

FORUM VERLAG HERKERT GMBH

Mandichostraße 18
86504 Merching
Telefon: 08233/381-123

E-Mail: service@forum-verlag.com
www.forum-verlag.com



**Unser Wissen
für Ihren Erfolg**

Sicherer Umgang mit Gewährleistung und Mängelansprüchen in der Baupraxis

Herausgeber: Dominik Krause / Oliver Vogt

Liebe Besucherinnen und Besucher unserer Homepage,

wir freuen uns, dass Sie sich für unsere Produkte interessieren.

Im Folgenden finden Sie eine Leseprobe aus unserem Loseblattwerk „Sicherer Umgang mit Gewährleistung und Mängelansprüchen in der Baupraxis“.

Falls Sie noch nähere Informationen wünschen oder gleich über die Homepage bestellen möchten, klicken Sie einfach auf den Button „Zur Bestellung“ oder wenden sich bitte direkt an:

FORUM Verlag Herkert GmbH
Mandichostr. 18
86504 Merching

Telefon: 08233 / 381-123
Telefax: 08233 / 381-222
E-Mail: service@forum-verlag.com

© Alle Rechte vorbehalten. Ausdruck, datentechnische Vervielfältigung (auch auszugsweise) oder Veränderung bedürfen der schriftlichen Zustimmung des Verlages.

Gewährleistungsbürgschaft¹

[...]

- Besteller -

hat aufgrund Bauvertrag vom [...] an

[...]

- Unternehmer -

den Auftrag zur Ausführung folgender Leistungen erteilt:

[...]

[...]

Die Lieferungen und Leistungen des Unternehmers zu dem oben angegebenen Vertrag sind vertragsgemäß erbracht und abgenommen². Der Unternehmer haftet nach dem Vertrag und den gesetzlichen Bestimmungen dem Besteller für etwaige Mängelansprüche. Er hat sich verpflichtet, eine Sicherheit für etwaige Mängelansprüche [ggf.: in Höhe von [...] % der Bruttoabrechnungssumme] zu stellen, die durch Bürgschaft erbracht werden kann.

Dies vorausgeschickt übernehmen wir gegenüber dem Besteller zur Sicherung seiner Mängelansprüche gegen den Unternehmer aus dem vorgenannten Vertrag die unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB)³ bis zu einem Höchstbetrag⁴ von insgesamt

[...] Euro

mit der Maßgabe, dass wir aus dieser Bürgschaft nur auf Zahlung von Geld in Anspruch genommen werden können.

Die Bürgschaft gilt für sämtliche Ansprüche des Bestellers, insbesondere für die Ansprüche aus Überzahlung des Bestellers inklusive Zinsen, aus Nichterfüllung und Schlechterfüllung der Gewährleistungspflichten und aus Vertragsstrafe wegen verspäteter Mangelbeseitigung⁵. Die Bürgschaft umfasst zudem Zusatzkosten für die Einschaltung eines Architekten, Ingenieurs, Sachverständigen oder Rechtsanwaltes sowie Ansprüche auf Ersatz von Verfahrenskosten⁶.

Unsere Verpflichtungen aus dieser Bürgschaft erlöschen spätestens, wenn uns diese vom Besteller oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten zurückgegeben worden ist. Die Bürgschaft ist mit Ablauf der Gewährleistungsfrist zurückzugeben, soweit zu diesem Zeitpunkt keine (unerfüllten) Ansprüche des Bestellers mehr bestehen⁷.

Unser Unternehmen ist in den europäischen Gemeinschaften zugelassen⁸.

Gerichtsstand für Ansprüche aus dieser Bürgschaft ist [...].

[...] , den [...]

[...]

- Bürge -

5.20 Hinweise zur Anwendung der Arbeitshilfe „Gewährleistungsbürgschaft“

Anm. 1: Die Arbeitshilfe enthält die Vorlage einer Bürgschaftserklärung eines Dritten (vornehmlich dürften dies Kreditinstitute sein) für einen (Bau-)Unternehmer zur Absicherung potenzieller Gewährleistungsansprüche des Bestellers.

Das mit der Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft zu erfüllende Sicherheitsbedürfnis des Bestellers ergibt sich vor allem aus dem Umstand, dass der Besteller die **Risiken, die sich bei Abwicklung eines Bauvorhabens** ergeben können, kaum abschätzen kann. Insbesondere können die Unwägbarkeiten in der (mangelnden) Solvenz des Bauunternehmers sowie dessen ordnungsgemäßer Erfüllung seiner Leistungs- und Gewährleistungspflichten liegen. Allerdings ist zu beachten, dass sich weder aus der VOB/B noch aus dem BGB ein direkter Anspruch auf Stellung einer Sicherheit, und damit auch einer Bürgschaft, ergibt, sodass diese **vertraglich vereinbart werden muss**.¹ Selbst bei Vereinbarung der VOB durch die Vertragsparteien muss daher eine separate Einigung über die Verpflichtung einer Bürgschaft erfolgen.

Im Gegensatz zum VOB-Vertrag ist beim BGB-Bauvertrag allerdings zu beachten, dass die Bürgschaft gegenüber anderen Sicherungsmitteln (z. B. Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren, Verpfändung von Forderungen oder beweglicher Sachen, Bestellung einer Hypothek etc.)

¹ Vgl. § 17 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B.

subsidiär ist. Sie ist also nur dann zulässig, wenn die Sicherung nicht auf andere – konkret in § 232 Abs. 1 BGB genannte – Art und Weise möglich ist.¹ Im VOB-Vertrag können Sicherungsmittel hingegen auch in gewissem Umfang² kombiniert werden.

Anm. 2: Die Arbeitshilfe stellt grundsätzlich auf eine Sachverhaltskonstellation ab, in der die Leistungen des Unternehmers bereits vollständig und vertragsgemäß erbracht worden sind. Ein Sicherungsbedürfnis für die Vertragserfüllung besteht in diesem Fall nicht mehr. Allerdings besteht weiterhin ein Sicherungsbedürfnis des Bestellers hinsichtlich der Realisierung einer potenziellen Mangelgewährleistung des Unternehmers bis zur Verjährung der Ansprüche des Bestellers.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass nach der Rechtsprechung des BGH hinsichtlich der Unterscheidung von Erfüllungsbürgschaft (grundsätzlich Sicherung von Ansprüchen bis zur Abnahme) und Gewährleistungsbürgschaft (grundsätzlich Sicherung von Ansprüchen nach Abnahme) zwischen BGB- und VOB-Bauvertrag zu differenzieren ist.³ Beim BGB-Bauvertrag können von einer Gewährleistungsbürgschaft auch Ansprüche vor Abnahme umfasst sein, beim VOB-Vertrag hingegen nicht.⁴

*Unterscheidung von
Erfüllungsbürgschaft
und Gewährleistungs-
bürgschaft*

Es kann auch ein Sicherungsbedürfnis des Unternehmers hinsichtlich seiner vom Besteller zu zahlenden

¹ Vgl. § 232 Abs. 2 BGB.

² D. h. mit den in § 17 Abs. 2 VOB/B genannten Sicherungsmitteln.

³ Vgl. BGH, Urt. v. 04.12.1997 – IX ZR 247/96.

⁴ Hier sollen nur Ansprüche nach Abnahme, also aus § 13 VOB/B, umfasst sein, nicht hingegen solche nach § 4 Abs. 7 VOB/B; str.; vgl. zum Sachstand *Werner*, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl. 2008, Rdnr. 1252 m. w. N.

Werklohnvergütung bestehen. Die vorliegende Arbeitshilfe beschränkt sich indes auf die sog. Gewährleistungsbürgschaft zugunsten des Bestellers. Der Unternehmer kann sich zudem – ohne dass eine vertragliche Vereinbarung notwendig wäre – durch eine Bauhandwerker-sicherung nach § 648a BGB absichern.

Anm. 3: Der vom Bürgen erklärte Verzicht auf die Einrede der Vorausklage ist üblich und in VOB-Bauverträgen, neben dem Erfordernis der Schriftform und der Anerkennung der Tauglichkeit des Bürgen durch den Auftraggeber, darüber hinaus zwingend.¹ Bei Bestehen der Einrede der Vorausklage müsste der Bürgschaftsgläubiger (hier der Besteller) zunächst erfolglos versucht haben, seinen Anspruch im Wege der Zwangsvollstreckung gegen seinen Vertragspartner (hier den Unternehmer) durchzusetzen, bevor er seine Ansprüche gegen den Bürgen geltend machen kann. Das bedeutet einen erheblichen Zeit- und Kostenaufwand (da zunächst ein Titel, z. B. ein Urteil, erforderlich ist, um überhaupt Maßnahmen der Zwangsvollstreckung ergreifen zu können), bevor gegen den Bürgen vorgegangen werden kann. In der Praxis wird daher auch in BGB-Bauverträgen i. d. R. eine selbstschuldnerische Bürgschaft verlangt.

*Bürgschaft auf erstes
Anfordern*

Auch in VOB-Verträgen kann der Auftraggeber allerdings i. d. R. keine sog. „Bürgschaft auf erstes Anfordern“ verlangen.² Dies gilt jedenfalls dann, wenn diese nicht individualvertraglich vereinbart wird; doch ist die Vereinbarung auch dann immer kritisch auf ihre Wirksamkeit hin zu prüfen.³ Die Bürgschaft auf erstes

¹ Vgl. § 17 Abs. 4 VOB/B.

² Vgl. § 17 Abs. 4 Satz 3 VOB/B.

³ Vgl. *Werner*, in: *Werner/Pastor, Der Bauprozess*, 12. Aufl. 2008, Rdnr. 1257 m. w. N.

Anfordern weist die Besonderheit auf, dass der Bürge, ohne dass ein konkreter Nachweis des Eintritts des Sicherungsfalls erforderlich ist, in Anspruch genommen werden kann. Einwendungen kann der Bürge dann i. d. R. nur in einem Rückforderungsprozess geltend machen. Zumindest **in Formularverträgen** (AGB) hält die Rechtsprechung die Verpflichtung zu einer solchen Bürgschaft **zumeist** für **unwirksam**.¹

Anm. 4: Die Vereinbarung eines Höchstbetrags dürfte zur Bestimmung des Haftungsumfangs nicht zwingend erforderlich sein, da sich die Haftungssumme letztlich an der Hauptforderung gegen den Besteller orientiert bzw. von dieser abhängt. Allerdings ist die Beschränkung der Sicherungshöhe grundsätzlich möglich und führt zumindest zu einer (betragsmäßigen) Risikoverringerung des Bürgen.

Anm. 5: Eine Bürgschaft für die Ausführung aller in einem Bauvertrag übernommenen Verpflichtungen des Hauptschuldners umfasst auch ohne vertragliche Vereinbarung dann einen Anspruch des Gläubigers (hier des Bestellers) auf eine Vertragsstrafe, wenn der Hauptschuldner (hier der Unternehmer) sich nicht nur zur Durchführung bestimmter Bauarbeiten, sondern auch zur Einhaltung fester Termine unter Versprechen einer Vertragsstrafe bei deren Nichteinhaltung verpflichtet hatte.²

Anm. 6: Die Haftung des Bürgen für die dem Gläubiger (Besteller) vom Hauptschuldner (Unternehmer) zu er-

¹ Vgl. BGH, Urt. v. 18.04.2002 – VII ZR 192/01; str., vgl. zum Sachstand *Werner*, in: *Werner/Pastor*, *Der Bauprozess*, 12. Aufl. 2008, Rdnr. 1260 m. w. N.

² Vgl. BGH, Urt. v. 07.06.1982 – VIII ZR 154/81.

setzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung besteht bereits nach dem Gesetz.¹ Hiervon dürften insofern zumindest auch die für die Rechtsverfolgung *erforderlichen* Kosten für einen Sachverständigen und einen Rechtsanwalt umfasst sein.

Anm. 7: Die Formulierung hat beim VOB-Bauvertrag eine Haftungsverschärfung für den Bürgen zur Folge, da die Gewährleistungsbürgschaft ohne anderslautende vertragliche Vereinbarung grundsätzlich bereits nach zwei Jahren zurückzugeben ist², die Mangelgewährleistung bei Gebäuden hier allerdings grundsätzlich vier Jahre beträgt.³

Anm. 8: Die Formulierung gibt letztlich nur die von der VOB/B gestellten Anforderungen an den „tauglichen“ Bürgen wieder.⁴

¹ Vgl. § 767 Abs. 2 BGB.

² Vgl. § 17 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B.

³ Vgl. § 13 Abs. 4 Nr. 1 Satz 1 VOB/B. Bei BGB-Bauverträgen beträgt die Gewährleistungsfrist indes fünf Jahre, vgl. § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB.

⁴ Vgl. § 17 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B.