

GPA-Mitteilung Bau 5/2005

Az. 600.532, 600.536

01.12.2005

Bürgschaften bei Bauverträgen

1 Einführung

Nach den vergaberechtlichen Bestimmungen des § 14 Nr. 1 VOB/A sollen **Vereinbarungen über Sicherheitsleistungen** nicht die Regel sein, weil sie für bauausführende Unternehmer **Kosten** verursachen und zugleich den **Kreditrahmen** einengen.

Es bestehen keine Bedenken, wenn kommunale Auftraggeber Sicherheitsleistungen grundsätzlich nur bei **Öffentlichen Ausschreibungen** (Offenen Verfahren) und dann auch erst ab einer bestimmten Auftragssumme bzw. Wertgrenze vereinbaren (z.B. ab 100.000 oder 200.000 EUR). Die kommunalen Auftraggeber können ihre Wertgrenze jeweils selbst festlegen (z.B. durch Gemeinderatsbeschluss oder durch eine Vergabedienstanweisung).

Nach § 14 Nr. 2 VOB/A soll im Regelfall keine höhere **Sicherheitssumme** als 5 v.H. der Auftragssumme (betr. Vertragserfüllungsbürgschaften) bzw. 3 v.H. der Abrechnungssumme (betr. Mängelbürgschaften) vereinbart werden.

Von Vereinbarungen über Sicherheitsleistungen sind abzugrenzen **Vereinbarungen über Zahlungsmodalitäten**. Beispielsweise sind Regelungen, wonach Abschlagszahlungen nur zu 95 v.H. ausbezahlt werden, keine Regelungen über Sicherheitsleistungen; sie sind VOB-widrig (vgl. § 16 Nr. 1 VOB/B).

2 VOB-Bauverträge

2.1 Vertragserfüllungs- und Mängelbürgschaften

2.1.1 Bauvertragliche Regelungen

Der Auftraggeber kann unmittelbar aus § 17 VOB/B (oder aus BGB) keinen bauvertraglichen Anspruch auf Stellung einer Sicherheit durch den Auftragnehmer ableiten. Sicherheiten sind **ausdrücklich zu vereinbaren**. Sollen sie vereinbart werden, bedarf dies bei Erstellung der Verdingungsunterlagen entsprechender Regelungen in Besonderen Vertragsbedingungen (§ 10 Nr. 4 Abs. 1 Buchst. k VOB/A).

Für die Anwender des Kommunalen Vergabehandbuchs - KVHB-Bau - gelten die Regelungen in Nr. 3 des Angebots – KEVM(B)Ang –, in Nr. 8 der Besonderen Vertragsbedingungen - KEVM(B)BVB -¹, in Nrn. 23 und 24 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen - KEVM(B)ZVB -², des § 17 VOB/B sowie ergänzend die Bestimmungen des BGB. Die Regelungen betreffen nur die Rechtsverhältnisse aus dem Bauvertrag zwischen Auftraggeber und bauausführendem Unternehmer, nicht die Rechtsverhältnisse aus dem Bürgschaftsvertrag zwischen Auftraggeber und Bürgen (s. dazu **Abschn. 3**).

In Nr. 3 KEVM(B)Ang gibt der Auftraggeber vor, ob Sicherheiten gefordert werden. Bei Vereinbarung einer Sicherheit erklärt der Auftragnehmer, dass er nach seiner **Wahl** entweder eine Bürgschaft stellt (§ 17 Nr. 4 VOB/B) oder einen Zahlungseinbehalt durch den Auftraggeber hinnimmt (§ 17 Nr. 6 VOB/B). Im Falle eines Zahlungseinhalts gilt **§ 17 Nr. 6 Abs. 4 VOB/B**, wonach der Auftraggeber berechtigt ist, den als Sicherheit einbehaltenen Betrag auf eigenes Verwahrgeldkonto zu nehmen. Der Betrag wird nicht verzinst.

Die bauvertraglichen Vereinbarungen nach Nr. 8.1 BVB sowie ergänzend nach Nrn. 23, 24 ZVB und § 17 VOB/B regeln insbesondere

- das **Sicherungsmittel** (z.B. die Bürgschaft),
- die **Höhe** der Bürgschaft (vgl. Nr. 8.1 BVB unter Beachtung des § 14 VOB/A),

¹ Vgl. **Anlage 1**; nachstehend nur BVB genannt.

² Vgl. **Anlage 2**; nachstehend nur ZVB genannt.

- den **Bürgschaftszweck** bzw. die durch die Bürgschaft abgedeckten Ansprüche des Auftraggebers (vgl. Nr. 8.1 BVB, Nr. 23 ZVB und § 17 Nr. 1 VOB/B; s. ferner noch u. Abschn. 3.5),
- die **Tauglichkeit** des Bürgen (vgl. Nr. 24.2 ZVB, § 17 Nr. 4 VOB/B; s. ferner noch u. Abschn. 3.2),
- die **zeitliche Geltungsdauer** (vgl. Nr. 24.3 ZVB, § 17 Nr. 4 VOB/B; s. ferner noch u. Abschn. 3.2),
- **Einredeverzicht** des Bürgen (vgl. Nr. 24.3 ZVB, § 17 Nr. 4 VOB/B; s. ferner noch u. Abschn. 3.8) sowie
- die **Umwandlung** und **Rückgabe** der Bürgschaften an den Auftragnehmer (vgl. Nr. 8.1 BVB, Nr. 24.4 ZVB, § 17 Nr. 8 VOB/B; ferner die nachstehenden Ausführungen).

Die Überschrift zu Nr. 8.1 der BVB „für die Vertragserfüllung“ ist etwas irreführend. Die Nr. 8.1 der BVB regelt nicht nur eine Vertragserfüllungsbürgschaft im engeren Sinne, sondern eine sog. **Vollbürgschaft**, deren Sicherungszweck sich auch auf Mängelansprüche erstreckt. Dies ergibt sich eindeutig aus dem Verweis auf Nr. 23.1 der ZVB.

Der **spätere Bürgschaftsvertrag** (s. Abschn. 3) hat der bauvertraglichen Regelung zu entsprechen. Dies wird dadurch sichergestellt, dass der Auftragnehmer bei Stellung einer Bürgschaft das Formblatt KEFB Sich 1¹ und später ggf. das Formblatt KEFB Sich 2 zu verwenden hat (s. Nr. 8 BVB), die inhaltlich entsprechend den bauvertraglichen Regelungen der ZVB ausgestaltet sind.

Hinsichtlich des Bürgschaftszwecks besteht ein kleiner Widerspruch zwischen der Nr. 23.1 ZVB (oder Nr. 8.1 BVB) und dem Formblatt KEFB Sich 1 hinsichtlich der „Vertragsstrafen“. Die Vertragsstrafen sind in Nr. 23.1 ZVB nicht ausdrücklich erwähnt, dagegen in der Bürgschaftsurkunde bzw. im Formblatt KEFB Sich 1.

2.1.2 Übergabe einer Bürgschaft durch den Auftragnehmer

Der Auftragnehmer hat, falls er sich für die Bürgschaft entscheidet, diese dem Auftraggeber nach Vertragsabschluss zu übergeben. Solange der Auftragnehmer keine Bürgschaft

¹ Zum Formblatt KEFB Sich 1 vgl. **Anlage 3**.

übergibt, darf der Auftraggeber davon ausgehen, dass der Auftragnehmer sich für den Zahlungseinbehalt nach § 17 Nr. 6 Abs. 4 VOB/B entschieden hat.

2.1.3 Umwandlung der Vollbürgschaft (KEFB Sich 1) in eine Mängelbürgschaft (KEFB Sich 2)

Ein Auftragnehmer kann die nach Nr. 8.1 BVB vereinbarte Vollbürgschaft **nach Empfang der Schlusszahlung und Erfüllung aller bis dahin erhobenen Ansprüche** in eine Bürgschaft für Mängelansprüche gemäß Nr. 8.2 BVB umwandeln lassen. Durch den Verweis in Nr. 8.1 auf Nr. 8.2 der BVB ergibt sich, dass bei Vereinbarung einer Sicherheit stets die Nrn. 8.1 und 8.2 der BVB betr. der Höhe der Bürgschaftssumme gemeinsam auszufüllen sind.¹ Durch die Umwandlung wird nicht nur die Höhe der Bürgschaftssumme prozentual ermäßigt (z.B. von 5 v.H. der Auftragssumme auf **3 v.H. der Abrechnungssumme**), sondern Auftragnehmer und Bürge werden zugleich auch hinsichtlich des Bürgschaftszwecks erheblich entlastet (gebürgt wird dann nur noch für Mängelansprüche).

Eine Umwandlung nach Nr. 8.1 BVB setzt voraus

- eine **Schlusszahlung** des Auftraggebers,
- eine **Erfüllung** des Auftragnehmers aller bis zur Schlusszahlung erhobenen Ansprüche und
- ein **Verlangen** des Auftragnehmers auf Stellung einer Mängelbürgschaft nach KEFB Sich 2 bzw. die Übergabe einer solchen Bürgschaft (der Auftragnehmer ist insoweit vorleistungspflichtig).

Solange ein Auftragnehmer nicht die Umwandlung verlangt, bleibt die Vollbürgschaft in Höhe von 5 v.H. der Auftragssumme bestehen.

Zahlt ein Auftraggeber eine Bauschlussrechnung **ungekürzt**, steht einer Umwandlung grundsätzlich nichts im Wege (ein Verlangen des Auftragnehmers vorausgesetzt).

Das Gleiche gilt, wenn ein Auftraggeber eine Bauschlussrechnung **kürzt** (z.B. wegen Abrechnungsfehlern oder unberechtigten Nachtragsforderungen) und **Restzahlung leistet**, ggf. nach vorheriger **Verrechnung** der Vertragserfüllungsansprüche (z.B. Schadensersatzansprüche wegen Verzugs, Vertragsstrafenansprüche oder Erstattungsansprüche nach § 14 Nr. 4 VOB/B). Mit der Verrechnung und Restzahlung gelten die Ansprüche als erfüllt.

¹ Insoweit unklar die Hinweise A. 2.3.1.8 in Teil I des KVHB-Bau.

Der Auftragnehmer kann dann Umwandlung verlangen, unabhängig davon, ob er gegen die Schlusszahlung noch Vorbehalte geltend macht oder diese vorbehaltlos annimmt.

Allein wegen etwaiger bereits vor Abnahme festgestellter und bis zur Schlusszahlung noch nicht erledigter **Mängel** - und deswegen vorgenommener Mängeleinbehalte bei Schlusszahlung - kann eine Vollbürgschaft (KEFB Sich 1) nicht zurückbehalten werden, weil in solchen Fällen die ursprünglichen Erfüllungs-/Mängelansprüche (nach § 4 Nr. 7 VOB/B) ab der Abnahme in reine Mängelansprüche (nach § 13 VOB/B) übergehen und diese dann von der Bürgschaft für Mängelansprüche (KEFB Sich 2) abgedeckt sind. Im Zeitpunkt der Schlusszahlung noch bestehende Mängel verzögern deshalb nicht die Umwandlung.

Kürzt ein Auftraggeber die Bauschlussrechnung und stellt er dabei fest, dass die Schlussrechnungsforderung bereits durch **Abschlagszahlungen überzahlt** ist, erfolgt eine Schlusszahlungsmitteilung an den Auftragnehmer, verbunden mit einer Rückforderung der überzahlten Beträge. Die Ansprüche aus der Abrechnung sind dann im Sinne der Nr. 8.1 BVB noch nicht erfüllt. Der auf Geldzahlung gerichtete Anspruch des Auftraggebers an den Auftragnehmer (Überzahlung) ist durch die Bürgschaft nach KEFB Sich 1 abgedeckt (s. Abschn. 3.5). Der Auftragnehmer hat in solchen Fällen einen **Anspruch auf Umwandlung** der Vollbürgschaft in eine Mängelbürgschaft erst **nach Rückerstattung** der überzahlten Beträge.

Sollte im Zeitpunkt der Schlusszahlung noch keine Bürgschaft KEFB Sich 1 vorliegen, werden Zahlungen in Höhe von 5 v.H. der Auftragssumme weiter einbehalten, bis der Auftragnehmer eine Bürgschaft nach KEFB Sich 2 übergibt. Denkbar ist aber auch eine nachträgliche **einvernehmliche Regelung** dahingehend, dass als Sicherheit für Mängelansprüche 3 v.H. der Abrechnungssumme einbehalten werden (statt Stellung einer Bürgschaft nach KEFB Sich 2).

2.1.4 Die vertragliche Regelung in Nr. 8.1 BVB im Blick auf Einhaltung der VOB/B und auf das AGB-Recht

Es stellt sich die Frage, ob und inwieweit die Regelung in Nr. 8.1 BVB hinsichtlich des Zeitpunkts der Umwandlung einer Vollbürgschaft KEFB Sich 1 in eine Mängelbürgschaft KEFB Sich 2 im **Widerspruch zur Regelung des § 17 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B** steht, die bei Sicherheiten für die Vertragserfüllung auf den „Abnahmezeitpunkt“ und nicht auf den Zeitpunkt der „Schlusszahlung“ abhebt. Die GPA geht davon aus, dass § 17 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B nur in den Fällen gilt, in denen isoliert **Vertragserfüllungsbürgschaften im engeren Sinne** (ohne den Bürgschaftszweck „Abrechnung“) vereinbart werden, nicht aber bei Vollbürgschaften wie

nach Nr. 8.1 BVB i.V.m. Nr. 23 ZVB. § 17 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B macht nur dann einen Sinn, wenn reine Vertragserfüllungsbürgschaften ohne den Bürgschaftszweck „Abrechnung“ vereinbart werden. Ob § 17 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B so zu verstehen ist, kann hier nicht weiter vertieft werden. Die GPA geht jedenfalls davon aus, dass § 17 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B nicht den Fall regelt, dass eine Vollbürgschaft in eine Mängelbürgschaft umgewandelt wird (dazu unklar die Ausführungen von Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar 15. Aufl. 2004, RdNr. 2 und 3 zu § 17 Nr. 8 VOB/B).

Es stellt sich ferner die Frage, ob der in Nr. 8.1 BVB geregelte **Umwandlungszeitpunkt** „Empfang der Schlusszahlung und Erfüllung aller bis dahin erhobenen Ansprüche“ einer **Rechtskontrolle** nach den §§ 305 ff. BGB (ehem. AGB-Gesetz) standhält. Nach dem Urteil des LG Berlin vom 18.07.2001, NZBau 2001, 559 = IBR 2001, 484 wird der Auftragnehmer durch eine Klausel „**nach vorbehaltloser Annahme der Schlusszahlung**“¹ unangemessen benachteiligt, weil er den Umwandlungszeitpunkt selbst nicht bestimmen kann. Laut Gericht kann ein Auftraggeber beispielsweise die **Schlusszahlung hinauszögern** oder eine Schlusszahlung ggf. mit unberechtigten Einbehalten leisten, was dann zwangsläufig Vorbehalte des Auftragnehmers zur Schlusszahlung nach sich zieht (verbunden mit erheblichen Verzögerungen).

Die Regelung in Nr. 8.1 BVB ähnelt der vorstehend zitierten Klausel. Sie unterscheidet sich nur dadurch, dass der Umwandlungszeitpunkt nicht davon abhängig ist, dass der Auftragnehmer die Schlusszahlung vorbehaltlos annimmt (s. schon Abschn. 2.1.3).

Nach Auffassung der GPA dürfte Nr. 8.1 BVB einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB standhalten. Mit der Festlegung des Umwandlungszeitpunkts „**nach Empfang der Schlusszahlung und Erfüllung aller bis dahin erhobenen Ansprüche**“ wird der Auftragnehmer nicht unangemessen benachteiligt. Die Regelung verstößt weder gegen Bestimmungen des BGB noch gefährdet sie den Vertragszweck (§ 307 Abs. 2 BGB). Hierbei ist zu bedenken, dass der Auftraggeber nach BGB nicht zu einer Umwandlung verpflichtet wäre. Es wäre nicht unangemessen, würde ein Auftraggeber eine Vollbürgschaft ohne Umwandlungsmöglichkeit bis zum Ablauf der Verjährungsfrist vereinbaren. Dass dennoch eine Umwandlungsmöglichkeit eingeräumt wird, hat ausschließlich vergaberechtliche - und nicht vertragsrechtliche - Gründe (§ 14 VOB/A), wonach die öffentlichen Auftraggeber der Bauwirtschaft entgegenkommen sollen.

¹ Vorbehaltlose Annahme im Sinne des § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B; betraf eine Regelung der Deutschen Bundesbahn, die annähernd der Regelung in Nr. 8.1 der BVB entspricht, nur mit dem Unterschied, dass die vorbehaltlose Annahme nicht das entscheidende Kriterium für den Umwandlungszeitpunkt ist.

Eine Umwandlung kann - soll der Sicherungszweck voll erfüllt werden - erst im Zeitpunkt der vollständigen Vertragserfüllung **einschl. Abrechnung** erfolgen. Etwaige Ansprüche des Auftraggebers aus der Abrechnung lassen sich erst nach Prüfung der Bauschlussrechnung und Feststellung des Schlussrechnungsbetrags endgültig beurteilen. Würde man regeln, dass die Umwandlung im Zeitpunkt der „Abnahme“ erfolgen kann, würde der Bürgschaftszweck „Abrechnung“ ins Leere laufen. Zum Problem festgestellter Überzahlungen bei Eingang einer Bauschlussrechnung vgl. die Ausführungen in Abschn. 3.5.

2.1.5 Rückgabe der Mängelbürgschaft - KEFB Sich 2 -

Für die Rückgabe der Mängelbürgschaft (KEFB Sich 2) hat Nr. 24.4 ZVB Vorrang vor § 17 Nr. 8 Abs. 2 Satz 1 VOB/B. Nach Nr. 24.4 ZVB wird die nicht verwertbare¹ Bürgschaft zurückgegeben, wenn die Verjährungsfrist für Mängelansprüche abgelaufen ist. Die „Verjährungsfrist“ ist die im Bauvertrag beispielsweise in Besonderen Vertragsbedingungen oder die nach § 13 Nr. 4 VOB/B vereinbarte Frist. Bei etwaigen Fristverlängerungen (z.B. nach § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B) sind diese für den Fristablauf maßgebend.

Der Hinweis in Nr. 24.4 Satz 2 ZVB, wonach § 17 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B unberührt bleibt, bedeutet, dass der Auftraggeber auch noch nach Ablauf der Verjährungs- und Rückgabefrist eine (Teil-)Bürgschaft zurückbehalten darf, vorausgesetzt, dass er in der unverjährten Zeit gegenüber dem Auftragnehmer einen bestimmten von der Bürgschaft abgedeckten Geldanspruch bereits geltend gemacht bzw. angezeigt hat. Dies gilt aber auch ohne den Verweis auf § 17 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B (OLG Köln, Ur. v. 13.10.2004, IBR 2005, 371).

Dies betrifft nicht die Mängelrügen, soweit sie nach § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B ohnehin zu einer Fristverlängerung führen. Dies betrifft beispielsweise aber **Minderungsansprüche nach § 13 Nr. 6 VOB/B**, die verjähren können, wenn nicht rechtzeitig verjährungshemmende Maßnahmen gegenüber dem Auftragnehmer (nicht gegenüber dem Bürgen) nach den §§ 194 ff. BGB eingeleitet werden. Sind die Minderungsansprüche verjährt, aber vor Verjährungsablauf gegenüber dem Auftragnehmer bereits angezeigt worden, unterliegen sie in jedem Falle noch der Sicherheit. Für diesen Teil kann der Bürge insoweit keine Einrede (§ 768 BGB) geltend machen. Der teilweise Rückbehalt einer Mängelbürgschaft erfolgt entweder durch Stellung einer **ermäßigten Austauschbürgschaft** oder in der Form, dass der Auftraggeber die volle Bürgschaft behält und darauf eine **Teilverzichtserklärung** abgibt.

¹ I.S. von nicht „verwertete“ Bürgschaft (vgl. sprachlich auch § 17 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B).

2.1.6 Sonstige Hinweise

Ein **vorzeitiger Rückgabeanspruch** des Auftragnehmers für Bürgschaften besteht in den Fällen, in denen eine bauvertragliche Bürgschaftsvereinbarung **nichtig** ist (z.B. bei Bürgschaften auf erstes Anfordern¹).

Die bauvertraglichen Regelungen über die Rückgabe einer Bürgschaft an den Auftragnehmer haben auch Bedeutung für den Bürgschaftsvertrag. Mit der Rückgabe erlischt auch die Bürgschaft (s. Abschn. 3.10).

Im Falle einer **Insolvenz** des Auftragnehmers und Kündigung des Auftraggebers nach § 8 Nr. 2 VOB/B tritt der Sicherungsfall ein, sobald der Auftraggeber an den Insolvenzverwalter auf Geldzahlung gerichtete Forderungen hat.

2.2 Abschlagszahlungs- und Vorauszahlungsbürgschaften

Ansprüche auf Sicherheitsleistung für bestimmte Abschlagszahlungen oder für Vorauszahlungen ergeben sich unmittelbar aus § 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/B sowie § 16 Nr. 2 Abs. 1 Satz 1 VOB/B². Dazu regelt ergänzend Nr. 8.3 BVB, dass der Auftragnehmer als Sicherungsmittel eine Bürgschaft zu stellen hat, und zwar nach dem Formblatt KEFB Sich 3. Im Übrigen gelten bei solchen Bürgschaften die Regelungen in Nr. 24 ZVB.

Bei Abschlags- und Vorauszahlungsbürgschaften ergibt es sich aus der Natur der Sache, dass die Bürgschaften den vollen Zahlungsbetrag umfassen und vor Zahlung vorliegen müssen.

3 Bürgschaftsverträge

3.1 Vertragsabschluss, Wesen eines Bürgschaftsvertrags

Im Verhältnis Auftraggeber zu Bürge besteht ein **Bürgschaftsvertrag** nach den §§ 765 ff. BGB (einseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft neben dem Bauvertrag). Durch einen **Bürgschaftsvertrag** verpflichtet sich ein Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die

¹ Vgl. dazu die Ausführungen in Abschn. 3.

² § 17 VOB/B gilt hier nicht.

Erfüllung der Verbindlichkeiten des Dritten einzustehen (§ 765 BGB)¹. Die Bürgschaftsschuld des Bürgen ist **akzessorisch**, d.h. sie ist eine von Entstehung, Umfang, Durchsetzbarkeit und Erlöschen der Hauptschuld **dauernd abhängige Hilfsschuld**.

Der Anspruch des Auftraggebers gegenüber dem Bürgen ist ausschließlich auf **Geldzahlung** gerichtet (s. Abschn. 3.6).

Der Bürgschaftsvertrag kommt **zustande** mit der schriftlichen Bürgschaftserklärung bzw. Übergabe einer formgerechten Bürgschaftsurkunde (§ 766 BGB) durch den Bürgen und ihre Annahme durch den Auftraggeber (§§ 145 ff. BGB). Für die Annahme gilt § 151 BGB, d.h. sie bedarf keiner ausdrücklichen Erklärung durch den Auftraggeber („Verkehrssitte“). Der Annahmewille des Auftraggebers ergibt sich daraus, dass er die Urkunde behält.

Ein Bürgschaftsvertrag ist nicht kündbar.

3.2 Überprüfung der Bürgschaftsurkunde durch den Auftraggeber

Übergibt ein Bürge (z.B. ein Kreditinstitut) dem Auftraggeber - auf Veranlassung des Auftragnehmers - eine Bürgschaftsurkunde, ist diese vom Auftraggeber dahingehend **zu überprüfen**, ob sie sich auf den betreffenden Bauvertrag bezieht und ob sie inhaltlich den bauvertraglichen Regelungen entspricht (z.B. ob eine Bürgschaft nach KEFB Sich 1 ohne inhaltliche Änderungen oder Ergänzungen durch den Bürgen übergeben worden ist). Auch muss eine Bürgschaftsurkunde unbefristet und schriftlich ausgestellt sein (s. u. Abschn. 3.4). Ferner ist zu prüfen, ob der Bürge als tauglich anerkannt werden kann.

Taugliche Bürgen sind Kreditinstitute oder Kreditversicherer, die in der EG, in einem Staat der Vertragsparteien des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder in einem Staat der Vertragsparteien des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen zugelassen sind (vgl. Nr. 24.2 ZVB, § 17 Nr. 2 VOB/B vorrangig vor § 239 Abs. 1 BGB)². Untauglich sind in der Regel sog. **Konzernbürgschaften**.

Gemäß den bauvertraglichen Regelungen sind Bürgschaften **unbefristet** zu stellen (vgl. Nr. 24.3 ZVB, § 17 Nr. 4 VOB/B). Dies schon deshalb, weil der tatsächliche Ablauf der Ver-

¹ Gläubiger ist der Auftraggeber; der Dritte bzw. Hauptschuldner ist der Auftrag-/Bauunternehmer; die Verbindlichkeiten bzw. die Hauptschuld des Dritten ergeben sich aus dem Bauvertrag.

² Wer als Kreditinstitut oder als Kreditversicherer in der EU zugelassen ist, ergibt sich aus Veröffentlichungen im Amtsblatt der EG, aus Listen, die in den Wirtschaftsministerien oder in der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Graurheindorfer Str. 108, 53117 Bonn) vorliegen.

jährungsfrist vorab nicht festgelegt werden kann und weil ggf. auch noch nach Ablauf der Verjährungsfrist Sicherheiten bestehen können (vgl. die Ausführungen zur Rückgabe einer Mängelbürgschaft in Abschn. 2.1.5).

Die Bürgschaft muss nach Vorschrift des Auftraggebers ausgestellt sein (§ 17 Nr. 4 VOB/B). Diese Regelung besagt lediglich, dass weder dem Bürgen noch dem Auftragnehmer freie Hand gelassen ist bei der Gestaltung der Bürgschaftsurkunde.

Übergibt ein Bürge eine nicht den bauvertraglichen Regelungen entsprechende Bürgschaftsurkunde, ist diese an den Auftragnehmer zurückzugeben. Dies gilt auch dann, wenn zwischen dem Auftraggeber und dem Bürgen bereits ein Bürgschaftsvertrag zustande gekommen sein sollte. Bis zur Vorlage einer vertragsgemäßen Bürgschaftsurkunde bzw. Austauschbürgschaft können die Sicherheitsbeträge von den Zahlungen einbehalten werden (§ 17 Nr. 7 VOB/B).

Nach Eingang einer Bürgschaftsurkunde sollte durch den Auftraggeber grundsätzlich eine **umgehende Überprüfung** des Urkundeninhalts erfolgen, weil im Falle einer Abweichung des Bürgschaftsinhalts vom Bauvertrag und einer frühzeitigen Insolvenz eines Auftragnehmers die Stellung einer dem Bauvertrag entsprechenden Austauschbürgschaft nicht mehr möglich ist. Der Auftraggeber muss sich dann mit dem bereits abgeschlossenen Bürgschaftsvertrag begnügen.

3.3 Höhe der Bürgschaft

Die in der Bürgschaftsurkunde genannte und den bauvertraglichen Regelungen entsprechende Bürgschaftssumme bezieht sich nicht auf einen einzelnen Bürgschaftsfall, sondern auf die Summe aller Ansprüche.

Die Regelung in Nr. 8.1 der BVB „... v.H. der Auftragssumme **einschl. der Nachträge**“ bezieht sich nur auf die Höhe der Bürgschaftssumme. Im Falle späterer Nachträge dürften aber Ansprüche des Auftraggebers auf Erhöhung der Bürgschaftssumme (Austausch der Bürgschaftsurkunde) nicht gegeben sein, wenn die „Nachträge“ nicht zugleich auch vom Bürgschaftszweck erfasst sind (s. u. Abschn. 3.5). Es wäre besser, den Zusatz „einschl. Nachträge“ zu streichen.

3.4 Formvorschriften

Für den Auftraggeber hat die **bauvertragliche Schriftformklausel** wenig Bedeutung (§ 17 Nr. 4 VOB/B).

Eine Bürgschaftserklärung bedarf nach § 766 Satz 1 BGB zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Die Erteilung einer Bürgschaftserklärung in elektronischer Form¹ ist ausgeschlossen (§ 766 Satz 2 BGB). Allerdings kann nach § 350 HGB eine Bürgschaft auch ohne Einhaltung der Schriftform des § 766 BGB wirksam erteilt werden, wenn der Bürge Kaufmann ist, was beispielsweise bei Kreditinstituten oder Kreditversicherern zutrifft. Dennoch wird den Kommunen angeraten, gemäß § 766 BGB nur **urkundlich unterzeichnete Urkunden** entgegenzunehmen.

3.5 Bürgschaftszweck (gesicherte Ansprüche)

Eine Bürgschaftserklärung muss den Bürgschaftszweck eindeutig erkennen lassen bzw. dem sog. **Bestimmtheitsgrundsatz** entsprechen. Bestehende Unklarheiten sind ggf. im Wege der Vertragsauslegung nach den §§ 133, 157 BGB zu beseitigen. Verbleibende Unklarheiten gehen grundsätzlich zu Lasten des Auftraggebers.

Nach Nr. 8.1 BVB ist eine Bürgschaft nach dem Formblatt KEFB Sich 1 zu stellen (Vertragserfüllungsbürgschaft und Bürgschaft für Mängelansprüche). Das Formblatt KEFB Sich 1 enthält z.Z. folgenden Wortlaut:

„Gemäß den Besonderen Vertragsbedingungen dieses Vertrags hat der Auftragnehmer als Sicherheit für die Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen aus dem Vertrag insbesondere für
- **die vertragsgemäße Ausführung der Leistung einschl. der Abrechnung,**
- **der Mängelansprüche und Schadensersatz,**
- **die Zahlung einer Vertragsstrafe,**
eine Bürgschaft in Höhe von _____ v.H. der Auftragssumme zuzüglich der Nachträge zu stellen“.

Damit sind die Ansprüche des Auftraggebers aus dem Bürgschaftsvertrag umschrieben. Nach diesem Wortlaut sichert die Bürgschaft zunächst sämtliche Erfüllungsansprüche einschließlich Schadensersatzansprüche bis zur Abnahme und sämtliche Mängelansprüche ab der Abnahme einschließlich Schadensersatzansprüche aus dem Bauvertrag. Zu den gesicherten Ansprüchen zählen beispielsweise alle auf Geldzahlung gerichteten Ansprüche des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer wegen

¹ Z.B. per Telefax.

- **Verzugs** bzw. nicht fristgerechter Erfüllung (z.B. nach § 6 Nr. 6 VOB/B oder § 5 Nr. 4 i.V.m. § 8 Nr. 3 VOB/B)¹,
- **mangelhafter Leistungserbringung** (z.B. nach § 4 Nr. 7 oder § 13 VOB/B) oder
- **aus sonstigen Gründen** (z.B. nach § 10 Nr. 1 und Nr. 6 VOB/B oder nach § 14 Nr. 4 VOB/B).

Vom Bürgschaftszweck ausgeschlossen sind Schadensersatzansprüche des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer, die nicht auf den vorgenannten, sondern auf **sonstigen Vertragspflichtverletzungen** beruhen (z.B. auf Verletzung vertraglicher Nebenverpflichtungen wie Beratungs-, Anzeige- oder Mitteilungspflichten).

Die Sicherung beschränkt sich **gegenständlich** nur auf den **Hauptvertrag** (Nr. 23.1 ZVB) und **nicht** auf etwaige spätere **Nachträge** i.S. des § 1 Nrn. 3 oder 4 VOB/B (vgl. OLG Frankfurt, Urf. v. 29.05.2002, Baurechts-Report 11/2002). Will man die Nachträge in den Bürgschaftszweck einbeziehen, muss dies in Nr. 23.1 ZVB ausdrücklich geregelt werden (und gleichlaufend in der Bürgschaftsurkunde KEFB Sich 1). Der Hinweis in Nr. 8.1 der BVB „... v.H. der Auftragssumme einschl. der Nachträge“ bezieht sich nur auf die Höhe der Bürgschaft, nicht auf den Bürgschaftszweck (s. o. Abschn. 3.3).

Vom Bürgschaftszweck ebenfalls nicht erfasst sind Ansprüche aus einem **Anschlussauftrag**. Sicherheitsleistungen für Anschlussaufträge sind (neu) gesondert zu vereinbaren.

Gegenüber früheren Fassungen des KVHB-Bau erwähnt die Nr. 23 ZVB sowie KEFB Sich 1 als Bürgschaftszweck nicht mehr ausdrücklich die „**Überzahlungen**“. Gleichwohl ist nachstehend zu differenzieren zwischen Überzahlungen, die vom Auftraggeber in der Vertragserfüllungsphase bei Prüfung der Bauschlussrechnung festgestellt werden (und infolge überhöhter Abschlagszahlungen eingetreten sind) und Überzahlungen, die erst zu einem späteren Zeitpunkt nach geleisteter Schlusszahlung durch Dritte festgestellt werden².

Im Allgemeinen wird bei einer Vertragserfüllungs- und Mängelbürgschaft nicht gebürgt für „Überzahlungen“, wenn eine Bürgschaftsurkunde diese nicht ausdrücklich als Bürgschaftszweck vorsieht (OLG Celle, Urf. v. 04.06.1997, BauR 1997, 1057). Nach Nr. 23.1 ZVB und KEFB Sich 1 erfasst der Bürgschaftszweck für die Vertragserfüllung ausdrücklich aber auch An-

¹ Dazu zählen auch Vertragsstrafenansprüche.

² Z.B. durch Rechnungsprüfungsämter im Rahmen der örtlichen Prüfung, durch Behörden im Rahmen von Zuwendungsverfahren oder durch die GPA im Rahmen der überörtlichen Prüfung.

sprüche des Auftraggebers auf „**vertragsgemäße Abrechnung**“. Vom Bürgschaftszweck „Abrechnung“ im Rahmen der Vertragserfüllung sind damit auch solche Überzahlungen erfasst, die bei Schlusszahlung festgestellt werden (OLG Naumburg, Urt. v. 25.11.1999, NZBau 2001, 139). Nach der Rechtsprechung des BGH, BauR 1999, 635 sind Ansprüche des Auftraggebers aus überhöhten Abschlagszahlungen **vertragliche Erstattungsansprüche** und nicht Rückforderungsansprüche im Sinne des Bereicherungsrechts (§§ 812 ff. BGB). Dadurch wird zum Ausdruck gebracht, dass die Rückforderung überhöhter Abschlagszahlungen bei Schlusszahlungsmittelteilung noch in den Vertragserfüllungsbereich gehört und durch die Bürgschaft abgedeckt ist.¹ Weitere Rechtsprechung hierzu bleibt noch abzuwarten.

Hat ein Auftragnehmer dagegen einen Anspruch auf Umwandlung einer Vertragserfüllungsbürgschaft in eine Mängelbürgschaft und werden zu einem späteren Zeitpunkt Überzahlungen durch Dritte festgestellt (z.B. wegen Abrechnungsfehlern), hat ein Auftraggeber für die dann nach den §§ 812 ff. BGB gegebenen Rückforderungsansprüche keine Sicherheiten, weil die gesicherten **Mängelansprüche** begrifflich nicht Überzahlungen bzw. Rückforderungsansprüche erfassen (vgl. OLG Celle, a.a.O.).

3.6 Bürgschaftsfall (Verwertung der Bürgschaft)

Bauverträge und Bürgschaftsverträge regeln im Allgemeinen nicht den Bürgschaftsfall. Er ist mangels Vereinbarungen durch Vertragsauslegung zu ermitteln. In der Regel sind die Verträge so auszulegen, dass der Bürgschaftsfall erst dann gegeben ist, wenn der gesicherte Anspruch des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer in eine **Geldforderung** übergegangen ist.

Bürgschaften sind also ausschließlich auf **Geldzahlung** gerichtet. Dies bedeutet, dass eine Bürgschaft (erst) dann verwertet werden kann, wenn der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer eine auf Geldzahlung gerichtete Forderung hat (z.B. Erstattung der Mängelbeseitigungskosten, Schadensersatz- oder Minderungsanspruch) und nicht schon, solange der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer Nachbesserungsansprüche geltend machen kann (vgl. dazu auch Kuffer in BauR 2003, 155 oder Thode in ZfBR 2002, 4).

¹ Insoweit unklar Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar 15. Aufl., Rdnr. 7 zu § 17 Nr. 8 VOB/B, der sich u.a. auf das OLG Naumburg beruft. Im Urteilsfall war aber durch die gestellte Vertragserfüllungsbürgschaft gerade nicht eine „ordnungsgemäße Abrechnung“ abgedeckt, außerdem war der Rückgabezeitpunkt auf die Abnahme bezogen.

Die Verwertung einer Bürgschaft ist zulässig, sobald der Bürgschaftsfall eingetreten ist bzw. die Bürgschaft oder die durch die Bürgschaft abgesicherte Geldforderung gegenüber dem Auftragnehmer fällig ist (und beispielsweise nicht erst bei Insolvenz eines Auftragnehmers). Die Verwertung erfolgt durch eine (schriftliche) Aufforderung an den Bürgen zur Auszahlung mit kurzer Schilderung des Bürgschaftsfalls.

Wird eine Geldforderung gegenüber dem Auftragnehmer nicht fällig, entfällt zugleich die Verwertungsmöglichkeit.

Beispiel:

Nach dem Mängelrecht im VOB-Bauvertragsrecht und BGB-Werkvertragsrecht (§ 13 VOB/B, §§ 633 ff. BGB) hat ein mangelhaft leistender Auftragnehmer grundsätzlich einen Anspruch auf Nacherfüllung bzw. ein Auftraggeber grundsätzlich die Pflicht zur Aufforderung zur Mängelbeseitigung mit Fristsetzung (§ 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B). Unterlässt ein Auftraggeber die Aufforderung¹ und lässt er die Mängel sofort durch Dritte beseitigen, verfällt gegenüber dem Auftragnehmer der Anspruch auf Erstattung der Mängelbeseitigungskosten (§ 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B). Dann entfällt zugleich auch der Bürgschaftsfall bzw. die Verwertungsmöglichkeit (Einrederecht des Bürgen nach § 768 BGB).

Ein Auftraggeber ist nicht verpflichtet, bei jedem (kleineren) Bürgschaftsfall auf einen Bürgen zurückzugreifen. Er kann im Bürgschaftsfall die ihm gegenüber dem Bauunternehmer zustehenden Rechte zunächst weiterverfolgen², sofern dieser nicht insolvent ist. Er ist auch berechtigt, im Bürgschaftsfall eine Bürgschaft nicht zu verwerten bzw. diese ggf. für etwaige spätere Fälle (z.B. erkennbare größere Mängel) zunächst noch aufzusparen. Allenfalls muss er bei Bürgschaftsfällen auf die Verjährung des Bürgschaftsanspruchs achten (s. u. Abschn. 3.9).

3.7 Bürgschaften „auf erstes Anfordern“

Allgemeines

Nach früheren bauvertraglichen Regelungen waren die Auftragnehmer verpflichtet, Bürgschaften „auf erstes Anfordern“ zu stellen. Dementsprechend enthielten Bürgschaftserklärungen den Zusatz, dass sich der Bürge verpflichtet, „auf erstes Anfordern“ des Auftraggebers zu zahlen. Aufgrund dieser Klausel waren den Bürgen grundsätzlich alle Einwendungen (auch Einreden i.S. des § 768 BGB) im sog. **Erstprozess** abgeschnitten.³ Die Frage, ob

¹ Und ist diese auch nicht nach anderen Vorschriften (z.B. nach BGB) ausnahmsweise entbehrlich.

² Z.B. gerichtlich.

³ Lediglich bei sog. Rechtsmissbrauch bestand keine Zahlungspflicht.

eine Bürgschaftsforderung eines Auftraggebers überhaupt berechtigt ist, konnte ein Bürge erst nach Zahlung und in einem späteren Rückforderungsprozess klären lassen. Eine solche Bürgschaft beinhaltet folglich ein hohes Risiko für einen Bürgen zumindest bei Bürgschaftsübernahmen gegenüber privaten Bauherren (z.B. Insolvenzrisiko des Auftraggebers).

Der BGH hatte früher bereits mehrfach entschieden, dass formularmäßige Vereinbarungen über Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaften mit dem Zusatz „auf erstes Anfordern“ einer Rechtskontrolle nach dem AGB-Gesetz (jetzt §§ 305 ff. BGB) nicht standhalten und damit unwirksam sind (vgl. dazu die chronologischen Ausführungen von Sohn in ZfBR 2003, 110 über die verschiedenen BGH-Entscheidungen). Die BGH-Entscheidungen betrafen zunächst **private Bauherren**.

Vertragserfüllungsbürgschaften bei öffentlichen Auftraggebern

Der BGH hat in einem weiteren Urteil vom 25.03.2004 (NZBau 2004, 322 = BauR 2004, 1143) unter Verweis auf seine frühere Entscheidung vom 04.07.2002 (NZBau 2002, 559 = NJW 2002, 3098) klargestellt, dass **Vertragserfüllungsbürgschaften** auf erstes Anfordern, die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines **öffentlichen Auftraggebers** geregelt werden, ebenfalls unwirksam sind.

Für **Vertragserfüllungsbürgschaften** (nicht aber für Gewährleistungsbürgschaften) hat der BGH aber eine vorübergehende Ausnahme insoweit zugelassen, als nicht die (komplette) Klausel unwirksam ist, sondern dass der Vertrag dahingehend ausgelegt bzw. **umgedeutet** werden kann, dass der Auftragnehmer statt der Bürgschaft „auf erstes Anfordern“ nur eine **einfache** (unbefristete, selbstschuldnerische) **Bürgschaft** schuldet. Danach konnte der Auftragnehmer keine Herausgabe der Bürgschaftsurkunde verlangen, sondern lediglich fordern, dass sich der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer und dem Bürgen schriftlich verpflichtet, die Bürgschaft nicht auf erstes Anfordern, sondern nur als selbstschuldnerische Bürgschaft geltend zu machen. Ein schützenswertes Vertrauen bestand allerdings nur für eine bestimmte **Übergangszeit** bzw. nur für Verträge, die bis zum **31.12.2002** geschlossen worden sind. Nach diesem Zeitpunkt getroffene Sicherheitsvereinbarungen über Vertragserfüllungsbürgschaften mit dem Zusatz „auf erstes Anfordern“ waren endgültig unwirksam.

Gewährleistungsbürgschaften bei öffentlichen Auftraggebern

Bei Gewährleistungsbürgschaften hat – anders als bei Vertragserfüllungsbürgschaften – die Unwirksamkeit der Bürgschaftsklausel „auf erstes Anfordern“ zur Folge, dass der Auftragnehmer (oder Bürge) sich auf die Unwirksamkeit einer solchen Klausel berufen und **Rückgewähr** der Bürgschaft verlangen kann. Für den Auftraggeber besteht dann keine Sicher-

heit mehr (vgl. zuletzt BGH, Urt. vom 14.04.2005, NZBau 2005, 460 = IBR 2005, 423 = ZfBR 2005, 557). Eine **Umdeutung** einer Gewährleistungsbürgschaft „auf erstes Anfordern“ in eine einfache „selbstschuldnerische Bürgschaft“ in einer bestimmten Übergangszeit hat der BGB in allen bisherigen Entscheidungen nicht zugelassen.

Nach dem Urteil des BGH vom 09.12.2004, Az. VII ZR 265/03, sind Gewährleistungsbürgschaften auch bei öffentlichen Auftraggebern, die zur Zahlung auf erstes Anfordern verpflichtet, **unwirksam**.

Änderung der VOB/B

Wegen dieser Rechtsprechung wurde auch die VOB/B geändert. Nach § 17 Nr. 4 VOB/B - Ausgabe 2002 - dürfen Bürgschaften, die zur Zahlung auf erstes Anfordern verpflichtet, nicht mehr geschlossen werden. Die neue VOB/B-Regelung ist auch wegen der Tatsache aufgenommen worden, dass Bürgschaften auf erstes Anfordern den Kreditrahmen des Auftragnehmers unverhältnismäßig stark einschränken (s. eingangs Abschn. 1). Aufgrund der Änderung der VOB/B enthalten die Nr. 24 der ZVB sowie die Formblätter KEFB Sich 1 und Sich 2 auch nicht mehr den Zusatz „auf erstes Anfordern“.

3.8 Einreden, Verweigerungsrechte des Bürgen

Ein Bürge kann die dem Hauptschuldner bzw. Bauunternehmer **aus dem Bauvertrag** zustehenden Einreden geltend machen (§ 768 BGB). Infrage kommen alle Einreden, die ein Auftragnehmer nach der VOB/B i.V.m. dem BGB geltend machen kann, beispielsweise im Verzugsfall die Einrede wegen mangelnden Verschuldens, im Vertragsstrafenfall die Einrede des fehlenden Vorbehalts bei der Abnahme oder im Mängelfall die Einrede wegen fehlenden Mangels oder Verjährung des Mängelanspruchs. Ein Bürge kann sich also grundsätzlich darauf berufen, dass eine Geldforderung des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer nicht (mehr) besteht oder rechtskräftig abgewiesen wurde.

Ein Bürge verliert sein Einrederecht nicht dadurch, dass der Bauunternehmer auf sie verzichtet (§ 768 Abs. 2 BGB).

§ 768 BGB betrifft nicht diejenigen Einreden, die ein Bürge gegenüber dem Auftraggeber **aus dem Bürgschaftsvertrag** ohnehin geltend machen kann (z.B. die Einrede der Verjährung des Bürgschaftsanspruchs; s. dazu nachfolgend Abschn. 3.9).

Nach dem Formblatt KEFB Sich 1 (s. Anlage 3) ist eine Einrede des Bürgen wegen **Anfechtbarkeit** des Bauvertrags ausgeschlossen (Abweichung von § 770 Abs. 1 BGB), ebenso wegen **Aufrechenbarkeit** (Abweichung von § 770 Abs. 2 BGB)¹; Letzteres gilt jedoch nicht für den Fall, dass die Gegenforderung des Hauptschuldners unbestritten oder rechtskräftig festgestellt ist. Eine Anfechtung könnte beispielsweise in Betracht kommen bei sog. Umlageklauseln in Bauverträgen (z.B. Umlage der Baureinigungskosten), die nach den §§ 305 ff. BGB einer Rechtskontrolle nicht standhalten.

Die Einrede eines Bürgen **auf Vorausklage** des Auftraggebers gegen den Bauunternehmer (§ 771 BGB) ist bei **selbtschuldnerischen Bürgschaften** (§ 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB) bzw. nach KEFB Sich 1 ausgeschlossen (vgl. auch Nr. 24.3 ZVB und § 17 Nr. 4 VOB/B).²

3.9 Verjährung

Ansprüche des Auftraggebers aus dem Bürgschaftsvertrag verjähren selbstständig nach den §§ 195, 199 BGB, unabhängig von der Verjährungsfrist für die Hauptschuld. Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt **drei Jahre** (§ 195 BGB). Nach § 199 Abs. 1 BGB beginnt sie mit dem Schluss des Jahres, in dem

- der Anspruch entstanden ist und
- der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.

Die Verjährungsfrist beträgt ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis zehn Jahre von ihrer Entstehung an (Höchstfrist nach § 199 Abs. 4 BGB).

Umstritten ist z.Z. noch, wann ein Anspruch aus einem Bürgschaftsvertrag entsteht (zu § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Zum einen wird die Auffassung vertreten, dass der Anspruch mit dem Schluss des Jahres entsteht, in dem der Auftraggeber einen auf Geldzahlung gerichteten Anspruch gegenüber dem Bauunternehmer geltend machen kann (z.B. nach fruchtlosem Ablauf einer gesetzten Mängelbeseitigungsfrist). Es gibt aber auch die andere Auffassung, dass ein Anspruch erst mit dem Schluss des Jahres entsteht, in dem der Auftraggeber den Bürgen **tatsächlich in Anspruch genommen** hat (vgl. dazu Lubojanski in IBR Aug. 2004 oder Beratende Ingenieure 10/2004, 43). Die GPA neigt zu der ersteren Auffassung, weil es nicht

¹ S. auch Nr. 24.3 ZVB, dagegen nicht vorgesehen in § 17 Nr. 4 VOB/B.

² Danach ist ein Vollstreckungsversuch des Auftraggebers gegenüber dem Bauunternehmer nicht erforderlich.

darauf ankommen kann, wann die Bürgschaftsschuld für den Bürgen fällig wird, sondern darauf, wann der Anspruch für den Auftraggeber fällig ist (vgl. dazu auch Koppmann in IBR 2005, 489).

Die in § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB genannte zweite Voraussetzung für den Lauf der Verjährungsfrist ist unproblematisch. Im Allgemeinen hat der Auftraggeber Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen sowie von der Person des Schuldners, sodass die Höchstfrist nach § 199 Abs. 4 BGB in der Regel nicht greift.

Beispiel:

Bei Abnahme am 30.06.2004 zeigen sich Mängel. Die umgehende Aufforderung zur Mängelbeseitigung verläuft fruchtlos. Der Auftraggeber lässt die Mängel durch einen Dritten beseitigen. Er hat gegenüber dem Bauunternehmer einen Kostenerstattungsanspruch (§ 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B), der mit Ablauf des 30.06.2008 verjährt (bei vierjähriger Regelfrist). Zugleich läuft aber auch die Verjährungsfrist für den Bürgschaftsanspruch. Dieser Anspruch verjährt schon mit Ablauf des Jahres 2007 (also noch vor Verjährung der Hauptschuld), sofern nicht verjährungshemmende Maßnahmen gegenüber dem Bürgen eingeleitet worden sind.

Danach müssen die Auftraggeber, sobald ein Bürgschaftsfall eingetreten ist (s. Abschn. 3.6), die Verjährungsfrist aus dem Bürgschaftsvertrag ggf. gesondert im Auge behalten. Dies gilt insbesondere für die Erfüllungsansprüche bei längerfristigen Baumaßnahmen, die bereits im frühen Vertragserfüllungsstadium entstehen (z.B. Vertragsstrafenansprüche für Einzelfristen bzw. erste Bauabschnitte).

3.10 Beendigung des Bürgschaftsvertrags

Die Bürgschaftsverpflichtung endet mit Erlöschen der Hauptschuld aus dem Bauvertrag. Danach ist die Bürgschaftsurkunde nicht mehr verwertbar.

Eine Bürgschaft erlischt nicht deshalb, weil ein Auftragnehmer insolvent und im Handelsregister gelöscht wird. Es ist gerade der Zweck einer Bürgschaft, den Auftraggeber vor einem solchen Vermögensverfall zu schützen.

3.11 Steuerrecht

Die Übernahme einer Bürgschaft ist in der Regel eine umsatzsteuerfreie Leistung (§ 4 UstG).

**Anlage 1
zur GPA-Mitteilung Bau 5/2005**

Bauvertragliche Regelungen in Besonderen Vertragsbedingungen - KEVM(B)BVB -

„8. Sicherheitsleistung (§ 17)

8.1 für die Vertragserfüllung

Als Sicherheit für die Vertragserfüllung nach Nr. 23.1 ZVB hat der Auftragnehmer ___ v.H. der Auftragssumme einschl. der Nachträge (Bruttosumme) zu stellen.

Eine Bürgschaft ist nach dem Formblatt - KEFB Sich 1 - zu stellen. Nach Empfang der Schlusszahlung und Erfüllung aller bis dahin erhobenen Ansprüche kann der Auftragnehmer verlangen, dass die Bürgschaft in eine Bürgschaft für Mängelansprüche gemäß Nr. 8.2 umgewandelt wird.

8.2 für Mängelansprüche

Als Sicherheit für die Mängelansprüche nach Nr. 23.2 ZVB werden ___ v.H. der Auftragssumme einschl. der Nachträge (Bruttosumme) einbehalten. Nach Feststellung der Abrechnungssumme ist diese maßgebend. Der Auftragnehmer kann stattdessen eine Bürgschaft nach dem Formblatt - KEFB Sich 2 - stellen.

Rückgabe der Sicherheit nach Nr. 24.4 – KEVM(B)ZVB -.

8.3 Abschlags-/Vorauszahlungsbürgschaft

Für Abschlagszahlungen (nach § 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/B) und für Vorauszahlungen ist Sicherheit durch eine Bürgschaft nach dem Formblatt - KEFB Sich 3 - zu leisten.

8.4 Für Bürgschaften gilt Nr. 24 ZVB.“

Anlage 2
zur GPA-Mitteilung Bau 5/2005

Bauvertragliche Regelungen in Zusätzlichen Vertragsbedingungen - KEVM(B) ZVB -

„23. Sicherheitsleistung (§ 17)

- 23.1 Die Sicherheit für die Vertragserfüllung erstreckt sich auf die Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen aus dem Vertrag, insbesondere für die vertragsgemäße Ausführung der Leistung einschließlich Abrechnung, Mängelansprüche und Schadensersatz.
- 23.2 Die Sicherheit für Mängelansprüche erstreckt sich auf die Erfüllung der Mängelansprüche einschließlich Schadensersatz.

24. Bürgschaften (§§ 16 und 17)

- 24.1 Ist Sicherheit durch Bürgschaft zu leisten, sind die Formblätter des Auftraggebers zu verwenden.
- 24.2 Die Bürgschaft ist von einem
- in den Europäischen Gemeinschaften oder
 - in einem Staat der Vertragsparteien des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder
 - in einem Staat der Vertragsparteien des WTO-Abkommens über das öffentliche Beschaffungswesen
- zugelassenen Kreditinstitut bzw. Kredit- oder Kautionsversicherer zu stellen.
- 24.3 Die Bürgschaftsurkunden enthalten folgende Erklärungen des Bürgen:
- „- Der Bürge übernimmt für den Auftragnehmer die unbefristete, unbedingte, unwiderrufliche und selbstschuldnerische Bürgschaft nach deutschem Recht.
- Auf das Recht der Hinterlegung des Bürgschaftsbetrags sowie auf die Einreden der Vorausklage (§§ 771, 772 BGB), der Anfechtbarkeit (§ 770 Abs. 1 BGB) und der Aufrechenbarkeit (§ 770 Abs. 2 BGB) wird verzichtet. Hinsichtlich der Einrede der Aufrechenbarkeit gilt dies jedoch nicht für den Fall, dass die Gegenforderung des Hauptschuldners unbestritten oder rechtskräftig festgestellt ist.
 - Die Bürgschaft dient auch der Sicherstellung der entsprechenden Ansprüche des Auftraggebers, wenn im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Auftragnehmers der Insolvenzverwalter gemäß § 103 InsO die Vertragserfüllung verlangt.

- Die Bürgschaft ist unbefristet; sie erlischt mit der Rückgabe dieser Bürgschafts-
urkunde an den Auftragnehmer.
 - Gerichtsstand ist der Sitz der zur Prozessvertretung des Auftraggebers zuständigen
Stelle.“
- 24.4 Die nicht verwertbare Bürgschaft für Mängelansprüche wird zurückgegeben, wenn
die Verjährungsfrist für Mängelansprüche abgelaufen ist. § 17 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2
bleibt unberührt.
- 24.5 Die Urkunde über die Abschlagszahlungsbürgschaft wird zurückgegeben, wenn die
Stoffe und Bauteile, für die Sicherheit geleistet worden ist, eingebaut sind.
- 24.6 Die Urkunde über die Vorauszahlungsbürgschaft wird zurückgegeben, wenn die
Vorauszahlung auf fällige Zahlungen angerechnet worden ist.“

Anlage 3

zur GPA-Mitteilung Bau 5/2005

Auszüge aus der Bürgschaftsurkunde nach Formblatt KEFB Sich 1

„Der Auftragnehmer ... und der Auftraggeber ... haben folgenden Vertrag geschlossen:

... .

Gemäß den Besonderen Vertragsbedingungen dieses Vertrags¹ hat der Auftragnehmer als Sicherheit für die Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen aus dem Vertrag insbesondere für

- die vertragsgemäße Ausführung der Leistung einschl. der Abrechnung
- der Mängelansprüche und Schadensersatz,
- die Zahlung einer Vertragsstrafe,

eine Bürgschaft in Höhe von ___ v.H. der Auftragssumme zuzüglich der Nachträge zu stellen.

Der Bürge ... übernimmt hiermit für den Auftragnehmer die unbefristete, unbedingte, unwiderrufliche und selbstschuldnerische Bürgschaft nach deutschem Recht und verpflichtet sich, jeden Betrag bis zur Gesamthöhe von EUR an den Auftraggeber zu zahlen.

Der Bürge verzichtet auf das Recht zur Hinterlegung des Bürgschaftsbetrags sowie auf die Einreden der Vorausklage (§§ 771, 772 BGB), der Anfechtbarkeit (§ 770 Abs. 1 BGB) und der Aufrechenbarkeit (§ 770 Abs. 2 BGB). Hinsichtlich der Einrede der Aufrechenbarkeit gilt dies jedoch nicht für den Fall, dass die Gegenforderung des Hauptschuldners unbestritten oder rechtskräftig festgestellt ist.

Die Bürgschaft dient auch der Sicherstellung der entsprechenden Ansprüche des Auftraggebers, wenn im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Auftragnehmers der Insolvenzverwalter gemäß § 103 InsO die Vertragserfüllung verlangt.

Die Bürgschaft erlischt mit der Rückgabe dieser Bürgschaftsurkunde an den Auftragnehmer oder mit der schriftlichen Verzichtserklärung durch den Auftraggeber.

Gerichtsstand ist der Sitz der Stelle, die für die Prozessvertretung des Auftraggebers zuständig ist.

..... (Ort, Datum)

..... (Unterschriften)“

¹ Gemeint ist der Bauvertrag.