

Urteilsbesprechung

Muss eine Bürgschaft teilweise freigegeben werden?

1. Die Regelung des § [17](#) Abs. 8 VOB/B, wonach der Auftraggeber eine nicht verwertete Vertragserfüllungssicherheit spätestens nach Abnahme und Stellung der Gewährleistungssicherheit zurückzugeben hat, es sei denn, dass Ansprüche des Auftraggebers, die nicht von der gestellten Gewährleistungssicherheit umfasst sind, noch nicht erfüllt sind, hält einer isolierten Inhaltskontrolle stand und ist wirksam (Anschluss an BGH, [IBR 1993, 139](#)).

2. Auch wenn nur ein Teil der Gewährleistungsansprüche (noch) nicht verjährt ist, muss der Auftraggeber eine Gewährleistungssicherheit nicht teilweise freigegeben.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 25.08.2016 - [23 U 158/15](#); BGH, Beschluss vom 22.05.2019 - VII ZR 325/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

AGB-Gesetz § [9](#); BGB §§ [305](#), [305b](#), [307](#), [768](#), [770](#) Abs. 2; VOB/B § [17](#) Nr. 8

Problem/Sachverhalt

Der Bürge klagt auf Herausgabe seiner Gewährleistungsbürgschaft, was er insbesondere mit der Unwirksamkeit der Sicherungsabrede und der Verjährung der Gewährleistungsansprüche begründet. Im verbürgten Bauvertrag wurde die Geltung der VOB/B in der alten Fassung des Jahres 2000 vereinbart.

Entscheidung

Das OLG Frankfurt bestätigt die erstinstanzliche Klageabweisung und begründet dies damit, dass der Bürge nicht dargelegt habe, dass die Sicherungsabrede eine Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) ist, und damit dem Prüfungsmaßstab des § [9](#) AGB-Gesetz (heute § [307](#) BGB) unterliegt. Da er die Mängel zu unverjährter Zeit gerügt hat, kann der Auftraggeber (AG) die Bürgschaft gem. § [17](#) Nr. 8 VOB/B entsprechend der Rechtsprechung des BGH ([IBR 1993, 139](#)) auch noch nach Eintritt der Verjährung der verbürgten Gewährleistungsansprüche zurückhalten. Eine Reduzierung des Bürgschaftsbetrags auf die zu unverjährter Zeit geltend gemachten Gewährleistungsansprüche *"kommt bereits nach der rechtlichen Konstruktion der Bürgschaft unter keinen Umständen in Betracht."*

Praxishinweis

Die Entscheidung vermag nicht zu überzeugen. Das OLG Frankfurt geht über die Entscheidung des OLG Dresden ([IBR 2008, 94](#)), wonach § [17](#) Nr. 8 VOB/B einer isolierten Inhaltskontrolle nicht standhält (vgl. [IBR 2006, 2](#)), hinweg, und meint,

der BGH habe bereits im Urteil vom 21.01.1993 ([IBR 1993, 139](#)) entschieden, "dass die Regelung des § 17 Nr. 8 VOB/B nicht per se unwirksam ist." Der BGH hat jedoch in seinem Urteil vom 21.01.1993 keine isolierte Inhaltskontrolle des § 17 Nr. 8 VOB/B vorgenommen, da diese damals nicht erforderlich war. Erst mit der Änderung der Rechtsprechung des BGH zur Privilegierung der VOB/B ([IBR 2004, 179](#)) eröffnete sich die isolierte Prüfung, wenn die VOB/B nicht "als Ganzes" vereinbart war. Auch wenn hier nicht der gesamte Sachverhalt bekannt ist, bestehen zudem Bedenken hinsichtlich der Annahme des OLG Frankfurt, der Bürge sei dafür darlegungs- und beweisbelastet, dass es sich bei der Sicherungsabrede, die im Wesentlichen aus einem Bürgschaftsmuster besteht, um AGB handelt. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH (z. B. Urteil vom 27.11.2003 - [VII ZR 53/03](#), [IBRRS 2004, 0094](#)) gilt im Bauvertrag der vom Verwender zu widerlegende Anscheinsbeweis für AGB, wenn der Vertrag zahlreiche formelhafte Klauseln enthält und nicht auf die individuelle Vertragssituation abgestimmt ist. Dass der gesetzesfremde Kerngehalt der Sicherungsklausel individuell ausgehandelt wurde (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB), hatte der Auftraggeber als Verwender darzulegen und zu beweisen (BGH, Urteil vom 26.03.2015 - [VII ZR 92/14](#), [IBRRS 2015, 0844](#)). Schließlich ist nach der genannten Entscheidung vom 26.03.2015 eine Sicherungsklausel dann unangemessen und unwirksam, wenn "die Rückgabe der Bürgschaft insgesamt davon abhängig gemacht wird, dass keine Gewährleistungsansprüche mehr geltend gemacht werden können, und eine teilweise Enthftung der Bürgschaft nicht vorgesehen ist."

RA und FA für Bau- und Architektenrecht Jürgen Ripke, Hannover

© id Verlag