

<b>Zeitschrift</b>	BauR - Baurecht
<b>Autoren</b>	Dr. Thomas Hildebrandt/Eva Bouchon
<b>Rubrik</b>	Aufsätze
<b>Referenz</b>	BauR 2016, 1223 - 1228 (Heft 8)
<b>Verlag</b>	Werner Verlag

## Hildebrandt, Bouchon, BauR 2016, 1223 Rückgabezeitpunkte für Mängelbürgschaften

*von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- Architektenrecht sowie Fachanwalt für Vergaberecht Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg und Rechtsanwältin und Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht Eva Bouchon, M.A., Berlin*

In Sicherungsabreden eines Bauvertrages finden sich oft keine oder nur rudimentär formulierte Abreden über den Zeitpunkt der Rückgabeverpflichtung von Bürgschaften.<sup>1</sup> Dabei ist die rechtzeitige Rückgabe von Bürgschaften mit der Maßgabe, dass aus ihnen keine Rechte mehr gegen den Bürgen hergeleitet werden können, für die jeweilige Bauvertragspartei von elementarer Bedeutung. Der zur Bürgschaftsstellung Verpflichtete entlastet durch die Rückgabe von Sicherheiten seinen Kreditrahmen, etwaig gestellte Rückgriffssicherheiten werden frei und er muss keine weiteren Avalzinsen leisten.<sup>2</sup> Haben die Vertragsparteien die VOB/B in das Vertragsverhältnis einbezogen, bestimmt § 17 Abs. 8 den Rückgabezeitpunkt. Maßgebend ist ferner nicht nur die vollständige Rückgabe der Sicherheit, sondern auch die Teilenthftung einer Bürgschaft oder der Austausch von Bürgschaften, wenn die Sicherheit aufgrund von gering verbliebenen Mängelansprüchen der Höhe nach nur teilweise in Anspruch genommen werden kann. Dabei spielt auch die Frage eine Rolle, ob ein Auftraggeber sein Sicherungsinteresse bei Mängelbeseitigungskosten mit einem Druckzuschlag ansetzen kann.

Der BGH hat in zwei Grundsatzentscheidungen<sup>3</sup> jetzt die Fragen nach dem maßgebenden Rückgabezeitpunkt, das Behaltendürfen der Sicherheit und die Möglichkeit einer Teilenthftung bzw. Rückgabe Zug um Zug gegen eine geringere Sicherheit geklärt.

# I. Rückgabezeitpunkt und Teilenthftung bei nur noch geringfügigen Mängeln<sup>4</sup>

In einem VOB/B-Vertrag vereinbarten die Parteien zur Stellung einer Mängelsicherheit und zum Rückgabezeitpunkt folgendes:

„... Die Bürgschaft ist zurückzugeben, wenn alle unter die Gewährleistungsfrist fallenden Gewährleistungsansprüche nicht mehr geltend gemacht werden können, frühestens fünf Jahre nach erfolgter förmlicher Schlußabnahme, soweit der AN für die Abdichtungsarbeiten (§ 10 Ziffer (2) (b) dieses Vertrages) eine Gewährleistungsbürgschaft in Höhe von DM 30.000,00 gestellt hat...“

Nach Abnahme und Übergabe einer Mängelbürgschaft kam es zwischen den Parteien zum Streit über Mängel. Der AN begehrte eine Teilenthftung der Bürgschaft, nachdem sich die Parteien über einen Betrag hinsichtlich der berechtigten Mängelansprüche geeinigt hatten. Nachdem die begehrte Teilenthftung durch den AG nicht vollständig erklärt wurde, machte der AN seine für den verbliebenen Bürgschaftsbetrag gezahlten Avalprovisionen an den Bürgen als Schaden beim AG geltend.

## 1. Unwirksame vertragliche Rückgabeverpflichtung

Die zwischen den Parteien hier zitierte vertraglich vereinbarte und von [§ 17 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B](#) abweichende Vereinbarung ist gem. [§ 307 Abs. 1 BGB](#) <sup>5</sup> unwirksam.<sup>6</sup> Eine unangemessene Benachteiligung liegt immer dann vor, wenn der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch eine einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen.<sup>7</sup> Da die Klausel die vollständige Rückgabe der Bürgschaft davon abhängig macht, dass keine Mängelansprüche mehr geltend gemacht werden können und eine teilweise Enthftung nicht vorgesehen ist, benachteiligt sie den AN unangemessen.<sup>8</sup>

Abgesehen davon könnte der AG nach dieser Klausel eine Mängelbürgschaft auch nach Ablauf der Verjährungsfrist für Mängelansprüche unabhängig davon behalten, in welcher Höhe er zu diesem Zeitpunkt noch gesicherte Ansprüche hat, sollten sie überhaupt existieren. Insbesondere dieser Umstand benachteiligt den AN unangemessen, weil diese Regelung unabhängig vom Verhältnis des Wertes der gesicherten Ansprüche zu der Höhe der gesamten Bürgschaft gilt.<sup>9</sup> Der Senat führt beispielhaft aus, dass so ein etwa ganz geringer berechtigter Anspruch im Wert von 1.000 € ausreichen würde, um eine Bürgschaft i.H.v. 1 Mio. € zurückzuhalten. Das führt zu

einer hohen Belastung des AN, weil der Bürge regelmäßig sowohl die Avalkosten als auch die Kreditlinie des AN danach berechnet, bis zu welchem Höchstbetrag er sich verbürgt hat.<sup>10</sup> Der Umstand, dass der AG den AN mit der Zurückhaltung der Bürgschaft zur Erfüllung eines berechtigten Anspruchs unter Druck setzen kann, ist unerheblich.<sup>11</sup> Es kann auch dahinstehen, ob ein solches Interesse überhaupt aner kennenswert und schutzwürdig ist. Jedenfalls bei einem groben Missverhältnis zwischen dem berechtigten Anspruch und den entstehenden Nachteilen für den AN liegt eine unangemessene Benachteiligung vor.<sup>12</sup> Dabei kommt es nicht darauf an, dass ein solches Missverhältnis auch tatsächlich vorliegt. Maßgebend ist lediglich, dass es nach der vertraglich vereinbarten Sicherungsabrede eintreten kann.

Dass eine zu stellende Mängelbürgschaft nur Ansprüche bis zur Höhe von 5 % des Auftragswertes absichert, ändert daran nichts, auch wenn sich diese Sicherheit im Einzelfall als unzureichend erweisen kann. Die Möglichkeit der Zurückhaltung der unveränderten Bürgschaft auch bei unerledigten Mängelansprüchen geringerer Höhe wird nicht dadurch aufgewogen, dass auch bei unerledigten höheren Mängelansprüchen nur diese, Ansprüche i.H.v. 5 % der Auftragssumme absichernde, Bürgschaft zurückgehalten werden könnte.<sup>13</sup>

Da diese Rückgabeklausel als AGB also unwirksam war, konnte sich Umfang und Zeitpunkt der Verpflichtung der Beklagten zur Freigabe der Bürgschaft und Rückgabe der entsprechenden Urkunde nicht aus dieser vertraglichen Abrede ergeben.

## 2. Anwendung von [§ 17 VOB/B](#) nur bei wirksamer Vereinbarung

Die Vorschrift des [§ 17 VOB/B](#) ist eine Öffnungsklausel. Sie ist gem. § 17 Abs. 1 nur anwendbar, wenn eine Sicherheitsleistung vereinbart ist. Ist sie vereinbart, können die einzelnen Abreden in § 17 abbedungen oder geändert werden.

Im vom BGH entschiedenen Fall<sup>14</sup> beurteilte sich die Rückgabe- bzw. Freigabeverpflichtung des AG allerdings nicht nach [§ 17 Nr. 8 Satz 2 VOB/B](#) (1996), weil die Parteivereinbarung eine Rangfolge zwischen den „Regelungen des Vertrages“ und der VOB/B nur „im Falle des Widerspruchs und für eventuelle Vertragsauslegungen“ bestimmte. Beides lag nicht vor. Der bestehende Widerspruch zwischen der hier zitierten Klausel und [§ 17 Nr. 8 Satz 2 VOB/B](#) (1996) sollte gerade dahin aufgelöst werden, dass Ersteres gilt. Was im Fall der Unwirksamkeit der vorrangigen Bestimmung gelten sollte, war dort nicht geregelt.<sup>15</sup> Vielmehr vereinbarten die Parteien, eine unwirksame Bestimmung durch eine im wirtschaftlichen Ergebnis gleichkommende wirksame zu ersetzen. Damit schied ein Rückgriff auf [§ 17 Nr. 8 Satz 2 VOB/B](#) (1996) aus, weil dort eben eine Teilenthftung vorgesehen ist.

Abgesehen davon kann auch aus einer Klausel, nach der eine Regelung maßgebend sein soll, deren wirtschaftlicher Erfolg einer nach § 9 Abs. 1 AGBG<sup>16</sup> unwirksamen Klausel (soweit wie möglich) entspricht, nichts hergeleitet werden, weil diese ihrerseits wegen Verstoßes gegen § 6 Abs. 2 AGBG<sup>17</sup> nach § 9 AGBG<sup>18</sup> nichtig ist<sup>19</sup>.

### 3. Gesetzliche Rückgabeverpflichtung

Aus diesen Gründen war für den BGH der Weg zur Anwendbarkeit der gesetzlichen Regelungen gem. [§ 306 Abs. 2 BGB](#) <sup>20</sup> hinsichtlich einer Freigabeverpflichtung durch den AG frei. Allerdings sieht das dispositive Recht keine ausdrücklichen Regelungen über die Rückgewähr solcher Sicherheiten vor. Aus diesem Grund konnte der Senat eine nach [§§ 133](#), [157 BGB](#) ergänzende Vertragsauslegung zur Schließung der Lücke vornehmen, die durch die Unwirksamkeit einer der Inhaltskontrolle nach dem Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterliegenden Klausel entstanden ist. Das ist dann anzunehmen, wenn dispositives Gesetzesrecht zur Füllung der Lücke nicht zur Verfügung steht und die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klausel keine angemessene, den typischen Interessen des AGB-Verwenders und seines Vertragspartners Rechnung tragende Lösung bietet.<sup>21</sup>

#### a) Bestimmung des Rückgabezeitpunktes nach [§§ 133](#), [157 BGB](#)

Wegen der Akzessorietät der Bürgschaft bedarf es einer Rückgewähr der Sicherheit selbst im engeren Sinne nach dem (teilweisen) Wegfall des Sicherungszwecks nicht. Ein Treuhandverhältnis liegt, anders als bei nichtakzessorischen fiduziarischen Sicherheiten, nicht vor. Gleichwohl verbleiben dem AN Nachteile und auch dem AG in gewissem Umfang Vorteile.<sup>22</sup> Der Zweck der Sicherungsvereinbarung und die Interessenlage der Parteien erfordern es, dass der AG die erhaltenen Rechte und Vorteile aus einer geleisteten Sicherheit nach Wegfall des Sicherungszweckes nicht mehr behalten darf.<sup>23</sup> In diesem Sinne können und müssen auch Rechte aus einer Bürgschaft zurückgegeben werden.<sup>24</sup> Zugleich muss verhindert werden, dass der AN Nachteile erleidet, ohne dass dies noch erforderlich ist.<sup>25</sup>

Nach diesen Grundsätzen führt auch der teilweise Wegfall des Sicherungszwecks zu einem Rückgabeanspruch des AN.<sup>26</sup> Hiernach hat der AG regelmäßig nach Ablauf der vereinbarten Frist eine Bürgschaft insoweit freizugeben, als zu diesem Zeitpunkt keine durchsetzbaren Mängelansprüche mehr bestehen.<sup>27</sup>

Allein die Sicherungsabrede entscheidet darüber, ob der Sicherungszweck entfallen ist.<sup>28</sup> Wenn die Parteien nur vereinbaren, dass der AN eine Mängelbürgschaft als Sicherheit für die vertragsgemäße und mängelfreie Ausführung der Leistungen zu erbringen hat, sichert diese Bürgschaft regelmäßig nur auf Geld gerichtete Mängelansprüche des AG ab. Sie soll bewirken, dass der AG mit seinen Mängelansprüchen nicht ausfällt, was tatsächlich bestehende Ansprüche voraussetzt, denen keine dauerhafte Einrede entgegensteht.<sup>29</sup>

Vom Sicherungszweck einer Mängelbürgschaft ist jedoch nicht das Interesse des AG erfasst, bis zur Klärung von ihm erhobener, aber tatsächlich unberechtigter Mängelansprüche, die Bürgschaft zu behalten.<sup>30</sup> Damit soll dem Besteller nicht das Risiko einer Fehleinschätzung über das Bestehen von Mängeln abgenommen werden. Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass der AG andernfalls dazu bewogen sein könnte, die Bürgschaft bereits zurückzugeben, obwohl sich später herausstellt, dass er mit berechtigten Forderungen ausfällt.<sup>31</sup> Hier zieht der Senat eine Parallele zur gesetzlichen Situation vor der (Schluss-) Zahlung des Werklohns. Dort sind Mängelansprüche des AG dadurch gesichert, dass der AG ein Leistungsverweigerungsrecht oder eine Aufrechnung mit auf Geld gerichteten Ansprüchen gegenüber der Werklohnforderung geltend machen kann. Das Risiko, sich zu Unrecht auf Mängel zu berufen, wird ihm dadurch aber nicht abgenommen.<sup>32</sup> In diesem Fall kommt er mit der Zahlung des Werklohns in Verzug.<sup>33</sup> Die bloße Vereinbarung einer Mängelsicherheit für Mängel des Werkes beinhaltet nicht stillschweigend eine weitergehende Absicherung. Sie enthält auch nicht die Abrede der Sicherung für jeden noch ungewissen Fall der nicht ordnungsgemäßen Vertragsdurchführung.<sup>34</sup> Sie sichert für den vereinbarten Zeitraum, regelmäßig bis zum Ende der Verjährungsfrist für Mängelansprüche, die Ungewissheit ab<sup>35</sup>, ob und in welchem Umfang noch Mängel entdeckt werden. Sind am Ende der Verjährungsfrist Mängel im Streit, obliegt es dem AG, seine vermeintlichen Rechte durchzusetzen. Das Risiko, hierbei keinen Erfolg zu haben, verbleibt bei ihm und umfasst auch die Frage, ob er die gestellte Bürgschaft zu Recht behalten hat.<sup>36</sup>

## b) Sicherungszweck erfasst keinen Druckzuschlag

Vom Sicherungsinteresse des AG und dem Sicherungszweck einer Mängelsicherheit ist kein Druckzuschlag für die Mängelbeseitigungskosten erfasst, weil die Hingabe der Bürgschaft nur zur Sicherung von auf Geld gerichteten Mängelansprüchen vereinbart ist. Das hat nichts mit der Sicherung der Durchsetzung berechtigter Zahlungsansprüche zu tun<sup>37</sup>. Möglich ist das nur bei einer berechtigten Leistungsverweigerung nach [§§ 320, 641 Abs. 3 BGB](#), weil das Leistungsverweigerungsrecht über die Sicherung des Anspruchs hinaus bezweckt, Druck auf den Unternehmer zur Nachbesserung auszuüben.<sup>38</sup> Eine direkte Anwendung dieser Vorschriften kommt ohnehin nicht in Betracht, weil es am Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen dem Freigabeanspruch und einem Nachbesserungsanspruch fehlt.<sup>39</sup>

## II. Rückgabezeitpunkt nach Verjährung von Mängelansprüchen<sup>40</sup>

In einer weiteren Entscheidung hat der BGH geklärt, wann eine Mängelsicherheit zurückgewährt werden muss, wenn die zu sichernde Hauptforderung verjährt ist. Im entschiedenen Fall begehrte der AN die Rückgabe einer Mängelbürgschaft an sich, nachdem er sich berechtigterweise auf die Einrede der Verjährung bestehender Mängelansprüche berufen hatte.

## 1. Rückgabe der Sicherheit an den AN

Der Senat hatte zunächst festgestellt, dass nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH der streitgegenständliche Anspruch auf Herausgabe der Bürgschaftsurkunde auch an den AN gerichtet sein kann.<sup>41</sup>

## 2. Rückgabezeitpunkt gem. [§ 17 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B](#)

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall war die VOB/B wirksam vereinbart und § 17 Nr. 8 Abs. 2 Satz 1 VOB/B (2002) nicht ausgeschlossen oder unanwendbar. Danach hat der AG eine nicht verwertete Sicherheit für Mängelansprüche nach Ablauf von zwei Jahren zurückzugeben, weil kein anderer Rückgabezeitpunkt vereinbart worden ist.

Allein durch die Vereinbarung einer unbefristeten Bürgschaft, kann nicht gefolgert werden, dass die Parteien als Rückgabezeitpunkt abweichend von der Regelung in § 17 Nr. 8 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 VOB/B (2002) den Zeitpunkt des Ablaufs der Verjährungsfrist Mängelansprüche vereinbart hätten.<sup>42</sup> Das gilt auch für den Umstand, dass es sich bei der von der Bürgin übernommenen Bürgschaft um eine unbefristete Bürgschaft handelt<sup>43</sup>, weil im Anwendungsbereich des [§ 17 Abs. 4 Satz 2 Halbs. 2. VOB/B](#) für eine Sicherheitsleistung durch Bürgschaft Voraussetzung ist, dass diese nicht auf bestimmte Zeit begrenzt ist.

In Anwendung des [§ 17 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B](#) war der AG nicht mehr berechtigt, die Bürgschaftsurkunde zurückzuhalten, nachdem die zweijährige Sicherungszeit abgelaufen war und der AN sich auf die eingetretene Verjährung der Mängelansprüche berufen hatte.<sup>44</sup>

Die bloße Geltendmachung von Mängelansprüchen in Form einer Mängelrüge innerhalb der zweijährigen Sicherungszeit reicht zum Behaltendürfen der Mängelbürgschaft nicht aus, wenn diese Ansprüche vor ihrer Durchsetzung verjährt sind.

In Ermangelung anderer vertraglicher Vereinbarungen entscheidet die Sicherungsabrede über eine Mängelsicherheit gem. [§ 17 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B](#) darüber, dass eine solche Sicherheit dazu dient, die Mängelansprüche sicherzustellen. Da Mängel von Bauleistungen häufig im Zeitpunkt der Abnahme noch nicht erkennbar sind, dient eine derartige Sicherheit zunächst auch und insbesondere der Sicherung erst später erkennbarer Mängelansprüche.<sup>45</sup> Ihr Zweck entfällt regelmäßig, wenn Mängelansprüche jedenfalls nicht mehr durchsetzbar sind, weil Verjährung eingetreten ist, [§ 214 Abs. 1 BGB](#).<sup>46</sup> Eine Mängelbürgschaft soll regelmäßig absichern, dass der AG mit seinen auf Geldzahlung gerichteten Mängelansprüchen nicht ausfällt.<sup>47</sup> Das setzt jedoch Ansprüche voraus, denen keine dauerhafte Einrede entgegensteht.<sup>48</sup>

Der Wortlaut des § 17 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B (2002) gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass ein Zurückbehaltungsrecht des AG an einer als Sicherheit für Mängelansprüche erhaltenen Bürgschaft unter den in Satz 2 dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen auch gegeben sein soll, wenn die Mängelansprüche verjährt sind und der Auftragnehmer die Einrede der Verjährung erhebt. Die Bestimmung verhält sich nach dem Wortlaut nicht zu der Frage, ob verjäherte Forderungen gesichert sind.<sup>49</sup>

Auch der erkennbare Sinn der Vorschrift deutet nicht darauf hin, den Sicherungszweck derart zu erweitern. Im Gegenteil bestimmt [§ 17 Abs. 8 Nr. 2 Satz 1 VOB/B](#), dass die Sicherheit bereits nach zwei Jahren und damit wesentlich früher zurückzugeben ist, als die Mängelansprüche regelmäßig verjähren.<sup>50</sup> Eine Ausnahme bietet [§ 17 Abs. 8 Nr. 2 Satz 2 VOB/B](#). Sie ist offensichtlich sinnvoll, weil sie sich in der Höhe auf die berechtigterweise geltend gemachten Ansprüche beschränkt und weil ohne sie die Herauszögerung der Erfüllung solcher Ansprüche dazu führen würde, dass der AG seine Sicherheit verliert.<sup>51</sup>

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist ein AG nicht (mehr) berechtigt, die Bürgschaftsurkunde gem. § 17 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B (2002) zurückzuhalten, wenn die Mängelansprüche sämtlich verjährt sind und die Klägerin die Einrede der Verjährung erhoben hat.

### 3. Einredeverjährungsverzicht des AN wirkt nicht für den Bürgen

In der Konsequenz muss der AG eine erhaltene Mängelbürgschaft also herausgeben, wenn er die Bürgschaft endgültig nicht mehr in Anspruch nehmen kann. Das gilt auch dann, wenn der AN gegenüber dem AG auf die Erhebung der Einrede der Verjährung wegen der Mängelansprüche verzichtet hat.

Die Bürgschaft ist ein akzessorisches Sicherungsmittel und damit grundsätzlich abhängig von der Hauptschuld. Das bedeutet, dass sich der Bürge auch auf die Einrede der Verjährung berufen kann, wenn diese Einrede dem

AN zusteht. Dies gilt aber nicht zwingend umgekehrt. Verzichtet der AN seinerseits auf die Einrede der Verjährung, muss der Bürge das nicht gegen sich gelten lassen.

Gem. [§ 768 Abs. 2 BGB](#) verliert der Bürge eine Einrede des Schuldners nicht dadurch, dass der Schuldner auf sie verzichtet. Trotz der Einredevorzichtserklärung des AN kann sich der Bürge also noch auf die Verjährung der Mängelansprüche berufen. Damit kommt das im Bürgschaftsrecht verankerte Verbot der Fremddisposition zum Ausdruck.<sup>52</sup>

Die Einschränkung, dass die Hemmungswirkung nur im Verhältnis zum AN und nicht zum Bürgen wirkt, gilt nur dann nicht, wenn die Verjährung kraft Gesetzes gem. [§§ 203 BGB](#) gehemmt wird, weil die Hemmungswirkung dabei kraft Gesetzes eintritt.<sup>53</sup>

#### 4. Verjährung der Bürgschaftsforderung

Von der Verjährung der Mängelansprüche (Hauptschuld), auf die sich auch der Bürge berufen kann, ist die Verjährung der Bürgschaftsforderung zu unterscheiden. Sie verjährt unabhängig von den Mängelansprüchen. Der Bürgschaftsanspruch verjährt nach [§§ 195 , 199 BGB](#) in der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren, beginnend mit der Fälligkeit des Anspruchs gegen den Bürgen. Die Verjährungsfrist beginnt bei einer Bürgschaft für Mängelansprüche mit der Fälligkeit eines Anspruches auf Geld gegen den AN. In Bezug auf die Mängelansprüche tritt die Fälligkeit eines auf Geld gerichteten Anspruches mit dem fruchtlosen Ablauf der Frist zur Mängelbeseitigung ein.<sup>54</sup> Nach Verjährung des Bürgschaftsanspruchs ist die Bürgschaft wahlweise an den AN oder den Bürgen zurück zu geben.<sup>55</sup> Ein Zurückbehaltungsrecht besteht nicht.

### III. Fazit

Die Sicherungsabrede und der ihr innewohnende Zweck bestimmen den Rückgabezeitpunkt der Sicherheit. Benachteiligt eine Sicherungsabrede hinsichtlich des Rückgabezeitpunktes den AN unangemessen, weil er eine Sicherheit trotz nicht mehr bestehender oder nur noch geringfügig vorhandener Mängelansprüche nicht herausverlangen kann, ist sie diesbezüglich unwirksam. Der Rückgabezeitpunkt richtet sich dann nach [§ 17 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B](#), wenn diese Regelung wirksam in den Vertrag einbezogen und anwendbar ist. Danach ist eine Mängelsicherheit nach Ablauf von 2 Jahren zurückzugeben, sofern nicht zu diesem Zeitpunkt geltend gemachte Ansprüche noch nicht erfüllt sind. Allerdings darf der AG in diesem Zeitpunkt nur einen auf die Mängelbeseitigungskosten entfallenden entsprechenden Teil der Sicherheit zurückbehalten und muss den Rest



der Sicherheit – etwa in Form einer Enthaltungserklärung oder Zug um Zug gegen eine geringere Sicherheit – frei- bzw. herausgeben. Einen Druckzuschlag auf die Mängelbeseitigungskosten darf er nicht geltend machen. Ist [§ 17 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B](#) nicht anwendbar, richtet sich der Rückgabezeitpunkt nach den gesetzlichen Vorschriften [§§ 133](#) , [157 BGB](#) . Hiernach hat der AG regelmäßig eine Bürgschaft insoweit freizugeben, als zu diesem Zeitpunkt keine durchsetzbaren Mängelansprüche mehr bestehen. Das Risiko einer Fehleinschätzung über das Bestehen von Mängeln trägt der AG. Sind die Mängelansprüche verjährt, und beruft sich der AN auf die Einrede der Verjährung, ist die Mängelssicherheit ebenfalls herauszugeben bzw. bis zum Erreichen noch nicht verjährter Ansprüche zu enthaften. Verzicht der AN auf die Erhebung der Einrede der Verjährung gegenüber dem AG, hat das für den Bürgen keine Auswirkung. Er kann sich gem. [§ 768 Abs. 2 BGB](#) auf die Verjährung der Mängelansprüche berufen, was dazu führt, dass die Bürgschaft dann nicht mehr in Anspruch genommen werden kann. Auch in diesem Fall ist die Bürgschaft herauszugeben, ebenso, wenn die Bürgschaftsforderung verjährt ist und sich der Bürge auf die Einrede der Verjährung beruft.

<sup>1</sup> Schmitz, Sicherheiten für die Bauvertragsparteien, IBR Schriftenreihe, Rdnr. 205.

<sup>2</sup> Schmitz, a.a.O.

<sup>3</sup> [BGH, Urt. v. 26.03.2015 – VII ZR 92/14](#) und [BGH, Urt. v. 09.07.2015 – VII ZR 5/15](#) .

<sup>4</sup> Zugleich eine Anmerkung zu [BGH, Urt. v. 26.03.2015 – VII ZR 92/14](#) .

<sup>5</sup> Vormals § 9 Abs. 1 AGBG.

<sup>6</sup> BGH, a.a.O.

<sup>7</sup> St. Rspr.; z.B. [BGH, Urt. v. 27.05.2010 – VII ZR 165/09](#) , [BauR 2010, 1219](#) Rdnr. 23 m.w.N.

<sup>8</sup> [BGH, Urt. v. 26.03.2015 – VII ZR 92/14](#) .

<sup>9</sup> BGH, a.a.O.

<sup>10</sup> BGH, a.a.O.

<sup>11</sup> Vgl. hierzu MünchKomm.-Krüger, 6. Aufl., § 273 Rdnr. 72.

<sup>12</sup> BGH, a.a.O.

<sup>13</sup> BGH, a.a.O.

<sup>14</sup> BGH, a.a.O.

<sup>15</sup> BGH, a.a.O.

<sup>16</sup> Heute [§ 307 BGB](#) .

<sup>17</sup> Jetzt [§ 306 Abs. 2 BGB](#)

<sup>18</sup> Heute [§ 307 BGB](#) .

<sup>19</sup> Vgl. [BGH, Urt. v. 22.11.2001 – VII ZR 208/00](#) , [BauR 2002, 463](#) unter II. 3; [BGH, Urt. v. 08.05.2007 – KZR 14/04](#) , NJW 2007, 3568 Rdnr. 24; Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl., § 306 Rdnr. 15; H. Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl., § 306 BGB Rdnr. 39; jeweils m.w.N.

<sup>20</sup> Vormals § 6 AGBG

<sup>21</sup> Vgl. [BGH, Urt. v. 03.11.1999 – VIII ZR 269/98](#) , BGHZ 143, 103 (120); [BGH, Urt. v. 04.07.2002 – VII ZR 502/99](#) , BGHZ 151, 229 (234); jeweils m.w.N.

<sup>22</sup> Vgl. dazu [BGH, Urt. v. 09.10.2008 – VII ZR 227/07](#) , [BauR 2009, 97](#) Rdnr. 10 f.

<sup>23</sup> [BGH, Urt. v. 26.03.2015 – VII ZR 92/14](#) .

- <sup>24</sup> [BGH, Urt. v. 09.10.2008 – VII ZR 227/07](#) , a.a.O. Rdnr. 9–11.
- <sup>25</sup> [BGH, Urt. v. 26.03.2015 – VII ZR 92/14](#) .
- <sup>26</sup> BGH, a.a.O.
- <sup>27</sup> BGH, a.a.O.
- <sup>28</sup> Vgl. MünchKomm.-Krüger, BGB, 6. Aufl., § 273 Rdnr. 59.
- <sup>29</sup> [BGH, Urt. v. 26.03.2015 – VII ZR 92/14](#) , vgl. hierzu auch unten unter II.
- <sup>30</sup> BGH, a.a.O.
- <sup>31</sup> BGH, a.a.O.
- <sup>32</sup> BGH, a.a.O.
- <sup>33</sup> Vgl. zur Situation des objektiven Vorliegens eines Mangels bei Nichterkennbarkeit aber Hildebrandt/Gersch, [BauR 2016, 893](#) .
- <sup>34</sup> BGH, a.a.O.
- <sup>35</sup> Vgl. Hildebrandt/Gersch a.a.O.
- <sup>36</sup> BGH, a.a.O.
- <sup>37</sup> BGH, a.a.O.
- <sup>38</sup> Vgl. etwa [BGH, Urt. v. 16.01.1992 – VII ZR 85/90](#) , [BauR 1992, 401 \(402\)](#) .
- <sup>39</sup> [BGH, Urt. v. 26.03.2015 – VII ZR 92/14](#) .
- <sup>40</sup> Zugleich Anmerkung zu [BGH, Urt. v. 09.07.2015 – VII ZR 5/15](#) .
- <sup>41</sup> Vgl. [BGH, Urt. v. 09.10.2008 – VII ZR 227/07](#) , [BauR 2009, 97](#) Rdnr. 9 ff.
- <sup>42</sup> [BGH, Urt. v. 09.07.2015 – VII ZR 5/15](#) .
- <sup>43</sup> BGH, a.a.O.
- <sup>44</sup> BGH, a.a.O.
- <sup>45</sup> BGH, a.a.O.
- <sup>46</sup> Vgl. [BGH, Urt. v. 26.03.2015 – VII ZR 92/14](#) , a.a.O. Rdnr. 51.
- <sup>47</sup> [BGH, Urt. v. 09.07.2015 – VII ZR 5/15](#) .
- <sup>48</sup> Vgl. [BGH, Urt. v. 26.03.2015 – VII ZR 92/14](#) , a.a.O. Rdnr. 51.
- <sup>49</sup> [BGH, Urt. v. 09.07.2015 – VII ZR 5/15](#) .
- <sup>50</sup> BGH, a.a.O.
- <sup>51</sup> BGH, a.a.O.
- <sup>52</sup> Vgl. [BGH, Urt. v. 18.09.2007 – XI ZR 447/06](#) , [BauR 2008, 138](#) .
- <sup>53</sup> Vgl. [BGH, Urt. v. 14.07.2009 – XI ZR 18/08](#) , [BauR 2009, 1747](#) .
- <sup>54</sup> Vgl. OLG München, Urt. v. 11.06.2013 – 9 U 4959/12 Bau, BGH, Beschl. v. 06.05.2015 – VII ZR 181/13 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen).
- <sup>55</sup> [BGH, Urt. v. 09.10.2008 – VII ZR 227/07](#) , [BauR 2009, 97](#) .