

BÜRGSCHAFT

Fehler beim Stellen einer Vertragserfüllungsbürgschaft vermeiden

1. Ansprüche aus einer nachträglich vereinbarten Vertragserfüllungsbürgschaft können mangels bewiesener abweichender Vereinbarungen nur dann geltend gemacht werden, wenn die zuvor einbehaltenen Sicherungsbeträge ausgezahlt werden.
2. Die Gestellung einer Bürgschaft als Austauschsicherheit durch den Auftragnehmer ist in der Regel dahin auszulegen, dass sie unter der auflösenden Bedingung steht, der Auftraggeber werde seiner Verpflichtung zur effektiven Auszahlung eines Bareinbehalts alsbald nachkommen.
3. Durch die Vereinbarung einer Sicherheitsleistung werden grundsätzlich gesetzliche Zurückbehaltungs- bzw. Leistungsverweigerungsrechte nicht ausgeschlossen.

[OLG Frankfurt 5.3.14, 4 U 201/13, Abruf-Nr. 142013]

Sachverhalt

Der Kläger macht – nach Kündigung eines Bauvertrags mit der Streithelferin – gegen die Beklagte Ansprüche aus einer Vertragserfüllungsbürgschaft geltend, die die Streithelferin der Beklagten dem Kläger, ihrem Auftraggeber, als Sicherheit gestellt hatte. Die Parteien streiten über die vereinbarten Bedingungen der Bürgschaft und ob diese vorgelegen haben sowie über die Frage, ob eine Übersicherung vorliegt, wenn einerseits nur 90 Prozent der Vertragssumme als Abschlagszahlungen ausgezahlt werden, andererseits noch eine 10-prozentige Vertragserfüllungsbürgschaft gestellt wird. Nach dem Bauvertrag sollten Abschlagszahlungen in Höhe von maximal 90 Prozent der erbrachten Leistungen erfolgen. Eine Sicherheitsleistung war nur für die Sicherstellung von Mängelansprüchen in Höhe von 5 Prozent der Bruttoschlussrechnungssumme vereinbart. Die Vertragserfüllungsbürgschaft wurde später ausgehandelt.

Entscheidungsgründe/Praxishinweis

Nach dem LG hat auch das OLG die Klage wegen einer begründeten Konditionseinrede (§§ 821, 768 BGB) abgewiesen.

MERKE | Der Bürge kann nach § 768 Abs. 1 S. 1 BGB die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen. Dies gilt nach § 768 Abs. 2 BGB selbst dann, wenn der Hauptschuldner hierauf verzichtet hat.

Die Einrede bestand hier darin, dass Ansprüche aus der Vertragserfüllungsbürgschaft erst geltend gemacht werden können, wenn die vorherigen Sicherungseinbehalte ausgezahlt werden. Eine abweichende Vereinbarung muss der Gläubiger beweisen.

Das OLG geht davon aus, dass die Vertragserfüllungsbürgschaft als Austauschsicherheit gestellt wurde, d.h. dem Ersatz des vereinbarten Sicherheitseinbehalts von 10 Prozent der jeweils fälligen Vergütung diene. Der Kläger konnte



IHR PLUS IM NETZ

fmp.iww.de
Abruf-Nr. 142013

Bürge kann Einreden des Hauptschuldners geltend machen

Austauschsicherheit

sich danach also nur aus der Vertragserfüllungsbürgschaft bedienen, wenn er zuvor die einbehaltenen Vergütungsanteile auszahlte, was seine Gesamtsicherheit natürlich schmälerte. Während er bei zwei nebeneinander bestehenden Sicherheiten insgesamt 20 Prozent der Vertragssumme sicher hatte, ergibt die Auslegung des OLG nur eine Sicherheit von 10 Prozent. Gerade im Fall der Insolvenz des Vertragspartners ist der Unterschied wirtschaftlich gravierend. Der Gläubiger tut deshalb gut daran im Text der Vertragsausfallbürgschaft ausdrücklich klarzustellen, in welchem Umfang die Sicherheit gestellt wird. Sich auf andere Beweismittel als die Urkunde zu verlassen, birgt immer ein großes Prozessrisiko in sich. Im Zweifel muss der Bevollmächtigte den Gläubiger hierüber aufklären. In der Sache sprachen viele Indizien gegen eine doppelte Sicherheit, die auch generell zu beachten sind:

- Vertraglich war die Vertragserfüllungsbürgschaft nicht vereinbart.
- Ein größeres Risiko ist während der Vertragsdurchführung nicht entstanden.
- Generell wird anzunehmen sein, dass mit Stellen der Bürgschaft die Liquidität erhöht werden soll, d.h. das Ziel darin liegt, Bareinbehalte auszulösen.

Das OLG zeigt dann ein weiteres Risiko für den Gläubiger: Das Stellen einer Bürgschaft als Austauschsicherheit durch den Auftragnehmer ist in der Regel dahin auszulegen, dass sie unter der auflösenden Bedingung steht, der Auftraggeber werde seiner Verpflichtung zur effektiven Auszahlung eines Bareinbehalts alsbald nachkommen. Nur unter dieser Voraussetzung ist es für den Auftragnehmer sinnvoll, sein Austauschrecht in Anspruch zu nehmen. Es ist nicht der Sinn des Austauschrechts, den Auftragnehmer auf einen Rechtsstreit über die Pflicht zur Barauszahlung oder die Berechtigung der Aufrechnung zu verweisen. Die ihn zusätzlich belastenden Avalzinsen der Bürgschaft kann er vernünftigerweise nur für den Fall aufwenden wollen, dass er zur Verstärkung seiner Liquidität alsbald Bargeld erhält.

Folge: Weigert sich der Auftraggeber unter Verletzung seiner vertraglichen Pflicht, die Barsicherheit auszuzahlen, tritt die auflösende Bedingung ein, unter der die Bürgschaft als Sicherheit gestellt worden ist. Der Rechtsgrund für die Gestellung entfällt damit. Der Auftragnehmer kann die Bürgschaftsurkunde als ungerechtfertigte Bereicherung herausverlangen (BGH NJW 97, 2958; NJW 11, 1282; Ingenstau/Korbion, 18. Aufl., zu § 17 Abs. 3 VOB/B, Rn. 29). Erfüllen muss der Gläubiger aber nur den nicht anderweitig begründeten Sicherungseinbehalt. Das OLG stellt klar, dass durch die Vereinbarung einer Sicherheitsleistung grundsätzlich gesetzliche Zurückbehaltungs- bzw. Leistungsverweigerungsrechte nicht ausgeschlossen werden. Die Sicherheitsleistung dient dazu, die vertragsgemäße Ausführung der Leistung und die Gewährleistung sicherzustellen. Demgegenüber bezweckt die Leistungsverweigerung gemäß § 320 BGB über die Sicherung des Anspruchs hinaus, auf den Auftragnehmer Druck auszuüben, damit er die ihm obliegende Leistung umgehend erbringt. Daher kann die Einrede des § 320 BGB nicht durch Sicherheitsleistung abgewendet werden (Werner/Pastor, Bauprozess, 13. Aufl., Rn. 1633).

MERKE | Berufen sich Hauptschuldner bzw. Bürge auf eine abweichende Vereinbarung, müssen sie diese nach allgemeinen Regeln darlegen und beweisen. Der Anspruchsteller muss darlegen und beweisen, dass ihm ein Leistungs- oder Zurückbehaltungsrecht oder sonstige Ansprüche – etwa wegen Verzugs – zustehen.

Risiko für Gläubiger

Weigerung der Auszahlung = Eintritt der auflösenden Bedingung

Beweislastverteilung