werden, hat er hierfür nach Maßgabe der vorstehend aufgeführten Regelungen Sicherheit für die Vertragserfüllung zu leisten.

16.2 Sicherheit für den Zeitraum ab Abnahme

Sicherheit für Mängelansprüche, Schadenersatzansprüche, Ansprüche aus der Freistellungsvereinbarung gemäß Ziffer 16, für gesetzliche Regressansprüche nach § 13 MiLoG i.V.m. § 14 AEntG, für gesetzliche Regressansprüche aus § 14 AEntG, aus § 28 e Abs. 3 a SGB IV und aus § 150 Abs. 3 SGB VII.

Der AG ist berechtigt, bei der Schlusszahlung 5 % der geprüften Netto-Schlussrechnungssumme

- zur Sicherung seiner Mängel- und Schadenersatzansprüche aus dem Vertrag einschließlich möglicher Auftragsweiterungen für die Dauer der vereinbarten Mangelhaftungsfrist während der Verjährungsfrist und
- zur Sicherung der Ansprüche aus der Freistellungsvereinbarung gem. Ziffer 15 sowie gesetzlicher Regressansprüche des AG gegen den NU im Falle der Inanspruchnahme durch die Einzugsstelle für die einzelnen Sozialversicherungsträger oder durch die einzelnen Sozialversicherungsträger auf Zahlung der Gesamtsozialversicherungsbeiträge nach § 28 e Abs. 3 a SGB IV oder durch die Unfallversicherung nach § 150 Abs. 3 SGB VII oder durch Arbeitnehmer des NU oder durch Arbeitnehmer eines in der Nachunternehmerkette enthaltenen Nachunternehmers auf Zahlung des Mindestlohnes und/oder auf Zahlung von Beiträgen an eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien (Urlaubskassenbeiträge) nach § 14 AEntG oder auf Zahlung des Mindestlohnes nach § 13 MiLoG i.V.m. § 14 AEntG

einzubehalten.

Der NU kann den unter Ziffer 16.2. genannten Einbehalt durch Stellung einer Bürgschaft zur Sicherung von Mängelansprüchen in Form einer unbefristeten, unwiderruflichen und selbstschuldnerischen Bürgschaft eines in der Bundesrepublik Deutschland ansässigen und zugelassenen deutschen Kreditinstitutes oder Kreditversicherers gemäß beiliegendem Muster (**Anlage 5**) ablösen. Die Bürgschaft muss den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage gemäß § 771 BGB enthalten.

Die Rückgabe der Sicherheit für Mängelansprüche erfolgt nach Ablauf der in Ziffer 12 vereinbarten Verjährungsfrist. Soweit zu diesem Zeitpunkt die geltend gemachten Ansprüche noch nicht erfüllt sind, darf der Auftraggeber einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurückhalten. § 17 Abs. 8 Ziffer 2 VOB/B gilt nicht.

Achtung: Gleichlauf zwischen Sicherungsabrede und Bürgschaftstext erforderlich!

- vgl. unsere Anlagen 4 und 5 zum NU-VHP:

Anlage 4

Bürgschaftsurkunde
Bürgschaft zur Absicherung von Ansprüchen auf Vertragserfüllung und von
Regressansprüchen aus § 13 MiLoG i.V.m. § 14 AEntG, § 28 e Abs. 3 a SGB IV und
§ 150 Abs. 3 SGB VII sowie zur Sicherung des Anspruchs auf Erstattung einer Überzahlung

Der Auftragnehmer

Name u. Sitz

und

der Auftraggeber

vertreten durch

und

Anlage 5

Bürgschaftsurkunde
Bürgschaft zur Absicherung von Mängelansprüchen, Schadenersatzansprüchen sowie
Regressansprüchen aus § 13 MiLoG i.V.m. § 14 AEntG, § 14 AEntG, § 28 e Abs. 3 a SGB IV und
§ 150 Abs. 3 SGB VII

Der Auftragnehmer

Name u. Sitz



II. Gewährleistungssicherheit

// 09.03.2023

Grundkonzeption der Gewährleistungssicherheit

Problem: Treten während der Gewährleistungszeit (nach Abnahme) Mängel auf, trägt der Besteller das Risiko, dass der Unternehmer seiner Gewährleistungspflicht nicht oder jedenfalls teilweise nicht nachkommt! Der Besteller trägt das Insolvenzrisiko!

Lösung: Gewährleistungssicherheit für den Besteller für den Zeitraum ab Abnahme!

Voraussetzungen

- Eine Gewährleistungssicherheit muss vertraglich vereinbart werden, eine gesetzliche Grundlage für eine Gewährleistungssicherheit gibt es nicht.
- **Achtung:** Eine dahingehende vertragliche Vereinbarung ist regelmäßig als AGB zu qualifizieren und unterliegt relativ hohen Anforderungen, insbesondere hinsichtlich der Höhe der Sicherheit (auch in Kombination mit einer etwaigen Vertragserfüllungssicherheit)!
- Regelmäßig wird bei einem Einbehalt zugleich vereinbart, dass der Unternehmer den Einbehalt durch Stellen einer Bürgschaft (Gewährleistungsbürgschaft) ablösen kann.



Er muss auch ablösbar sein!



III. Bauhandwerkersicherung gemäß § 650 f BGB

// 09.03.2023

Grundkonzeption des § 650 f BGB

Problem: Unternehmer ist vorleistungspflichtig – erst die Leistung, dann die Vergütung!

Lösung: Unternehmer hat auf Grundlage des Gesetzes Anspruch auf Sicherheit für noch nicht gezahlte Vergütung.

Sachlicher Anwendungsbereich:

- Anwendbarkeit bei Bauverträgen im Sinne von § 650 a BGB
- Anwendbarkeit bei Bauträgervertrag
- Anwendbarkeit grds. bei A&I-Verträgen
- Anwendbarkeit grds. nicht bei Verbraucherbauvertrag



OLG Stuttgart vom 21.12.2021, Az.: 10 U 149/21
OLG München vom 09.06.2022, Az.: 20 U 8299/21

Sicherungsverlangen des Unternehmers

- Die Wahl zwischen den möglichen Sicherheiten steht dem AG zu.
- Das Sicherungsverlangen darf deshalb **nicht die Art** der geforderten Sicherheit enthalten.
 - ➔ **Falsch:** „Wir fordern Sie auf, bis zum eine **Bürgschaft** nach den Bestimmungen des § 650f BGB zu stellen.“

(LG Duisburg, Urteil vom 21.06.2012, Az.: 21 U 27/12).
- Achtung: OLG Frankfurt, Beschluss vom 30.03.2022, Az.: 22 W 22/22
 - ➔ Herausgabe einer Bürgschaftsurkunde = Holschuld!

Form und Frist für das Sicherungsverlangen

- Sicherungsverlangen ist nicht formgebunden.
- Auf die Rechtsfolgen des § 650 f BGB muss nicht hingewiesen werden; ein solcher Hinweis könnte das Wahlrecht des Unternehmers zwischen den drei unterschiedlichen Rechtsfolgen sogar einengen.
- Unternehmer kann Anspruch auf Sicherheit jederzeit ab Abschluss des Werkvertrages bis zur vollständigen Befriedigung der von § 650 f BGB erfassten Ansprüche (auch nach vollständiger Erbringung der Unternehmerleistung, Abnahme oder Kündigung) geltend machen.
- Frist: 14 Kalendertage, bei Verbrauchern evtl. länger.
- Verjährung des Anspruchs auf Sicherheit: verhaltener Anspruch; Problem: bei teilweisem Sicherungsverlangen.

Folgen unzureichender Sicherheitsleistung

- Leistet der Besteller trotz berechtigten Sicherungsverlangens nicht oder keine ausreichende Sicherheit, stehen dem Unternehmer folgende Möglichkeiten zur Verfügung:
 - Fristsetzung: Voraussetzung für die Ausübung der nachfolgenden Rechte ist, dass der Unternehmer eine angemessene Frist für das Stellen der Sicherheit gesetzt hat; welche Frist angemessen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.
 - Leistungsverweigerungsrecht:
Unternehmer braucht die Arbeiten nicht zu beginnen bzw. fortzusetzen, er kann nicht in Verzug geraten, Ansprüche aus § 642 BGB denkbar.
 - Kündigung: Sonderfall der Kündigung aus wichtigem Grund; Unternehmer kann auch noch kündigen, wenn er zuvor von seinem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat; Kündigung führt zu Kündigungsvergütung.

Welche Vergütung ist von § 650 f BGB erfasst?

- Nach der neuesten Rechtsprechung des BGH sind auch Ansprüche nach §§ 2 Abs. 5, 6 VOB/B i.V.m §§ 1 Abs. 3, 4 S. 1 VOB/B von § 648 a BGB a.F. erfasst (vgl. BGH, Urteil vom 20.10.2022, Az.: VII ZR 154/21).
- Es handelt sich um Ansprüche, die auf Zahlung einer „*in Zusatzaufträgen vereinbarten Vergütung*“ gerichtet sind.
- Da § 648 a BGB a.F. und § 650 f BGB insoweit wortlautidentisch sind, gilt dies nach überwiegender Meinung auch bei Verträgen, die nach dem 01.01.2018 geschlossen wurden.

Danke!

Rechtsanwalt Dr. Burkhard Siebert
Tel.: 0611 / 9 74 75 – 12
Fax: 0611 / 9 74 75 – 75
siebert@bauindustrie-mitte.de



Bauindustrieverband Hessen-Thüringen e.V.

Abraham-Lincoln-Str. 30
65189 Wiesbaden
bauindustrie-mitte.de