

Bürgschaften am Bau

Nicht selten unwirksam!

In aller Regel fordern heute Auftraggeber bei Abschluss eines Bauvertrags, dass der Auftragnehmer für korrekte Vertragserfüllung eine Vertragserfüllungssicherheit und für die Gewährleistungsfrist eine Gewährleistungssicherheit beibringt. Dabei werden diese Sicherheiten in der Regel in Form von Bürgschaften von Banken oder Kreditversicherern gestellt. Dies verursacht nicht nur Kosten sondern – was für die unterkapitalisierte Bauwirtschaft besonders gravierend ist – beschränkt die Kreditlinie der Unternehmer bei den bürgenden Banken. Wenn man bedenkt, dass zum Beispiel die Vertragserfüllungsbürgschaft auch bei öffentlichen Aufträgen in der Regel 5 % der Auftragssumme ausmacht (siehe §9c Abs. 2 VOB/A), wird deutlich, welche Größenordnungen die diesbezüglichen Belastungen erreichen können.

Allerdings: Klauseln, mit denen sich der Auftragnehmer zu einer solchen Bürgschaft verpflichtet, können nichtig sein. Die Rechtsprechung zu diesem Thema ist inzwischen sehr umfangreich, wie auch die einschlägige Literatur hierzu zeigt*.

1. Wurde die Sicherheit einzelvertraglich oder durch „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ vereinbart?

In der Regel finden sich Bürgschaftsklauseln in sogenannten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), also in Vertragsunterlagen, die nicht zwischen den Vertragspartnern im einzelnen ausgehandelt wurden, sondern für eine „Vielzahl“ von Verträgen vorformuliert worden sind und die der eine Vertragspartner (in der Regel der Auftraggeber) dem anderen Vertragspartner (dem Auftragnehmer) bei Abschluss des Vertrags gestellt hat. Ist dies der Fall, so unterliegen solche Klauseln

einer strengen Wirksamkeitskontrolle nach dem BGB (§ 307ff BGB).

Bei **öffentlichen Aufträgen** ist generell davon auszugehen, dass solche Klauseln „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ sind. Dies schon deshalb, weil in § 15 VOB/A



Vertragswerk gründlich prüfen!

ein „Verhandlungsverbot“ über Vertragsbedingungen festgelegt wurde, also gar nicht zulässig ist, mit dem Bieter und künftigen Auftragnehmer etwa über einzelne Klauseln der „Besonderen Vertragsbedingungen“ zu verhandeln.

Aber auch bei **privaten Aufträgen** finden nur sehr selten gleichberechtigte Verhandlungen zwischen den Vertragspartnern etwa über die Vertragserfüllungssicherheiten statt. Dies gilt insbesondere für professionelle Auftraggeber, die sich schon aus Gründen der Zeitersparnis und der Vergleichbarkeit der Angebote häufig gar nicht in der Lage sehen, mit einzelnen Auftragnehmern über Klauseln ihrer vorgefertigten Vertragsbedingungen individuell zu verhandeln. Dabei muss man sehen, dass die Rechtsprechung hohe Anforderungen an den Nachweis solcher Verhandlungen stellt.

Beispiel:

In den Vertragsverhandlungen legt der Auftraggeber dem Auftragnehmer sein für solche Verhandlungen vorgefertigtes Verhandlungsprotokoll vor, das vorsieht, dass der Auf-

tragnehmer zu einzelnen Vertragsklauseln aus den „Besonderen Vertragsbedingungen“ ausdrücklich sein Einverständnis erklärt, was der Auftragnehmer auch tut.

Dies ist kein „Verhandeln“ im Sinne des AGB-Rechts. Hiervon kann nur gesprochen werden, wenn der Verwender (hier: Auftraggeber) seinem Vertragspartner die tatsächliche „Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt“ er ihm als gleichberechtigtem Partner ernsthaft die reale Möglichkeit verschafft, die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrags maßgeblich mitzubestimmen**.

Dabei ist zu beachten, dass bei einem eventuellen Rechtsstreit über die Wirksamkeit einer Vertragsklausel der Auftraggeber die Beweislast dafür trägt, dass hier ein echtes „gleichberechtigtes Verhandeln“ zum Beispiel über seine „Besonderen Vertragsbedingungen“ stattgefunden hat. Dies wird ihm häufig nicht gelingen.

Somit ist bei der Wirksamkeitsprüfung einzelner Klauseln zur Vertragserfüllungssicherheit in der Regel davon auszugehen, dass es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, also eine entsprechend strenge Wirksamkeitskontrolle stattfindet.

2. Wie hoch darf eine Regelobergrenze sein?

Wie ausgeführt, beträgt die Regelobergrenze für Vertragserfüllungssicherheiten bei öffentlichen Aufträgen 5 % der Auftragssumme. Wird diese Obergrenze überschritten, so führt dies nicht automatisch zur Unwirksamkeit der Klausel. Nach der Rechtsprechung des BGH ist eine Vertragserfüllungsbürgschaft zur Absicherung von Ansprüchen vor Abnahme des Werks in Höhe von 10 % der Auftragssumme auch in AGB noch als angemessen und somit als wirksam anzusehen.

* Siehe das Buch Unwirksame Bauvertragsklauseln, 12. Auflage, erschienen im VOB-Verlag E. Vögel.

** BGH WM 2000, 629.

*** OLG Düsseldorf vom 24.3.2015, Baurechts-Report 2016, Seite 20

**** Siehe Unwirksame Bauvertragsklauseln 12. Auflage Seite 432ff

3. Kann die Forderung einer zehnpromzentigen Vertragserfüllungssicherheit dennoch unwirksam sein?

Ja. Es kommt nämlich darauf an, was diese Sicherheit eigentlich abdeckt und wann sie zurückzugeben ist.

Beispiel:

Die Klausel im Bauvertragsmuster des Auftraggebers hat folgenden Wortlaut:

„Die Vertragserfüllungssicherheit sichert insbesondere auch Ansprüche des Auftraggebers auf Schadensersatz, Vertragsstrafe, Rückzahlung von Überzahlungen, Ansprüche auf vertragsgerechte Erbringung von geänderten und zusätzlichen Leistungen, Ansprüche bei Nichtzahlung des Mindestgelts (§1aAEntG) sowie bei Nichtzahlung der Sozialversicherungsbeiträge ab.“

Der Auftragnehmer erhält vom Auftraggeber die Vertragserfüllungssicherheit Zug um Zug gegen die Gestellung der vereinbarten Gewährleistungssicherheit zurück, wenn alle durch die Vertragserfüllungssicherheit gesicherten Ansprüche des Auftraggebers vollständig erledigt sind“.

Die Klausel ist unwirksam ***.

Es ist das Wesen einer Vertragserfüllungsbürgschaft, dass sie mit Fertigstellung oder der Abnahme des Werks zurückzugeben ist. Hier ist die Vertragserfüllungssicherheit erst zurückzugeben, wenn alle durch die Vertragserfüllungssicherheit gesicherten Ansprüche des Auftraggebers „vollständig erledigt“ sind, also zu einem Zeitpunkt, der deutlich nach der Abnahme liegen kann, und somit in die Gewährleistungszeit fällt. Weil aber Klauseln, wonach sich der Auftraggeber für die Gewährleistungszeit eine Sicherheit von 10 % versprechen lässt, unwirksam sind****, kann diese Klausel keinen Bestand haben.

Folge: Wird beispielsweise die bürgende Bank aufgrund einer solchen Klausel in Anspruch genommen, wird sie sich unter Berufung auf das genannte Urteil weigern können, zu zahlen.

4. Kann auch eine 5-prozentige Vertragserfüllungsbürgschaft unwirksam sein?

Ja. Es ist stets zu prüfen, ob nicht aufgrund anderer (auch individualvertraglich vereinbarter) Klauseln im Bauvertrag eine Übersicherung zu Gunsten des Auftraggebers festzustellen ist.

Beispiel:

Nach dem Bauvertrag schuldet der Auftragnehmer eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 5 % der Auftragssumme. Außerdem sieht der (individuelle) Zahlungsplan für die 3 letzten Abschlagszahlungen in Höhe von jeweils 5 % der vereinbarten Vergütung vor, dass diese Zahlungen an bestimmte Bedingungen geknüpft sind, wie beispielsweise die vollständige Fertigstellung und Übergabe an den Kunden, die erfolgte Abnahme, die Beseitigung der Mängel aus den Abnahmeprotokollen und die Ablösung des Sicherheitseinhalts für die Gewährleistung.



Weil der Auftragnehmer während der Vertragsdurchführung insolvent und ihm daher gekündigt wird, will der Auftraggeber für die hieraus folgenden Mehrkosten die bürgende Bank aus der Vertragserfüllungsbürgschaft in Anspruch nehmen.

Nach einem neuen Urteil des BGH vom 16.6.2016 (Baurechts-Report 8,16) kann hier die Bank die Zahlung verweigern, weil die genannte Bürgschaftsklausel nichtig ist.

„Abschlagszahlungsregelungen, aufgrund derer der Auftraggeber trotz vollständig erbrachter Werkleistung einen Teil des Werklohns einbehalten darf, ohne dem Auftragnehmer hierfür eine Sicherheit leisten zu müssen, bewirken einerseits, dass dem Auftragnehmer bis zur Schlusszahlung Liquidität entzogen wird und er darüber hinaus in Höhe

des Einhalts das Risiko trägt, dass der Auftraggeber insolvent wird und er in Höhe des Einhalts mit der für seine Leistung zu beanspruchenden Werklohnforderung ausfällt.“

Gleichzeitig stellen solche Einbehalte eine „Sicherung sämtlicher vertraglicher Ansprüche des Auftraggebers dar, also auch solche, auf die sich die der Vertragserfüllungsbürgschaft zu Grunde liegende Sicherungsabrede bezieht“.

Damit überschreitet hier die verlangte Vertragserfüllungsbürgschaft in Verbund mit der vereinbarten Abschlagszahlungsregelung das für Sicherheiten zumutbare Maß und ist daher nach § 307 BGB unwirksam.

Fazit:

Weniger kann mehr sein. Gerade, weil die Rechtsprechung zur Wirksamkeit von Klauseln zur Vertragserfüllungssicherheit und zur Gewährleistungssicherheit strenge Gültigkeitsgrenzen zieht und bei der Beurteilung einzelner Klauseln auch das übrige Vertragswerk mit einbindet, ist Auftraggebern/Generalunternehmern dringend zu empfehlen, bei Fertigung eigener AGB die Grenzen der Angemessenheit zu wahren. Gerade bei der Vertragserfüllungsbürgschaft, die für den Auftraggeber häufig im Insolvenzfall des Auftragnehmers wichtig wird, hat es der Auftraggeber mit Banken zu tun, die diesbezüglich sehr sorgfältig prüfen, ob die Anspruchsgrundlage, auf deren Basis der Auftraggeber Zahlung verlangt, überhaupt gültig ist.

Aber in erster Linie sollten die Auftragnehmer diese Rechtsprechung kennen, um sich vor möglichen großen Schäden zu bewahren, die durch solche einseitigen Vertragsunterlagen zu Gunsten des Auftraggebers entstehen können.



Der Autor

Dr. Olaf Hofmann
Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter
für Baurecht, München

Kontakt: drolaf.hofmann@googlemail.com