

Europäische Hochschulschriften



Rechtswissenschaft

Andrea Jarezke

## **Die Funktion der Erfüllungs- und Mängelbürgschaft im BGB-Bauvertrag**

# Einleitung

Die Bürgschaft im privaten Baurecht ist als Sicherungsmittel sowohl für Ansprüche des Auftraggebers als auch für solche des Auftragnehmers aus der Praxis nicht hinweg zu denken. Insbesondere für die Ansprüche auf Vertragserfüllung und Mangelbeseitigung des Bestellers stellt die Bürgschaft in der Form der Bürgschaft für Erfüllungs- und Mängelansprüche ein sehr wichtiges Sicherungsmittel dar. Demensprechend häufig kommt es in der Praxis zu Streitigkeiten im Rahmen der Inanspruchnahme des Bürgen durch den Besteller als Gläubiger.

Dem gegenüber steht eine lediglich allgemeine Regelung der Bürgschaft in §§ 765 ff. BGB, die gerade nicht auf die Erfordernisse des privaten Baurechts zugeschnitten ist. Zwar existieren in den §§ 631 ff. BGB speziellere Regelungen zur Bürgschaft für private Bauverträge, diese sind aber ebenfalls häufig nicht in der Lage, die Probleme der Praxis zu lösen. Auch die Regelungen der VOB/B bieten keine zufriedenstellende Alternative: Zum einen müssen diese Regelungen zwischen den Parteien gesondert vereinbart werden und zum anderen treten die hier gegenständlichen Probleme oftmals auch dann auf, wenn die VOB/B als Ganzes oder in Teilen vereinbart war.

Diese Arbeit beschränkt sich auf die Darstellung an Hand des BGB-Bauvertrags, obwohl im Regelfall bei größeren Bauvorhaben die VOB/B oder Teile hiervon vereinbart werden. Diese Einschränkung beruht darauf, dass es sich bei der VOB/B lediglich um vertragliche Vereinbarungen handelt, die die gesetzliche Grundlage der §§ 631 ff. BGB modifizieren und hier lediglich eine dogmatische Betrachtung des Gesetzeslage erfolgen soll.

Im Einführungskapitel wird zunächst auf die Ursachen der Streitigkeiten in der Praxis eingegangen werden, insbesondere auf die zu Grunde liegende wirtschaftliche Lage sowie die gesetzlichen Regelungen. Dabei wird das Hauptaugenmerk auf den Ursachen im BGB-Bauvertrag liegen, auf die Regelungen der VOB/B wird nur am Rande eingegangen.

Daran anschließend wird in den beiden folgenden Kapiteln näher auf die Erfüllungsbürgschaft und die Bürgschaft für Mängelansprüche eingegangen. Neben einführenden Erläuterungen zum Charakter der Bürgschaften werden die Streitpunkte sowie die diesbezüglich in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansichten zu den jeweils von der Haftung umfassten Ansprüchen dargestellt.

Im letzten Kapitel wird unter Berücksichtigung der dogmatischen Grundlagen ein Lösungsweg vorgestellt, der dazu führen soll, die Streitigkeiten in der Praxis zu lösen bzw. derartige Streitigkeiten für die Zukunft zu vermeiden. Dabei wird in einem ersten Schritt der Begriff der „Verbindlichkeit“ in § 765 Abs. 1 BGB näher erläutert. In einem zweiten Schritt werden die typischerweise vereinbarten Bürgschaftserklärungen i. S. d. Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB näher beleuchtet. Abschließend wird noch zur Bedeutung der Abnahme und den Rechtsfolgen der gefundenen Ergebnisse Stellung genommen.

# 1. Kapitel: Einführung

Die Bürgschaft ist eine der am häufigsten vereinbarten Sicherheiten, wenn es um die Sicherung der Ansprüche des Bauherrn geht. In diesem Kapitel wird herausgearbeitet, welche wirtschaftlichen Gründe für den Bauunternehmer und den Bauherrn dazu führen, dass eine Bürgschaft als Sicherungsmittel vereinbart wird und worin die Ursachen zu sehen sind, dass es immer wieder zu Streitigkeiten bei der Inanspruchnahme des Bürgen kommt.

## § 1 Wirtschaftliche Verhältnisse

Die wirtschaftlichen Verhältnisse der Bauvertragsparteien sind die Hauptursache dafür, dass Bauunternehmer und Bauherr sich wechselseitig die Sicherung ihrer Ansprüche versprechen lassen.

### I. Ausgangspunkt

Im Ausgangspunkt stehen sich der Grundsatz der Vertragsverbindlichkeit und die wirtschaftliche Vertragsrealität gegenüber, die regelmäßig dazu führt, dass der Grundsatz der Vertragsverbindlichkeit nicht eingehalten wird.

#### 1. Der Grundsatz der Vertragsverbindlichkeit

Die Einigung über einen Schuldvertrag ist nach § 311 Abs. 1 BGB bindend und kann daher nicht einseitig von einer Partei gelöst werden.<sup>1</sup> Sobald sich also die Parteien des Bauvertrages über die Vertragsdetails geeinigt haben und es zum Abschluss des Vertrags gekommen ist, entstehen für beide Parteien die entsprechenden Pflichten zur Vertragserfüllung nach §§ 631 ff. BGB.

Das BGB verpflichtet den Schuldner in § 241 Abs. 1 BGB (§ 241 S. 1 BGB a.F.), die ihm kraft des Schuldverhältnisses obliegenden Leistungen zu erbringen. Einen ungeRechtfertigten Verstoß hiergegen wertet es nicht nur als Verstoß gegen die vertraglich

---

<sup>1</sup> *Medicus/Petersen*, BR, Rn. 31.

vereinbarte Pflicht, sondern gleichzeitig als einen Verstoß gegen die gesetzliche Verpflichtung zur Leistungserbringung und damit gegen die Rechtsordnung.<sup>2</sup>

In einer idealen Welt müsste dies allein bereits genügen, um die Parteien zur Einhaltung ihrer Verpflichtung anzuhalten. Allerdings gäbe es in einer derartigen idealen Welt auch keine Störungen im Vertrag, z.B. Störungen in der Leistungsfähigkeit oder aber Streitigkeiten über den Vertragsinhalt und die Vertragsdurchführung, die Einfluss auf die Durchführung des Vertrags hätten.

## 2. Wirtschaftliche Vertragsrealität

Nachdem eine derartige ideale Vertragswelt reine Fiktion ist, besteht auf Seiten beider Vertragsparteien ein nachvollziehbares Bedürfnis nach Sicherung ihrer Ansprüche. Denn insbesondere die Folgen der Baukrise in Deutschland fordern Jahr für Jahr ihre Opfer.<sup>3</sup>

Die vorliegende Arbeit soll sich auf die Sicherung der Ansprüche des Bestellers auf vertragsgemäße Erfüllung im Sinne der ursprünglichen vertragsgemäßen Herstellung sowie der nachträglichen Beseitigung eventuell vorhandener Mängel beschränken, daher wird auch nur in diesem Rahmen auf die Problematik des Sicherungsumfangs der Bürgschaften eingegangen.

Die Abwicklung eines Bauvertrags verläuft in der Regel völlig unproblematisch, solange beide Parteien ihren Verpflichtungen ordnungsgemäß nachkommen. Probleme im Vertragsverhältnis ergeben sich allerdings, wenn etwas „schiefgelaufen“ ist und daher der Auftragnehmer entweder nicht in der Lage oder aber nicht willens ist, seinen vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen.<sup>4</sup> Diese Gefahr der Nicht- oder Schlechterfüllung sollte der Bauherr bereits bei Vertragsschluss erkennen und entsprechende Vorsorge im Bauvertrag treffen.<sup>5</sup>

### *a. Mangelnde Fähigkeit zur Erfüllung*

Abzusichern ist insbesondere das Risiko, dass der Auftragnehmer nicht in der Lage ist, seinen vertraglichen Verpflichtungen nach zu kommen. Dieses Risiko

---

2 *Löwisch*, AcP 165 (1965), 421 (422).

3 *Finanztest* 2005, 38; allein in den Jahren 2008 und 2009 mussten über 10.000 Unternehmen aus der Baubranche Insolvenz anmelden, s. näher hierzu Fn. 8 u. 9.

4 *Herig/Gassner*, Sicherheit durch Bürgschaft, S. 1; *Messerschmidt/Voit/Wolff*, Syst. Teil M Rn. 2.

5 *Kleine-Möller*, in: *Kleine-Möller/Merl*, Hdb. priv. Baurecht, § 2 Rn. 539; *Messerschmidt/Voit/Wolff*, Syst. Teil M Rn. 2.

besteht sowohl in Form der mangelnden Fähigkeit zur ursprünglichen Herstellung und Verschaffung eines mangelfreien Bauwerks, als auch anschließend in Form der Unfähigkeit des Bauunternehmers, am Bauwerk vorhandene Mängel zu beseitigen.

Die mangelnde Fähigkeit des Bauunternehmers zur Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen kann verschiedene Ursachen haben, die oftmals an der wirtschaftlichen Situation liegen. So sorgen insbesondere geringe Nachfrage und/oder verschärfte Angebotskonkurrenz sowie sinkende Deckungsbeträge für eine angespannte wirtschaftliche Lage im Bereich der Bauunternehmer. Dazu kommt noch die schlechte Zahlungsmoral der Auftraggeber.<sup>6</sup>

Das Insolvenzrisiko ist gerade in den letzten Jahren in der Baubranche allgegenwärtig<sup>7</sup>, so dass Bauunternehmer regelmäßig ihre Arbeiten einstellen müssen, weil sie zahlungsunfähig sind oder über ihr Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet wird. Nachdem die Insolvenzen im Baugewerbe zwischen 2006 und 2008 leicht zurückgingen<sup>8</sup> und bedingt durch die Folgen der Finanzkrise im Jahr 2007 ab 2008 wieder leicht anstiegen<sup>9</sup>, ist seit 2011 ein leichter Rückgang, der nach wie vor hohen Insolvenzen zu verzeichnen<sup>10</sup>.

Hinzu kommen lange Bauzeiten und lange Verjährungsfristen, während denen der Auftraggeber ohne Sicherheit uneingeschränkt das Bonitätsrisiko des Bauunternehmers tragen müsste.<sup>11</sup> Die teilweise überlange Prozessdauer stellt daneben ebenfalls häufig ein Risiko für das wirtschaftliche Überleben der beteiligten

---

6 Dabei ist die öffentliche Hand derjenige mit der schlechteren Zahlungsmoral, vgl. *Öchsner*, SZ 2009, S. 19.

7 *Messerschmidt/Voit/Wolff*, Syst. Teil M Rn. 3.

8 So beantragten im Jahr 2008 5306 Unternehmen aus der Baubranche Insolvenz, von denen 1475 Verfahren mangels Masse abgewiesen wurden, (Statistisches Jahrbuch 2009, S. 502), im Jahr 2007 waren es noch 5319 Insolvenzen, von denen 1539 mangels Masse abgewiesen wurden (Statistisches Jahrbuch 2008, S. 500), im Jahr 2006 waren es 5749 Insolvenzen, von denen 1886 Verfahren mangels Masse abgewiesen wurden, (Statistisches Jahrbuch 2007, S. 493).

9 Statistisches Jahrbuch 2010, S. 501: Im Jahr 2009 mussten 5387 Unternehmen aus dem Baugewerbe Insolvenz beantragen, davon wurde 1434 Verfahren mangels Masse abgewiesen.

10 Statistisches Jahrbuch 2012, S. 515: Im Jahr 2011 mussten 4776 Firmen Insolvenz anmelden, 1216 Verfahren wurden mangels Masse abgewiesen werden. Im Jahr 2012 waren es nur noch 4512 Unternehmen, die Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellten, 1024 wurden mangels Masse abgewiesen (Statistisches Jahrbuch 2013, S. 511).

11 BGH NJW 1997, 2598 (2599).

Unternehmen dar<sup>12</sup>, weil erst nach Rechtskraft des Urteils oder gar erst im Rahmen der Zwangsvollstreckung die Zahlungen erbracht werden.

### *b. Fehlender Erfüllungswillen*

Die Problematik des fehlenden Erfüllungswillens trifft primär die Verpflichtung zur Mängelbeseitigung, kann aber auch ausnahmsweise bereits im Rahmen des Herstellungsprozesses vorkommen, wenn es in der Bauausführungsphase zu Unstimmigkeiten zwischen dem Bauherren und dem Bauunternehmer kommt.<sup>13</sup>

Die Gründe hierfür sind in der Struktur des Werkvertrags angelegt, die von einer grundsätzlichen Vorleistungspflicht des Werkunternehmers ausgehen und daher die Fälligkeit des Werklohns nach § 641 BGB von der erfolgten Abnahme abhängig machen.<sup>14</sup> Bezüglich der bereits bei Abnahme bekannten Mängel kann der Besteller nach § 320 BGB einen Teil des Werklohns zurückbehalten oder mit bereits entstandenen Mängelbeseitigungskosten nach § 387 ff. BGB aufrechnen. Solange der Besteller den vereinbarten Werklohn nicht ausgezahlt hat, ist er daher automatisch aufgrund der Vorleistungspflicht des § 641 BGB, bzw. aufgrund der Möglichkeiten zur Ausübung des Zurückbehaltungsrechts gemäß § 320 BGB und der Aufrechnung gemäß §§ 387 ff. BGB gesichert.<sup>15</sup> Diese gesetzlich vorgesehene, automatische Sicherung versagt allerdings, sobald der Bauunternehmer als Auftragnehmer überhaupt keine Vorleistung erbringt oder wenn er die Erfüllung als Ganzes nicht erbringen kann bzw. will.<sup>16</sup>

Dieses vertragliche Gegenseitigkeitsverhältnis endet nach Abnahme des Werkes und Zahlung der Vergütung. Danach ist der Bauunternehmer lediglich einseitig den Ansprüchen des Bestellers auf Mängelbeseitigung ausgesetzt, deren Kosten er zu tragen hat, ohne hierfür eine Gegenleistung zu erhalten.<sup>17</sup> Dementsprechend geringer ist der Wille des Bauunternehmers die Mängelbeseitigung durchzuführen und dementsprechend gering sind auch die Möglichkeiten des Auftraggebers ihn dazu zu bewegen, ohne den langwierigen Weg eines Rechtsstreits gehen zu müssen.

---

12 Messerschmidt/Voit/Wolff, Syst. Teil M Rn. 3.

13 Götting, WM 2001, 288.

14 Zur Abnahme näher unten unter § 17.

15 Kleine-Möller, in: Kleine-Möller/Merl, Hdb. priv. Baurecht, § 2 Rn. 540; Kainz, in: Kuffer/Wirth, Bau- u. Architektenrecht, 2. Kapitel Rn. 181-183.

16 Kleine-Möller, in: Kleine-Möller/Merl, Hdb. priv. Baurecht, § 2 Rn. 540; Kainz, in: Kuffer/Wirth, Bau- u. Architektenrecht, 2. Kapitel Rn. 184.

17 Weise/Barbers, Sicherheiten im Baurecht, Rn. 34.

## II. Interessenlage der Beteiligten

Bei Werkverträgen und insbesondere bei Bauverträgen entstehen eine Fülle von Ansprüchen zwischen den Parteien, die die Beteiligten über einen längeren Zeitraum aneinander binden.<sup>18</sup> Auch ist ein hohes Finanzvolumen die Regel<sup>19</sup>, mit dem eine langfristige vertragliche Abwicklung einhergeht.

Dementsprechend wird auf beiden Seiten das Bedürfnis nach Sicherheiten für die jeweiligen Ansprüche ausgelöst. Der Gesetzgeber hat das Interesse des Bauunternehmers in den §§ 647-648a BGB berücksichtigt. Das Interesse des Bauherrn nach Sicherheit für Erfüllung und Mängelbeseitigung wird jedoch vom Gesetz nicht als eigens sicherungsbedürftig anerkannt, er wird insofern auf Vereinbarungen mit dem Unternehmer verwiesen.<sup>20</sup>

Der Zweck einer zusätzlichen Sicherheit liegt darin, einen etwaigen zukünftigen Nachteil von sich abzuwenden, insbesondere das Risiko, dass Ansprüche aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht durchsetzbar sind.<sup>21</sup>

Aufgrund der bereits genannten Gründe entscheidet die Sicherung der gegenseitigen Ansprüche nicht selten über den Erfolg oder Misserfolg eines Bauvertrags und damit mittelbar auch über die Existenz der Beteiligten.<sup>22</sup>

### 1. Bedürfnis nach Sicherheiten

An sich dürfte es für eine Vertragserfüllungssicherheit wenig Bedürfnis geben, weil nach der gesetzlichen Regelung des § 641 Abs. 1 BGB die Vergütung erst mit Abnahme zu entrichten ist und damit das Risiko für den Werklohn keine angemessene Gegenleistung zu erhalten, nicht besteht.<sup>23</sup> Allerdings bestehen daneben weitere Risiken z.B., dass darüber hinausgehende Ansprüche des Auftraggebers nicht erfüllt werden.<sup>24</sup> Insbesondere bei Verzug oder bei Vertragsbeendigung durch Kündigung oder Insolvenz entstehen für den Auftraggeber durch die dann notwendig gewordene Neuvergabe oftmals zusätzliche Kosten, deren Übernahme einer Absicherung bedarf.

---

18 *Schwärzel-Peters*, Bürgschaft, S. 1.

19 *Staudinger/Peters/Jacoby*, § 641 Rn. 58.

20 *Schwärzel-Peters*, Bürgschaft, S. 1.

21 *Schwärzel-Peters*, Bürgschaft und verwandte Sicherungsmittel, S. 1; *Schwärzel-Peters*, Bürgschaft, S. 1.

22 *Messerschmidt/Voit/Wolff*, Syst. Teil M Rn. 1.

23 *Ders.*, Syst. Teil M Rn. 14.

24 *Ebenda*.

Im Hinblick auf die Absicherung der Ansprüche auf Mangelbeseitigung stellt sich die Lage grundsätzlich anders dar. Hier ist der Besteller vermehrt schutzwürdig und es besteht ein höheres Interesse an einer angemessenen Sicherheit. Dies liegt zum einen an den gesetzlichen Regelungen, die die Vorleistungspflicht des Bauunternehmers mit der Abnahme entfallen lassen und zum anderen daran, dass kaum ein Bauwerk mangelfrei errichtet wird.<sup>25</sup> Im Bauvertrag haftet der Hersteller noch bis zu fünf Jahren nach Abnahme für eventuelle Mängel und muss in diesem Zeitraum für entstandenen Kosten und Schäden einstehen sowie hierfür leistungsfähig, leistungswillig und solvent sein. Ohne Sicherheit müsste der Auftraggeber während des Gewährleistungszeitraums uneingeschränkt das Bonitätsrisiko des Auftragnehmers tragen<sup>26</sup> und zusätzlich das Risiko, dass der Auftragnehmer den Vertrag nicht mehr erfüllen will.

## 2. Liquiditätsbedarf und Kostenersparnis

Dem Sicherungsinteresse des Bauherrn steht in der Bauwirtschaft, die überwiegend auf den Einsatz von Fremdkapital angewiesen ist<sup>27</sup>, der Liquiditätsbedarf des Bauunternehmers gegenüber, der diesen dazu zwingt, möglichst wenig liquide Mittel für die Sicherung zu binden. Daneben ist das Interesse des Bauunternehmers an möglichst geringen Sicherungskosten zu berücksichtigen.

## III. Andere Sicherungsmöglichkeiten

Die Bürgschaft ist zwar die in der Praxis am häufigsten verwendete Sicherheit, nicht aber die einzig mögliche Sicherung für Ansprüche aus dem Bauvertrag.

Zum einen hat der Bauherr jedenfalls hinsichtlich der Sicherung seiner Mängelbeseitigungsansprüche die Möglichkeit, einen Teil des Werklohns als Sicherungseinbehalt zurückzubehalten. Zum anderen besteht die Möglichkeit der Vereinbarung anderer Sicherungsmittel, bei denen in der Regel zwischen den sog. Real- und Personalsicherheiten unterschieden wird.<sup>28</sup>

### 1. Sicherungseinbehalt

Der Sicherungseinbehalt ist im Hinblick auf die Sicherung eventueller Ansprüche des Bestellers gegen den Auftragnehmer wegen Mängeln des Bauwerks ein

---

25 BGH NJW 1997, 2598; OLG Hamm WM 2004, 2250 (2253).

26 Ebenda.

27 Schwärzel-Peters, Bürgschaft, S. 1.

28 Weber, Kreditsicherungsrecht, S. 10.