

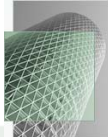


Freiburger Baurechtstage 2006 des Instituts für Baurecht Freiburg e.V.

Referat von RA Dr. Ulrich May, Zirngibl Langwieser Rechtsanwälte Notare, München

„Die Gewährleistungsbürgschaft im Bauvertrag“*

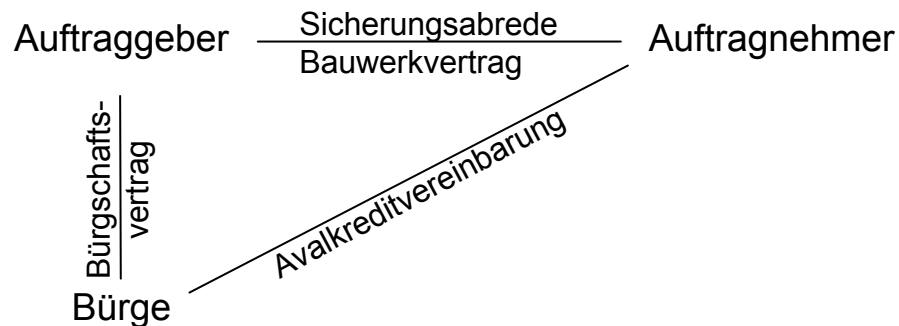
- Im Folgenden wird entsprechend der VOB/B der Unternehmer als Auftragnehmer und der Besteller als Auftraggeber bezeichnet. Ohne besondere Kennzeichnung wird grundsätzlich auf die Fassung des BGB zum 1.1.2002 und die VOB/B (2002) Bezug genommen.



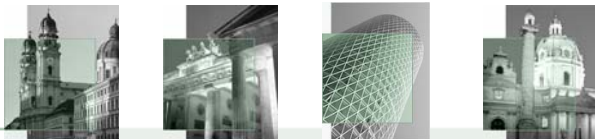


1. Einleitung, Abgrenzung und Fragestellung

1.1 Abgrenzung



Ausschließliche Betrachtung des Verhältnisses Bürge – Auftraggeber; Probleme der Sicherungsabrede insbesondere Unwirksamkeiten in AGB werden nur insoweit thematisiert, als diese etwaige Auswirkungen auf die Zahlungsverpflichtung des Bürgen haben.



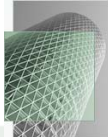


1. Einleitung, Abgrenzung und Fragestellung

1.1 Fragestellung: Untersuchung ausgesuchter Einwendungen und Einreden des Bürgen gegenüber Auftraggeber, die einer Leistungspflicht des Bürgen entgegenstehen

1.2 Versuch einer Systematisierung der Einwendungen/Einreden:

- Einwendungen/Einreden des Bürgen aus Bürgschaftsvertrag
- Einwendungen/Einreden des Bürgen, teils in der Sicherungsabrede, teils im Bürgschaftsvertrag verortet
- Einwendungen/Einreden des Bürgen aus Sicherungsabrede

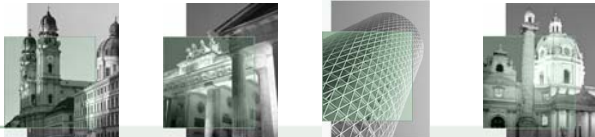




2. Einwendungen/Einreden aus Bürgschaftsvertrag

2.1 Sicherungsumfang:

- Grundsatz: Sicherungsumfang bestimmt sich nach dem Bürgschaftsvertrag
- Bürgschaftsvertrag: „Gewährleistungsbürgschaft“ → Auslegung → Auslegungsgrundsätze für empfangsbedürftige Willenserklärungen, gilt auch für Bürgschaft als einseitig verpflichtender Vertrag (BGH, Urteil vom 12.03.1992 = NJW 1992, 1446).

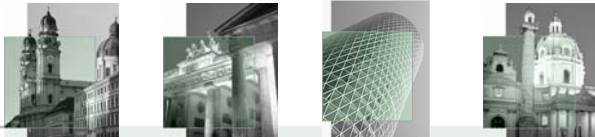




2.1 Sicherungsumfang:

Auslegungsgrundsätze (soweit keine anderweitige Vereinbarung):

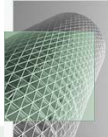
- Außerhalb der Urkunde liegende Umstände können herangezogen werden – insbesondere Sicherungsabrede im Bauwerkvertrag
- Bloßer Verweis auf § 17 VOB/B (Nr. 1 Abs. 2): vertragsgemäße Ausführung der Leistung **plus** Mängelansprüche (Fall der sogenannten „Kombibürgschaft“)
- VOB/B-Vertrag-Bürgschaft für „Mängelansprüche“: Ansprüche gemäß § 13 VOB/B → Abnahme muss vorliegen; Ansprüche gemäß § 4 Nr. 7 VOB/B **nicht** mit abgesichert (z.B. BGH, Urteil vom 04.12.1997 – IX ZR 247/96, IBR 1998, 106)





2.1 Sicherungsumfang:

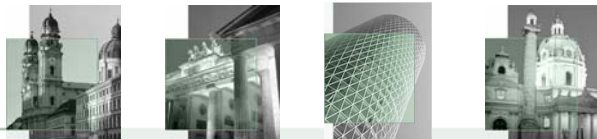
- BGB-Vertrags-Bürgschaft für Mängelrechte: Regelmäßig Rechte gemäß § 634 BGB gesichert → Mängelrechte vor Abnahme?
 - Auch vor Abnahme durch Bürgschaft gesichert, soweit AN im Verzug (Ablauf der Fertigstellungsfrist): §§ 280, 323 ff. BGB
(Schadensersatz statt der Leistung und Rücktritt nur nach erfolgloser Nachfristsetzung sowie Verschulden des AN)
 - § 634 BGB-Rechte (insbesondere auch Selbstvornahmekosten und Minderung) auch vor Abnahme (str.)?





2.1 Sicherungsumfang (Argumente insbesondere aus Kniffka, IBR-Online, Kommentar Bauvertragsrecht):

Pro	Contra
- Nacherfüllung und Erfüllung begrifflich nicht trennbar	- § 633 Abs. 1 BGB: „mangelfrei verschaffen“ = Verschaffung = Ablieferung = Abnahme
- AG, der berechtigt wegen Mängeln Abnahme verweigert soll nicht schlechter stehen als AG, der mangelhaftes Bauwerk unter Mängelvorbehalt abnimmt	- „Nacherfüllung“ = erst nach der Erfüllung in einem nächsten Stadium
- Wortlaut § 641 Abs. 3 BGB „nach der Abnahme“ ZBR, vor der Abnahme also Anspruch auf Mangelbeseitigung	- § 634 a: Verjährungsbeginn für Mängelansprüche erst mit Abnahme
- Kein Ansatzpunkt in Gesetzesbegründung, dass bisheriges Verständnis bis 31.12.2006 geändert werden soll	



→ § 634-Rechte vor Abnahme wohl (+)



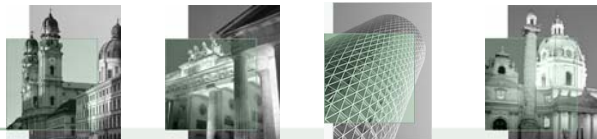
2.1 Sicherungsumfang:

- Mängelrechte-/Gewährleistungsbürgschaft: Anspruchsinhalt in der Regel Erfüllungsinteresse (Zahlungspflicht) und nicht gegenständlicher Anspruch (Parallelwertung zu § 1228 Abs. 2 Satz 2 BGB und BGH, Urteil vom 21.03.1989 – IX ZR 82/88, NJW 1989, 1856) → auf Geld gerichtete Mängelrechte gesichert
- Überschneidung Sicherungsumfang Vertragserfüllungsbürgschaft und Mängelrechte-/Gewährleistungsbürgschaft?

→ Restfertigstellungsarbeiten
→ Mängel, die bei Abnahme vorbehalten



im Regelfall auch von Vertragserfüllungsbürgschaft umfasst (BGH, Urteil vom 24.09.1998 – IX ZR 371/97, IBR 99, 59); BGH, Urteil vom 04.12.1997 – IXZR 247/96, IBR 1998, 106: auch von Gewährleistungsbürgschaft umfasst

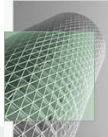




2.1 Sicherungsumfang:

- Hohe Vertragserfüllungssicherheit, niedrigere Gewährleistungssicherheit
- §§ 769, 776 BGB - Einwendung zu Gunsten Gewährleistungsbürgen bei Rückgabe einer gestellten Vertragserfüllungsbürgschaft?
- Allein die Vereinbarung beider Sicherheiten noch kein Indiz für Priorität zu Gunsten der einen oder anderen Sicherheit
- Bei Auslegungsbedürftigkeit: Unklarheiten gehen im Zweifel zu Lasten des Gläubigers (BGH, Urteil vom 05.07.1990 – IX ZR 294/89, IBR 1990, 672)? Gar keine Haftung der Bürgen oder Mitbürgschaft?

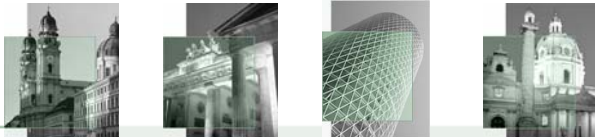
Fazit: Sicherungszweck an der Schnittstelle Vertragserfüllung – Gewährleistungsphase genau regeln





2.1 Sicherungsumfang:

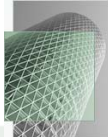
- „Abtretungsfall“: Bürgschaft kommt nicht zustande (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 03.04.2003 – IX ZR 287/99, IBR 2003, 366; Staudinger-Horn, 13. Bearbeitung 1997, § 765 Rn. 203)
→ Praxisrelevanz: Verkauf von Immobilien im Bau durch Bauherr (insbesondere Abtretung von Mängelansprüchen an Käufer) und fremdfinanzierte Objekte, bei denen Gewährleistungsansprüche an finanzierende Dritte vorausabgetreten sind
- Abtretung nach Bürgschaftsstellung: Leistungsverweigerungsrecht (§ 320 BGB) zu Gunsten AN (Hauptschuldner) bleibt bestehen; mangelfreies Bauwerk nur gegen vertragsgerechte Bezahlung





2.2 Geänderte oder zusätzliche Leistung und § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB:

- Praxisrelevanz auch für Gewährleistungs-/Mängelrechtbürgschaften: Kombibürgschaft oder Einheitsbürgschaft (Pauschalverweis auf § 17 VOB/B)
- BGB-Bauwerkvertrag ohne Parallelregelung zu § 1 Nr. 3, Nr. 4 Satz 1 VOB/B: jeglicher Eingriff ins Bausoll bedarf der vertraglichen Änderung → Bürgenhaftung (-) (so z.B. Schmitz, Sicherheiten für die Bauvertragsparteien, IBR-Reihe, Stand 14.07.2006, Rn. 148; in dieser Allgemeinheit unzutreffend → Anordnungsrecht aufgrund und im Rahmen § 242 BGB; vgl. z.B. BGH, Urteil vom 25.01.1996 – VII ZR 233/94, IBR 1996, 182; auch in diesem Rahmen einseitige Anordnung, keine Vereinbarung, z.B. Handbuch priv. BauR (Eichberger/Kleinmöller) § 9 Rn. 82)
- VOB/B-Bauwerkvertrag: Leistungsanordnungsrechte (§ 1 Nr. 3, Nr. 4 Satz 1 VOB/B) → § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB (+/-, str.); zusätzlich wird Bürge in Zukunft auch die AGB-Widrigkeit von § 1 Nr. 3, Nr. 4 VOB/B einwenden
- Anknüpfungspunkt: Vom Bürgen bewusst übernommenes Leistungsbestimmungsrisiko (nachträgliches Leistungsbestimmungsrecht des AG)? Rechtsgeschäft des Hauptschuldners, soweit Ausführung trotz Nichtbestehens des Anordnungsrechts?





2.4 Verjährung der Bürgschaftsschuld:

- Beginn der Verjährung der Bürgschaftsschuld gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 BGB u.a. mit Fälligkeit (= Anspruchsentstehung)
- Entstehung (Fälligkeit) Bürgschaftsanspruch (keine vertragliche Sonderregelung vorausgesetzt):

Fälligkeit der gesicherten
Hauptforderung

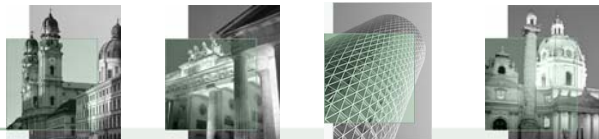
→ z. B. BGH, Urteil vom 18.12.2003 –
IX ZR 9/03; bestätigend Vogel, EWiR
2006, 295

Bezifferung Gewährleistungs-
anspruch gegenüber AN

→ z. B. OLG Köln
(Urteil vom 14.12.2005 – 11 U 109/05,
IBR 2006, 93); bestätigend auch Nielsen,
Anm. zu OLG Köln (ZfIR 2006, 549)

Inanspruchnahme des Bürgen

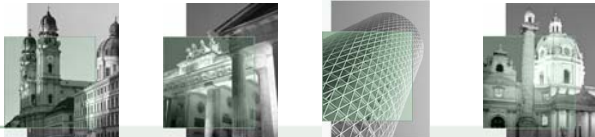
→ z. B. LG Wiesbaden
(Urteil vom 10.05.2006 – 11 O 81/05;
Alfes, IBR 2006, 1103; Staudinger-Horn,
BGB, 13. Bearbeitung, § 765 Rn. 112)





2.4 Verjährung der Bürgschaftsschuld:

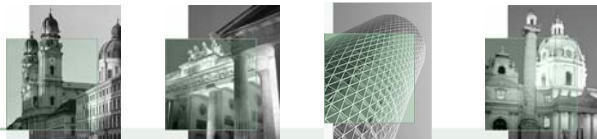
- **Praxisrelevanz insbesondere:** sofortige fruchtlose Fristsetzung nach Abnahme während Mangelfeststellung läuft; auf die Bürgschaft wird erst nach 3 Jahren zurückgekommen





2.4 Verjährung der Bürgschaftsschuld:

- Bezifferung: Nicht erforderlich, weil
 - nach Wortlaut von § 199 Abs. 1 Satz 1 BGB die Entstehung des auf Geld gesicherten Anspruch ausreicht → fruchtloser Ablauf einer angemessenen Frist reicht also aus
 - Bürgschaftsgläubiger soll es nicht in der Hand haben, die Verjährung beliebig zu verlängern
 - OLG Köln das „Recht zur Inanspruchnahme der Bürgschaft“ (=Sicherungsfall) und Anspruchsentstehung (§ 199 Abs. 1 Satz 1 BGB) undifferenziert vermengt (rechtliches Dürfen ≠ rechtliches Können)
 - Recht zur Inanspruchnahme = rechtliches „Dürfen“, nicht rechtliches „Können“; auf Letzteres kommt es an
 - Bloß objektiv bestehende Klagemöglichkeit für Fälligkeit reicht aus, d.h. Beziffer**barkeit**, nicht Bezifferung, ist ausreichend (vgl. auch Staudinger-Peters, Neub. 2004, § 199 BGB Rn. 6)



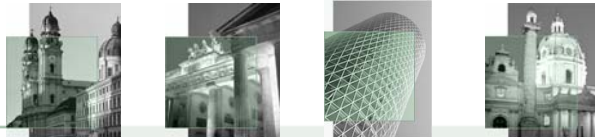


2.4 Verjährung der Bürgschaftsschuld:

- Inanspruchnahme?

Nicht erforderlich, weil

- keine Stütze im Gesetz
- Sicherungsfall ≠ Fälligkeit der Hauptschuld
- Sicherungsfall nicht Voraussetzung für Verjährungsbeginn
- Zusätzliche Inanspruchnahme würde strenge Akzessorität durchbrechen (§§ 765, 767 Abs. 1 S. 1 BGB)
- BGH, Urteil vom 18.12.2003 – IX ZR 9/03: mit der Fälligkeit des gesicherten Hauptanspruchs ist auch die Bürgschaftsschuld fällig; so wohl auch OLG München, Urteil vom 20.07.2006 – 19 U 3419/06, das Aufforderung des Bürgen als speziell vereinbarte Fälligkeitsvoraussetzung ansieht (e contrario).



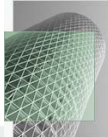


2.4 Verjährung der Bürgschaftsschuld:

- Inanspruchnahme?

Nicht erforderlich, weil

- BGH-Urteil insoweit nicht nur obiter dictum oder unwesentlicher Nebensatz, sondern tragender Grund
- BGH-Urteil vom 11.10.1984 zur Inanspruchnahmenvoraussetzung keineswegs eindeutig, sondern eher beiläufig
- Einschränkung des AG, der Bürgschaft nicht für spätere Mängel „aufsparen“ kann (vgl. Alfes a.a.O.), m.E. unzutreffend
- Einschränkung des AG, der „gezwungen“ ist zu hemmen und deshalb Wahlrecht (Nacherfüllung) verliert (vgl. Alfes a.a.O.) m. E. unzutreffend





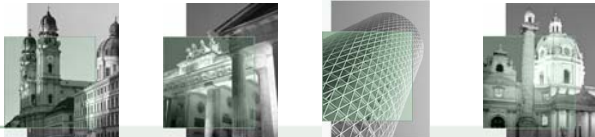
2.4 Verjährung der Bürgschaftsschuld:

Bei **selbstschuldnerischer** Bürgschaft Wille nicht erkennbar, dass nur nach Verifikation des Ausfalls des AN der Bürge haften soll!



- wenn Leistungsaufforderung, dann auf jeden Fall nicht gegenüber Bürgen, sondern viel eher im Verhältnis Gläubiger (AG) gegenüber AN erforderlich;
Arg.: AN weiß noch gar nicht, was nun aufgrund des Wahlrechts des AG von ihm verlangt wird

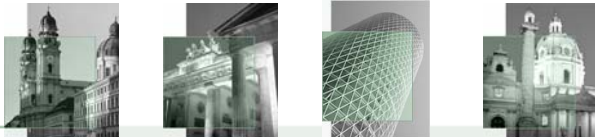
Fazit: Fälligkeit des auf Geld gesicherten Mangelspruchs führt regelmäßig auch zur Fälligkeit der Bürgschaftsschuld





3. Unzulässige Inanspruchnahme eines Bürgen auf erstes Anfordern

- Einwand des Bürgen hat ihren Grund sowohl im Bürgschaftsvertrag (§ 242 BGB, Arglisteinwand, unzulässige Rechtsausübung) als auch in Sicherungsabrede (liquide nachweisbar oder unstrittig, dass Bürgschaftsbegebung aufgrund offensichtlicher Gesamtnichtigkeit der Sicherungsabrede kondizierbar)
- Unwirksamkeit Sicherungsabrede nicht nur bei Austauschrecht, sondern auch soweit nur Sicherheit durch Bürgschaft (Kniffka, IBR-Online Kommentar, Bauvertragsrecht, Stand 10.04.2006, § 641 Rn. 116).





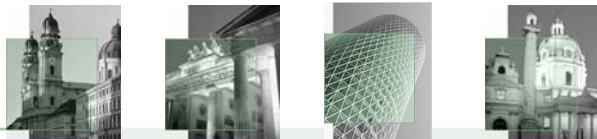
4. Einwendungen/Einreden aus Sicherungsvereinbarung

4.1 Unwirksamkeit der Sicherungsvereinbarung insgesamt:

- Bürgschaftshöhe > 10 % der Schlussrechnungssumme (OLG München, vgl. auch Schmitz, a.a.O. Rn. 75)
- Formwidrigkeit der Sicherungsvereinbarung (z.B. Grundstückskaufvertrag, der von Abschluss Bauvertrag abhängig)

4.2 Verzicht auf die Einrede der Aufrechenbarkeit und tatsächliche Aufrechnung

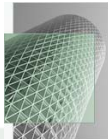
- BGH sieht sich veranlasst nochmals zu betonen, dass Ausschluss der Einrede der Aufrechenbarkeit ≠ tatsächliche Aufrechnung durch AN, Einwand des Erlöschens der Hauptschuld (BGH, Urteil vom 11.05.2006 – VII ZR 146/04, IBR 2006, 441; Einwand dazu systematisch zu 2.); Ausschluss der Einrede der Aufrechenbarkeit, lässt keinen Schluss auf Verzicht von Bürgenrechten bei tatsächlicher Aufrechnung des Hauptschuldners zu.





4.3 Einrede der Verjährung der gesicherten Hauptschuld

- § 17 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B: Rechtsprechung des BGH (die beiden vielzitierten Urteile vom 21.01.1993 – VII ZR 221/91, IBR 1993, 139 und VII ZR 127/91, IBR 1993, 189); Verwertungsmöglichkeit der Gewährleistungsbürgschaft trotz Verjährung der Hauptschuld zutreffend?
 - Contra: - AGB-widriger Ausschluss der Rechte des Bürgen aus § 768 Abs. 1 S. 1 BGB (wesentliche Abweichung, unangemessene Benachteiligung, § 307 Abs. 2 BGB)
 - Privileg der VOB als Ganzes ist gefallen
 - Verwertungsrecht belastet mittelbar den AN
 - Wortlaut: nur ZBR, kein Verwertungsrecht
 - § 216 Abs. 1 BGB nicht auf Bürgschaft anwendbar (BGH, Urteil vom 28.01.1998 - XII ZR 63/96, NJW 1998, 981)
 - § 216 Abs. 1 BGB analog bei Austausch Bareinbehalt durch Bürgschaft auch (-) (BGH wie vor), nur dingliche Sicherheiten, Bürgschaft = Personalsicherheit





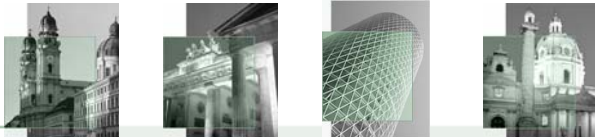
4.3 Einrede der Verjährung der gesicherten Hauptschuld

→ Contra:

- § 215 BGB entsprechend (-) auch bei Ablösung Bareinbehalt, da verschiedenartige Ansprüche und verschiedene Berechtigte
- Auslegung der Bürgschaft: auf § 768 BGB wird gerade nicht verzichtet (Achtung: Inbezugnahme Bauwerkvertrag zur Definition der gesicherten Hauptschuld und nicht zwingend auch rechtliche Ausgestaltung der Bürgschaft, insbesondere wenn Bürgschaft selbst rechtlich ausgestaltet); Bürgschaft u.U. nicht VOB/B-gerecht
- §§ 438 Abs. 4 S. 2, 634 a Abs. 4 S. 2 BGB (-) wegen § 768 BGB



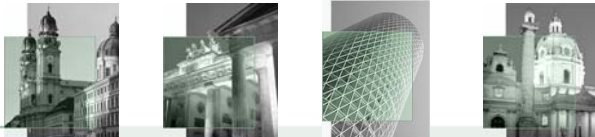
Einrede der Verjährung (+) (vgl. insbesondere auch Ripke, IBR 2006, 2)





4.3 Einrede der Verjährung der gesicherten Hauptschuld

- Quasi-Unterbrechung gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B auch zu Lasten des Bürgen?
→ Wohl unwirksam in AGB, Arg.: Einseitige Verlängerungsmöglichkeit, ohne Einfluss des AN; nach dem Gesetz bedürfen solch einseitige Hemmungsmaßnahmen grundsätzlich der gerichtlichen Geltendmachung
- Zwischen AG und AN vereinbarte Verjährungsfristverlängerung oder Stundungsvereinbarung muss der Bürge nicht gegen sich gelten lassen, § 767 Abs. 1 S. 3 → Einrede der Verjährung der Hauptschuld (+) (z.B. OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.07.1993, BauR 93, 747)

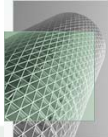




4.3 Einrede der Verjährung der gesicherten Hauptschuld

- Hemmung der Verjährung der Mängelansprüche durch Verhandlungen zwischen AG und AN über Anspruch oder seine Tatsachengrundlage zu Lasten des Bürgen?

- Pro: → § 767 Abs. 1 S. 3 BGB verlangt ein „Rechtsgeschäft des Schuldners“, Verhandlung kein Rechtsgeschäft
- Hemmung lediglich gesetzlich angeordnete Rechtsfolge aufgrund tatsächlichem Verhalten
- Sinn und Zweck der Norm u.a.: Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten
- Bürge kennt das Risiko des § 203 BGB bereits bei Bürgschaftsübernahme

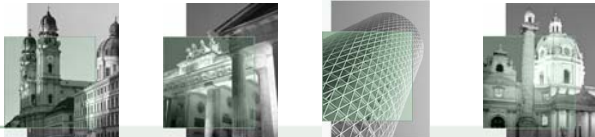




4.3 Einrede der Verjährung der gesicherten Hauptschuld

- Contra:
- Sinn und Zweck des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB ist Schutz des Bürgen von unfreiwilliger Haftungserweiterung
 - Unterscheidung „Rechtsgeschäft“ – „bloße Gesetzessanktion auf tatsächliches Verhalten“ (Reflex) wird Sinn und Zweck nicht gerecht
 - AN kann jederzeit den Bürgen beteiligen
 - Parallele zu Hemmung durch Anerkenntnis (vgl. Palandt-Sprau, § 767 BGB Rn. 3), Stundung und Verlängerung der Verjährungsfrist

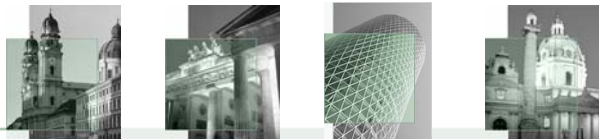
Wortlautargument und Risikoübernahme durch Bürgen überzeugen; Sinn und Zweck § 767 Abs. 1 S. 3 BGB nicht Schutz vor jeglicher unfreiwilligen, sondern nur vor zielgerichteter, rechtsgeschäftlicher Haftungserweiterung: Hemmung auch zu Lasten des Bürgen





4.4 u. 4.5 Formularmäßiger Ausschluss der Einrede der Aufrechenbarkeit und Anfechtbarkeit

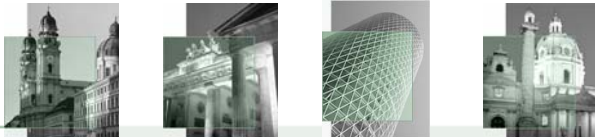
- Sowohl § 770 Abs. 2 BGB als auch § 770 Abs. 1 BGB formularmäßig in Sicherungsabrede nicht abdingbar (BGH, Urteil vom 16.01.2001, IBR 2003, 244; MüKo-Habersack, 4. Auflage, § 770 Rn. 3; Graf von Westphalen-Vogt, Bürgschaft Rn. 44); Stichwort: Subsidiaritätsgrundsatz
- Folge: Bürge, der entsprechend einer solchen Sicherungsabrede Bürgschaft begeben hat, steht über § 768 Abs. 1 BGB die Einrede (des AN) der ungerechtfertigten Bereicherung zur Seite, so dass Bürge die Einrede der Aufrechenbarkeit bzw. der Anfechtbarkeit effektiv doch geltend machen darf und im Ergebnis nicht zu leisten braucht (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 20.04.1989 – IX ZR 212/88, BGHZ 107, 210, der bestätigt, dass jedenfalls der Bürge in solchen Fällen die Bereicherungseinrede des Hauptschuldners, aus der Bürgschaft insoweit nicht verpflichtet zu sein, wie eine eigene geltend machen kann)





4.6 Formularmäßiger Ausschluss der Einrede des § 768 BGB

- Formularmäßiger Ausschluss des § 768 BGB – Sicherungsabrede „insoweit“ unwirksam (z.B. BGH, Urteil vom 08.03.2001 – IX ZR 236/00, IBR 2001, 306)
- Bürge begibt entsprechende Bürgschaft: Kann er sich trotz eigenem Ausschluss des § 768 BGB auf die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung berufen? Auf ein solches Vorgehen hat der Bürge doch gerade selbst ausdrücklich verzichtet?
 - Für Einwand „Unwirksamkeit Sicherungsabrede Bürgschaft a.e.A.“ auch bei zusätzlichem Ausschluss § 768 BGB von BGH bejaht (s.o.); in diesem Fall allerdings **Bürgschaftsformular des Auftraggebers**
 - „Einfache“ Bürgschaft (nicht a.e.A.), Bürge verzichtet auf **eigenem Formular** auf § 768 BGB, Sicherungsvereinbarung sieht unzulässigen Verzicht vor → keine Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung aus Bürgschaftsvertrag zugunsten Bürge

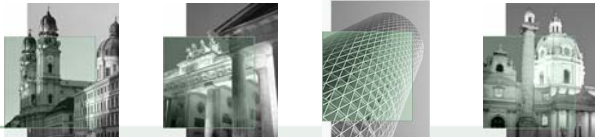




4.6 Formularmäßiger Ausschluss der Einrede des § 768 BGB

Aber: Sicherungsabrede insgesamt unwirksam, da noch schlechter gestellt als bei Bürgschaft a.e.A. (so LG Hamburg, Urteil vom 03.03.2006 – 420 O 75/04, IBR 2006, 258, da kein Rückforderungsprozess → § 242 BGB- Einwand parallel zur Rechtsprechung Bürgschaft a.e.A.?)

- Achtung:
- § 242 BGB – Einwand gerade aus drohendem Rückforderungsprozess abgeleitet (hier (-))
 - § 812 BGB – Einrede gerade ausgeschlossen durch Verzicht auf § 768 BGB
 - BGH: § 768 BGB – Verzicht nur deshalb irrelevant, weil Fremdformular des AG vom Bürgen verwendet wurde (AGB-Widrigkeit)





4.7 Die vielen Einwendungen/Einreden des Bürgen, die noch keine Erwähnung gefunden haben

Bürgschaft auf Zeit vs. echte Bedingungen, ZBR + LVR des Hauptschuldners (z.B. auch Nichtauszahlung von Sicherheitseinbehalt) ...

