
Datum: 10.06.2009
Gericht: Landgericht Essen
Spruchkörper: 2. Kammer für Handelssachen
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 42 O 11/08
ECLI: ECLI:DE:LGE:2009:0610.42O11.08.00

Normen: § 775 (1) BGB, §§ 195, 199 BGB
Sachgebiet: Bürgerliches Recht Handelsrecht
Leitsätze:
Gewährleistungsbürgschaft, Verjährung
Rechtskraft: -noch nicht rechtskräftig-

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden dem Kläger auferlegt.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

1

Der Kläger nimmt die Beklagte aus einer Gewährleistungsbürgschaft in Anspruch, die ihm die inzwischen in Insolvenz befindliche X AG aus Anlass des Bauvorhabens Neubau eines Brückenbauwerkes L 92n, gestellt hat. 2

Mit der Durchführung der Arbeiten hatte der Landschaftsverband Rheinland die Firma E beauftragt, die in der Folgezeit von der X AG übernommen wurde. Dem Auftrag lagen u.a. die Angebote der Firma E vom 10.10./11.10.1996 sowie die Vertragsurkunde vom 23.12.1996 zugrunde. Auf den Inhalt der vertraglichen Vereinbarungen wird Bezug genommen. Die 3

Klägerin meint, in den Vertrag seien auch die ZVB/E-StB 95 eingebezogen gewesen. In diesen heißt es unter Ziffer 109 :

"109.1	4
Sicherheit für Vertragserfüllung ist bei einem Auftrag von mehr als 500.000 DM zu leisten und zwar in einer Bürgschaft in Höhe von 5 v.H. der Auftragssumme (ohne Nachträge).	5
109.2	6
Diese Bürgschaft ist nach vorbehaltloser Annahme der Schlusszahlung auf Verlangen des Auftragnehmers gegen eine Sicherheit für Gewährleistung auszutauschen, und zwar in Form einer Bürgschaft in Höhe von 2 v.H. der Abrechnungssumme; sind noch festgestellt Mängel zu beseitigen, erhöht sich die Sicherheit um den Betrag der voraussichtlichen Aufwendungen für die Mängelbeseitigung."	7
In Ziffer 33. 4 ZVB/E StB 95 heißt es:	8
"Der Bürge hat auf erstes Anfordern zu zahlen, außer wenn die Bürgschaft für Gewährleistung in Anspruch genommen wird."	9
In Ziffer 33.7 ist bestimmt:	10
"Die Urkunde über die Gewährleistungsbürgschaft wird auf Verlangen zurückgegeben, wenn die Verjährungsfrist für Gewährleistung abgelaufen und die bis dahin erhobenen Ansprüche erfüllt sind"	11
Am 17.10.2000 wurde das Bauwerk abgenommen. In dem von beiden Vertragsparteien gezeichneten Protokoll vom 17.10.2005 heißt es u.a.:	12
"Die Verjährungsfrist für die Gewährleistung für alle Arbeiten beginnt am 18.10.2000 und endet am 17.10.2005."	13
In das Abnahmeprotokoll wurden desweiteren eine Vielzahl von festgestellten Mängeln aufgenommen, für deren Beseitigung eine Frist bis zum 15.12.2000 gesetzt worden ist. Auf den Inhalt des Protokolls im Einzelnen wird Bezug genommen.	14
Die von der Fa. X erteilte Schlussrechnung unterlag verschiedenen Beanstandungen. Schließlich wurde unter dem 27.6.2003 eine überarbeitete Schlussrechnung gelegt. Der Kläger kam nach Prüfung zu einem Auszahlungsbetrag in Höhe von 60.794,94 €. Der Betrag wurde am 16.10.2003 angewiesen. Die gewährte Vertragserfüllungsbürgschaft wurde gegen die Gewährleistungsbürgschaft ausgetauscht; mit Verpflichtungserklärung vom 4.11.2003 übernahm die Beklagte die selbstschuldnerische Bürgschaft für die Erfüllung der Ansprüche auf Gewährleistung einschließlich Schadensersatz und für die Erstattung von Überzahlungen einschließlich der Zinsen bis zu einer Gesamthöhe von 222.500,- €. Auf den näheren Inhalt der Bürgschafturkunde wird verwiesen.	15
Die X AG war mit den Kürzungen der Schlussrechnung nicht einverstanden. Nach Durchführung eines Anhörungsgesprächs nach § 18 Ziffer 2 VOB/B am 12.8.2005 bestand zwischen dem Kläger und dem Insolvenzverwalter der X AG Einigkeit dahingehend, dass seitens des Bauunternehmens noch ein Auszahlungsanspruch in Höhe von insgesamt 73.133,75 € besteht.	16

Mit Schreiben vom 11.10.2005, dem Insolvenzverwalter der X AG am 12.10.2005 zugegangen, rügte der Kläger gegenüber dem Insolvenzverwalter wegen des hier im Streit stehenden Bauwerks eine Vielzahl von "festgestellten Schäden vor Ablauf der Gewährleistung". Wegen seines näheren Inhaltes wird auf das Schreiben verwiesen.	
Mit Schreiben vom 21.10.2005, auf das wegen der Einzelheiten inhaltlich verwiesen wird, teilte der Kläger der Beklagten u.a. mit:	18
<i>"Mit Schreiben vom 11.10.2005 habe ich Ihnen eine Mängelrüge zu o.g. Vertrag zugestellt. Die Kosten für die Beseitigung der aufgeführten Schäden werden auf ca. 50.000,- € geschätzt.</i>	19
<i>Bis zur Beseitigung der Mängel bin ich gehalten, die geschätzten Kosten ... zurückzubehalten. Sollten die Mängel nicht von Ihnen beseitigt werden, werde ich sodann die mir entstandenen Mängelbeseitigungskosten aufrechnen."</i>	20
Den über 50.000,- € hinausgehenden Differenzbetrag zahlte der Kläger in der Folgezeit auf das Konto des Insolvenzverwalters aus.	21
Mit Schreiben vom 7.6.2006 setzte der Kläger dem Insolvenzverwalter der X AG eine Frist zur Mängelbeseitigung bis zum 22.6.2006 und kündigte für den Fall des fruchtlosen Ablaufs Ersatzvornahme an. In der Folgezeit führte die Firma S im Auftrag des Klägers Arbeiten an dem hier im Streit stehenden Bauwerk aus, die sie mit 68.915,63 € in Rechnung stellte. Des Weiteren beauftragte die Klägerin das Ingenieurbüro für Bauwesen L ein, das seine Leistungen unter dem 11.4.2007 mit 3.427,20 € in Rechnung stellte.	22
Mit seiner am 14.11.2007 bei Gericht eingegangenen Klage hat der Kläger als Hauptanspruch nach einer gegenüber dem Insolvenzverwalter gegenüber erklärten Aufrechnung in Höhe von 50.000,- € Zahlung eines Restbetrages von 22.342,83 € als Erstattung von Nachbesserungskosten begehrt.	23
Der Kläger trägt vor:	24
Nach seinen Erkenntnissen handele es sich bei den im Schreiben vom 11.10.2005 unter den Ziffern 1,3-5,7 (teilweise), 8,9,12,15,17,21,24,25,28,32 und 33 aufgeführten Mängel um solche, die bereits bei Abnahme gerügt worden seien, wohingegen es sich bei den Mängeln unter den Ziffern 6,7,10,13,16,17,18,20,22,23,26,29 und 30 um solche handele, die vor Ablauf der Gewährleistungsfrist entdeckt worden seien. Diese einzelnen Mängel seien durch die Firma S im Wege der Sanierungsarbeiten beseitigt worden. Die ältere Forderung betreffend die Abnahmemängel sei durch die Aufrechnung mit dem Gegenanspruch über 50.000,- € erloschen, die Kosten der Ersatzvornahme bezüglich der vor Ablauf der Gewährleistungsfrist gerügten Mängel würden den Betrag von 20.000,- € netto weit überschreiten.	25
Unter Rücknahme seines ursprünglich in der Hauptsache gestellten Antrags um 2.848,38 €	26
beantragt der Kläger nunmehr,	27
die Beklagte zu verurteilen, an ihn 19.494,45 € nebst 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz seit dem 10.5.2007 zu zahlen.	28
Die Beklagte beantragt,	29
	30

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte trägt vor: 31

Der Vortrag der Klägerin sei unschlüssig, da keine Sicherungsabrede vorgetragen worden sei. Eine wirksame Sicherungsabrede liege auch nach den ZVB/E-StB 94, die Vertragsgegenstand geworden seien, nicht vor, da diese eine Pflicht zur Gestellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern enthielte, die nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung für unwirksam erachtet worden sei. Soweit die Klägerin sich auf die ZVB/E-StB 95 beruft, enthielten diese eine Regelung zur Bürgschaft auf erstes Anfordern. 32

Die Mängel seien unsubstantiiert vorgetragen worden, die Mangelbeseitigungsdarstellung werde mit Nichtwissen bestritten. 33

Laut Abnahmeprotokoll habe die Klägerin Nachträge vereinbart. Hierauf beziehe sich die Bürgschaftserklärung diese. 34

Im Übrigen greife vorliegend der Einwand der Doppelsicherung. Der Auftraggeber habe allenfalls Anspruch auf eine Sicherheit. Nehme er von zwei gestellten Sicherheiten eine in Anspruch, müsse er die andere herausgeben. Der Kläger habe sich mit dem Bareinbehalt eine Sicherheit verschafft. Mit Stellung der Gewährleistungsbürgschaft habe die Hauptschuldnerin von ihrem Wahlrecht Gebrauch gemacht, mit der Folge, dass kein Anspruch auf Barsicherheit mehr bestehe und die Barsicherheit an die Hauptschuldnerin auszuzahlen sei. Jedenfalls mit der Verwertung der Barsicherheit sei die auflösende Bedingung der Bürgschaftsüberlassung eingetreten, weshalb die Klägerin jeglichen Anspruch auf die Gewährleistungsbürgschaft verloren habe. 35

Im Übrigen gelte eine zweijährige Verjährungsfrist. Auch bei Annahme einer fünfjährigen Gewährleistungsfrist seien die Ansprüche verjährt. Eine Inanspruchnahme aus der Bürgschaft bei verjährter Hauptforderung ist nicht möglich. § 17 Ziffer 8 VOB/B sei unwirksam. 36

Im Übrigen beruft sich die Beklagte auf die Einrede der Verjährung der Bürgschaftsschuld und trägt vor, alle mit dem Schreiben vom 11.10.2005 gerügten Mängel seien Abnahmemängel gewesen. 37

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 38

Das Gericht hat Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung des Zeugen C. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 28.1.2009 Bezug genommen. 39

Entscheidungsgründe 40

Die Klage ist unbegründet. 41

Dem Kläger steht gegen die Beklagte kein Anspruch gemäß § 775 I BGB aus der Gewährleistungsbürgschaft vom 4.11.2003 zu. 42

Nach Auffassung der Kammer kann der Kläger jedenfalls nach den Grundsätzen von Treu und Glauben aus der hier im Streit stehenden Gewährleistungsbürgschaft nicht mehr vorgehen. Zwar dürfte bei enger Anwendung der bisherigen Rechtsprechung von einer 43

Verjährung der Bürgschaftsforderung nicht ausgegangen werden. Gemäß den §§ 199, 195 BGB verjähren Bürgschaftsforderungen –soweit wie hier nicht anderes vereinbart wurde– eigenständig binnen drei Jahren ab Fälligkeit, wobei es insoweit anerkannt ist, dass Gewährleistungsbürgschaften im Regelfall dahin auszulegen sind, dass der Sicherungsfall und damit die Fälligkeit erst dann vorliegt, wenn ein auf Geldzahlung gerichteter Gewährleistungsanspruch entsteht, mithin etwa eine Aufforderung zur Mängelbeseitigung mit Fristsetzung (§ 13 Ziffer 5 (2) VOB/B) und eine Bezifferung des Kostenerstattungsanspruchs erfolgt sind (vgl. OLG Köln BauR 2006, 124 ff. m.w.N.). Dies kann aber –wie insbesondere der vorliegende Fall zeigt– nicht ohne Korrektiv bleiben. Auf diese Weise hätte es der Bürgschaftsnehmer in Hand, den Beginn und damit den Ablauf der Verjährung des Bürgschaftsanspruchs auf Ewigkeiten hinauszuziehen. Jedenfalls in Fallgestaltungen wie dieser, wo für den Bürgen wegen der § 17 Ziffer 8 VOB/B a.F. vergleichbaren Bestimmung in Ziffer 33.7. ZVB/E – StB 95 auch eine Berufung auf die Verjährung der Hauptforderung wegen vorheriger Mangelanzeige ausgeschlossen erscheint, drängt sich die Notwendigkeit einer korrigierenden Auslegung der in Betracht kommenden Vorschriften auf. Die Rechtsinstitute wie Verjährung und Verwirkung sollen gerade dazu dienen, insbesondere den Prozessgegner vor Prozessen zu schützen, in denen die sachgerechte Rechtsverteidigung wegen des Zeitablaufs in erheblicher Weise erschwert, wenn nicht sogar unmöglich gemacht wird. Dieser Schutz gilt insbesondere auch für den Bürgen, der mit dem eigentlichen Geschehen des Bauablaufs nie befasst war und dessen Möglichkeiten der Sachverhaltsaufklärung von vornherein begrenzt ist. Eine andere Betrachtungsweise ergibt sich nach Auffassung der Kammer auch nicht unter dem Gesichtspunkt, dass die Gewährleistungsbürgschaft quasi den Sicherheitseinbehalt ersetzt und dieser über die §§ 639 I, 478 BGB a.F. zu einer dauernden Berechtigung, den Restwerklohn zu begleichen, führen kann. Vorliegend wurde allerdings ein Sicherheitseinbehalt nicht vereinbart, sondern die Gewährleistungsbürgschaft wurde vereinbarungsgemäß gegen eine vorherige Vertragserfüllungsbürgschaft ersetzt; zur Zurückhaltung von Werklohn war der Kläger nicht berechtigt, der Anwendungsbereich der §§ 639 I, 478 BGB a.F. mithin nie gegeben. Vor diesem Hintergrund hält die Kammer die von Maxem, NZBau 2007, 72, 73 Auslegung des § 17 Ziffer 8 VOB/B a.F. für sachgerecht und angemessen: Danach genügt für die Zurückhaltung der Gewährleistungsbürgschaft ein Mängelrüge in unverjährter Zeit, zu deren Verwertung ist allerdings erforderlich, dass ein Zahlungsanspruch in unverjährter Zeit entstanden ist, wozu zumindest eine Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt sein muss. Das ist vorliegend bezüglich der hier im Streit stehenden Mängel, die erstmals mit Schreiben vom 11.10.2005 angezeigt worden sind, nicht der Fall.

Selbst wenn vorliegend wegen des Näheverhältnisses der Gewährleistungsbürgschaft zum Sicherheitseinbehalt die Möglichkeit der unbefristeten Inanspruchnahme des Bürgen angenommen wird, würde nach Auffassung der Kammer im vorliegenden Falle dennoch eine Inanspruchnahme der Beklagten scheitern, und zwar unter dem Gesichtspunkt der Doppelinanspruchnahme einer Sicherung. So hat der BGH entschieden, dass die Gestellung einer Bürgschaft als Austauschsicherheit durch den Auftragnehmer dahingehend auszulegen ist, dass sie unter der auflösenden Bedingung steht, der Auftraggeber werde seiner Verpflichtung zur effektiven Auszahlung nachkommen (vgl. BGH 136, 195 ff.). Weigere sich der Auftraggeber unter Verletzung seiner vertraglichen Pflicht, die Barsicherheit auszuzahlen, so trete die auflösende Bedingung ein, unter der die Sicherheit gestellt worden sei. Der Rechtsgrund entfalle soweit, der Auftragnehmer könne die Bürgschaftsurkunde als ungerechtfertigte Bereicherung herausverlangen. Diese Bereicherungseinrede nach § 821 BGB steht vorliegend nach § 768 BGB auch der Beklagten zu. Zwar geht es hier in diesem Sinne nicht um eine Austauschbürgschaft für einen Sicherheitseinbehalt, sondern der Kläger hat –wie sich später herausstellte– einen Teil des Werklohns zu Unrecht zurückbehalten, ihn

auch später nicht ausgezahlt, vielmehr hat er ihn trotz vorliegender Vertragserfüllungs- bzw. Gewährleistungsbürgschaft im Wege der Aufrechnung zur Befriedigung von Gewährleistungsansprüchen verwertet. Dieser Fall dürfte aber mit der zitierten Rechtsprechung gleich zu behandeln sein, weil die Gewährleistungsbürgschaft jedenfalls in der Erwartung gegeben sein dürfte, dass der bei Abnahme fällige Werklohn voll ausgezahlt wird. Der Kläger kann jedenfalls nicht dadurch besser gestellt werden, dass er einen Werklohnanteil zu Unrecht länger zurückhält, sich mithin einen nicht vereinbarten Bareinbehalt zusätzlich verschafft und als solchen nutzt. Auch in diesem Fall ist anzunehmen, dass die konkludent vereinbarte auflösende Bedingung der Verwertung von Restwerklohn zur Befriedigung von Gewährleistungsansprüchen eingetreten ist. Nun dürfte in diesem Fall dem Hauptschuldner und nicht dem Bürgen das Wahlrecht zustehen, wie er mit der unberechtigten Verwertung vorzugehen hat, nämlich entweder die Bürgschaftsurkunde herausverlangen und der Verwertung gelten lassen, oder Zahlung des zu Unrecht zurückbehaltenen Betrages verlangen. Wie den Ausführungen des Klägers zu entnehmen ist, wurde die Aufrechnung in Höhe von 50.000,- € gegenüber dem Kostenerstattungsanspruch wegen der Beseitigung der Abnahmemängel offenbar nicht widersprochen, das Vorgehen des Klägers seitens des Hauptschuldners insoweit akzeptiert, womit von einer konkludenten Ausübung des Wahlrechtes wohl nunmehr auszugehen ist.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91, 269 III S. 2, 709 ZPO.

45

Q	M	E
---	---	---

46