



Zahlungssicherheit beim Bauen mit Sicherheit Sicherheiten?!

1 Einleitung

Sicherheiten dienen dazu, das wirtschaftliche Risiko für den Fall zu vermindern, dass der Vertragspartner Vertragspflichten nicht nachkommen will oder kann. Dies gilt uneingeschränkt auch für Vereinbarungen über Erfüllungs- und Gewährleistungssicherheiten im Bauvertragsrecht (Weise, Stefan, Sicherheiten im Baurecht, Rn 1–6).

Gerade die wirtschaftliche Entwicklung in der Baubranche unterstreicht die Bedeutung der wirksamen Vereinbarung von Sicherheiten im Bauvertrag (hierzu auch eingehend: Schmitz, Claus, Der Baukonkurs, RWS-Skript 304, Rn 279 bis 334; und ders. Das Bauunternehmen im Konkurs, ZIP 1998, Seite 1.421).

Im krassen Gegensatz zur Bedeutung steht die tatsächliche Vertragsgestaltung in der Praxis. Wenn überhaupt etwas über Sicherheiten gesagt oder geschrieben wird, steht dies in den seltensten Fällen mit der geltenden Rechtslage bzw. der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung in Einklang. Häufig werden standardisierte Texte (Allgemeine Geschäftsbedingungen) verwandt, die bestrebt sind, dem Vertragspartner ein Höchstmaß an Sicherung abzuverlangen und die Rechte des Auftragnehmers nach § 17 VOB/B so gut es geht zu minimieren. Anhand dieser kurzen Darstellung soll deutlich gemacht werden, dass diese Strategie nur bedingt erfolgreich ist. Im Einzelnen:

2 Die Sicherheiten des § 17 VOB/B

Praxisrelevant sind im Wesentlichen die in § 17 Nr. 2 VOB/B genannten Formen der Sicherheiten (Heiermann/Riedel, Ruhsam, Handkommentar zur VOB/B, 9. Auflage, § 17 Rn 16). Bei diesen Arten der Sicherheiten handelt es sich um folgende Möglichkeiten:

- Sicherheit durch Einbehalt (§ 17 Nr. 2 erste Alternative VOB/B)
- Sicherheit durch Hinterlegung (§ 17 Nr. 2 zweite Alternative VOB/B)
- Sicherheit durch Bürgschaft eines Kreditinstitutes oder Kreditversicherers (§ 17 Nr. 2 dritte Alternative VOB/B)

Systematisch steht dabei § 17 Nr. 2 erste Alternative VOB/B in einem Regelungszusammenhang zu § 17 Nr. 6 VOB/B und § 17 Nr. 2 zweite Alternative VOB/B mit § 17 Nr. 5 VOB/B. Die Regelung des § 17 Nr. 2 dritte Alternative hängt mit der Regelung nach § 17 Nr. 4 VOB/B zusammen.

Beachtlich ist, dass nach § 17 Nr. 3 VOB/B der Auftragnehmer die Wahl unter den verschiedenen Arten der Sicherheiten hat. Er kann vor allem eine Sicherheit durch eine andere ersetzen.



2.1 Inhalt der Sicherungsabrede

Wichtig ist zunächst, dass es einer vertraglichen Sicherungsabrede bedarf, da alleine die Vereinbarung der VOB/B selbst keine Verpflichtung zur Leistung einer Sicherheit begründet. Dies ergibt sich weder aus § 14 VOB/A noch aus § 17 VOB/B oder aus gesetzlichen Vorschriften (*BGH*, BauR 2000, Seite 1.498; *Handbuch des Privaten Baurechts* (Merl), 2. Auflage, § 12 Rn 1.027 f.).

Dabei steht es den Parteien frei, die Sicherungsabrede individuell oder aber in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu treffen. Die Sicherungsabrede kann entweder bei Vertragsabschluss oder aber auch später getroffen werden.

Notwendige Bestandteile einer Sicherungsabrede sind, dass eine oder beide Vertragsparteien eine Sicherheit, das Sicherungsmittel für einen bestimmten Sicherungszweck, in bestimmter Höhe und in einer bestimmten Art zu leisten haben. Zusätzlich ist zu vereinbaren, wann der Sicherungsfall eintritt (*BGH*, Urteil vom 13.09.2001, ZfBR 1/2002, Seite 48). In aller Regel treffen die Parteien eines Bauvertrages keine Vereinbarung über den Sicherungsfall, obgleich dies dringend zu empfehlen wäre (*Thode*, ZfBR 2000, Seite 165, 166 m.w.N.). Wird zwischen den Parteien als Sicherungsmittel eine Bürgschaft oder ein Sicherheitseinbehalt vereinbart, so ist die Erklärung, dass überhaupt eine Sicherung zu stellen ist, dahingehend auszulegen, dass der Sicherungsfall mit der Entstehung und Fälligkeit **einer Geldforderung** eintritt. Dies jedenfalls entspricht der ständigen Rechtsprechung des *BGH* (*BGH*, Urteil vom 28.09.2000, BauR 2001, Seite 109; *BGH*, Urteil vom 13.09.2001, ZfBR 1/2002, Seite 48). Das Recht der Verwertung der Sicherheit ergibt sich dabei ausschließlich aus der Sicherungsabrede und nur mittelbar aus dem Rechtsverhältnis, das abgesichert werden soll (*BGHZ* 74, Seite 244; *BGH*, BauR 1984, Seite 406).

Wendet man diese Grundsätze z. B. auf einen Fall an, bei dem zwar ein Nachbesserungsanspruch, nicht aber das Recht der Ersatzvornahme oder aber ein Vorschussanspruch gegeben ist, kann der Sicherungsfall nicht eingetreten sein, d. h., der Auftraggeber kann sich z. B. aus einem Sicherheitseinbehalt oder einer Bürgschaft (noch) nicht befriedigen. Erforderlich ist vielmehr, dass der Auftraggeber einen auf Geld gerichteten Anspruch erworben hat.

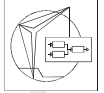
In Kenntnis dieser Umstände wird gelegentlich versucht, durch Allgemeine Geschäftsbedingungen eine Regelung vorzusehen, wonach auch schon die Fälligkeit des Nachbesserungsanspruches ausreichend sein soll, einen Sicherheitseinbehalt zu verwerten oder aber eine Bürgschaft in Anspruch nehmen zu können. Diese Regelungen verstoßen als Allgemeine Geschäftsbedingungen gegen § 9 AGBG bzw. seit dem 01.01.2002 gegen § 307 BGB, weil dem Sicherungsnehmer unter Umgehung des Nachbesserungsrechtes des Auftragnehmers das Recht eingeräumt würde, Sicherheiten zu verwerten (*Quack*, BauR 1997, Seite 754, 755; *Thode*, ZfBR 2000, Seite 165/166).

2.2 Wirksamkeit der Sicherungsabrede

Sicherungsabreden bedürfen zunächst in Bezug auf den Abschluss keiner besonderen Form. Dies gilt nur dann nicht, wenn die Sicherungsabrede rechtlich und wirtschaftlich mit einem formbedürftigen Vertrag zusammenhängt, z. B. im Rahmen eines Grundstückskaufvertrages (§ 313 BGB).

Wesentlich schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob bestimmte Sicherungsabreden in Ansehung des Gesetzes über die Allgemeine Geschäftsbedingungen – AGBG – (bis zum 31.12.2001) bzw. den § 305 ff. des BGB (ab dem 01.01.2002) wirksam sind.

Nicht der Kontrolle nach den Regeln für Allgemeine Geschäftsbedingungen unterliegt dabei der Sicherungszweck, da es sich hier um die Beschreibung der Leistung aus der Sicherungsabrede selbst handelt (*BGH*, NJW 1991, Seite 3.241). Gegenstand der Untersuchung sind vielmehr Art und Höhe der Sicherheit nach dem AGBG bzw. nach den §§ 305 ff. BGB.



2.2.1 Abhängigkeit des Bauvertrages von der Vorlage einer Vertragserfüllungsbürgschaft

Gegenstand einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes war z. B. die Frage, ob es zulässig ist, den Abschluss eines Bauvertrages davon abhängig zu machen, dass eine Vertragserfüllungsbürgschaft durch den Auftragnehmer auch tatsächlich vorgelegt wird. Der Bauvertrag war mithin aufschiebend bedingt abgeschlossen worden.

Der Bundesgerichtshof hat diese Klausel im Ergebnis akzeptiert, da es ein berechtigtes und nachvollziehbares Verlangen des Auftraggebers sei, schon vor dem wirksamen Abschluss des Bauvertrages sicher sein zu können, auch tatsächlich die vereinbarten Vertragserfüllungssicherheiten erlangen zu können (BGH, Urteil vom 20.04.2000 – VII ZR 458/97).

2.2.2 Bürgschaft auf erstes Anfordern unter Ausschluss weiterer Sicherungsmaßnahmen nach § 17 VOB/B

Im Rahmen einer Grundsatzentscheidung vom 05.06.1997 hat der BGH eine Sicherungsabrede als unwirksam qualifiziert, bei der vereinbart war, dass ein Sicherheitseinbehalt als Gewährleistungssicherheit in Höhe von 5 % der Auftragssumme ausschließlich durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern abgelöst werden konnte. Andere Sicherungsmittel nach § 17 VOB/B waren ausgeschlossen (BGHZ 136, Seite 27).

Um hier gleich einem Irrtum vorzubeugen: Der BGH hat nicht entschieden, dass eine Bürgschaft auf erstes Anfordern als Sicherungsmittel überhaupt ausscheidet. Es ging vielmehr darum, dass das Recht des Auftragnehmers nach § 17 Nr. 3 VOB/B, die bereits begebene Sicherheit, hier den Sicherheitseinbehalt von 5 % der Auftragssumme, durch eine andere zu ersetzen, in so erheblicher Weise eingeschränkt war, dass dies den Auftragnehmer unangemessen benachteiligt hat. Bei uneingeschränkter Anwendung des § 17 VOB/B hätte der Auftragnehmer z. B. verlangen können, dass der Sicherheitseinbehalt auf ein Sperrkonto eingezahlt wird (§ 17 Nr. 5 VOB/B). Es hätte dann ein ungleich geringeres Insolvenzrisiko bestanden, als bei einem Sicherheitseinbehalt oder aber einer gleichwertig zu beurteilenden Bürgschaft auf erstes Anfordern. Darüber hinaus geht dem Auftragnehmer bei einem Austauschrecht lediglich in Form einer Bürgschaft auf erstes Anfordern ein etwaiger Zinsanspruch verloren.

Im Umkehrschluss wird deutlich, dass die Vereinbarung eines Sicherheitseinbehaltes von 5 %, verbunden mit dem Recht, den Sicherheitseinbehalt durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern abzulösen, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen dann unbedenklich ist, wenn dem Auftragnehmer nach seiner Wahl zusätzlich ein Sicherungsmittel eingeräumt wird, das ihn von dem Insolvenzrisiko des Auftraggebers entlastet und eine angemessene Verzinsung gewährleistet. Im Ergebnis dürfen damit die sonstigen Sicherungsrechte des § 17 VOB/B nicht ausgeschlossen werden.

Bisher hat der BGH die Übertragbarkeit der Grundsätze für die Gewährleistungsbürgschaft noch nicht auf die Vertragserfüllungs-, Vorauszahlungs- und Abschlagszahlungssicherheit ausgedehnt. Angesichts der Begründung der Unwirksamkeit der Sicherungsabrede darf aber vermutet werden, dass bei einer ähnlichen Ausgestaltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch für Vertragserfüllungs-, Vorauszahlungs- und Abschlagsicherheiten eine ähnliche Bewertung durch den BGH erfolgen würde.

Dass ein in der Praxis durchaus beachtliches Bedürfnis besteht, eine wirksame Sicherungsabrede zu vereinbaren, beruht auf dem Umstand, dass die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede nach dem AGBG unmittelbar zur Unwirksamkeit der gesamten Sicherungsabrede führt (Thode, ZfBR 2000, Seite 165, 166 m.w.N.). Dem Auftraggeber steht dann überhaupt kein Anspruch mehr auf Sicherheiten zu. Etwa schon vereinnahmte Sicherheitseinbehalte sind selbst dann auszukehren, wenn ansonsten ein Verwertungsanspruch bestünde. Eine Umdeutung der Bürgschaft auf erstes Anfordern im Wege der Auslegung in eine selbstschuldnerische oder einfache Bürgschaft ist dabei nicht möglich, da sie gegen das Verbot der gestaltungserhaltenden Reduktion verstoßen würde. Im Ergebnis hat der Auftraggeber bei einer unwirksamen Sicherungsabrede keinerlei Sicherheiten mehr zur Verfügung. Dies wäre nur



dann anders zu beurteilen, wenn es mehrere Sicherungsabreden gäbe, bei der lediglich eine Sicherungsabrede unwirksam ist.

2.2.3 Berufung des Bürgen auf die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede

Grundsätzlich ist zwischen den unterschiedlichen Rechtsverhältnissen zwischen Sicherungsnehmer und Bürge und Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer zu unterscheiden. So hat insbesondere die Frage der Wirksamkeit der Sicherungsabrede im Bauvertrag keine Auswirkung auf die Beurteilung der Frage, ob der Bürgschaftsvertrag wirksam abgeschlossen worden ist. Allerdings kann sich der Bürge nach § 768 BGB auf die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede berufen, wenn der Bürgschaftsvertrag ausschließlich der Erfüllung der Sicherungsabrede diene (BGHZ, 107, Seite 210; BGH, NJW 2000, Seite 1.563; BGH, Urteil vom 19.07.2001, WM 2001, Seite 1.756 = NZ Bau Februar 2001, Seite 995).

Längere Zeit ungeklärt war in diesem Zusammenhang die Frage, ob diese Grundsätze auch bei einer Bürgschaft auf erstes Anfordern gelten, da hier gerade durch die Gestaltung des Bürgschaftsvertrages Einwendungen insoweit verkürzt werden sollen, als nur offensichtliche Mängel des Bürgschaftsvertrages selbst eine Rolle spielen sollen. In früheren Entscheidungen hat der BGH davon gesprochen, dass die missbräuchliche Ausnutzung der formalen Rechtsstellung „für Jedermann klar erkennbar“ sein müsse (BGH, ZIP 1993, Seite 1.851, 1.852; BGH, ZIP 1997, Seite 582, 583). Durch eine neuere Entscheidung des BGH vom 08.03.2001 wurde nunmehr klargestellt, dass der Gläubiger einer Bürgschaft auf erstes Anfordern keine Zahlung verlangen kann, wenn sich aus dem unstreitigen Sachverhalt oder dem Inhalt der Vertragsurkunden die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede ohne weiteres ergibt (BGH, Urteil vom 08.03.2001, ZIP 2001, Seite 833 ff.).

Im Übrigen hat sich der 9. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hier der Rechtsprechung des 7. Zivilsenates angeschlossen und wie folgt geurteilt:

„Wird dem Besteller formularmäßig das Recht eingeräumt, 5 % der Auftragssumme bis zum Ablauf der Gewährleistungsfrist einzubehalten, und darf der Auftragnehmer den Einbehalt allein durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern ablösen, so ist der Einwand des Bürgen, die von den Partnern des Bauvertrages getroffene Abrede sei unwirksam, schon im Erstprozess zu beachten.“

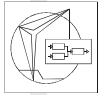
Im Ergebnis kann – und muss – sich damit der Bürge mit entsprechenden Argumenten auseinandersetzen und eine Zahlung gegebenenfalls auch verweigern.

2.2.4 Gewährleistungsbürgschaft nach „Muster“ des Auftraggebers

Weit verbreitet sind auch Klauseln, wonach der Auftraggeber bzw. dessen Bevollmächtigter sich das Recht vorbehält, 5 % der Gesamtsumme des Auftrages bis zum Ablauf der Garantiezeit als Sicherheit für die Gewährleistung einzubehalten und dabei unter Ausschluss des § 17 VOB/B im Übrigen festzulegen, dass der Gewährleistungseinbehalt durch eine Bürgschaft nach dem Muster des Auftraggebers ablösbar ist. Das Muster wird dabei nicht beigelegt.

Eine derartige Klausel hat der BGH durch seine Entscheidung vom 02.03.2000 (NZ Bau 2000, Seite 285) als unwirksam qualifiziert, da die nötige Transparenz nicht gewährleistet sei. Wie eine Entscheidung ausfallen würde, wenn das Muster zwar beigelegt, jedoch als Bürgschaft auf erstes Anfordern ausgestellt ist, hat der BGH noch nicht entschieden. In Ansehung der Grundsätze, die unter Ziffer 2.2.2 beschrieben worden sind, dürfte auch der Umweg über den Verweis auf ein Muster des Auftraggebers nicht zur Wirksamkeit führen. Der BGH hat vielmehr durch seine Entscheidung vom 02.03.2000 ein zusätzliches „Schlupfloch“ geschlossen, das darin bestand, bei Vertragsabschluss noch nicht zu offenbaren, dass es sich um eine Bürgschaft auf erstes Anfordern handelt, oder aber sich das Recht offen zu halten, irgendeine Bürgschaft zu verlangen.

2.3 Verstöße des Auftraggebers gegen das Austauschrecht des Auftragnehmers nach § 17 Nr. 3 VOB/B



Selbst wenn es den Vertragsparteien gelungen ist, eine wirksame Sicherungsabrede zu treffen, sind die Probleme in der Praxis noch nicht beseitigt. Häufig versucht der Auftraggeber nämlich, dadurch zusätzliche Sicherheiten zu erlangen, dass er zwar die als Austausch angebotene Bürgschaft entgegennimmt, gleichwohl aber – meist unter Berufung auf vorhandene Mängel – die Einbehalte nicht auskehrt. Der BGH hat dazu in einer Grundsatzentscheidung vom 13.09.2002 Folgendes ausgeurteilt:

„1.

Die Sicherungsabrede über einen Sicherheitseinbehalt ist vorbehaltlich abweichender Vereinbarung dahingehend auszulegen, dass der Auftraggeber berechtigt ist, den Sicherheitseinbehalt alleine für die vom Sicherungszweck erfassten geldwerten Gewährleistungsansprüche (Vorschuss auf Mängelbeseitigungskosten, Erstattungen für Aufwendungen der Mängelbeseitigung, Schadensersatz, Minderung) zu verwerten.

2.

Stellt der Auftragnehmer eine Austauschbürgschaft zu einem Zeitpunkt, in dem der Sicherungsfall noch nicht eingetreten ist, ist der Auftraggeber verpflichtet, den Sicherheitseinbehalt auszuzahlen. Kommt er dem nicht unverzüglich nach, bleibt er zur Auszahlung regelmäßig auch dann verpflichtet, wenn der Sicherungsfall später eintritt.

3.

Liegt der Sicherungsfall bei Stellung der Austauschbürgschaft bereits vor, steht es im Belieben des Auftragnehmers, ob er die Bürgschaft annimmt oder den Einbehalt verwertet. Er ist verpflichtet, sich insoweit dem Auftragnehmer gegenüber unverzüglich zu erklären, andernfalls verbleibt es bei dem Austauschrecht des Auftragnehmers.“ (BGH, Urteil vom 13.09.2001, ZfBR 1/2002, Seite 48)

Im Ergebnis tritt damit der BGH der Praxis vieler Auftraggeber entgegen, Sicherheiten durch die Entgegennahme von Bürgschaften ohne Auskehrung der Einbehalte zu vermehren. Dabei legt der BGH die meist nicht ausformulierte Sicherungsabrede dahingehend aus, dass die Gestellung der Bürgschaft unter der stillschweigend vereinbarten auflösenden Bedingung stehe, dass der Auftraggeber seiner Verpflichtung zur Auszahlung unverzüglich nachkomme (so auch schon im Rahmen der Entscheidung vom 03.07.1997, BGHZ 136, Seite 195).

Hat der Auftragnehmer nach diesen Grundsätzen einen Anspruch auf Auszahlung des Sicherheitseinbehaltes, kann der Sicherungsnehmer, hier der Auftraggeber, keine Gegenrechte, d. h. z. B. ein Zurückbehaltungsrecht oder die Aufrechnung, geltend machen, die er auf Ansprüche stützt, die vom Sicherungszweck nicht erfasst sind. Ausgenommen hat der BGH im Rahmen seiner Entscheidung lediglich so genannte Missbrauchsfälle. Als einen so genannten Missbrauchsfall hat der BGH dabei den Fall genannt, bei dem der Auftragnehmer, der die Mängel trotz einer Aufforderung zur Mängelbeseitigung nicht beseitigt, dem Auftraggeber kurz vor Ablauf der ihm zur Mängelbeseitigung gesetzten Frist eine Bürgschaft als Austauschsicherheit übermittelt. In einem solchen Fall ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, den Sicherheitseinbehalt auszuzahlen. Er kann vielmehr den Eintritt des Sicherungsfalles abwarten und den Sicherheitseinbehalt verwerten.



3 Sicherheiten nach § 648 BGB / § 648 a BGB

Für Auftragnehmer gewährt das Gesetz in den Vorschriften der §§ 648/648 a BGB Möglichkeiten der Sicherungen.

Während § 648 BGB voraussetzt, dass der Besteller auch Eigentümer des Baugrundstückes ist – und damit in seiner praktischen Anwendungsbandbreite äußerst eingeschränkt ist – sieht § 648 a BGB vor, dass der Unternehmer eines Bauwerkes vom Besteller Sicherheit für die von ihm zu erbringende Vorleistung unabhängig davon erhält, ob der Besteller auch Eigentümer des Baugrundstückes ist. Diese bewusst vom Gesetzgeber vorgesehenen Stärkung der Stellung des Unternehmers hat allerdings zahlreiche Fragen aufgeworfen, so z. B., ob der Unternehmer auch berechtigt ist, für den Teil des Werklohnes Sicherheiten zu fordern, der bereits einer erbrachten Leistung zuzuordnen ist.

Der BGH hat hierzu im Rahmen seines Urteils vom 09.11.2000 ausgeführt, dass der Unternehmer berechtigt ist, Sicherung auch für den Teil des Werklohnes zu fordern, der bereits erbrachten Leistungen zuzuordnen ist. Wichtig bei dieser Entscheidung war auch, dass der Besteller auf ein überhöhtes Sicherungsverlangen die nach § 648 a BGB forderbare Sicherheit leisten muss, wenn deren Höhe für ihn feststellbar ist (BGH, Urteil vom 09.11.2000, IBR 2001, Seite 18). Damit hat der BGH gleich zwei wichtige Fragen geklärt, die in der Baupraxis von erheblicher Relevanz sind. Der Auftragnehmer sollte sich allerdings bei der Entscheidung bewusst sein, dass eine Gestellungspflicht des Auftraggebers auch bei einer überhöhten Forderung nur dann besteht, wenn die Höhe der richtigen Sicherheitsleistung für den Auftraggeber bestimmbar ist.

Bestimmbar ist eine Sicherheitsleistung, wenn z. B. der Auftragnehmer bereits schon erhaltene Zahlungen versehentlich nicht abgezogen hat oder aber Bauleistungen doppelt in Ansatz gebracht hat.

Weitergehend hat der Bundesgerichtshof in der vorstehend genannten Entscheidung ausgeurteilt, dass auch die Vereinbarung einer Raten- oder Abschlagszahlung dem Sicherungsverlangen des Auftragnehmers nach § 648 a BGB nicht entgegensteht. Selbst das Recht des Auftraggebers, Mängelbeseitigung vom Auftragnehmer zu verlangen, führt nicht dazu, dass ihm ein Zurückbehaltungsrecht in Bezug auf eine Sicherheit nach § 648 a BGB zusteht. Dies begründet der BGH damit, dass ein etwaiges Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers wegen Mängeln lediglich den Zahlungsanspruch, nicht hingegen den Anspruch auf Sicherheit betrifft. Hat demgegenüber der Besteller zu Recht wegen Mängeln gemindert oder mit Gegenforderungen aufgerechnet, reduziert sich der Vergütungsanspruch in Höhe der Minderung oder Gegenforderung. Der Auftragnehmer kann dementsprechend auch nur noch eine verminderte Sicherheit verlangen.

Bisher noch nicht geklärt durch den Bundesgerichtshof ist die Frage, ob § 648 a BGB auch nach der Abnahme anwendbar ist. Nach einem Urteil des OLG Jena vom 01.11.2001 (IBR Januar 2002, Seite 12) soll § 648 a BGB auch nach der Abnahme uneingeschränkt anwendbar sein. Dem Auftraggeber steht danach ein Zurückbehaltungsrecht wegen Mangelhaftigkeit der Werkleistung weder in dreifacher noch in einfacher Höhe der Mängelbeseitigungskosten zu. Begründet wird dies mit der Annahme, dass der Sinn und Zweck der Vorschrift den Schutz des Auftragnehmers auch nach der Abnahme gebiete. Beachtlich sei darüber hinaus, dass es regelmäßig erst im Zuge der Abnahme und Mängelbeseitigung zu erheblichen Meinungsverschiedenheiten und dann zur Krise zwischen den Vertragsparteien komme. Damit einher gehe ein erhöhtes Insolvenzrisiko einer der Vertragsparteien.

Ob sich diese Auffassung auch beim BGH durchsetzen wird, ist zweifelhaft. Die Ausdehnung des Schutzbereiches des § 648 a BGB über die Vertragserfüllung hinaus stimmt mit dem Wortlaut und der Systematik grundsätzlich nicht überein. Darüber hinaus steht dem Auftragnehmer nach der Abnahme der volle Werklohn zu, mit der Folge, dass auch entsprechende Zurückbehaltungsrechte nach Einreichung der Schlussrechnung und Ablauf der entsprechenden Prüffristen zur Verfügung stehen. So könnte z. B. der Auftraggeber unter der Voraussetzung eines für den Auftragnehmer bestehenden Zurückbehaltungsrechtes eine Mängelbeseitigung nicht mehr fordern, ohne selbst dem Zahlungsanspruch des Auftragnehmers zu genügen.