

## Info-Merkblatt

Stand: Nov. 2020

### **(Gewährleistungs-) Bürgschaften am Bau**

Die Gewährleistungsbürgschaft ist für jeden Bauhandwerker gängig. Nachstehende Ausführungen beleuchten das Thema Bürgschaften am Bau am Beispiel der Gewährleistungsbürgschaft. Es gibt natürlich auch andere Arten von Bürgschaften am Bau, je nachdem, wer Begünstigter ist, Auftraggeber oder Auftragnehmer. Denkbar sind Vertragserfüllungsbürgschaften für die Erfüllung der Bauleistung, aber auch Zahlungsbürgschaften für die Zahlung des Werklohns.

#### **Was ist eine Bürgschaft?**

Eine Bürgschaft ist ein Sicherungsmittel und sichert grundsätzlich einen Zahlungs-Anspruch ab. Der Bürge steht für die Erfüllung einer (Zahlungs-) Verbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger eines anderen ein. Dabei erfüllt der Bürge aber eine eigene Verpflichtung, nämlich (nur) die aus dem Bürgschaftsvertrag.

Das ist z.B. dann relevant, wenn im Bauvertrag eine übliche Bürgschaft als Sicherheit vereinbart ist, in der Bürgschaftsurkunde aber z.B. eine Bürgschaft auf erste Anforderung ausgewiesen ist. Der Malerbetrieb sollte daher grundsätzlich überprüfen, ob der Inhalt der Bürgschaftsurkunde nicht über die Anforderungen aus dem Bauvertrag hinausgeht. Die eigene Hausbank prüft nicht die Konformität zwischen Anspruch aus dem Bauvertrag und der eigenen Bürgschaftsurkunde, sondern verwendet eigene Vordrucke. Im Extremfall ist es in der Vergangenheit schon dazu gekommen, dass z.B. eine Bürgschaft auf erste Anforderung gestellt wurde, ohne dass hierzu eine Verpflichtung bestanden hätte.

#### **Was ist das Besondere an einer Bürgschaft?**

Eine Bürgschaft ist „akzessorisch“, das bedeutet die Bürgschaft ist sowohl im Bestand, wie auch im Umfang abhängig von der zugrundeliegenden abgesicherten Forderung. Ist z.B. der Mangelbeseitigungsanspruch verjährt, dann ist dieser Anspruch nicht mehr für den Gläubiger durchsetzbar und damit kann auch nicht die Bürgschaft mehr gezogen werden. Das Gleiche gilt, wenn der Schuldner gegen einen abgesicherten Zahlungsanspruch mit einer eigenen Gegenforderung aufrechnen kann. Durch die Aufrechnung erlischt die Hauptforderung und die Bürgschaft wird automatisch wertlos.

Gemäß § 766 BGB muss eine Bürgschaft grundsätzlich die Schriftform wahren. Ohne ausreichende Schriftform (= schriftliche Niederlegung und Unterschrift des Bürgen auf derselben Urkunde) ist die Bürgschaftserklärung nichtig.

Eine Bürgschaft muss aus der Bürgschaftsurkunde regelmäßig erkennen lassen, für welche Verbindlichkeit der Bürge haftet. Die Verbindlichkeit muss hinreichend bestimmt sein. Eine

Haftung für „alle denkbaren Ansprüche aus dem Vertragsverhältnis“ ist zu unbestimmt und damit wäre die Bürgschaft ebenfalls nichtig.

## **Wer ist tauglicher Bürge?**

Bürge kann grundsätzlich jeder sein, der rechtsfähig ist. Da die Bürgschaft ein Vertrag ist, ist entweder Geschäftsfähigkeit erforderlich oder bei Minderjährigen entsprechende Vertretung und Genehmigung durch ein Gericht (Bürgschaften von Minderjährigen oder auch engen Familienangehörigen sind oft sehr problematisch).

Bzgl. der Absicherung von Bauvertragsansprüchen bürgt in der Regel eine Bank (= Kreditinstitut) oder eine Bürgschaftsversicherung (= Kreditversicherer). Die entsprechenden Institute müssen ihren Sitz in der EU, in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes oder einem Staat der am WTO-Abkommen über öffentliches Beschaffungswesen beteiligt ist, haben.

## **Welche Sicherheiten außer Bürgschaften gibt es noch?**

§§ 232 BGB ff.:

- Hinterlegung von Geld und Wertpapieren
- Verpfändung von Forderungen, die in das Schuldbuch eines Bundesstaates eingetragen sind
- Verpfändung beweglicher Sachen
- Bestellung von Schiffshypotheken an Schiffen oder Schiffsbauwerken, die im Schiffsregister eingetragen sind
- Hypotheken an inländischen Grundstücken
- Verpfändung von Forderungen, Grundschulden oder Rentenschulden, für die eine Absicherung durch ein inländisches Grundstück besteht
- Bürgschaften

Des weiteren im vertragsrechtlichen Bereich:

- Bankgarantien
- Schuldbeitritt / Schuldübernahme

## **Wie komme ich zu einer Sicherheit?**

Grundsätzlich muss die Frage, wer wem wofür eine Sicherheit zu leisten hat vertraglich explizit vereinbart sein. Eine Ausnahme bildet z.B. § 650 e (früher 648a) BGB, die sog. Bauhandwerkersicherung. Dort ist ein gesetzlicher Anspruch auf eine Sicherheit geregelt.

## **Besteht ein Anspruch auf eine Sicherheit aufgrund der VOB/B?**

Nein, die VOB/B regelt zwar in § 17 das Thema „Sicherheiten“. Voraussetzung, dass z.B. eine Gewährleistungssicherheit überhaupt geschuldet ist, ist die entsprechende (gesonderte) vertragliche Vereinbarung. Eine solche kann auch nachträglich vereinbart werden und auch durch „konkludentes“ Verhalten. Z.B. der Auftraggeber nimmt – obwohl dies nicht

vereinbart ist – einen Sicherungseinbehalt vor und der Auftragnehmer duldet dies. Dann kann unter Umständen darin eine Zustimmung und entsprechend eine nachvertragliche Vereinbarung einer Sicherheit gesehen werden. Daher ist es grundsätzlich ratsam, bei einem unzulässigen Einbehalt sich unverzüglich beim Auftraggeber (schriftlich) zu melden und die Auszahlung zu verlangen!

### **Wer bestimmt, welches Sicherungsmittel verwendet wird?**

Die Entscheidung ist grundsätzlich dem Auftragnehmer überlassen. Oft wird jedoch im Bauvertrag diese Entscheidung von vorn herein einvernehmlich eingeschränkt und auf Einbehalt oder Bürgschaft reduziert. Das Wahlrecht nur auf bestimmte Sicherungen einzuschränken, ist zulässig, solange dem Auftragnehmer ein sinnvolles Wahlrecht verbleibt. Die vertragliche Reduzierung z.B. nur auf eine Bürgschaft wäre unzulässig, da der Auftragnehmer dann keine Ausweichmöglichkeiten hätte. § 17 Nr. 3 VOB/B regelt das Wahlrecht des Auftragnehmers ausdrücklich.

### **Für welche Fälle kann eine Sicherheit üblicherweise vereinbart werden? (Gewährleistung, Vertragserfüllung, Vorauszahlung, Subunternehmerisiko).**

Es sind grundsätzlich alle schuldrechtlichen Ansprüche absicherbar. Am Bau gibt es folgende Formen:

#### **a.) Vertragserfüllungssicherheit für Ansprüche des Auftraggebers.**

Hier soll sichergestellt werden, dass der Auftragnehmer seine Leistung auch vollständig und mangelfrei erbringt. Geht z.B. der Auftragnehmer während der Bauphase insolvent, deckt die Bürgschaft die Kosten der Ausführung durch einen Dritten ab. Denkbar wäre auch der Fall einer Mängelbeseitigung vor der Abnahme, denn bis zur Abnahme ist die Mangelfreiheit Bestandteil des Erfüllungsanspruchs. Die Bürgschaftssumme reduziert sich entsprechend der mangelfrei ausgeführten und abgerechneten Leistung. Die Bürgschaftsurkunde ist bei der Abnahme zurückzugeben.

#### **b.) Vertragserfüllungssicherheit für Werklohnansprüche des Auftragnehmers**

Hier soll die Zahlung des Werklohns abgesichert werden. In der Praxis kommen solche Sicherheiten mit Ausnahme des § 650 e (648 a) nicht vor. DER § 650e BGB ist wiederum praktisch sehr wichtig. Hier wäre die Bürgschaftsurkunde mit vollständiger Bezahlung der Schlussrechnung zurückzugeben.

#### **c.) Vorauszahlungssicherheit /Abschlagszahlungssicherheit**

Hier zahlt der Auftraggeber den Werklohn im Voraus und erhält die Bürgschaft als (Rückzahlungs-)Sicherheit. Das kommt praktisch ebenfalls nicht vor. Bei einer Abschlagsbürgschaft zahlt der Auftraggeber gemäß einem festgelegten Zahlungsplan, erhält aber keine wertgleiche Leistung im Zahlungszeitpunkt. Die Differenz wird über die Bürgschaft gesichert.

#### **d.) Gewährleistungssicherheit**

Praktisch sehr bedeutsam und am bekanntesten ist die Gewährleistungsbürgschaft. Die Gewährleistungsbürgschaft sichert Mängelbeseitigungsansprüche nach der Abnahme, denn erst ab dem Zeitpunkt der Abnahme handelt es sich um „Gewährleistung“. Die Gewährleistungsbürgschaft sichert alle Arten von Mängelansprüchen: Nachbesserung (notfalls durch Dritte), Minderung und Schadensersatzansprüche.

#### **e.) Subunternehmersicherheit**

Immer häufiger trifft man in Bauverträgen Vereinbarungen über Sicherheiten zur Absicherung des Subunternehmereinsatzes. Den Hauptunternehmer trifft die Haftung für die Abführung von Sozialbeiträgen und Einhaltung von Mindestlohn der Arbeitnehmer der von ihm beauftragten Subunternehmen. Da man sich von dieser Haftung nicht freizeichnen kann, wird auf verschiedenste Weise versucht, dieses Risiko zu begrenzen. Effektiv ist dabei die Absicherung über eine entsprechende Bürgschaft. Allerdings ist wie bereits beschrieben auch hier die Voraussetzung, dass die abgesicherten Ansprüche hinreichend genau beschrieben sind. Sofern dieses Risiko als Allgemeine Geschäftsbedingung zusammen mit anderen Sicherungsansprüchen in der gleichen Klausel im Bauvertrag geregelt ist, hat der BGH in der Vergangenheit solche Klauseln für unwirksam wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot erklärt.

#### **Zur Bürgschaft in Form der Gewährleistungsbürgschaft:**

##### **Entscheidender Unterschied Bankbürgschaft – Kreditversicherer (VHV)**

Der entscheidende Unterschied für den Handwerksbetrieb liegt darin, dass bei einer Bankbürgschaft die Kreditlinie des Handwerksunternehmens belastet wird, da die Bürgschaft im Rahmen des Bankverhältnisses ein Kreditgeschäft ist. Die Kreditlinie bei der Hausbank wird nicht belastet, wenn die Bürgschaft durch die VHV Versicherung gestellt wird. Allerdings können nur Innungsmitglieder die VHV-Bürgschaften in Anspruch nehmen, da die VHV Versicherung nur mit den jeweiligen Fachorganisationen entsprechende Rahmenabkommen abschließt. Bei regelmäßiger Inanspruchnahme sind die VHV-Bürgschaften zudem preislich günstiger, als vergleichbare Bankbürgschaften.

##### **Was bedeutet ?:**

- Selbstschuldnerisch (=Verzicht auf Einrede der Vorausklage) § 773 BGB

Bei einer selbstschuldnerischen Bürgschaft kann sich der Gläubiger aussuchen, wen er in Anspruch nimmt. Bei vertraglich vereinbarten Bürgschaften geschieht das dadurch, dass der Bürge auf die Einrede der Vorausklage verzichtet. Denn er könnte sonst darauf verweisen, dass der Gläubiger erst einmal mit einem Gerichtsprozess erfolglos versuchen muss, den Schuldner in Anspruch zu nehmen. Erst wenn gerichtlich festgestellt wäre, dass dort wirklich nichts zu holen ist, würde der Bürge eintreten. Um dies zu vermeiden werden selbstschuldnerischen Bürgschaften vereinbart.

- Unbedingt

Eine Bürgschaft ist ein selbständiges Rechtsgeschäft. Deshalb könnte es sein, dass eine Bürgschaftserklärung nur für einen ganz bestimmten Fall, nämlich unter einer ganz bestimmten Bedingung abgeschlossen wird. Damit der Gläubiger nicht gezwungen ist, den möglicherweise streitigen Eintritt der Bedingung gegenüber dem Bürgen nachweisen zu müssen, soll die Bürgschaft unbedingt, d.h. ohne jede Bedingung gewährt werden.

- Unwiderruflich

Der Begriff „unwiderruflich“ erklärt sich von selbst. Der Bürge verzichtet darauf eventuell den einmal angenommenen Bürgschaftsvertrag zu widerrufen.

- Unbefristet

Die Bürgschaft soll unbefristet sein. Man kann Bürgschaften auch auf Zeit, also befristet abschließen, dann werden diese durch Fristablauf unwirksam. Dies führt im Baugeschehen aber zu Problemen, vgl. unten.

- auf erste Anforderung

Eine Bürgschaft auf erste Anforderung bedeutet, dass der Bürge (z.B. Bank) sofort zu zahlen hat, ohne dass dieser die Möglichkeit hat irgendwelche Einreden oder Einwendungen zu erheben oder auch nur zu prüfen, ob der Bürgschaftsfall überhaupt eingetreten ist. Der Bürge ist dadurch gezwungen selbst einen eigenen Rückforderungsprozess zu führen, wenn er meint die Auszahlung könne nicht beansprucht werden. Die Banken tun dies allerdings nicht, sondern sie haben auch die Wahl sich das Geld von ihrem Kunden, dem Auftragnehmer, zurückzuholen im Rahmen des Kreditverhältnisses als Bankkunden. Dadurch ist der Auftragnehmer gezwungen, den langwierigen Rückforderungsprozess selbst zu führen und eine evtl. unberechtigte Inanspruchnahme geltend zu machen, z.B. weil die Mängelansprüche bereits verjährt sind. Den Banken ist die Bürgschaft auf erstes Anfordern daher sogar angenehmer, so dass man aufpassen muss, was für eine Bürgschaft die eigene Hausbank einem gibt.

- Verzicht auf Einrede der Anfechtbarkeit

Der Bürge kann grundsätzlich Einreden geltend machen, die mit dem Bestand der Hauptforderung zusammenhängen. Wenn dem Schuldner ein Anfechtungsrecht zusteht (z.B. Täuschung, Drohung, §122 BGB), dann wird die Hauptforderung vernichtet und der Bürge kann nicht in Anspruch genommen werden. Wenn aber der Bürge bereits bezahlt hat und danach erst das Rechtsgeschäft angefochten wird, dann hätte der Bürge ohne rechtliche Verpflichtung geleistet und muss nun sehen wie er nach bereicherungsrechtlichen Ansprüchen wieder an sein Geld kommt. Die Erklärung der Anfechtung steht nur den Vertragsparteien zu, der Bürge hat keinen Einfluss darauf. Um den Bürgen nicht in dieser für ihn gefährlichen Situation zu belassen, kann der Bürge den Einwand der Anfechtbarkeit erheben. Dann kommt es nur darauf an, ob überhaupt angefochten werden kann und nicht ob angefochten worden ist.

- Verzicht auf Einrede der Aufrechenbarkeit

Die gleiche Situation wie bei der Anfechtbarkeit besteht bei der Aufrechenbarkeit. Die verbürgte Hauptforderung kann eventuell dadurch untergehen, dass mit gegensätzlichen Ansprüchen aufgerechnet wird. Der Bürge kann darauf verweisen, dass zunächst die Aufrechnung erklärt wird, wenn diese zulässig ist. Sinn des Ganzen ist, den Bürgen, der nur ersatzweise einspringt, möglichst zu schützen.

### **Was ist wenn der Vertrag nur bestimmte Bürgen zulässt und andere ausschließt?**

Die VOB/B sieht grundsätzlich Bankbürgschaften bzw. Bürgschaften eines Kreditversicherers als VOB-konform und damit als gleichberechtigt an. Es kommt in Bauverträgen aber immer wieder vor, dass z.B. nur Bürgschaften einer Deutschen Großbank akzeptiert werden und speziell Bürgschaften von Kreditversicherern ausgeschlossen sind. Hier kommt es auf die jeweilige Formulierung der Klausel im Einzelfall an, ob diese noch rechtlich haltbar ist oder bereits unzulässig.

In der Regel wird man entsprechende Klausel so auslegen und ergänzen müssen, dass auch Bürgschaften von Kreditversicherern zu akzeptieren sind, auch wenn diese nicht explizit als taugliche Bürgen genannt sind. Bezüglich eines konkreten Ausschlusses von Kreditversicherern liegt noch keine hinreichende Rechtsprechung vor. Es kann daher zu Schwierigkeiten kommen, wenn in einem solchen Fall z.B. eine VHV-Bürgschaft abgelehnt wird.

Andererseits spricht auch viel für die Unzulässigkeit solcher Ausschlüsse, da es in der Regel kein hinreichendes Interesse des Auftraggebers gibt, den Auftragnehmer derart einzuschränken und insbesondere dessen Kreditlinie unnötig zu belasten.

Was die Reduzierung auf eine Bürgschaft einer Deutschen Großbank angeht, ist eine solche Klausel mit hoher Wahrscheinlichkeit unzulässig, da Sparkassen und Genossenschaftsbanken dann damit in der Regel ausgeschlossen wären. Die Reduzierung auf „Deutsche“ Großbank kann überdies europarechtlich bedenklich sein.

### **Auf welchen Betrag bezieht sich die Bürgschaft?**

Immer wieder kommt die Frage vor, auf welchen Betrag sich z.B. die vereinbarte Gewährleistungsbürgschaft in Höhe von 5% bezieht und ggf. welche Positionen einzubeziehen sind und welche nicht.

**Hier gilt:** Es kommt allein auf die Vertragsklausel an, da dies rein vertraglich geregelt ist und das Gesetz keine Regelungen hierzu bereithält. Insofern muss die Vertragsklausel auch eine Bezugnahme z.B. auf die Abrechnungssumme beinhalten. Fehlt dieser Bezug ist die Klausel unklar und damit rechtsungültig. Üblicherweise bezieht sich die Berechnung auf die Bruttoabrechnungssumme, bei reinen Nettoabrechnungen (wegen Umkehr der Umsatzsteuerschuld) auf die Nettoabrechnungssumme.

Dabei kommt es nicht darauf an, ob z.B. in dieser Abrechnungssumme Positionen ohne dauerhaften Gegenwert enthalten sind, z.B. Gerüstkosten. Es handelt sich schließlich um

eine nur grob berechnete Pauschale, die im Ernstfall kaum alle abzusichernden Forderungen vollständig abdecken kann.

### **Was ist, wenn der Auftraggeber die Bürgschaft annimmt, aber den Sicherungseinbehalt nicht ausbezahlt?**

In diesem Fall ist der Auftraggeber doppelt gesichert und dies ist grundsätzlich unzulässig. Hier sollte man im ersten Schritt den Auftraggeber auf die unzulässige Übersicherung aufmerksam machen und mit Fristsetzung (wegen der Verzugsherbeiführung) noch einmal Ausbezahlung des Sicherheitseinbehalts verlangen. Nach Ablauf der Frist empfiehlt es sich einen Rechtsanwalt zu beauftragen. Es kommt zudem darauf an, ob bereits ein Sicherungsfall eingetreten ist.

#### **(BGH vom 13.09.2001, VII ZR 467/00)**

a.) Ist kein Sicherungsfall eingetreten. Es liegen keine Mängel vor.

Dann hat der Auftraggeber den Sicherungseinbehalt unverzüglich ausbezahlen.

b.) Es liegt ein Sicherungsfall vor. Es liegen Mängel vor und der Auftragnehmer wurde zur Nachbesserung aufgefordert, die Mängel wurden aber nicht beseitigt.

Dann liegt die Wahl beim Auftraggeber ob er den Einbehalt verwerten will oder die Bürgschaft annimmt. Es muss sich aber unverzüglich dazu äußern, ob er den Sicherungseinbehalt verwerten will. Äußert er sich nicht, dann bleibt es beim Austauschrecht des Auftragnehmers.

c.) Es liegt ein Sicherungsfall vor. Ein Dritter wurde mit der Mängelbeseitigung beauftragt und der Einbehalt hierfür verwertet.

Dann muss der Auftraggeber die Bürgschaft zurückgeben. Hat er die Bürgschaft bereits verwertet, dann hat der Auftragnehmer einen Schadensersatzanspruch in Höhe der Bürgschaftssumme (BGH v. 18.05.2000, BauR 200,1501).

### **Sonderfall: Bürgschaftsrückgabe bei vertragswidriger Bürgschaftsgewährung**

Ist in einem Bauvertrag eine rechtswidrige Regelung enthalten, z.B. über die Stellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern (AGB!), dann entfällt die vertragliche Verpflichtung überhaupt eine Bürgschaft stellen zu müssen. Eine bereits übersandte einfache Gewährleistungsbürgschaft kann deshalb auch sofort zurückgefordert werden (Baurechts-Report 10/2008, OLG Dresden v. 10.09.2008).

### **Wann ist die Bürgschaftsurkunde zurückzugeben?**

Grundsätzlich ist die Bürgschaftsurkunde zurückzugeben, wenn der abgesicherte Anspruch nicht mehr geltend gemacht werden kann. Bei einer Gewährleistungsbürgschaft besteht bei VOB-Verträgen die Sonderregel, dass die Bürgschaftsurkunde nach zwei Jahren zurückzugeben ist, sofern nichts anderes vereinbart ist. Zunehmend wird jedoch von dieser „anderen Vereinbarung“ Gebrauch gemacht. Ansonsten ist die Bürgschaftsurkunde nach Ablauf der Verjährungsfrist zurückzugeben, also in der Regel nach 5 Jahren (4 Jahre nach VOB/B). Allerdings kann durch die Geltendmachung von Mängeln die Verjährung gehemmt sein, so dass dann die Bürgschaft weiterhin behalten werden darf. Dies ist dann der Fall, wenn noch vor Ablauf der Verjährung eine ordnungsgemäße Mängelrüge im Falle eines VOB-Vertrages erfolgt ist, da damit die Verjährung bereits gehemmt wird. (OLG Dresden v. 15.10.2002, BauR 2003, 111)

### **Warum soll die Bürgschaft unbefristet sein?**

Die Bürgschaft sichert nur einen zugrunde liegenden Anspruch, solange dieser besteht, bzw. noch nicht verjährt ist. Wenn die Gewährleistungsbürgschaft auf z.B. 5 Jahre befristet wäre und die Mängelansprüche ebenfalls in 5 Jahren verjähren, dann kann zwar der Kunde am letzten Tag noch Mängel feststellen und diese beim Auftragnehmer rügen, aber die Zeit würde nicht mehr reichen, den Bürgen in Anspruch zu nehmen. Gleiches gilt für den Fall, dass sich wegen Verhandlungen über Mängel das Verjährungsende verschiebt. Die Bürgschaft als Sicherungsmittel würde an Effektivität und Wert stark verlieren.

### **Sollte man sich auf vorgegebene Bürgschaftsmuster einlassen?**

In der Praxis wird es faktisch häufig keinen anderen Weg geben. Allerdings ist hier grundsätzlich Vorsicht geboten, denn da der Bürgschaftsvertrag anders lauten kann, als die eigentliche Verpflichtung, sollte überprüft werden, ob sich die Vorlage mit dem vertraglichen Anspruch deckt. Oft wird versucht, hier eine Bürgschaft auf erstes Anfordern oder andere dem Auftraggeber günstige Regelungen unterzuschieben. Bei den gängigen Bankbürgschaftstexten oder Bürgschaften der VHV besteht nach unserer Meinung keine Notwendigkeit für besondere Textfassungen.

### **Forderungsübergang bei Erfüllung durch Bürgen**

Wird der Bürge vom Gläubiger (= Auftraggeber) in Anspruch genommen, dann geht der Anspruch des Gläubigers auf den Bürgen, d.h. auf die Bank oder Versicherung über, § 774 BGB. Der Bürge holt sich das Geld vom Hauptschuldner und kann sich dabei aussuchen, ob der den übergegangenen Anspruch des Gläubigers geltend macht oder Aufwendungsersatz aus dem zugrundeliegenden Auftragsverhältnis, das zwischen Hauptschuldner und Bürge bei Beauftragung der Bürgschaft zustande gekommen ist. Letzteres dürfte von Seiten der prozessualen Durchsetzung für den Bürgen viel leichter sein.

### **Was ist, wenn die Bürgschaft durch den Auftraggeber zu Unrecht in Anspruch genommen wurde?**

Die Bank als Bürge prüft nicht, ob z.B. die geltend gemachten Mängel berechtigt sind oder nicht. Im Grunde hat die Bank auch kein Interesse hier in irgendeine Prüfung einzusteigen.

Bestenfalls prüft die Bank, ob offensichtlich Verjährung eingetreten ist oder sonst nach Aktenlage ein offensichtlicher Missbrauch vorliegt.

Den „schwarzen Peter“ hat dann der Auftragnehmer, der in einem Rückforderungsprozess beweisen muss, dass die Bürgschaft zu Unrecht in Anspruch genommen wurde. Zumindest hat der Auftragnehmer den Aufwand und das Risiko, den Prozess erst einmal führen zu müssen.

Geht es bei der Inanspruchnahme der Bürgschaft überhaupt um die Frage, ob Mängel vorliegen, dann hat zunächst in dem Prozess der Gläubiger, der vorhandene Mängel behauptet – nach Abnahme – die Beweislast, dass Mängel vorliegen. Alle übrigen Gründe, die die Inanspruchnahme der Bürgschaft als zu Unrecht erscheinen lassen, muss der Auftragnehmer beweisen. Insofern ändert sich nichts im Vergleich zu einem normalen Mangelprozess. Aus diesem Grund ist es auch für den Auftraggeber ratsamer zuerst die Mängel zu klären, bevor er die Bürgschaft zieht, da er keinen Vorteil erhält, das Verfahren aber verkompliziert.

Die Bank steht zwar juristisch gesehen in einer sehr guten Position, denn sie kann auf unterschiedlichen Wegen auf den Hauptschuldner, dessen Verbindlichkeit abgesichert wird, zurückgreifen. Allerdings hat die Bank das Nachsehen, wenn der Hauptschuldner insolvent ist, so dass die Bank schon daran interessiert ist, zu prüfen, ob eine Eintrittsverpflichtung ihrerseits vorliegt. **Aber: Die Bank vertritt ihre eigenen Interessen, nicht die des Auftragnehmers!**

## **Sicherheit durch Einbehalt**

**Was, wenn eine Gewährleistungssicherheit in Form eines Einbehalts erfolgt und der Auftragnehmer diesen nicht gegen eine Bürgschaft austauschen möchte?**

Meistens ist ein Sicherheitseinbehalt in Höhe von 5% der Abrechnungssumme vereinbart, ablösbar durch eine Bürgschaft. Der Auftragnehmer hat dann das Wahlrecht, ob er den Einbehalt durch eine Bürgschaft ablöst. Andere Sicherungsmittel sind dann meist (zulässig) ausgeschlossen.

Löst der Auftragnehmer den Einbehalt nicht ab, so hat der Auftraggeber das einbehaltene Geld auf ein Sperrkonto einzuzahlen gem. § 17 Abs. 6 VOB/B. Tut er das nicht, so kann der Auftragnehmer eine angemessene Nachfrist setzen – in der Regel sind 10 Werktage angemessen. Zahlt der Auftraggeber auch dann nicht ein und weist das Sperrkonto (sog. UND-Konto) nach, so verfällt der Anspruch auf die Sicherheitsleistung und Sie können den Einbehalt ausbezahlt verlangen, ohne eine erneute Sicherheit stellen zu müssen.

Achtung: Ist der Auftraggeber ein öffentlicher Auftraggeber (Bund, Land, Kommune), so kann er statt eines Sperrkontos den Einbehalt auf ein sog. „Verwahrkonto“ einzahlen, das besonderen haushaltsrechtlichen Regelungen unterliegt. Die Gelder stellen dann Fremdgelder dar. Allerdings gibt es auf dieser Art Konto keine Verzinsung und auch keinen Anspruch auf Verzinsung. (§ 17 Abs.6 Ziffer 4 VOB/B).