

Die aktuelle Entscheidung: Darf der 650 f Bürge zeitgleich mit dem Hauptschuldner verklagt werden? -Nein-

-LG Stuttgart, Urteil vom 07.11.2024; AZ: 37 O 38/24 KfH

RA/geschäftsf. Gesellschafter BMS/Zert. Wirtschaftsmediator/Zert. Baumediator

Torsten Steinwachs, Frankfurt a.M./Hamburg/Erfurt/Marburg/Freising

und

Robin Steinwachs, Wirtschaftsjurist, LLM (Hamburg), Legal Tec Manager BMS/Frankfurt a.M.

- **Einleitung**

Die Bürgschaft nach § 650 f BGB (zuvor: § 648a BGB) spielt in der Baupraxis eine große Rolle. Diese ist sehr formal in deren Handhabung und stellt für den Bürgen ein nicht zu unterschätzendes Risiko dar. Es gibt gewerbliche Bürgen, die die Ausstellung einer Bürgschaft nach § 650 f BGB ablehnen.

- **Voraussetzungen der erfolgreichen Ziehung der Bürgschaft**

Das BGB gibt hier in § 650 f Abs. 2 BGB die gesetzlichen Vorausgaben einer Zahlungsverpflichtung vor:

-soweit der Auftraggeber den Vergütungsanspruch anerkennt
oder

-durch vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung der Vergütung verurteilt worden ist und die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Zwangsvollstreckung begonnen werden darf. Diese beiden Tatbestände sind abschließend und finden sich wortgleich in den Avaltexten wieder.

- **Problemstellung in der Praxis**

Der Vergütungsanspruch wird gerade vom Auftraggeber bestritten und wird vom Vertragspartner verklagt. Oftmals wird der Bürge mit verklagt, da er ja zur Zahlung verpflichtet ist, wenn der Prozess gewonnen werden würde.

Es stellt sich aber die Frage, ob ein derartiger Prozess gegen den Bürgen statthaft ist.

- **Gründe für eine Klage gegen den Bürgen**

Der Rechtsbeistand des Anspruchstellers wirft das Problem auf, dass keine Verjährung der Bürgschaftsschuld eintritt. Man hat Bedenken, dass man zwar den Prozess gegen den Auftraggeber gewinnt, aber mittlerweile die Bürgschaftsschuld verjährt ist und die unterlegene Partei nicht mehr zahlen kann. Die an sich werthaltige Bürgschaft wäre durch die Einrede der Verjährung wertlos geworden.

- **Verjährung auf eine Gestellung der 650 f Bürgschaft**

Unstreitig gibt es in der Tat eine Verjährungsproblematik auf Gestellung einer derartigen Bürgschaft.

Nach der Rechtsprechung handelt es sich hierbei um einen verhaltenen Anspruch. Die Verjährungsfrist für diesen Anspruch beginnt nicht vor dem Verlangen des Unternehmers auf Sicherheitsleistung.

So bereits der BGH, Urteil vom 25.03.2021 Az.: VII ZR 94/20 (IBR 2021, S. 296).

Es wurde vor kurzem erneut durch das OLG München bestätigt.

OLG München, Urteil vom 21.11.2023 Az. 9 U 301/23

- **Verjährung der Bürgschaftsschuld nach Gestellung**

Erst wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, insbesondere der Prozess im Hauptschuldverhältnis gewonnen worden ist, kann der Verjährungslauf beginnen. Erst jetzt ist der Bürgschaftsanspruch entstanden, wie der § 650 f Abs. 2 BGB vorgibt.

- **Die Entscheidung des LG Stuttgart**

Zum ersten Mal hat sich ein Gericht mit dieser Verjährungsfrage zu beschäftigen gehabt. Hintergrund für die Einreichung der Klage war, dass der Bürge keine Verjährungsverzichtserklärung abgeben wollte, da diese unnötig ist und auch mit dessen Regularien nicht zu vereinbaren war.

Die Klage wurde erhoben und abgewiesen.

- **Der Hauptantrag war nicht zulässig.**

Eine Klage auf künftige Leistung kann erhoben werden, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, dass der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, § 259 ZPO.

Die Zulässigkeitsvoraussetzung „Besorgnis der Leistungsverweigerung“ ist vorliegend nicht gegeben. Sie ist vom Kläger darzulegen und zu beweisen.

Diese Besorgnis ist in der Regel begründet, wenn der Schuldner den Anspruch ernsthaft bestreitet (BGH NJW-RR 2005, 1518; NJW 2001, 2178/2180). Ebenfalls ausreichend ist eine bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (BGH NJW 2003, 1395 f.).

Die Klägerin legt nicht dar, dass sich die Beklagte einer rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Die Beklagte erklärte, ihren Verpflichtungen aus der Bürgschaft nachzukommen, wenn die Voraussetzungen nach der Bürgschaftserklärung vorliegen. Sie bestreitet weder das Bestehen noch den Inhalt oder den Zeitpunkt der Bürgschaftsverpflichtung. Auch die Klägerin ist der Auffassung, dass die Verpflichtung von den im Antrag genannten Voraussetzungen abhängt.

- **Auch der Hilfsantrag ist als unzulässig abzuweisen.**

Es besteht kein Feststellungsinteresse gemäß § 256 Abs. 1 ZPO.

Ein Feststellungsinteresse besteht regelmäßig zum Zwecke der Hemmung der Verjährung gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Dazu ist erforderlich, dass der Ablauf der Verjährungsfrist droht (BGH NJW 1991, 2707 f.). Vorliegend ist die Klage unzulässig, da ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Hemmung der Verjährung vor Beginn der Verjährungsfrist nicht besteht.

Die Klägerin ist der Auffassung, dass der vorliegende Anspruch aus der Bürgschaft mit dem Anspruch aus der Hauptschuld fällig wird. Die Fälligkeit des restlichen Werklohnanspruchs, also der Hauptschuld, trat nach der vertraglichen Vereinbarung gem. § 16 III Nr. 1 VOB/B (§ 650g III BGB) im Jahr 2023 ein.

Der Anspruch aus der vorliegenden Bürgschaft ist jedoch noch nicht fällig und damit noch nicht entstanden im Sinne des § 199 I Nr. 1 BGB. Die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB) hat noch nicht begonnen.

Der Anspruch aus einer selbstschuldnerischen Bürgschaft wird zwar in der Regel mit dem Anspruch aus der gesicherten Hauptschuld fällig (vgl. BGH, ZIP 2014, 2529 [2530]). Die Parteien haben vorliegend jedoch die Fälligkeit des Anspruches aus der Bürgschaft unabhängig von der Fälligkeit der Hauptschuld vereinbart (so auch: BGH, Urteil vom 26.02.2013 – Az.: XI ZR 417/11, NJW 2013, 1803 f.).

Ein Anspruch ist nach § 199 I BGB entstanden, sobald er erstmals vom Gläubiger geltend gemacht und mit einer Klage durchgesetzt werden kann. Dies setzt grundsätzlich die Fälligkeit des Anspruchs voraus, da erst von diesem Zeitpunkt an (§ 271 II Halbs. 1 BGB) der Gläubiger mit Erfolg die Leistung fordern und gegebenenfalls den Ablauf der Verjährungsfrist

durch Klageerhebung unterbinden kann (BGH NJW-RR 2009, 378).

Der vorliegende Anspruch aus der Bürgschaft steht unter einer aufschiebenden Bedingung (§ 158 I BGB). Die Parteien haben den Anspruch gegen den Bürgen aus der Bürgschaft unter die Bedingung gestellt, dass der Schuldner den Vergütungsanspruch anerkennt oder, dass der Schuldner durch vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung der Vergütung verurteilt worden ist. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Vereinbarung „Die Inanspruchnahme der Bürgschaft setzt voraus ...“. Die Geltendmachung der Ansprüche aus der Bürgschaft sind deshalb hinausgeschoben und somit auch den Verjährungsbeginn (vgl. BGH NJW 2013, 1803 f.). Die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Beklagten aus der Bürgschaft sind bisher unstreitig nicht eingetreten. Die dreijährige Regelverjährung nach § 195 BGB hat noch nicht begonnen, da der Anspruch aus der Bürgschaft noch nicht entstanden ist, gemäß § 199 Abs. 1 BGB. Nachdem die Forderung aus der Bürgschaft noch nicht fällig ist, kann die Verjährung gemäß § 204 Abs. 1 BGB auch nicht gehemmt werden. Ein Feststellungsinteresse zur Hemmung der Verjährung besteht folglich nicht. Die Klage war daher abzuweisen.