



Ausgewählte praxisrelevante Fragen und Antworten aus dem Bürgschaftsrecht

von Rechtsanwältin Dr. Tina Großkurth*, Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht

I. Verzicht auf vertraglich vereinbarte förmliche Abnahme - kein Anspruch aus Gewährleistungsbürgschaft!

Frage:

In dem zwischen der Auftraggeberin und der Auftragnehmerin geschlossenen Bauvertrag ist eine förmliche Abnahme vereinbart. Die Bürgin der von der Auftragnehmerin überlassenen Gewährleistungsbürgschaft verbürgt sich für die Sicherstellung der vertragsgemäßen Gewährleistung für fertig gestellte und abgenommene Arbeiten. In der Bürgschaftsurkunde wird Bezug genommen auf den zwischen der Auftraggeberin und der Auftragnehmerin geschlossenen Bauvertrag.

Entgegen der vertraglich getroffenen Abrede beantragt weder die Auftraggeberin noch die Auftragnehmerin eine förmliche Abnahme. Die Auftraggeberin nimmt das hergestellte Werk jedoch bereits über Jahre rügelos in Gebrauch. Drei Jahre nach der Ingebrauchnahme treten Mängel am Gewerk der zwischenzeitlich insolventen Auftragnehmerin auf. Die Auftraggeberin nimmt die Bürgin wegen der Gewährleistungsmängel aus der übergebenen Bürgschaftsurkunde in Anspruch. Die Bürgin lehnt die Inanspruchnahme unter Hinweis auf den konkludenten Verzicht auf die vertraglich vereinbarte förmliche Abnahme ab. Zu Recht?

Antwort:

Ja!

Die Bürgin hat die Inanspruchnahme zu Recht abgelehnt, da der nachträgliche Verzicht von Auftraggeberin und Auftragnehmerin auf die vertraglich vereinbarte förmliche Abnahme zu einer Benachteiligung der Bürgin im Sinne von § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB führt. Dies hat zur Folge, dass die Bürgin aus der Gewährleistungsbürgschaft nicht mehr in Anspruch genommen werden kann.

Der Verzicht auf die förmliche Abnahme muss hierbei nicht ausdrücklich vereinbart werden, sondern kann auch stillschweigend durch Ingebrauchnahme erklärt werden.

Durch die üblichen Erklärungen in den Gewährleistungsbürgschaften („Gewährleistung gemäß VOB, Teil B § 13 für bereits fertig gestellte und ohne Beanstandungen und Auflagen abgenommene Arbeiten“) sowie die Bezugnahme auf den Hauptvertrag, in welchem die förmliche Abnahme vereinbart ist, begrenzen die Bürgen in legitimer Weise ihre Haftungsrisiken. Es ist auch nicht möglich, die förmliche Abnahme nachzuholen, da die Abnahmewirkungen bereits mit der schlüssigen Abnahme durch Ingebrauchnahme eingetreten sind. Dies entspricht der ständigen obergerichtlichen Rechtsprechung (OLG Celle, Beschluss vom 05. Juli 2007, Az. 13 O 223/06; OLG Rostock, Urteil vom 31. August 2006, Az. 7 U 2/06; OLG Frankfurt, Urteil vom 30. November 2006, Az. 4 U 140/06; OLG Köln, Urteil vom 16. März 2005, Az. 17 U 170/03).

Aus dem Vorstehenden folgt, dass der - auch konkludente - Verzicht auf eine förmliche Abnahme für die Auftraggeberin auch unter dem Gesichtspunkt der Inanspruchnahme von Gewährleistungsbürgschaften mit erheblichen Risiken behaftet ist. Die Änderung von Abnahmodalitäten zwischen den Bauvertragsparteien wirkt sich gegenüber der Gewährleistungsbürgin nicht bzw. dahingehend aus, dass diese sich erfolgreich gegen die Inanspruchnahme wehren kann.

II. Ausschluss von § 768 BGB (Einreden des Hauptschuldners) in Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Auftraggeberin - Unwirksamkeit der gesamten Sicherungsabrede?

Frage:

In den von der Auftraggeberin gestellten Besonderen Vertragsbedingungen, welche Vertragsinhalt geworden sind, findet sich zur Vertragserfüllungsbürgschaft folgende Formulierung:

„Auf die Einrede gemäß § 768 BGB, soweit diese nicht den Bestand der Hauptverbindlichkeit oder ihre Verjährung betrifft, sowie die Einrede des § 771 BGB wird verzichtet.“



§ 768 BGB betrifft die Einreden des Hauptschuldners, welche diesem gegenüber dem Gläubiger, hier gegenüber der Auftraggeberin, zustehen. § 771 BGB betrifft die Einrede der Vorausklage, wonach der Bürge die Befriedigung des Gläubigers (hier: der Auftraggeberin) verweigern kann, solange nicht der Gläubiger (hier: die Auftraggeberin) eine Zwangsvollstreckung gegen die Hauptschuldnerin (hier: die Auftragnehmerin) ohne Erfolg versucht hat.

Nachdem über das Vermögen der Auftragnehmerin zu einem Zeitpunkt das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, in welchem diese die geschuldeten Werkleistungen zu einem wesentlichen Teil noch nicht fertig gestellt hatte, nahm die Auftraggeberin die Bürgin wegen Ersatzvorkosten auf Zahlung aus der übergebenen Vertragserfüllungsbürgschaft in Anspruch. Die Bürgin lehnte die Inanspruchnahme unter Hinweis darauf, dass der Ausschluss von § 768 BGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam sei und zur Unwirksamkeit der gesamten Sicherungsabrede führe, ab. Zu Recht?

Antwort:

Nein!

Zwar trifft es zu, dass der Ausschluss von § 768 BGB (Einreden des Hauptschuldners) in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche von der Auftraggeberin gestellt werden, unwirksam ist. Allerdings führt dies lediglich zur Teilunwirksamkeit der Sicherungsabrede und nicht zur Unwirksamkeit der Sicherungsabrede insgesamt. Dies hat der Bundesgerichtshof nach einem jahrelangen offenen Streit zwischen den Oberlandesgerichten mit Urteil vom 12. Februar 2009, Az. VII ZR 39/08, entschieden.

Gleiches gilt für den Verzicht auf die Einreden der Anfechtbarkeit und der Aufrechenbarkeit (§ 770 BGB) - auch dies führt im Regelfall lediglich zur Teilunwirksamkeit der entsprechenden Passage im Bürgschaftstext und lässt die Wirksamkeit der Bürgschaft im Übrigen unberührt (OLG Düsseldorf, Urteil vom 30. Mai 2008, Az. 22 U 113/07).

III. Nachtragsleistungen - sind sie von der Vertragserfüllungsbürgschaft umfasst?

Frage:

Nach dem zwischen Auftraggeberin und Auftragnehmerin geschlossenen VOB/B-Bauvertrag schuldet die Auftragnehmerin die Übergabe einer Vertragserfüllungsbürgschaft. In der Bürgschaftsurkunde wird Bezug genommen auf den Hauptvertrag. Im Zuge der Baumaßnahme kommt es zu Leistungsänderungen und -anordnungen gemäß § 1 Nr. 3 und Nr. 4 Satz 1 VOB/B sowie zu

Anordnungen gemäß § 1 Nr. 4 Satz 2 VOB/B. Die Bürgin wird sowohl wegen Leistungsänderungen, welche sich auf § 1 Nr. 3, § 1 Nr. 4 Satz 1 VOB/B stützen, in Anspruch genommen als auch wegen Ansprüchen, welche sich auf Leistungsanordnungen gemäß § 1 Nr. 4 Satz 2 VOB/B stützen. Soweit Leistungen betroffen sind, welche gemäß § 1 Nr. 3, Nr. 4 Satz 1 VOB/B erbracht wurden, räumt die Bürgin ihre Haftung ein, soweit jedoch Leistungen gemäß § 1 Nr. 4 Satz 2 VOB/B betroffen sind, lehnt die Bürgin ihre Haftung ab. Zu Recht?

Antwort:

Ja!

Nachtragsleistungen, welche ihre vertragliche Grundlage bereits in dem der Bürgschaft zugrunde liegenden Hauptvertrag haben und infolge dessen einseitig vom Auftraggeber gemäß § 1 Nr. 3 und § 1 Nr. 4 Satz 1 VOB/B verlangt bzw. angeordnet werden können, sind von der Bürgschaft abgedeckt. Dagegen werden keine Leistungsänderungen erfasst, die darüber hinausgehen und mit denen der Bürge bei Hergabe seiner Bürgschaft nicht rechnen musste, das heißt, Leistungsänderungen gemäß § 1 Nr. 4 Satz 2 VOB/B sowie sämtliche nachträglichen Leistungsänderungen beim BGB-Vertrag werden nicht von der Bürgschaft erfasst. Die Bürgin hat daher ihre Inanspruchnahme insoweit zu Recht abgelehnt.

In jedem Fall ist sowohl sorgfältig auf die Formulierung der vertraglichen Sicherungsabrede als auch auf den Bürgschaftstext zu achten. Ist in der Sicherungsabrede formuliert, dass vom Sicherungszweck sämtliche Nachträge mit umfasst sind und findet sich dieser Text in der Bürgschaft wieder, kann sich die Bürgin gegen die Inanspruchnahme, auch was Ansprüche aus Nachtragsleistungen betrifft, nicht erfolgreich zur Wehr setzen. Ist allerdings demgegenüber in der Bürgschaftsurkunde formuliert, dass eine Leistungserweiterung nicht mit übernommen wird, sind sämtliche Nachtragsleistungen, das heißt auch diejenigen, die sich auf § 1 Nr. 3 und Nr. 4 Satz 1 VOB/B stützen, von der Bürgschaft nicht mit umfasst.

Änderungsgesetz zum Bauforderungssicherungsgesetz am 03. August 2009 verkündet

Am 03. August 2009 wurde das Änderungsgesetz zum Bauforderungssicherungsgesetz im Bundesgesetzblatt veröffentlicht. Es tritt am 04. August 2009 in Kraft. Allerdings verhält es sich, nachdem der Bundesrat die



von der Deutschen Bauindustrie befürworteten und in dem Gesetzentwurf der Bundesregierung enthaltenen Änderungen abgelehnt hat, lediglich über eine Änderung: Die Eigenquote, welche der Baugeldempfänger gemäß § 1 Abs. 2 Bauforderungssicherungsgesetz für von ihm erbrachte Leistungen behalten darf, wurde von 50 auf 100 Prozent erhöht.

Diese Änderung kann lediglich als kleiner Schritt in die richtige Richtung bewertet werden. Es bleibt bei den wesentlichen, mit dem Bauforderungssicherungsgesetz einhergehenden Problemen. Die Pflicht, eingehende Zahlungen ausschließlich für das konkrete Bauvorhaben verwenden zu müssen, hat die Liquiditätsbelastung der gesamten Baubranche massiv verschärft. Im Übrigen ist die Umsetzung des Gesetzes derzeit nicht möglich, da keine Buchhaltungssoftware existent ist, um das, wie vom Gesetz gefordert, eingehende Geld zu separieren und einzelnen Baustellen zuzuordnen.

Es bleibt abzuwarten, ob die (neue) Bundesregierung in der kommenden Legislaturperiode die weiteren erforderlichen Schritte gemeinsam mit dem Bundesrat gehen wird oder nicht. Bis dahin sind diejenigen Unternehmer, welche gegen das Bauforderungssicherungsgesetz verstoßen (müssen), erheblichen zivil- und strafrechtlichen Sanktionen ausgesetzt.

Hinweis

Unser Jusletter beruht auf einer sorgfältigen Recherche der Rechtslage. Deren allgemeine Darstellung kann die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles jedoch nicht berücksichtigen. Der Jusletter dient nur der Information und ist keine vertragliche Beratungsleistung. Er kann deshalb eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen.

Kontakt

Ahlers & Vogel _ Bremen
Contrescarpe 21 _ 28203 Bremen
Telefon +49 (421) 33 34-0
Telefax +49 (421) 33 34-111
E-Mail: bremen@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel _ Hamburg
Scharsteinwegsbrücke 2 _ 20459 Hamburg
Telefon +49 (40) 37 85 88-0
Telefax +49 (40) 37 85 88-88
E-Mail hamburg@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel _ Rostock
Gerhart-Hauptmann-Straße 24 _ 18055 Rostock
Telefon +49 (381) 491 39-0
Telefax +49 (381) 491 39-99
E-Mail: rostock@ahlers-vogel.de

***Dr. Tina Großkurth** studierte Rechtswissenschaften in Göttingen und Wolverhampton (GB) und ist seit 2001 als Rechtsanwältin tätig. Seit 2006 betreut Frau Dr. Großkurth unsere Mandanten als Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht in diesen Bereichen, in welchen sie promovierte. Seit 2009 ist sie Partnerin der Sozietät. Sie ist Mitglied der ARGE Baurecht im Deutschen Anwaltverein.