**DASV**

Deutsche Anwalts- und

Steuerberatervereinigung

für die mittelständische

Wirtschaft e. V.

**Sicherheitseinbehalt in Bauverträgen**

ein Artikel von Herrn Rechtsanwalt Hans-Georg Herrmann, Saarbrücken

Der Bundesgerichtshof befasste sich in seinem Urteil vom 30.03.2017, VII ZR 170/16, mit einer Klausel über einen Sicherheitseinbehalt in einem Bauvertrag. Diese lautete auszugsweise:

*„Die Parteien vereinbaren – unabhängig von einer Ausführungsbürgschaft – den Einbehalt einer unverzinslichen Sicherheitsleistung durch den Auftraggeber in Höhe von 5 % der Bruttoabrechnungssumme für die Sicherstellung der Gewährleistung einschließlich Schadenersatz und die Erstattung von Überzahlungen. Der Auftragnehmer ist berechtigt, den Sicherheitseinbehalt gegen Vorlage einer unbefristeten, selbstschuldnerischen und unwiderruflichen Bürgschaft einer deutschen Großbank oder Versicherung abzulösen; frühestens jedoch nach vollständiger Beseitigung der im Abnahmeprotokoll festgestellten Mängel oder fehlenden Leistungen.“*

Es handelt sich um eine im ersten Teil durchaus übliche Klausel. Diese wird im zweiten Teil jedoch dahingehend eingeschränkt, dass der Sicherheitseinbehalt frühestens nach Beseitigung der im Abnahmeprotokoll festgestellten Mängel oder fehlenden Leistungen durch Gestellung einer Bürgschaft abgelöst werden darf.

Bereits 2007 hatte der Bundesgerichtshof entschieden, dass der Auftragnehmer durch eine Formularklausel unangemessen benachteiligt wird, wenn der Auftraggeber für die Dauer der Gewährleistungsfrist einen Sicherheitseinbehalt vornehmen darf und dem Auftraggeber kein Ausgleich dafür zugestanden wird, dass der Auftragnehmer den nach dem Vertrag geschuldeten vollen Werklohn nicht sofort ausbezahlt bekommt, sondern er für die Dauer der Gewährleistungsfrist dem Risiko ausgesetzt ist, dass die Bonität des Auftraggebers verfällt, ihm selbst Liquidität verloren geht und der als Sicherheitseinbehalt einbehaltene Werklohn nicht verzinst wird. Soweit in der Klausel dem Auftragnehmer die Möglichkeit eingeräumt wird, den Sicherheitseinbehalt durch eine selbstschuldnerische unbefristete Bürgschaft abzulösen, war ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, die Wirksamkeit der Klausel nicht an § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB scheitern zu lassen. Begründet wurde diese Rechtsauffassung damit, dass der Auftragnehmer zwar für die Gestellung der Bürgschaft mit Zinsen belastet wird und seine Kreditlinie eingeschränkt wird, er dies aber bei einer Abwägung der wechselseitigen Interessenlagen hinzunehmen hat. Diese Rechtsprechung wird durch die vorzitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofes bestätigt.

Allerdings sieht der Bundesgerichtshof in der weiteren Voraussetzung für die Ablösung der Bürgschaft, nämlich in dem Verlagern des frühestensmöglichen Zeitpunkts für die Ablösung des Sicherheitseinbehaltes durch eine Bürgschaft bis zur vollständigen Beseitigung der im Abnahmeprotokoll festgestellten Mängel, einen Verstoß gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Er begründet dies damit, dass über die Frage, ob im Abnahmeprotokoll genannte Mängel vollständig beseitigt sind, heftig und über einen langen Zeitraum gestritten werden kann. Jeder Streit führe dazu, dass dem Auftragnehmer die Ablöse des Einbehaltes durch Gestellung der Bürgschaft verwehrt sei. Dies sei ihm nicht zuzumuten.

Herr Rechtsanwalt Hans-Georg Herrmann ist Mitglied der Deutschen Anwalts- und Steuerberatervereinigung für die mittelständische Wirtschaft e.V.

Für Rückfragen stehen Ihnen die Autoren gerne zur Verfügung

Rechtsanwalt Hans-Georg Herrmann

Rechtsanwaltspraxis

Dr. Thalhofer, Herrmann & Kollegen

Geibelstraße 1

66121 Saarbrücken

Telefon: 0681 / 968 640 Telefax: 0681 / 968 6420

E-Mail: herrmann@rechtsanwaltspraxis.com [www.rechtsanwaltspraxis.com](http://www.rechtsanwaltspraxis.com)