

## **Aktuelle Entscheidung:**

### **Vorauszahlungsbürgschaften als faktische Mängelbürgschaften: Ausweitung des Sicherungszwecks und Haftungserweiterung für den Bürgen**

**OLG Stuttgart, Urteil vom 19.09.2017 – 10 U 48/15, BGH, Beschluss vom 15.02.2020, VII ZR 241/17**

**Veröffentlicht in: ibr-online vom 28.04.2021**

#### **1. Sachverhalt**

Der Auftragnehmer klagt hier gegen den Auftraggeber auf Feststellung, dass dem Auftraggeber aus der Vorauszahlungsbürgschaft keine Ansprüche mehr zustehen. Der Auftraggeber wehrt sich unter anderem mit dem Argument, dass ein Herausgabeanspruch bereits an den Mängeln der vom Auftragnehmer erbrachten Leistung scheitere. Diese Mängel waren in der Tat bei der Abnahme beanstandet worden.

#### **2. Problematik**

Entscheidend für den Herausgabeanspruch war es hier, ob die Vorauszahlungsbürgschaft faktisch auch Mängelansprüche mit absichert, zumindest bis zur Abnahme der Bauleistung. Nach OLG Stuttgart, abgesehen durch den Baurechtssenat (VII. Senat des BGH), sichern Vorauszahlungsbürgschaften nach ihrem Sinn und Zweck zumindest dann, wenn eine abweichende Sicherungsabrede nicht vorhanden ist, auch Überzahlungen ab, die sich aus einer etwaigen Mangelhaftigkeit des Werks vor Abnahme ergeben könnten. Es werden daher Rückerstattungsansprüche umfasst, die sich aus einer Minderung des Wertes des Werks aufgrund von Mängeln in Höhe der Mängelbeseitigungskosten ergeben.

Unstreitig hat der Auftraggeber bei Abnahme zahlreiche Mängel geltend gemacht. Der Auftragnehmer blieb beweisfällig, dass hier eine etwaige Übersicherung durch die Bürgschaft gegeben sei. Ist die später erbrachte Leistung, für die die Vorauszahlung geleistet wurde, mangelhaft, so besteht der Sicherungszweck der Bürgschaft fort. Maßgeblich ist eine Gesamtabrechnung. Für den Fortbestand der Sicherungsabrede kommt es also maßgeblich darauf an, ob das Werk mangelhaft ist oder nicht. Dies gilt zumindest bis zur Abnahme des Gewerkes.

#### **3. Auswirkungen für die Praxis**

Kreditinstitute und die Kautionsversicherungen sollten tunlichst den Sicherungszweck der Vorauszahlungsbürgschaften nach dieser, zugegebenermaßen sehr krassen Entscheidung des OLG Stuttgart, überprüfen und den Sicherungszweck auf das ursprünglich Gewollte, nämlich die Sicherung der Vorauszahlungen, einengen. Immerhin lässt das OLG Stuttgart, abgesehen durch den Baurechtssenat des BGH, dies zu, fordert aber eine explizite Regelung im Sicherungszweck des Bauvertrages (oder des Sicherungsumfanges in der Avalurkunde).

#### **4. Kritik**

Diese Entscheidung wirft mehrere Fragen auf. Man kann dem OLG Stuttgart allerdings zugutehalten, dass es seine Rechtsprechung aus einer ursprünglich gleich gearteten Entscheidung aus dem Jahr 2015 fortsetzt. Allerdings ist dies meines Erachtens nicht adäquat auszulegen mit dem Sicherungszweck für eine Vorauszahlungsbürgschaft mit einer Verquickung mit Mängelansprüchen aus einer Mängelbürgschaft.

Des Weiteren ist zu beachten, dass dies meines Erachtens ein Verstoß gegen die Rechtsprechung des BGH darstellt, dass es fiktive Mängelbeseitigungskosten nicht mehr gibt (ausführlich hierzu Steinwachs, ZInsO 2019, 1393/1400 mit Nachweisen zur Rechtsprechung des BGH – Aufsatz auf Homepage hinterlegt).

In der Praxis wird die Aufnahme der Mängel eine große Rolle spielen, da sicherlich viele Vorauszahlungsbürgschaftsnehmer sich auf diese Entscheidung berufen werden und angebliche Mängel beklagen. Wenn diese auch nicht wirklich abgearbeitet werden müssen, ist diese Behauptung schnell im Raum und kann nur durch eine bautechnische Expertise des Avalmanagers begutachtet werden. Auf jeden Fall ist eine Haftungsausweitung für den Vorauszahlungsbürgen hier zu konstatieren.