

Verjährungsfalle Gewährleistungsbürgschaft

-Unterschiedliche Verjährungsfristen für Mängelansprüche und Ansprüche aus der Gewährleistungsbürgschaft

Üblicherweise legen Generalunternehmer in den Verträgen mit ihren Subunternehmern, wie auch die Bauherren, in den Verträgen mit ihren Werkunternehmern die VOB/B zugrunde. In § 17 der VOB/B ist die Gewährleistungsbürgschaft geregelt. Zur Verdeutlichung der Problematik sei kurz folgender ganz alltäglicher Fall vorgestellt:

Der Auftragnehmer hat für den Auftraggeber Werkleistungen ausgeführt. Im Januar 2005 erstellt der Handwerker seine Schlussrechnung. Zur Ablösung des vertraglich vereinbarten Gewährleistungseinbehalts von 5 % der Schlussrechnungssumme stellt er dem Auftraggeber eine entsprechende Gewährleistungsbürgschaft seiner Bank zur Verfügung und der Auftraggeber zahlt dementsprechend im März 2005 den Restbetrag in Höhe von 5 % der Schlussrechnungssumme an den Werkunternehmer aus.

Im Juli 2005 zeigen sich Mängel an dem Gewerk und der Auftraggeber rügt gegenüber dem Auftragnehmer die Mängel und fordert den Auftragnehmer auf, die Mängel bis spätestens zum 31. August 2005 zu beseitigen. Diese Frist lässt der Auftragnehmer verstreichen und es beginnt eine umfangreiche Korrespondenz zwischen den Parteien. Ende 2005 führt dann der Auftragnehmer Mängelbeseitigungsarbeiten durch, die er im Januar 2006 abschließt. Mit dem Ergebnis der Mängelbeseitigungsarbeiten ist der Auftragnehmer allerdings nicht einverstanden und rügt erneut die Mangelhaftigkeit des Gewerkes. Der Auftraggeber verklagt nun den Auftragnehmer auf Schadenersatz. Vom Gericht werden Gutachten angefordert und der Prozess zieht sich hin bis Mitte 2008. Ein Ende des Prozesses ist noch nicht abzusehen, da das Gericht ankündigt, ein Obergutachten einholen zu wollen, um die immer noch streitige Frage der Mängel und der Mängelverursachung zu klären.

Für den Auftraggeber stellt sich nun die Frage, ob er neben dem Prozess gegen den Auftragnehmer auch noch dessen Bank aus der Gewährleistungsbürgschaft in Anspruch nehmen muß.

Die geltend gemachten Ansprüche laufen parallel. In seiner Entscheidung vom 29. Jan. 2008 –XI ZR 160/07- hat der BGH trotzdem entschieden, dass die Fälligkeit der Bürgschaftsforderung bereits mit der Fälligkeit der Hauptforderung eintritt und nicht erst, wenn der Auftragnehmer den Bürgen aus der Bürgschaft in Anspruch nimmt. Damit trat die Fälligkeit der

Bürgschaftsforderung bereits in dem Zeitpunkt ein, als die dem Auftragnehmer gesetzte Frist zur Mängelbeseitigung ablief.

Dieses bedeutet nun für unseren obigen Fall, dass Schadenersatzforderung des Auftraggebers bereits entstanden, als der Auftragnehmer der Aufforderung zur Mängelbeseitigung bis zum 31. August 2005 nicht nachkam. Bereits zu diesem Zeitpunkt hätte der Auftragnehmer die Bank aus der Bürgschaft in Anspruch nehmen können und demzufolge begann auch bereits mit dem 01. September 2005 die Verjährungsfrist zu laufen. Damit endet die Verjährungsfrist nach 3 Jahren zum Jahresende, also bereits am 31. Dezember 2008.

Will also der Auftragnehmer nicht Gefahr laufen, dass ihm während des laufenden Rechtsstreites die Ansprüche aus der ihm gegebenen Gewährleistungsbürgschaft verjähren, muss er gegenüber der bürgenden Bank noch in 2008 verjährungsunterbrechende Maßnahmen einleiten. Dieses ist grundsätzlich nur durch eine Klage gegenüber der bürgenden Bank möglich. Also muss hier der Auftragnehmer praktisch auf 2 Hochzeiten tanzen und zum einen die Gewährleistungsklage gegenüber dem Auftragnehmer durchführen und zum anderen auch eine weitere Klage gegenüber der bürgenden Bank erheben. Ansonsten würde sein Bürgschaftsanspruch am 31. Dezember 2008 verjähren, obwohl der Prozess gegenüber dem Auftragnehmer noch gar nicht abgeschlossen ist. Wenn dann während des Prozesses im Jahre 2009 beispielsweise der Auftragnehmer in Insolvenz fällt, könnte der Auftraggeber gegenüber der bürgenden Bank seine Ansprüche nicht mehr durchsetzen, da die Ansprüche aus der Gewährleistungsbürgschaft inzwischen verjährt sind.

Welche Lösungsmöglichkeiten bieten sich nun an?

Zunächst sollte jeder Auftraggeber von Werkleistungen prüfen, ob er solche Gewährleistungsbürgschaften in seinen Unterlagen hat und darüber hinaus auch prüfen, ob er bereits Mängel gerügt und Auftragnehmer unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung aufgefordert hat. Hier darf der Auftraggeber nun keineswegs auf die ihm bekannten Verjährungsfristen vertrauen und die Durchsetzung seiner Ansprüche auf die lange Bank schieben. Sollten solche Fallkonstellationen gegeben sein, ist es sicherlich möglich, die Bank aufzufordern, auf die Einrede der Verjährung für einen gewissen Zeitraum zu verzichten, um zunächst die Situation mit dem Auftragnehmer zu klären. In aller Regel werden die Banken solchen fristverlängernden Vereinbarungen zustimmen, um unnötige Prozesse zu vermeiden.

In Zukunft sollte der Auftraggeber darauf achten und darauf bestehen, dass in die Gewährleistungsbürgschaften Regelungen aufgenommen werden, dass die Geltendmachung der Bürgschaftsforderung als vertragliche Fälligkeitsvoraussetzung vereinbart wird. Auch dadurch kann diese Verjährungsfalle umgangen werden.

Aber Achtung! Ein evtl. Verjährungsverzicht des Bürgen hat aber wiederum keinen Einfluss auf die Verjährungsfrist gegenüber dem Werkunternehmer. Auch eine Klage gegen den Bürgen führt zu keiner Unterbrechung der Verjährung des gesicherten Anspruches gegen den Auftragnehmer. Hierauf kann sich dann der Bürge wieder über § 768 BGB berufen. Dieses sollte der Auftraggeber unbedingt beachten und tatsächlich beide Ansprüche getrennt sehen und auch getrennt durchsetzen.

Meines Erachtens ist diese Situation sehr unglücklich. Der BGH hat mit seiner Rechtsprechung die Situation am Bau weiter verkompliziert und zwingt alle Beteiligten dazu, sich noch mehr mit Rechtsfragen zu beschäftigen anstatt mit der sachgerechten Lösung von Problemfällen.

Verjährungsfälle Gewährleistungsbürgschaft

Eigentlich sollte die Gewährleistungsbürgschaft eine sichere Angelegenheit sein. Nach Ansicht von Rechtsanwalt Otto Lieber von der gleichnamigen Kanzlei aus Meppen hat ein Urteil des Bundesgerichtshofes die Weichen neu gestellt. Seiner Meinung nach hat der BGH mit seiner Rechtsprechung die Situation am Bau weiter verkompliziert. „Der BGH zwingt alle Beteiligten dazu, sich noch mehr mit Rechtsfragen anstatt mit der sachgerechten Lösung von Problemfällen zu beschäftigen“, sagt Lieber. Worauf Generalunternehmer und Bauherren zu achten haben, sagt er in Wirtschaft aktuell.

Der Fall ist Alltag: Ein Auftragnehmer hat für einen Auftraggeber Werkleistungen ausgeführt. Bereits im Januar 2005 erstellte der Handwerker seine Schlussrechnung. Zur Ablösung des vertraglich vereinbarten Gewährleistungseinbehalts von fünf Prozent der Schlussrechnungssumme stellt er dem Auftraggeber - wie oftmals üblich - eine Gewährleistungsbürgschaft seiner Bank zur Verfügung. Der Auftraggeber zahlte im März 2005 den Restbetrag an den Werkunternehmer aus. Doch dann das: Im Juli 2005 zeigen sich Mängel an dem Gewerk und der Auftraggeber rügte diese gegenüber dem Auftragnehmer und fordert ihn auf, die Mängel fristgerecht zu beseitigen. Diese Frist lässt der Auftragnehmer jedoch verstreichen und es beginnt eine umfangreiche Korrespondenz zwischen den Parteien. Ende 2005 führt der Auftragnehmer dann doch die Mängelbeseitigungsarbeiten durch, die er im Januar 2006 abschließt. Mit dem Ergebnis der Mängelbeseitigungsarbeiten ist der Auftraggeber allerdings nicht einverstanden. Er rügt erneut die Mangelhaftigkeit des Gewerkes und verklagt den Auftragnehmer auf Schadenersatz. Die Folge: Das Gericht fordert Gutachten an, der Prozess zieht sich hin - bis Mitte 2008. Doch auch zu diesem Zeitpunkt ist ein Ende des Prozesses noch immer nicht in Sicht. Das Gericht kündigt an, ein Obergutachten einholen zu wollen, um die immer noch streitige Frage der

Mängel und der Mängelverursachung zu klären.

Das Problem ist bisher kein wirkliches, denn es gibt immer noch die Bankbürgschaft. Für den Auftraggeber stellt sich die Frage, ob er neben dem Prozess gegen den Auftragnehmer auch noch dessen Bank aus der Gewährleistungsbürgschaft in Anspruch nehmen muss. Genau hier gilt es, genau hinzusehen. Denn der BGH hat in einer Entscheidung vom 29. Januar (Aktenzeichen XI ZR 160/07) entschieden, dass die Fälligkeit der Bürgschaftsforderung bereits mit der Fälligkeit der Hauptforderung eintritt und nicht erst, wenn der Auftragnehmer den Bürgen aus der Bürgschaft in Anspruch nimmt. Damit trat die Fälligkeit der Bürgschaftsforderung bereits in dem Zeitpunkt ein, als die dem Auftragnehmer gesetzte Frist zur Mängelbeseitigung ablief. Im Klartext: Die Schadenersatzforderung des Auftraggebers entstand bereits, als der Auftragnehmer der ersten Aufforderung zur Mängelbeseitigung nicht nachkam. Bereits zu diesem Zeitpunkt hätte der Auftraggeber die Bank aus der Bürgschaft in Anspruch nehmen können. Demzufolge begann bereits mit dem 1. September 2005 die Verjährungsfrist. Das Problem, das nun durch die BGH-Rechtsprechung entstanden ist: Die Verjährungsfrist endet nach drei Jahren zum Jahresende, also für diesen Fall bereits am 31. Dezember 2008.

Will also der Auftraggeber nicht Gefahr laufen, dass ihm während des laufenden Rechtsstreites die Ansprüche aus der ihm gegebenen Gewährleistungsbürgschaft verjähren, muss er gegenüber der bürgenden Bank noch in 2008 verjährungsunterbrechende Maßnahmen einleiten. Dieses ist grundsätzlich nur durch eine Klage gegenüber der bürgenden Bank möglich. Also muss hier der Auftraggeber praktisch auf zwei Hochzeiten tanzen und sowohl einen Rechtsstreit gegen Auftragnehmer als auch die bürgende Bank führen. Ansonsten droht ihm, dass der Bürgschaftsanspruch am 31. Dezember 2008 verjährt, obwohl der Prozess gegen den Auftragnehmer noch gar nicht abgeschlossen ist. Wenn dann während des Prozesses 2009 zum Beispiel der Auftragnehmer in Insolvenz fällt, könnte der Auftraggeber in diesem Fall seine Ansprüche gegenüber der bürgenden Bank nicht mehr durchsetzen, da die Ansprüche aus der Gewährleistungsbürgschaft inzwischen verjährt wären. Damit das nicht passiert, sollten Auftraggeber einige Regeln einhalten. Zunächst sollte jeder Auftraggeber von Werkleistungen prüfen, ob er solche Gewährleistungsbürgschaften in seinen Unterlagen hat und darüber hinaus auch prüfen, ob er bereits Mängel gerügt und den Auftragnehmer unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung aufgefordert hat. Hier darf der Auftraggeber nun keineswegs auf die ihm bekannten Verjährungsfristen vertrauen und die Durchsetzung seiner Ansprüche auf die lange Bank schieben. Sollten solche Fallkonstellationen gegeben sein, ist es einen Versuch wert, die Bank aufzufordern, auf die Einrede der Verjährung für einen gewissen Zeitraum zu verzichten, um die Situation mit dem Auftragnehmer zu klären. In aller Regel werden die Banken solchen fristverlängernden Vereinbarungen zustimmen, um unnötige Prozesse zu vermeiden.

In Zukunft sollte der Auftraggeber darauf achten - und darauf bestehen -, dass in die Gewährleistungsbürgschaften Regelungen aufgenommen werden, dass die Geltendmachung der Bürgschaftsforderung als vertragliche

Fälligkeitsvoraussetzung vereinbart wird. Auch dadurch kann diese Verjährungsfalle umgangen werden. Aber Achtung: Ein eventueller Verjährungsverzicht des Bürgen hat wiederum keinen Einfluss auf die Verjährungsfrist gegenüber dem Werkunternehmer. Auch eine Klage gegen den Bürgen führt zu keiner Unterbrechung der Verjährung des gesicherten Anspruches gegen den Auftragnehmer. Hierauf kann sich dann der Bürge wieder über § 768 BGB berufen. Dieses sollte der Auftraggeber unbedingt beachten und tatsächlich beide Ansprüche getrennt sehen und auch getrennt durchsetzen.

Otto Lieber, Rechtsanwalt
(veröffentlicht in „Wirtschaft aktuell“ Nr. 51 Ausgabe IV/2008)