

Mandantenrundschriften 5 / 2013

Die unangemessene Benachteiligung des AN bei der Vereinbarung von Sicherheiten in Bauverträgen

Die Kombination von Sicherheiten führt häufig zur Unwirksamkeit der ganzen Sicherungsabrede!

Das Problem:

Die Vertragserfüllungssicherheit soll den Auftraggeber (AG) vor Schäden und Nachteilen sichern, die in der Phase vor vollständiger Vertragserfüllung und Abnahme, z.B. durch verspätete Herstellung des Werks durch den Auftragnehmer (AN), eintreten können. Sie wird deshalb häufig formularmäßig im Bauvertrag vereinbart (**Vertragserfüllungsbürgschaft**). Für Mängelansprüche des AG nach Abnahme des fertiggestellten Bauwerks wird in der Regel eine Mängelsicherheit (**Gewährleistungsbürgschaft**) vertraglich vereinbart. Einzeln können Vertragserfüllungssicherheiten in Höhe von bis zu 10% und Mängelsicherheiten bis zu 5% gefahrlos vereinbart werden. Eine ungenau formulierte oder zu weitgehende Sicherungsabrede, in der beide Sicherheiten kombiniert werden, führt allerdings oft zur Unwirksamkeit der Vereinbarung.

Das kann z. B. der Fall sein, wenn sich die Sicherheiten zeitlich und/oder inhaltlich überschneiden, so dass die Kombination zu **einer unangemessenen Benachteiligung des AN** führt, § 307 Abs. 1 BGB. Die Unwirksamkeit solcher Kombisicherheiten ergibt sich häufig aus den Regelungen der Rückgabe der Vertragserfüllungssicherheit. Ergibt sich die unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers erst aus der **Gesamtwirkung zweier, jeweils für sich genommen nicht zu beanstandender Klauseln**, sind nach BGH **beide Klauseln unwirksam**, da es nicht Sache des Gerichts ist auszusuchen, welche der beiden Klauseln bestehen bleiben soll.

Infolgedessen ist bei der Vertragsgestaltung von beiden Parteien darauf zu achten, dass die getroffene Regelung für die Sicherheiten wirksam ist. Der Auftragnehmer zahlt trotz unwirksamer Regelung im Bauvertrag für einen nicht zu vernachlässigenden Zeitraum Avalzinsen an seine Bank. Außerdem belastet eine Bürgschaft in der Regel die Kreditlinie des Unternehmens. Der Auftraggeber wiederum hat rechtlich weder Anspruch auf eine Vertragserfüllungs- noch auf eine Gewährleistungssicherheit und müsste bereits erhaltene Leistungen aus den Sicherheiten (Bürgschaften) zurückerstatten. Der Bürge kann die Leistung aus der Bürgschaft verweigern, sofern die zugrundeliegende Sicherungsabrede unwirksam ist.

Die wichtigsten Entscheidungen:

BGH, Urteil vom 05.05.2011, VII ZR 179/10:

Ein am 11.07.2002 geschlossener Bauvertrag enthält eine von einem öffentlichen Auftraggeber vorgegebene AGB-Sicherungsabrede. Der Auftragnehmer stellt am 07.08.2002 eine Vertragserfüllungs- und eine Gewährleistungsbürgschaft. Der AG nimmt später den Bürgen aus der Vertragserfüllungsbürgschaft in Anspruch. Dieser wendet unter anderem ein, die Sicherungsabrede sei wegen Übersicherung unwirksam, weil die Vertragserfüllungsbürgschaft erst nach Abnahme und nach Schlusszahlung zurückzugeben ist und der AN zusätzlich nach Abnahme auch eine Mängelbürgschaft zu stellen hat.

Mit Erfolg! Der BGH befindet, dass die Sicherungsabrede dem AG nach der kundenfeindlichsten Auslegung ermöglicht, die **Vertragserfüllungsbürgschaft** auch noch **längere Zeit nach der Abnahme zu behalten**. Die Sicherungsabrede führt so zu einer unangemessenen Benachteiligung des AN wegen Übersicherung. Nach der Vertragsklausel ist die Vertragserfüllungsbürgschaft erst nach der vorbehaltlosen Annahme der Schlusszahlung zurückzugeben ist. Dadurch kommt es zu einer Übersicherung des AG, da sich dann für den Zeitraum nach Abnahme bis zur Schlusszahlung die beiden Sicherheiten in Höhe von jeweils 5% auf insgesamt 10% kumulieren.

Eine Sicherheit von insgesamt 10% für den Zeitraum nach Abnahme übersteigt das unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen von AG und AN angemessene Maß. In der Praxis der privaten Bauwirtschaft **hat sich eine Gewährleistungsbürgschaft von höchstens 5 % der Auftrags- bzw. Abrechnungssumme durchgesetzt**. Diese Höhe der Sicherheit trägt dem Umstand Rechnung, dass das Sicherungsinteresse des Auftraggebers nach der Abnahme deutlich geringer ist als in der Vertragserfüllungsphase. Eine deutlich höhere Sicherheit als die allgemein üblichen 5% für Mängel über einen Zeitraum weit über die Abnahme hinaus ist für den AN nicht hinnehmbar.

Dieses grundlegende Urteil des BGH bestimmt seither die Rechtsprechung der Gerichte zu ähnlichen Kombi-Klauseln. Herauszuheben sind die folgenden Urteile:

OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.09.2013, 23 U 120/12:

Die Parteien streiten um Vergütungsansprüche aus einem Generalunternehmervertrag über die Errichtung eines Klinikneubaus. Der Auftraggeber will von dem von ihm errechneten Schlussrechnungsbetrag einen Mängeleinbehalt in Höhe von rund € 236.000 abziehen. Nach Ziffer 15 des Generalunternehmervertrags sichert die **Vertragserfüllungssicherheit in Höhe von 10%** des Bruttopauschalpreises unter anderem Mängelansprüche und ist **nach „erfolgter erfolgreicher Abnahme“** zurückzugeben. Darüber hinaus darf der Auftraggeber 5% der sich aus der Schlussrechnung des Auftragnehmers ergebenden Bruttogesamtforderung als Sicherheit für seine Gewährleistungsansprüche einbehalten.

Diese Regelungen führen zu einer Kumulation von Vertragserfüllungs- und Gewährleistungssicherheiten.

Die Vertragserfüllungssicherheit ist erst nach „**erfolgreicher**“ Abnahme zurückzugeben, was dahin auszulegen ist, dass der Anspruch erst dann fällig wird, wenn feststeht, dass bei Abnahme tatsächlich keine Mängel vorhanden sind. Dies kann dazu führen, dass Vertragserfüllungs- und Gewährleistungssicherheit für lange Zeit nebeneinander aufrechterhalten werden. Ist etwa streitig, ob die Abnahme „erfolgreich“ war oder ob ein Mangel zu Recht vorbehalten worden war und erfolgreich beseitigt ist, so kann sich der Streit hierüber zwischen den Parteien über Jahre hinziehen. **Dies benachteiligt den Auftragnehmer, der gemäß § 641 BGB grundsätzlich einen Anspruch auf Zahlung des vollen Werklohns nach Abnahme hat, unangemessen.** Beide Sicherheitsabreden im Vertrag und damit die aufgrund dieser Vereinbarungen gestellten Bürgschaften sind unwirksam.

LG Berlin, Urteil vom 07.03.2013 , 20 O 272/12 (nicht rechtskräftig):

Ein AN wird von einem öffentlichen AG mit Bauleistungen beauftragt. Vertragsbestandteil sind die vom AG gestellten Besonderen Vertragsbedingungen (BVB) aus dem Vergabehandbuch des Bundes, nach denen der AN Sicherheit für die **Vertragserfüllung in Höhe von 5%** der Auftragssumme zu leisten hat. Die **für Mängelansprüche** zu leistende Sicherheit beträgt **3%** der Auftragssumme einschließlich erteilter Nachträge. Nach Abnahme und Erfüllung aller bis dahin erhobenen Ansprüche einschließlich Schadensersatz kann der Auftragnehmer nach den BVB verlangen, dass die Sicherheit für die Vertragserfüllung in eine Mängelsicherheit umgewandelt wird.

Der AG verweigert nach erfolgter Abnahme und Schlussrechnungslegung die Herausgabe der Vertragserfüllungssicherheit mit Verweis auf eine angebliche Überzahlung. Der AN erhebt Klage auf Herausgabe der Vertragserfüllungssicherheit.

Mit Erfolg! Die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung gemäß Ziff. 4 der BVB verstößt gegen das Verbot der unangemessenen Benachteiligung. Gegen die Entscheidung wurde Berufung eingelegt. Das Kammergericht wird sich an der bisherigen Rechtsprechung des BGH zu orientieren haben.

Der **BGH hat** zwar **noch keine Entscheidung dazu gefällt, ob eine kumulative Sicherheit i.H.v. 8%** von Erfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaft den Auftragnehmer **unangemessen benachteiligt**. Er hat dies im Jahr 2011 bejaht für eine kumulative Sicherheit von 10% (siehe oben) und auf der anderen Seite im Jahr 2004 eine Sicherheit in Höhe von 6% für zulässig erachtet. Der vorliegende Sachverhalt liegt mit 8% „in der Mitte“ dieser Entscheidungen. Infolgedessen könnte man die Auffassung vertreten, eine Kumulation von Sicherheiten auf max. 8% könnte wirksam sein.

Aufgrund der bisherigen Rechtsprechung der Oberlandesgerichte ist aber Zurückhaltung angebracht, da die **Tendenz der Rechtsprechung dahin geht, jede Übersicherung bei sich überschneidenden Zeiträumen als unverhältnismäßig zu beurteilen**, egal wie kurz der Zeitraum ist und auf welche Höhe sich die Sicherheiten letztlich kumulieren.

OLG München, Urteil vom 16.07.2013, 9 U 5194/12 Bau:

In dem vom OLG München zu entscheidenden Fall hatte der AG in seinen AGB zwei Bürgschaften als Sicherheit verlangt, die beide Mängelansprüche sichern sollten. Der AG verlangte in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) vom AN eine Vertragserfüllungsbürgschaft über 5% der Auftragssumme, die auch Mängelansprüche absichern sollte. Zusätzlich forderte der AG für die Sicherung der Mängelansprüche nach Abnahme eine Sicherheit in Höhe von 3% der Abrechnungssumme. Die „Kombi“- Bürgschaft über 5% sollte nach den AGB des AG *„nach Abnahme und Erfüllung aller bis dahin erhobenen Ansprüche einschließlich Schadensersatz“* in eine Mängelsicherheit über 3% umgewandelt werden können. Fraglich ist, ob die Sicherungsklausel des AG aufgrund unangemessener **Übersicherung der Mängelansprüche** insgesamt unwirksam ist.

Daher ist entscheidend, ob es die Klausel bezüglich der Ablösung der „Kombi“- Bürgschaft durch die Mängelbürgschaft dem AG ermöglicht, über einen nicht unerheblichen Zeitraum **zwei Mängelsicherheiten** zu erhalten. Dies ist nach der maßgeblichen kundenfeindlichsten Auslegung der Fall, denn die Ablösung der „Kombi“-Bürgschaft setzt zusätzlich zur Abnahme die *„Erfüllung aller bis dahin erhobenen Ansprüche einschließlich Schadensersatz“* voraus. Diese weitere Voraussetzung tritt nicht immer zeitgleich mit der Abnahme ein. Hieraus folgt, wie im Grundsatzurteil des BGH (siehe oben) ausgeführt, dass sich **beide Mängelsicherheiten über einen nicht unerheblichen Zeitraum hinweg auf 8% kumulieren**. Eine kumulierte Mängelsicherheit über 8% überschreitet nach Auffassung des OLG München das zulässige Maß und führt daher zur **Unwirksamkeit der Sicherungsklausel**. Hierauf kann die Bürgin gemäß § 768 BGB berufen, so dass die dem AG überlassene Bürgschaft nicht wirksam in Anspruch genommen werden kann.

Zusammenfassung:

Kann es aufgrund der Formulierung der Sicherungsabrede im Bauvertrag, die grds. als Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers gewertet werden, dazu kommen, dass der AG über einen nicht unerheblichen Zeitraum sowohl über eine Vertragserfüllungs- als auch über eine Gewährleistungssicherheit verfügt, ist die Klausel jedenfalls dann unwirksam, wenn die kumulierte Sicherheit einen Betrag von 8% der Auftrags- bzw. Abrechnungssumme überschreitet.

Sicherungsabreden dieser Art finden sich in einer Vielzahl von Bauverträgen, insbesondere auch bei öffentlichen Auftraggebern, und liegen heute noch valutierender Sicherheiten zu Grunde. **Sie sind insgesamt unwirksam,** so dass der Auftraggeber weder die Vertragserfüllungsbürgschaft noch die Gewährleistungsbürgschaft in Anspruch nehmen kann. **Der AG hat in diesen Fällen eine geleistete Sicherheit ohne Rechtsgrund erlangt, worauf sich der Bürge gemäß § 768 BGB berufen kann.**

Die genannten Urteile gemahnen zur Vorsicht bei der Vereinbarung von kombinierten Sicherheiten. Eine Kumulation beider Sicherheiten auch nur für einen kurzen Zeitraum und ein damit verbundenes Überschreiten der für einzeln vereinbarte Sicherheiten eng gezogenen Grenzen führt zur Unwirksamkeit. Hierauf ist bei der Vertragsgestaltung und Vertragsprüfung vor Abschluss eines Bauvertrags von beiden Vertragsparteien zu achten.

Clemens Narloch
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Sandmann Rechtsanwälte
Rosenheimerstraße 12
81669 München

Tel.: 089 / 45 20 68 2-0

Fax: 089 / 45 20 68 2-22

clemens.narloch@muenchen-immobilienrecht.de

www.immobilienrecht-muenchen.de