

Die Bürgschaftsfalle

Gewährleistungsbürgschaften, insbesondere von Versicherern, enthalten oft eine Einschränkung auf fertig gestellte und ohne Auflagen abgenommene Arbeiten, die leider leicht übersehen wird. Wenn dann noch eine vorgesehene förmliche Abnahme unterbleibt, verliert der Auftraggeber seine Ansprüche gegen den Bürgen.

Beispielfall

Im Bauvertrag ist, wie üblich, die förmliche Abnahme gemäß § 12 Nr. 4 VOB/B vereinbart, die der Auftragnehmer nach Fertigstellung der Arbeiten zu beantragen hat. § 12 Nr. 5 VOB/B wird ausdrücklich ausgeschlossen. Außerdem ist ein Gewährleistungseinbehalt, ablösbar durch Bürgschaft, vereinbart.

Nach Fertigstellung der Leistungen wird vom Auftragnehmer keine Abnahme beantragt, sondern die Schlussrechnung gestellt, die auch bezahlt wird. Der Auftragnehmer löst den Gewährleistungseinbehalt durch eine Bürgschaft ab, die unter Bezugnahme auf den Vertrag „für bereits fertig gestellte und ohne Auflagen abgenommene Arbeiten“ gelten soll.

Als der Auftragnehmer in der Gewährleistungszeit Mängel nicht beseitigt, will der Auftraggeber die Bürgschaft in Anspruch nehmen.

Die Entscheidung

Die Forderung gegen den Bürgen auf Zahlung aus der Bürgschaft wird keinen Erfolg haben! Dies Ergebnis muss man inzwischen als gesicherte Rechtsprechung der Oberlandesgerichte ansehen (so z.B. OLG Frankfurt, Urteil vom 30.11.2006, AZ 4 U 140/06; OLG Rostock, Urteil vom 31.08.2006, AZ: 7 U 2/06; OLG Celle, Beschluss vom 05.07.2007, AZ: 13 U 223/06).

Ausgangspunkt dieses Ergebnisses ist die Tatsache, dass trotz der vertraglichen Regelungen, wonach nur eine förmliche Abnahme erfolgen kann, in der Zahlung der Schlussrechnung und der Ingebrauchnahme ein nachträglich durch schlüssiges Handeln vereinbarter Verzicht auf eine förmliche Abnahme zu sehen ist, so dass die Leistungen als abgenommen gelten.

Die Folge der unterlassenen förmlichen Abnahme ist aber in diesem Fall fatal! Nach dem Text der Bürgschaft in Verbindung mit der Abnahmeregelung im Bauvertrag setzt die Inanspruchnahme des Bürgen eine förmliche Abnahme, also die schriftliche Protokollierung der Abnahme voraus. Nach Auffassung der Gerichte führt der Verzicht auf eine förmliche Abnahme zumindest zu einer Verschlechterung der Beweissituation für den Bürgen, die dieser nicht hinnehmen muss, da nach § 767 Abs.1 Satz 3 BGB Erweiterungen der Hauptschuld nach Bürgschaftsübernahme nicht zu einer Erweiterung der Bürgenhaftung führen können. Solche Erweiterungen sind aber nicht nur Änderungen der Forderungshöhe, sondern auch der Modalitäten der Inanspruchnahme des Bürgen, wie zum Beispiel die hier unter Umständen eintretende Verschlechterung der Beweislage.

Wenn man nun auf den Gedanken verfallen sollte, nachträglich noch eine förmliche Abnahme durchzuführen, wird man feststellen, dass dies nicht weiter hilft, denn die an die Abnahme geknüpften Rechtsfolgen sind bereits bei der schlüssigen Abnahme eingetreten, so dass sie nicht später bei einer nachgeholtten förmlichen Abnahme noch einmal herbeigeführt werden können.

Die Ansprüche gegen den Bürgen sind somit unwiederbringlich verloren. Sollte der Auftragnehmer dann auch noch insolvent sein/werden, ist der Schaden nicht mehr zu beheben.

Praxishinweis

Wie kann man dieses Problem vermeiden? Sicher einmal dadurch, dass man als Auftraggeber auf einer förmlichen Abnahme besteht. Dies hätte auch den Vorteil, dass man den Beginn der Gewährleistungszeit genau kennt, die bei einer Abnahme durch schlüssiges Verhalten bei weitem nicht so genau bestimmt werden kann. Im Übrigen sei auch dem Objektüberwacher dringend angeraten, sein Augenmerk auf die förmliche Abnahme zu richten, denn dieser stünde, wenn er nicht für eine förmliche Abnahme sorgt und dadurch Bürgschaftsansprüche verloren gehen, in der Haftung.

Richtig wäre aber vor allem, **Bürgschaften** wegen Mängelansprüchen nach Abnahme, **die die Einschränkung auf „bereits fertig gestellte und ohne Auflagen abgenommene Arbeiten“ enthalten, sofort zurückzuweisen!** Denn die Beschränkung auf fertig gestellte und ohne Auflagen abgenommene Leistungen ist unzulässig, da eine Gewährleistungsbürgschaft, die § 17 VOB/B gerecht werden soll, alle während der Gewährleistungsfrist vorhandenen Mängel abdecken muss, gleichgültig, ob sie vor, bei oder nach der Abnahme erkannt worden sind.

Mit dieser Bürgschaft kann zulässig ein Gewährleistungseinbehalt nicht abgelöst werden. Bei einer vertragsgerechten Bürgschaft gäbe es aber das Problem nicht. Man sollte also unbedingt **alle Sicherheiten, die übergeben werden, eingehend überprüfen, ob sie vertragsgerecht sind**, um böse Überraschungen zu vermeiden. Auch dies im Übrigen eine Aufgabe des Objektüberwachers, der für seinen Auftraggeber auch das Vorliegen von Sicherheiten als Voraussetzung für die Freigabe von Sicherheitseinhalten zu prüfen hat.

Zuletzt soll noch ein weiterer Aspekt nicht unerwähnt bleiben: Wie diesem Fall auch zu entnehmen ist, kann ein späteres Abweichen vom Vertrag erhebliche Auswirkungen auf die Sicherheiten haben. Deshalb sollte man auch bei anderen Änderungen am geschlossenen Vertrag immer darauf achten, ob diese Auswirkungen auf die Sicherheiten haben (können). Will man zum Beispiel für zusätzliche Leistungen auch eine Bürgschaftssicherheit haben, muss der Auftragnehmer bei solchen Änderungen des Vertrages eine entsprechende Ergänzung der Bürgschaft beibringen. Ansonsten besteht zwar eine weiter gehende Haftung des Auftragnehmers, nicht aber des Bürgen.

Impressum

Verantwortlicher Redakteur:

Rechtsanwalt Axel Schnitzspahn, München

Schriftleitung:

Constanze Dittenheber

E-mail: redaktion.rehmbau@hjr-verlag.de

Dieser Nachrichten-Dienst wird herausgegeben von der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH

Emmy-Noether-Str. 2

80992 München

Sitz der Gesellschaft: Heidelberg

Eingetragen beim Amtsgericht Mannheim

unter HRB 337678

USt-IDNr.: DE 811158336

Geschäftsführer: Clemens Köhler

Der Nachrichten-Dienst sowie alle in ihm enthaltenen einzelnen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Jede kommerzielle Verwertung bedarf der vorherigen schriftlichen Genehmigung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

(c) 2007 Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH, Heidelberg, München, Berlin