

Die Baugewährleistungs-Versicherung als innovative Sicherheit

Rechtsanwalt Gerhard Steyer, VHV Verbands- und Kooperationsmanagement Bau

Die Erfahrung zeigt, dass die Herstellung eines Bauwerks in den seltensten Fällen ohne Probleme realisiert werden kann. Die Absicherung von Ansprüchen – gerade auch im Insolvenzfall – steht immer häufiger im Vordergrund. Die gängigste Form der Absicherung über eine Bankbürgschaft ist zu einem hohen Maß mit Eigenkapitalbindung verbunden und schränkt den Liquiditätsspielraum und die Kreditlinie der Unternehmen ein. Voraussetzung für die Stellung einer Bürgschaft ist eine Bonitätsprüfung durch Auswertung von geeigneten Bonitätsunterlagen (wie z.B. Jahresabschlüsse, Wirtschaftsauskünfte u. ä.). Gegebenenfalls wird der Nachweis von Sicherheiten wie z.B. Bankrückbürgschaften, Abtretungen und Verpfändungen von Guthaben bzw. Wertpapieren u. ä. bonitätsabhängig erforderlich.

Gerade die damit einhergehende Kapitalbindung auch im Zusammenhang mit den gängigen Nachunternehmerketten stellt sich in der Gesamtbetrachtung als volkswirtschaftliches Investitionshemmnis dar.

Die Bauwirtschaft im Lande gerät durch die überzogenen Forderungen der Sicherheitsbürgschaften immer stärker unter Druck. An dieser Entwicklung ist auch die öffentliche Hand bei der Auftragsvergabe durch teilweise hohe und in der Regel unnötige Sicherheitsleistungen mit Schuld. Derzeit verlangen beinahe alle öffentlichen Auftraggeber von den Bauunternehmern ganz pauschal und meistens ohne vorherige Prüfung Vertragserfüllungsbürgschaften in Höhe von 5 % der Auftragssumme sowie nochmals bis zu 5 % für Gewährleistungsbürgschaften. Inwieweit Appelle an die öffentliche Hand Früchte tragen mit Sicherheitsbegehren maßvoller umzugehen, kann im Hinblick auf die marode Haushaltslage angezweifelt werden.

Hinzu kommt, dass Bauherren im Insolvenzfall von bauausführenden Unternehmen somit mit einer 5 %igen Kautionsab-

sicherung zurechtkommen müssen, was gerade auch in letzter Zeit als Konsequenz zu privaten Überschuldungen geführt hat.

Im französischen Sprachraum sowie in Großbritannien und Spanien finden wir schon seit einigen Jahren die Möglichkeit für den Bauunternehmer ebenso wie für den Bauherrn, eine Baugewährleistungsversicherung abzuschließen, die die Kosten der Mängelbeseitigung bzw. der Nachbesserung nach Abnahme trägt. Die VHV Vereinigte Hannoversche Versicherung aG nahm die Grundidee der französischen Decennale-Versicherung auf und schuf gemeinsam mit Vertretern der Verbände der Bauwirtschaft ein auf die gesetzlichen Vorschriften des BGB und VOB abgestimmtes Deckungskonzept. Damit kann die Bauwirtschaft nunmehr auch in Deutschland Mängel an der Bauleistung, die nach Abnahme erstmals auftreten, absichern. Die Gewährleistungsversicherung schließt eine Deckungslücke, in dem sie Versicherungsschutz für Ansprüche auf Nachbesserung bzw. Beseitigung von nach der Abnahme auftretenden Mängeln, überwiegend für Hochbaumaßnahmen, bietet.

Was bietet die Baugewährleistungsversicherung?

Mit Abnahme der Bauleistung besteht für den Bauunternehmer eine Gewährleistungsverpflichtung gegenüber dem Bauherren. Die Baugewährleistungsversicherung bietet dem Bauunternehmer hierfür Versicherungsschutz und damit letztlich für Ansprüche auf Nachbesserung bzw. auch Ansprüche auf Minderung.

Nach § 633 BGB bzw. § 13 VOB Teil B ist jeder Unternehmer verpflichtet, seine Bauleistung mangelfrei herzustellen. Treten nach Abnahme Mängel an der Bauleistung auf, ist der Auftragnehmer über einen Zeitraum von bis zu 5 Jahren zur Mängelbe-

seitigung verpflichtet. Die Folge: Der Auftraggeber sichert bislang seine Ansprüche durch Einbehalte und Bürgschaften. Der Auftragnehmer bildet hohe Rückstellungen, um im Gewährleistungsfall die Kosten tragen zu können. Die Baugewährleistungsversicherung nimmt den zur Werksvertragsleistung verpflichteten Bauausführenden dieses Risiko ab. Der Versicherungsschutz umfasst insbesondere

- Erstattung der Mängelbeseitigungskosten für Mängel an der Bauleistung, die erstmals nach der Abnahme auftreten
- Erstattung des angemessenen Mindungsbetrages soweit die Mängelbeseitigung unmöglich bzw. unverhältnismäßig ist
- vertraglich vereinbarte Gewährleistungszeiten bis zu max. 5 Jahren

Hinzu kommt die Abwehr unbegründeter Gewährleistungsansprüche und, was besonders wichtig ist, im Insolvenzfall des Bauunternehmers hat der Bauherr einen direkten Anspruch gegen den Versicherer auf Erstattung der Mängelbeseitigungskosten im Rahmen des Versicherungsvertrages. Damit garantiert der Versicherer die Erfüllung von Gewährleistungsansprüchen.

In welcher Weise kann nun die Baugewährleistungsversicherung bisherige Sicherungsmittel ersetzen?

Zum einen haben wir die gesetzlichen Ansprüche gemäß § 648 bzw. 648 a BGB und das Gesetz zur Sicherung von Bauforderungen sowie die vertraglichen Ansprüche entsprechend § 232 ff. BGB und § 17 VOB Teil B. Gegenstand der von Teil B § 17 erfassten Sicherheit ist die Absicherung der vertraglichen Interessen des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer mit dem Ziel der ordnungsgemäßen Erfüllung dessen, was nach dem Bauvertrag als Leistungspflicht des Auftragnehmers anzunehmen ist, einschließlich der mangelfreien Leistungserstellung, insbesondere der Nachbesserung – sprich Gewährleistung.

Es ist nach dem Gesetz §§ 232 ff. BGB an sich nicht erforderlich die Höhe der Sicherheiten vorher festzulegen. Darüber enthält auch § 17 VOB Teil B keine direkte Bestimmung. Wenn nichts anderes bestimmt ist, muss die Sicherheit jedenfalls hoch genug sein, das zu sichernde Recht wertmäßig zu decken.

Im Hinblick darauf bestehen bei der Baugewährleistungsversicherung keine Probleme, da dem Grunde nach Gewährleistungsansprüche in voller Höhe der Erstellungskosten (bis zur vereinbarten Deckungssumme) Gegenstand der Versicherung sind.

Hinsichtlich der Arten der Sicherheitsleistungen eröffnet das Gesetz durch den § 232 Abs. 1 BGB verschiedene Möglichkeiten und hiernach kann, soweit für den Rahmen eines Bauvertrages von Interesse, der Auftragnehmer die Sicherheitsleistung bewirken, einmal durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren unter Beachtung des § 234 BGB durch Verpfändung von Forderungen, die in das Schuldbuch der Bundesschuldenverwaltung oder in das Staatsschuldbuch eines Bundeslandes eingetragen sind, durch Verpfändung von Forderungen, für die eine Hypothek an einem inländischen Grundstück besteht oder durch Verpfändung von Grundschulden oder Rentenschulden an inländischen Grundstücken. Des weiteren ist in § 232 Abs. 2 BGB zu beachten, der bestimmt, dass die Sicherheit, wenn sie nicht auf eine der o. g. Weise geleistet werden kann, auch durch Stellung eines tauglichen Bürgen zulässig ist. Insoweit steht, wie sich aus der gesetzlichen Regelung im Wortlaut nach ergibt, eine gewisse Subsidiarität zu den angeführten anderen Möglichkeiten der Sicherheitsleistungen.

Die vorgenannten Möglichkeiten kommen in Betracht beim BGB-Bauvertrag, sofern davon keine abweichenden Regelungen getroffen werden. Ist auch keine besondere Sicherheit festgelegt, so hat der Sicherungspflichtige im Rahmen der Sicherungsmöglichkeiten des § 232 Abs. 1 BGB die Wahl. Also lässt sich hieraus schließen, dass sofern im Bauvertrag die Baugewährleistungsversicherung als Sicherungsinstrument festgelegt wird, der Ver-

wendung der Baugewährleistungsversicherung dem Grunde nach als Sicherungsinstrument nichts im Wege steht.

Die VOB geht einen von den gesetzlichen Bestimmungen abweichenden Weg insofern, als sie im § 17 Nr. 2 VOB in Teil B drei Arten von möglichen Sicherheitsleistungen festlegt, nämlich Sicherheit durch Einbehalt von Geld, Sicherheit durch Hinterlegung von Geld, Sicherheit von Bürgschaft eines im Inland zugelassenen Kreditinstitutes oder Kreditversicherers.

Letzteres gilt sicherlich nicht für die Baugewährleistungsversicherung. Aber das ist insoweit unschädlich, da auch die VOB von der grundsätzlichen Möglichkeit der Vertragsfreiheit Gebrauch macht, denn Sinn dieser Regelung ist es nicht, die Bauvertragsparteien von vornherein auf ein dieser drei aufgezeigten Möglichkeiten festzulegen, vielmehr beruht Nr. 2 lediglich auf den Erfahrungen der täglichen Baupraxis, die dahingehen, dass andere Arten von Sicherheiten von Bauverträgen allgemein kaum vereinbart werden.

Selbstverständlich ist es den Bauvertragspartnern unbenommen im Einzel-VOB-Vertrag auch andere Arten von Sicherheiten zu vereinbaren, was jedoch wie im übri- gen je vertragliche Einzelabsprache, hinreichend genau und vollständig, vor allem aber unter unbedingter Einhaltung etwaiger zwingender gesetzlicher Grenzen geschehen muss, um wirksam zu sein.

Dazu ist es notwendig, die Inhalte der Absicherung der Gewährleistungsbürgschaft im Verhältnis zur Baugewährleistungsversicherung zu vergleichen.

Die Gewährleistungsbürgschaft dient der Absicherung für die Erfüllung von Gewährleistungsansprüchen und den Fall der Überzahlung mit einer Absicherungshöhe von in aller Regel 5 %.

Demgegenüber beschränkt sich die Baugewährleistungsversicherung auf die Absicherung gegen Gewährleistungsansprüche, allerdings mit einer Absicherungshöhe von 100%, wobei eine Begrenzung durch eine Deckungssumme erfolgt.

Die Gewährleistungsbürgschaft kann im Einzelfall auch die Erstattung von entfernten Mangelfolgeschäden beinhalten, während die Baugewährleistungsversicherung nur enge Mangelfolgeschäden, d. h. die in direktem Zusammenhang mit dem Bau-schaden entstehen, absichert. Allerdings können hier Ansprüche über die Betriebs-Haftpflichtversicherung erstattungsfähig sein.

Die Bürgschaft dient vorrangig als Sicherung für den Insolvenzfall, während die Baugewährleistungsversicherung den Insolvenzschutz als zusätzliches Element aufweist. Während die Bürgschaft eine grundsätzliche Bonitätsprüfung zur Folge hat, wird bei der Baugewährleistungsversicherung eine Objektprüfung vorgenommen und bietet dadurch auch insbesondere den Vorteil, dass es nicht zu einer Einschränkung der Kreditlinie wie bei der Bankbürgschaft kommt. Da die Objektprüfung in Form der Baubegleitung Teil der Baugewährleistungsversicherung ist, wird ein zusätzlicher Aufwand nötig, der allerdings zur Verbesserung der Bauqualität führt. Bei der Gewährleistungsbürgschaft hingegen gibt es keine Baubegleitung.

Bei der Bankbürgschaft haben wir entsprechend § 14 Nr. 2 des Teil A VOB eine Besicherung bis 5% der Absicherungssumme. Die Absicherung in der Baugewährleistungs-Versicherung beträgt, wie bereits ausgeführt, dem Grunde nach 100%, und bietet damit in aller Regel eine höhere Absicherung, als dies über die Bürgschaft überhaupt möglich ist.

Die Bürgschaft kennt keine Selbstbeteiligung. Demgegenüber hat die Baugewährleistungsversicherung eine Selbstbeteiligung, die gestaffelt nach Gewerken ist. Bei der Baugewährleistungsversicherung erfolgt eine Prüfung der Anspruchsberechtigung, die umgekehrt ja auch durch die Akzessorietät der Bürgschaft stattfindet. Die Bürgschaft stellt sich als sogenannte Vorauslage mit späterer Regresspflicht dar, das kennt die Baugewährleistungsversicherung nicht. Hier erfolgt eine tatsächliche Zahlung, so dass Rückstellungen entbehrlich sind. Während bei der Gewährleistungsbürgschaft einer Bank Sicherheiten erforderlich sind, die die Liqui-

dität der Bauunternehmen beeinträchtigen, ist dies bei der Baugewährleistungsversicherung nicht notwendig. Bei der Bürgschaft muss die Begründetheit nach Anspruch und Höhe nachgewiesen werden. Im Gegensatz dazu finden wir bei der Baugewährleistungsversicherung eine Form von Rechtsschutzfunktion, wie in der Betriebs-Haftpflichtversicherung, nämlich die Abwehr unberechtigter Gewährleistungsansprüche incl. der Kostenübernahme für Anwälte, Gerichtskosten und Sachverständige. Eine solche Rechtsschutzfunktion kennt die Bürgschaft nicht.

Bis dahin stellt sich die Baugewährleistungsversicherung sicherlich als ein mindestens adäquates Instrument zur Sicherheitsleistung dar. Allerdings dürfen die nichtversicherten Tatbestände bei der Betrachtung nicht ausgeschlossen werden. Als wichtigster Ausschlussbestand gelten Mängel an der Bauleistung durch Baustoffe oder Bauteile, deren Verwendung oder Wirkung im Hinblick auf den konkreten Verwendungszweck nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprechen. Das sind also diejenigen, die durch eine zuständige Prüfstelle beanstandet oder vorschriftswidrig noch nicht geprüft worden sind bzw. für die ein Brauchbarkeitsnachweis nicht erbracht worden ist. Sicherheit bietet hier die Baubegleitung durch den vom Versicherer bestellten Sachverständigen.

Das sind des weiteren Ansprüche aus Mängeln, die nicht an der Bauleistung sondern an sonstigem Vermögen des Bauherrn entstehen. Darunter fallen Ansprüche aus Wandlung, Ansprüche aus selbständigen Garantiezusagen, Ansprüche aus Mängeln der Raumakustik (demgegenüber sind Trittschallmängel Gegenstand der Deckung). Ansprüche aus Wartungsverträgen und Ansprüche wegen Mängeln an Pflanzungen und Aussaat sind nicht versichert. Zu den Ausschlüssen zählen auch Ansprüche, die daraus abgeleitet werden, dass Sachen oder Arbeiten mit einem Rechtsmangel behaftet sind oder für die eine Leistung aus einem anderen Versicherungsvertrag beansprucht werden kann.

Ausgeschlossen sind auch Mängel aus Versagen von Steuerungs-, Sicherungs- und Meldeanlagen. Für diese für die Baugewährleistungsversicherung dargestellten Ausschlussbestände wäre, soweit eine Einigkeit mit dem Bauherren nicht erreicht werden kann, eine reduzierte Bürgschaft auf diese Fälle unter Umständen noch zu leisten, um eine Identität der Sicherung im Hinblick auf den gesetzlichen Anspruch zu realisieren.

Resümee

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Baugewährleistungsversicherung ein geeignetes Mittel darstellt, die Gewährleistungsbürgschaft einer Bank weitestgehend zu ersetzen. Damit wird dem Bauunternehmen bzw. den Bauträgern/Generalunternehmen neben dem eigenen Vorteil der Absicherung von Gewährleistungsschäden zusätzlich ein Versicherungsschutz zur Verfügung gestellt, der dem Bauherren im Insolvenzfall einen Direktanspruch gegen den Versicherer eröffnet, falls die Gewährleistungsansprüche beim Auftraggeber nicht mehr realisiert werden können. Dann ist der Bauherr auf der ganz sicheren Seite. Dadurch, dass die Baugewährleistungsversicherung keine Sicherheiten abverlangt, wird letztendlich dem Unternehmen der notwendige finanzielle Freiraum verschafft. Deshalb sollte gerade die öffentliche Hand bei öffentlichen Vergaben in diesem Bereich dafür Sorge tragen, dass einem Bauausführenden, der eine solche Sicherung mitbringt, eingeräumt wird, auf Gewährleistungsbürgschaften zu verzichten. Das wäre auch das richtige Signal für die privaten Bauherren. Rheinland-Pfalz hat als erstes Bundesland hier bereits reagiert und die Baugewährleistungsversicherung als „Mängelansprücheversicherung“ per Erlass verbindlich für öffentliche Bauvorhaben als mögliche alternative Sicherheit eingeführt.

Andererseits wäre eine Erweiterung des § 17 VOB Teil B um das Sicherungsinstrument Gewährleistungsversicherung sicherlich aus den vorgenannten Aspekte eine sinnvolle Initiative.

Die Baugewährleistungs-Versicherung auf einen Blick:

Versicherungsumfang

- Erstattung der Mängelbeseitigungskosten bzw. Erstattung des angemessenen Minderungsbeitrages
- Direktanspruch des Bauherrn gegen den Versicherer im Insolvenzfall des Bauunternehmers

Die wichtigsten Vorteile

- Liquidität durch eine Sicherungsform, die den Liquiditätsspielraum nicht einschränkt und so zusätzliches Investitionspotential schafft
- Verbesserung der Bauqualität durch Baubegleitung
- Rechtsschutz durch die Abwehr unberechtigter Ansprüche inkl. Übernahme evtl. anfallender Gerichts-, Rechtsanwalts- und Sachverständigenkosten
- Verbraucherschutz durch die Absicherung des Bauherrn in Form der Übernahme der Aufwendungen zur Mängelbeseitigung im Fall einer möglichen Insolvenz und Dokumentation in einem Zertifikat für den Bauherrn