

## BÜRGSCHAFTEN AM BAU (TEIL 3)

## Die Gewährleistungs- bzw. Mängelbürgschaft: Das müssen Architekten und Fachplaner wissen

von Rechtsanwalt Dr. Andreas Schmidt, Fachanwalt  
für Bau- und Architektenrecht, SMNG Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Köln

Das Thema „Bürgschaften“ betrifft die planenden Berufe in zweierlei Hinsicht. Zum einen werden Sie von immer mehr Auftraggebern aufgefordert, selbst Vertragserfüllungs- oder Gewährleistungsbürgschaften zu stellen. Zum zweiten fordern Ihnen die Grundleistungen in den späten Lph Bürgschafts-Praxiswissen ab. Nachdem PBP Sie in den Ausgaben 5/2017 und 6/2017 mit der Vertragserfüllungsbürgschaft vertraut gemacht hat, steht nachfolgend die Gewährleistungsbürgschaft im Mittelpunkt. |

### Sinn und Zweck der Gewährleistungsbürgschaft

Die Mängel- bzw. Gewährleistungsbürgschaft soll Ansprüche des Auftraggebers wegen Mängel absichern, die sich während der Verjährungsfrist für Mängelansprüche, also nach der Abnahme zeigen. Wichtig ist eine vertragliche Vereinbarung, wann die Bürgschaft zurückgegeben werden soll.

#### Im VOB/B-Vertrag ist eine vertragliche Rückgaberegung angezeigt

Fehlt es nämlich an einer spezifischen Rückgaberegung, gilt bei VOB/B-Bauverträgen § 17 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B: Die Bürgschaft muss schon zwei Jahre nach der Abnahme zurückgegeben werden – also lange, bevor die Gewährleistungsfrist abgelaufen ist.

**PRAXISHINWEIS |** In Bauverträgen wird daher üblicherweise vereinbart, dass die Mängelbürgschaft erst zurückgegeben wird, wenn auch die Verjährungsfrist für Mängelansprüche abgelaufen ist.

Sind im Vertrag verschiedene Verjährungsfristen vereinbart, z. B. zehn Jahre für die Abdichtung und für alles andere fünf Jahre, ist es üblich zu vereinbaren, dass die Mängelbürgschaft nach fünf Jahren reduziert wird, z. B. von fünf Prozent auf ein Prozent der Abrechnungssumme. Insgesamt wird die Bürgschaft aber erst zurückgegeben, wenn die zehnjährige Frist abgelaufen ist.

### Die Verjährung: Gleich zwei Tatbestände im Blick haben

Die Herausforderung bei der Gewährleistungsbürgschaft besteht darin, dass der Auftraggeber zwei Verjährungstatbestände bzw. -ansprechpartner und damit unterschiedliche Verjährungsfristen im Blick behalten muss.

- Bürge: Die Frist, ab der Ansprüche aus der Bürgschaft selbst (= gegen den Bürgen) verjährt sind.
- Auftragnehmer: Die Frist, ab der Ansprüche gegen den Unternehmer verjährt sind.

Ohne explizite  
vertragliche  
Vereinbarung ...

... gilt bei VOB/B-  
Verträgen nur  
eine Zwei-Jahres-  
Haltefrist

Wenn verschiedene  
Verjährungsfristen  
vereinbart sind

### Die Verjährung gegenüber dem Bürgen

Ansprüche gegen den Bürgen verjähren im Gegensatz zu Mängelansprüchen (fünf Jahre) schon nach drei Jahren. Die Frist beginnt mit Ablauf des Jahres, in dem ein Anspruch gegen den Bürgen entsteht und der Auftraggeber davon Kenntnis erlangt (§§ 195, 199 BGB). Dies kann dazu führen, dass der Anspruch gegen den Bürgen verjährt ist, obwohl der Mängelanspruch gegen den Unternehmer noch nicht verjährt ist.

#### ■ Beispiel

Die Leistung ist am 01.10.2010 abgenommen worden. Anschließend hat der Unternehmer eine Mängelbürgschaft gestellt. Im Frühjahr 2011 entdeckt der Auftraggeber einen Mangel, den er am 01.03.2011 gegenüber dem Unternehmer rügt. Er fordert ihn auf, die Mängel bis zum 30.04.2011 zu beseitigen. Dann geschieht zunächst einmal nichts. Im Jahre 2014 gerät der Auftragnehmer in Insolvenz. Daraufhin verklagt der Auftraggeber im März 2015 den Bürgen auf Übernahme der Kosten der Mängelbeseitigung.

Ergebnis: Die Klage gegen den Bürgen kommt zu spät. Die Ansprüche sind verjährt. Die Verjährungsfrist im Verhältnis zum Bürgen begann zum Jahresende 2011 zu laufen, da ein auf Zahlung gerichteter Anspruch gegen den Bürgen bereits mit Ablauf der Mängelbeseitigungsfrist am 30.04.2011 entstanden war. Die im Verhältnis zum Bürgen geltende Verjährungsfrist von drei Jahren war also zum Jahresende 2014 abgelaufen. Im Verhältnis zum Bürgen war der Anspruch verjährt. Die Klage konnte die Verjährung gegen den Bürgen nicht mehr hemmen. Der Auftraggeber konnte also 2015 nur noch Ansprüche gegen den Auftragnehmer geltend machen (bei Annahme der gesetzlichen Fünfjahres-Frist ab dem 01.10.2010). Da der Auftragnehmer aber insolvent war, konnte der Auftraggeber seine Ansprüche nur noch zur Insolvenztabelle anmelden (KG Berlin, Urteil vom 26.02.2015, Az. 27 U 174/13, Abruf-Nr. 193930)

Um dieses Verjährungsproblem zu vermeiden, wird in Bürgschaften häufig vereinbart, dass die Verjährung gegen den Bürgen nicht eintreten soll, solange die Mängelansprüche gegen den Unternehmer nicht verjährt sind. Die Verjährungsfristen werden also „parallel geschaltet“. Ob solche Regelungen als AGB wirksam sind, ist höchstrichterlich noch nicht entschieden. Der BGH hat bisher nur klargestellt, dass eine Verlängerung der dreijährigen Frist auf fünf Jahre wirksam ist (BGH, Urteil vom 21.04.2015, Az. XI ZR 200/14, Abruf-Nr. 177625).

**PRAXISHINWEIS** | Es ist und bleibt also der sicherste Weg, im Verhältnis zum Bürgen von der gesetzlichen Verjährungsfrist auszugehen, also von drei Jahren zum Jahresende nach Anspruchsentstehung und Kenntnis.

### Die Verjährung gegenüber dem Auftragnehmer

Als Sachwalter des Auftraggebers müssen Sie – zweitens – auch aufpassen, dass Ansprüche gegen den Unternehmer nicht verjähren. Das Problem ist hier, dass – ist der Anspruch erst einmal verjährt – sich auch der Bürge auf

Ansprüche verjähren  
in drei Jahren

BGH-Urteil  
macht auf ...

... Verjährungsfall  
aufmerksam

Parallelschaltung  
der Verjährungs-  
tatbestände und  
-fristen ist schwierig

Verjährung  
hemmen

die Verjährung berufen kann. Es ist also enorm wichtig, rechtzeitig Maßnahmen zu ergreifen, die die Verjährung hemmen.

#### ■ Beispiel (Abwandlung des vorherigen Beispiels)

Die Abnahme hat am 01.10.2010 stattgefunden. Im Jahr 2011 ist ein Mangel entdeckt und erfolglos eine Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt worden. Der Unternehmer ist 2014 in Insolvenz geraten. Der Auftraggeber erhebt rechtzeitig im Jahr 2014 Klage gegen den Bürgen. Seine Mängelansprüche gegen den insolventen Unternehmer verfolgt er nicht weiter, weil er keine nennenswerte Quote im Insolvenzverfahren erwartet. Das Verfahren gegen den Bürgen zieht sich vor Gericht in die Länge. Fünf Jahre nach der Abnahme, also im Oktober 2015, reicht der Anwalt des Bürgen einen Schriftsatz ein, mit dem er für den Bürgen die Einrede der Verjährung der Mängelansprüche erhebt.

Ergebnis: In diesem Fall verliert der Auftraggeber den Prozess gegen den Bürgen. Der Auftraggeber hätte rechtzeitig vor Verjährung der Mängelansprüche eine Hemmung der Verjährungsfrist im Verhältnis zum Auftragnehmer bewirken müssen. Nach Eintritt der Insolvenz hätte der Auftraggeber daher seine Forderung beim Insolvenzverwalter zur Insolvenztabelle anmelden müssen.

Ungünstige  
Kettenreaktion  
ausschließen

### Bürgschaftstext genau lesen

Bürgschaft unter  
Auflage einer  
Abnahme ohne  
Mängelvorbehalte ...

Viele Mängelbürgschaftstexte von Banken und vor allem Kreditversicherern enthalten Klauseln, die sich für den Auftraggeber nachträglich als fatal erweisen können. Verbreitet sind z. B. Bürgschaften, mit denen „Mängelansprüche nach VOB Teil B § 13 für bereits fertiggestellte und ohne Beanstandungen und Auflagen abgenommenen Arbeiten“ gesichert werden sollen. In solchen Fällen muss der Bürge nur zahlen, wenn tatsächlich eine Abnahme ohne Mängelvorbehalte vorliegt (OLG Frankfurt, Urteil vom 24.08.2016, Az. 29 U 147/16, Abruf-Nr. 193931). Das ist aber in der Praxis bekanntlich die absolute Ausnahme.

... birgt  
hohe Risiken

**PRAXISHINWEIS |** Begegnet Ihnen als Architekt im Rahmen der Lph 8 eine solche Bürgschaft, mit der der Bauunternehmer einen Einbehalt ablösen will, ist Vorsicht geboten. Weisen Sie Ihren Auftraggeber darauf hin, dass die Bürgschaft nur bei einer mängelfreien Abnahme greift. Im Zweifel sollte der Auftraggeber eine solche Bürgschaft also besser zurückweisen.

### Vorsicht mit nachträglichen Vereinbarungen

Äußerst problematisch sind bei Mängelbürgschaften auch nachträgliche Vereinbarungen, die die Vertragsparteien zu den Mängelansprüchen oder deren Verjährung treffen. Solche Vereinbarungen muss der Bürge nämlich nicht gegen sich gelten lassen (BGH, Urteil vom 18.09.2007, Az. XI ZR 447/06, Abruf-Nr. 073542).

## ■ Beispiel

Zum Jahresende 2016 drohte die Verjährung der Mängelansprüche des Auftraggebers. Auftraggeber und Auftragnehmer haben daher vereinbart, dass der Auftragnehmer bis zum Jahresende 2017 auf die Einrede der Verjährung verzichtet (befristeter Verjährungsverzicht). Der Auftragnehmer fällt im Jahr 2017 in Insolvenz. Der Auftraggeber will nun, vor Jahresablauf 2017, den Bürgen aus der ihm vorliegenden Mängelbürgschaft in Anspruch nehmen.

Ergebnis: Der Bürge muss nicht zahlen. Denn der Verjährungsverzicht wirkt nicht zulasten des Bürgen (§ 768 Abs. 2 BGB). Auftragnehmer und Auftraggeber hätten bei Ihrer Vereinbarung die Zustimmung des Bürgen einholen müssen. Diese wird der Bürge nachträglich kaum erteilen, wenn er sich auf die Verjährung berufen kann (BGH, Urteil vom 18.09.2007, Az. XI ZR 447/06, Abruf-Nr. 073542).

Anders ist die Rechtslage, wenn Auftraggeber und Auftragnehmer über Mängelansprüche verhandeln. Während der Verhandlungen ist die Verjährung der Ansprüche des Auftraggebers gehemmt (§ 203 BGB). Dieser Zeitraum wird also bei der Berechnung der Frist von z. B. fünf Jahren nicht mitgerechnet.

**Wichtig |** Es handelt es sich um eine gesetzliche Rechtsfolge und nicht um ein Rechtsgeschäft der Vertragspartner. Daher gilt die Hemmung der Verjährung und der deshalb spätere Eintritt der Verjährung auch im Verhältnis zum Bürgen (BGH, Urteil vom 14.07.2009, Az. XI ZR 18/08, Abruf-Nr. 092826).

### PRAXISHINWEISE |

- Verlassen Sie sich in Verjährungsfragen trotzdem möglichst nicht darauf, dass Verhandlungen die Verjährung hemmen. Sonst müssen Sie später genau belegen (und beweisen), dass und wie lange tatsächlich verhandelt wurde. Die Hemmung durch Verhandlungen sollte deshalb nur als Rettungsanker im Notfall angesehen werden.
- Eine sichere Hemmung der Verjährung erreicht man nur, indem man seine Ansprüche gerichtlich geltend macht.
- Ein ebenso probates Mittel besteht darin, einen befristeten Verjährungsverzicht zu vereinbaren. Wenn es dabei um Ansprüche geht, für die eine Bürgschaft gestellt wurde, muss hier aber vorab die Zustimmung des Bürgen eingeholt werden (s. oben).

### ↘ WEITERFÜHRENDE HINWEISE

- Beitrag „Bürgschaften am Bau: Das müssen Architekten und Fachplaner wissen“, PBP 5/2017, Seite 20 → Abruf-Nr. 44632799
- Beitrag „Die Vertragserfüllungsbürgschaft: Das müssen Architekten und Fachplaner wissen“, PBP 6/2017, Seite 15 → Abruf-Nr. 44697656

Befristete Verjährungsverzichte richtig regeln

Verhandlung über Mängelansprüche hemmt die Verjährung



ARCHIV  
Ausgaben 5 | 2017  
und 6 | 2017