

## **WANN VERJÄHREN ANSPRÜCHE AUS DER GEWÄHRLEISTUNGSBÜRGSCHAFT?**

*Bundesgerichtshof, Urteil vom 11.9.2012 — Aktenzeichen: XI ZR 56/11*

### **Leitsatz**

1) Das Recht des Auftraggebers auf Selbstbeseitigung eines Mangels entsteht nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B, ebenso wie nach den § 634 Nr. 2, § 637 BGB, mit fruchtlosem Fristablauf. Der Geltendmachung eines auf Geld gerichteten Gewährleistungsanspruchs durch den Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer bedarf es dazu nicht.

2) In diesen Fällen entsteht damit auch der Anspruch des Auftraggebers aus einer auf Zahlung gerichteten Gewährleistungsbürgschaft, wenn die in § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B genannten Voraussetzungen vorliegen, ohne dass ein auf Gewährleistung gestützter Zahlungsanspruch geltend gemacht werden muss.

3) Es widerspricht dem Schutzzweck des Rechtsinstituts der Verjährung, den Beginn der Verjährungsfrist an eine Leistungsaufforderung des Gläubigers zu knüpfen, da es dieser dann in der Hand hätte, den Verjährungsbeginn und die Notwendigkeit verjährungshemmender Maßnahmen weitgehend beliebig hinauszuzögern.

### **Sachverhalt**

Der Kläger nimmt die beklagte Versicherung aus einer Gewährleistungs-bürgschaft in Anspruch. Die Beklagte beruft sich auf Verjährung.

Der Kläger schloss in 2001 mit der Auftragnehmerin einen Werkvertrag über Fassadenarbeiten am Neubau eines Hochhauses. Die VOB/B war vereinbart. Der beklagte Kautionsversicherer übernahm für die Auftragnehmerin gegenüber dem Kläger eine selbstschuldnerische Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaft. Am 12. August 2002 wurde über das Vermögen der Auftragnehmerin das Insolvenzverfahren eröffnet. Deren Leistungen nahm der Kläger am 17. April 2003 ab und bezahlte den Werklohn mit Ausnahme eines vereinbarten Gewährleistungseinbehalts.

Im August 2003 traten Schäden an der Fassade auf, von der im Laufe des Sommers und Herbstes 2003 Teile auf den Gehsteig herabstürzten. Nach Einholung eines Sachverständigengutachtens verlangte der Kläger mit Schreiben vom 27. Oktober 2003 von dem Insolvenzverwalter über das Vermögen der

Auftragnehmerin, die Fassade zum Schutz von Personen gegen herabfallende Bruchstücke zu sichern. Dies lehnte der Insolvenzverwalter am 28. Oktober 2003 ab. Mit Schreiben vom 29. Oktober 2003 kündigte der Kläger die Ersatzvornahme der Sicherungsmaßnahmen an und forderte den Insolvenzverwalter auf, bis zum 28. November 2003 die Mängel an der Fassade zu beseitigen. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist leitete der Kläger im Dezember 2003 ein selbstständiges Beweisverfahren ein. Er ließ in den Jahren 2003 und 2004 Sicherungsmaßnahmen durchführen und in den Jahren 2004 und 2005 die Mängel beseitigen. Mit Schreiben vom 17. Dezember 2007 nahm er die Beklagte wegen der Kosten von Sicherungsmaßnahmen und Mängelbeseitigung aus der Gewährleistungsbürgschaft in Anspruch.

Die Beklagte lehnte Zahlungen unter Hinweis auf Verjährung ab.

### **Entscheidung**

Der Bundesgerichtshof hielt fest, dass der Anspruch des Auftraggebers aus einer Gewährleistungsbürgschaft dann entsteht, wenn die Voraussetzungen des § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B vorliegen, ohne dass zusätzlich der Auftraggeber dem Auftragnehmer gegenüber einen auf Gewährleistung gestützten Zahlungsanspruch geltend machen muss.

Der von der Gewährleistungsbürgschaft gesicherte Geldanspruch — hier aus § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B — entsteht seinerseits, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des auf Geld gerichteten Gewährleistungsanspruchs vom Auftraggeber geschaffen wurden. Ab diesem Zeitpunkt kann er vom Auftraggeber geltend gemacht und klageweise durchgesetzt werden. Nicht erforderlich ist, dass der endgültige Zahlungsanspruch oder ein Anspruch auf Vorschuss vom Auftraggeber — teilweise — beziffert werden und damit Gegenstand einer Leistungsklage sein kann. Es genügt die Möglichkeit, Feststellungsklage zu erheben.

Die teilweise geforderte Anknüpfung des Beginns der Verjährungsfrist für die Gewährleistungsbürgschaft an die Geltendmachung eines bezifferten Zahlungsanspruchs durch den Auftraggeber widerspricht dem Zweck der Verjährung der Bürgenverpflichtung. Das Rechtsinstitut der Verjährung dient dem Schutz des Schuldners und der Herstellung des Rechtsfriedens nach Ablauf der Verjährungsfrist. Damit ist es unvereinbar, den Beginn der Verjährungsfrist einseitig an eine Leistungsaufforderung des Gläubigers der Bürgschaftsforderung — hier ein Zahlungsverlangen des Auftraggebers an den Auftragnehmer — zu knüpfen, da es dieser dann in der Hand hätte, den Verjährungsbeginn und die Notwendigkeit verjährungshemmender Maßnahmen weitgehend beliebig hinauszuzögern.

Fazit: Mit dieser Einschätzung bleibt es dabei, dass die der dreijährigen Regelverjährung unterliegende Bürgschaftsforderung vor den gesicherten Gewährleistungsansprüchen verjähren kann. Dies beruht auf dem getrennten Schicksal beider Forderungen und stellt weder eine spezifische Folge des Verjährungsbeginns von Bürgschaftsforderungen mit Fälligkeit der gesicherten

Forderung noch eine Besonderheit des Werkvertragsrechts dar. Zu verschiedenen Zeitpunkten ablaufende Verjährungsfristen von Hauptforderung und Bürgschaft werden in § 768 BGB hingenommen und liefern keine Rechtfertigung, die Verjährung der Bürgenhaftung dadurch zu erschweren, dass erst die Geltendmachung eines dem Auftraggeber gegen den Auftragnehmer zustehenden Geldanspruchs zur Entstehung der gesicherten Hauptforderung und damit zum Beginn der Verjährungsfrist führen soll.

Also: Ein Zahlungsanspruch aus einer Bürgschaft entsteht mit fruchtlosem Ablauf der zur Mängelbeseitigung gesetzten Frist. Ab Ende des betreffenden Jahres beginnt die dreijährige Verjährungsfrist zu laufen.

**SCHLÜNDER** | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland  
Tel. 02381 921 55-0 | FAX 02381 921 55-99 | Mail [hamm@schluender.info](mailto:hamm@schluender.info)