

Sicherheiten in einem Bauvertrag: Übersicherung durch Kumulation

Orientierungssätze:

1. Sieht das Klauselwerk eines Bauvertrages über Rohbauarbeiten vor, dass der Auftragnehmer eine Vertragserfüllungsbürgschaft i.H.v. 5% der Auftragssumme zu stellen hat, die nicht nur sämtliche Vertragserfüllungsansprüche, sondern unter anderem auch Ge-

währleistungsansprüche absichert und dass diese Bürgschaft nach der Schlussrechnung zurückgegeben wird, wenn der Auftragnehmer vertragsgemäß erfüllt, etwaige bis dahin erhobene Ansprüche befriedigt und eine vereinbarte Sicherheit für die Gewährleistung geleistet hat, so ist dies gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, weil dies zu einer unangemessenen Benachteiligung des Auftragnehmers führt, denn das Klauselwerk ermöglicht es dem Auftraggeber, die Vertragserfüllungsbürgschaft auch noch längere Zeit nach der Abnahme zu behalten.

2. Kann es bei einer wirksamen Vereinbarung der Möglichkeit, den Gewährleistungseinbehalt durch eine eigenständige Gewährleistungsbürgschaft abzulösen, auch wenn die Vertragserfüllungsbürgschaft noch nicht zurückzugewähren ist, zu einer Kumulierung der durch den Auftragnehmer zu leistenden Sicherheiten in Höhe der Bürgschaftssumme der Vertragserfüllungsbürgschaft von 5% der Auftragssumme und in Höhe der Gewährleistungsbürgschaft von 3% der Auftragssumme kommen, kann dies zu einer Sicherheit des Auftraggebers i.H.v. maximal 8% der Auftragssumme bzw. Abrechnungssumme im Hinblick auf alle bis zum Zeitpunkt der Umwandlungsreife erhobenen Ansprüche führen. Dies stellt eine Übersicherung dar. Dies übersteigt das unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen von Auftraggeber und Auftragnehmer angemessene Maß (Anschluss OLG Karlsruhe, Ur. v. 06.08.2013 - 19 U 99/12 - IBR 2014, 22).

Anmerkung zu LG Heilbronn, Urteil vom 13.04.2016, Si 8 O 128/15

von **Dr. Kristina Plank**, RA'in und FA'in für Bau- und Architektenrecht, von Boetticher Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB

A. Problemstellung

Das LG Heilbronn hatte über die Wirksamkeit von Regelungen zur Vereinbarung von Sicherheiten in einem Bauvertrag zu entscheiden.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Parteien hatten im Rahmen eines technischen Aufklärungsgespräches eine Vertragserfüllungsbürgschaft i.H.v. 5% auf die Brutto-Rechnungssumme und eine Gewährleistungsbürgschaft i.H.v. 3% auf die Brutto-Rechnungssumme vereinbart und diese Vereinbarung in einem Protokoll festgehalten. Außerdem enthielten die zusätzlichen Vertragsbedingungen des Auftraggebers Regelungen zur Sicherheitsleistung. Der Auftragnehmer verklagte den Auftraggeber auf Herausgabe einer Bürgschaftsurkunde.

Das LG Heilbronn hat der Klage stattgegeben, weil die Sicherungsabrede in Ziffer 22 der zusätzlichen Vertragsbedingungen in Verbindung mit dem Protokoll zum technischen Aufklärungsgespräch den Auftragnehmer unangemessen benachteilige und deshalb gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam sei.

Gemäß Ziffer 22.1 der zusätzlichen Vertragsbedingungen erstreckte sich die Sicherheit für Vertragserfüllung auf die „Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen aus dem Vertrag, insbesondere für die vertragsgemäße Ausführung der Leistung einschließlich Abrechnung, Mängelansprüche und Schadensersatz“. Gemäß Ziffer 22.3 der zusätzlichen Vertragsbedingungen konnte der Auftragnehmer nach „Abnahme und Erfüllung aller bis dahin erhobenen Ansprüche einschließlich Schadensersatz“ verlangen, dass die Sicherheit für die Vertragserfüllung in eine Mängelansprachesicherheit umgewandelt wird. Außerdem war in Ziffer 4.7 des Protokolls zum technischen Aufklärungsgespräch geregelt, dass die Gewährleistungssicherheit i.H.v. 3% der Brutto-Rechnungssumme von der Schlussrechnung einbehalten wird und eine Ablösung durch eine Bankbürgschaft erst bei nachgewiesener Mängelfreiheit erfolgt. Ziffer 9.4 dieses Protokolls sah hinsichtlich der Vertragserfüllungsbürgschaft „Rückgabe mit Schlussrechnung im Austausch gegen Gewährleistungsbürgschaft“ vor. Dem Landgericht zufolge hatte der Auftraggeber aufgrund dieser Regelungen die Möglichkeit, die Vertragserfüllungsbürgschaft auch noch längere Zeit nach der Abnahme zu behalten.

Zunächst legt das Landgericht die Regelung in Ziffer 22.3 der zusätzlichen Vertragsbedingungen zum Sicherungszweck der Vertragser-

fällungsbürgschaft aus und kommt zu dem Ergebnis, dass diese Bürgschaft dem Wortlaut zufolge auch Mängelansprüche abdeckt. Aufgrund des Wortlautes der Ziffer 22.3 komme eine einschränkende Auslegung dahingehend, dass nur solche Ansprüche gemeint seien, die bis zur Abnahme entstanden oder anlässlich derselben vorbehalten wurden, nicht in Betracht.

Das Landgericht erkennt dann, dass es angesichts der vertraglichen Vereinbarung des Rückgabezeitpunkts der Vertragserfüllungsbürgschaft bzw. des Zeitpunktes der Umwandlungsreife, der nach dem Zeitpunkt der Abnahme liege, zu einer Kumulierung der Sicherheiten kommen könne und dass dies zu einer Sicherheit i.H.v. 8% der Auftrags- bzw. Abrechnungssumme für alle bis zum Zeitpunkt der Umwandlungsreife erhobenen Ansprüche führen könne.

Dem Landgericht zufolge kann die Klausel „Rückgabe mit Schlussrechnung im Austausch gegen Gewährleistungsbürgschaft“ in Ziffer 9.4 des Protokolls zum technischen Aufklärungsgespräch nach der maßgeblichen kundenfeindlichsten Auslegung nur so verstanden werden, dass eine vorbehaltlose Annahme der Schlussrechnung gefordert werde. Anderenfalls ergebe die Klausel in Ziffer 22.3 der zusätzlichen Vertragsbedingungen „Nach Abnahme und Erfüllung aller bis dahin erhobenen Ansprüche einschließlich Schadenersatz kann der Auftragnehmer verlangen, dass die Sicherheit für die Vertragserfüllung in eine Mängelansprachesicherheit umgewandelt wird.“ keinen Sinn. Nach dieser Auslegung führe das Klauselwerk zu einer unangemessenen Benachteiligung des Auftragnehmers, weil er für einen Zeitraum über die Abnahme hinaus wegen Gewährleistungsansprüchen eine Sicherheit von 8% der Auftrags- bzw. Abrechnungssumme leisten müsse. Dies sei durch das Sicherungsinteresse des Auftraggebers nicht mehr gerechtfertigt.

I.H.v. 5% der Auftragssumme müsse der Auftragnehmer gemäß Ziffer 22.3 der zusätzlichen Vertragsbedingungen eine Vertragserfüllungsbürgschaft stellen. I.H.v. weiteren 3% der Abrechnungssumme erfolge gemäß Ziffer 4.7 des Protokolls zum technischen Aufklärungsgespräch ein Sicherheitseinbehalt, der zwar durch eine Gewährleistungssicherheit abgelöst werden könne; dies könne aber durch die nach Ziffer 22.3 der zusätzlichen Vertragsbedingungen ermöglichte Umwandlung der Vertrags-

erfüllungsbürgschaft in eine Gewährleistungsbürgschaft erst nach Abnahme und Erfüllung aller bis dahin erhobenen Ansprüche geschehen. Diese Möglichkeit jedoch habe außer Betracht zu bleiben, weil sie den Auftragnehmer unangemessen belaste und deshalb nicht zumutbar sei. Er könne die Reduzierung der Sicherheit nur durch Stellung einer Bürgschaft erreichen. Auf diese Weise sei er gezwungen, dem Auftraggeber jederzeitigen und auch ungerechtfertigten Zugriff auf seine Liquidität einzuräumen.

Da die Möglichkeit der Ablösung der Vertragserfüllungsbürgschaft unzumutbar sei, komme es lediglich darauf an, ob eine Sicherheit von 8% für die Zeit bis zur Umwandlungsreife eine unangemessene Benachteiligung darstelle. Dies bejaht das Landgericht unter Verweis auf die Rechtsprechung des BGH, wonach eine kombinierte Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaft von 6% noch wirksam ist. Eine Sicherheit von insgesamt 8% übersteige dagegen das unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen von Auftraggeber und Auftragnehmer angemessene Maß.

Abschließend führt das Landgericht aus, dass dahinstehen könne, inwieweit alleine die Klausel betreffend die Vertragserfüllungssicherheit bzw. die Gewährleistungssicherheit für sich genommen wirksam sei. Dem BGH zufolge könne die belastende Wirkung einer für sich allein gesehen noch hinnehmbaren Klausel durch eine oder mehrere weitere Vertragsbestimmungen derart verstärkt werden, dass der Vertragspartner des Verwenders im Ergebnis unangemessen benachteiligt wird. Ergebe sich die unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers erst aus der Gesamtwirkung zweier, jeweils für sich genommen nicht zu beanstandender Klauseln, seien beide Klauseln unwirksam und es sei nicht Sache des Gerichts auszusuchen, welche der beiden Klauseln bestehen bleiben solle.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung steht in einer langen Reihe von Entscheidungen zur Wirksamkeit von Klauseln betreffend die Stellung von Sicherheiten (vgl. hierzu auch Holatka, NZBau 2016, 737).

Zutreffend ist die Auslegung der vertraglichen Regelungen zum Umfang der Vertragserfüllungssicherheit. Die Klausel in Ziffer 22.1 der

zusätzlichen Vertragsbedingungen, wonach die Vertragserfüllungssicherheit sich auf die Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen aus dem Vertrag erstreckt, insbesondere für die vertragsgemäße Ausführung der Leistung einschließlich Abrechnung, Mängelansprüche und Schadensersatz, kann nur dahin verstanden werden, dass die Vertragserfüllungssicherheit auch Mängelansprüche und diese ggf. auch noch nach Abnahme sichert.

Weniger klar scheint die Auslegung der Klausel „Rückgabe mit Schlussrechnung im Austausch gegen Gewährleistungsbürgschaft“ in Ziffer 9.4 des Protokolls zum technischen Aufklärungsgespräch. Das Gericht meint, diese Klausel könne nur so verstanden werden, dass eine „vorbehaltlose Annahme der Schlussrechnung“ gefordert wird. Dies lässt sich dem Wortlaut der Klausel, wonach die Rückgabe „mit Schlussrechnung“ erfolgt, zunächst nicht entnehmen. Insoweit weicht der dem Urteil des LG Heilbronn zugrunde liegende Sachverhalt auch von dem Sachverhalt ab, der dem Urteil des OLG Karlsruhe vom 06.08.2013 (19 U 99/12) zugrunde lag. In dem diesem Urteil zugrunde liegenden Fall war vereinbart worden, dass der Auftragnehmer nach „Empfang der Schlusszahlung und Erfüllung aller bis dahin erhobenen Ansprüche“ Umwandlung in eine Gewährleistungsbürgschaft verlangen kann. Das OLG Karlsruhe hatte hierzu ausgeführt, dass die Vornahme der Schlusszahlung einen Umstand verkörpere, der dem Einfluss des Auftragnehmers gänzlich entzogen gewesen wäre und der Auftraggeber es damit allein in der Hand gehabt hätte, durch sein Zahlungsverhalten den konkreten Haftungsumfang des Sicherungsmittels zu bestimmen bzw. auszuweiten (so zu einer identischen Regelung auch OLG München, Urte. v. 04.05.2016 - 13 U 1145/15). Insoweit war vorliegend zwischen den Parteien eine abweichende Regelung getroffen worden, weil die Vertragserfüllungsbürgschaft nicht „nach Empfang der Schlusszahlung“, sondern „mit Schlussrechnung“ zurückgegeben werden sollte. Auf den Zeitpunkt der Stellung der Schlussrechnung hat der Auftragnehmer aber Einfluss und der Auftraggeber kann diesen Zeitpunkt nicht einseitig beeinflussen.

Das LG Heilbronn ist der Auffassung, diese Regelung könne nur so verstanden werden, dass eine vorbehaltlose Annahme der Schlussrechnung gefordert werde, weil sonst die Klausel in

Ziffer 22.3 der zusätzlichen Vertragsbedingungen, wonach der Auftragnehmer nach Abnahme und Erfüllung aller bis dahin erhobenen Ansprüche einschließlich Schadensersatz die Umwandlung der Vertragserfüllungssicherheit in eine Mängelanspruchesicherheit verlangen kann, keinen Sinn ergebe.

Richtig ist, dass die Klausel in Ziffer 22.3 der zusätzlichen Vertragsbedingungen betreffend die Umwandlung der Sicherheiten dazu führt, dass jeder Streit um die Erfüllung von bis zur Abnahme erhobenen Ansprüchen das Austauschrecht des Auftragnehmers blockieren kann, so dass es bei dem Sicherheitseinbehalt bleibt. Insoweit dürfte die vertragliche Regelung im Ergebnis mit dem der Entscheidung des BGH vom 13.11.2003 (VII ZR 57/02) zugrunde liegenden Sachverhalt vergleichbar sein; dort war die Ablösung eines Sicherheitseinhalts durch eine Bürgschaft davon abhängig, dass keine wesentlichen Mängel vorhanden waren. Der BGH hielt diese Vereinbarung für unwirksam, weil jeder Streit um wesentliche Mängel das Austauschrecht blockiere. Das OLG Stuttgart hat eine ähnliche Regelung, wonach eine Vertragserfüllungsbürgschaft, die die vertragsgemäße Ausführung der Leistung einschließlich Gewährleistung u.a. absichern sollte, erst nach Vorlage der Schlussrechnung und Erfüllung aller bis dahin erhobener Ansprüche auf Verlangen in eine Gewährleistungsbürgschaft umgewandelt werden sollte, allerdings für wirksam gehalten (OLG Stuttgart, Urte. v. 19.10.2010 - 10 U 97/09; vgl. hierzu Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 10 Teil Rn. 52).

Abgesehen hiervon ergibt sich aus einer möglichen Unwirksamkeit der Regelung betreffend die Umwandlung der Sicherheiten in Ziffer 22.3 der zusätzlichen Vertragsbedingungen nicht zwingend, dass die Regelung in Ziffer 9.4 des Protokolls zum technischen Aufklärungsgespräch dahin zu verstehen wäre, dass – abweichend vom Wortlaut – die Rückgabe nicht „mit Schlussrechnung“, sondern mit der „vorbehaltlosen Annahme der Schlussrechnung“ erfolgen soll.

Allerdings gehen Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gemäß § 305c Abs. 2 BGB zulasten des Verwenders. Und Zweifel dürften vorliegend zumindest an dem Verhältnis der Regelung in Ziffer 9.4 des Protokolls zum technischen Aufklärungsgespräch zu der

Regelung in Ziffer 22.3 der zusätzlichen Vertragsbedingungen bestehen. Dies insbesondere deshalb, weil die Regelung, wonach die Umwandlung gemäß Ziffer 22.3 der zusätzlichen Vertragsbedingungen die Erfüllung aller bis zur Abnahme erhobenen Ansprüche voraussetzt, ins Leere geht, wenn der Auftragnehmer ungeachtet dessen im Zeitpunkt der Stellung der Schlussrechnung die Rückgabe der Vertragserfüllungssicherheit fordern kann.

Im Ergebnis dürfte die Annahme des Landgerichts, dass der Auftragnehmer wegen Ziffer 22.3 der zusätzlichen Vertragsbedingungen die Rückgabe der Vertragserfüllungssicherheit doch nicht ohne weiteres mit Stellung der Schlussrechnung fordern kann, deshalb wohl zutreffend sein. Ob Ziffer 9.4 des Protokolls zum technischen Aufklärungsgespräch unter Umständen als Individualvereinbarung der Regelung in Ziffer 22.3 der zusätzlichen Vertragsbedingungen vorgehen könnte, hängt vom Sachverhalt ab und kann ohne weitere Informationen hierzu nicht beurteilt werden.

Soweit das Landgericht weiter ausführt, dass der Auftragnehmer zwar berechtigt sei, den Sicherheitseinbehalt, der gemäß Ziffer 4.7 des Protokolls zum technischen Aufklärungsgespräch erfolge, durch eine Gewährleistungsbürgschaft abzulösen, die Umwandlungsmöglichkeit aber bei der Bewertung, für welchen Zeitraum der Auftragnehmer eine Sicherheit von 8% zu stellen habe, unberücksichtigt zu bleiben habe, ist dies nicht nachvollziehbar.

Zunächst gibt Ziffer 22.3 Satz 4 der zusätzlichen Vertragsbedingungen dem Auftragnehmer das Recht, die einmal gewählte Sicherheit durch eine andere der dort genannten zu ersetzen. Offenbar ist das Landgericht insoweit der Auffassung, dass die in Ziffer 4.7 des Protokolls zum technischen Aufklärungsgespräch enthaltene Regelung, wonach die Gewährleistungssicherheit von der Schlussrechnung einbehalten wird und eine Ablösung durch eine Bankbürgschaft erst bei nachgewiesener Mängelfreiheit erfolgt, hier als speziellere Regelung vorgeht. Diese Regelung benachteiligt den Auftragnehmer bereits deshalb unangemessen, weil er eine Bürgschaft erst bei nachgewiesener Mängelfreiheit stellen darf und deshalb im Falle von Mängeln möglicherweise über einen längeren Zeitraum nicht berechtigt ist, den Sicherheitseinbehalt durch eine Bürgschaft abzulösen, wo-

durch ihm – wie das Landgericht ausführt – Liquidität entzogen wird.

Im Ergebnis dürfte die Entscheidung des Landgerichts, dass das Klauselwerk den Auftragnehmer jedenfalls in der gebotenen Zusammenschau insgesamt unangemessen benachteiligt, daher nicht zu beanstanden sein.

D. Auswirkungen für die Praxis

Das Urteil zeigt erneut, dass der Entwurf von Sicherheitenvereinbarungen äußerste Sorgfalt erfordert und dass gerade auch das Zusammenspiel von (standardisierten) zusätzlichen Vertragsbedingungen und (individuell ausgehandelt oder einseitig gestellten) Vereinbarungen, die erst während der Vertragsverhandlungen getroffen werden, besonders sorgfältig im Auge behalten werden muss.

Stets besteht das Risiko, dass in umfangreichen Vertrags- und insbesondere Klauselwerken widersprüchliche Regelungen enthalten sind oder übersehen wird, inwieweit allgemeinere Regelungen möglicherweise Auswirkungen auf die Auslegung speziellerer Vereinbarungen haben können. Insoweit gilt einmal mehr der Satz „Weniger ist mehr“, da eine Beschränkung der Vereinbarungen auf das Notwendige das Risiko widersprüchlicher und damit möglicherweise zur Unwirksamkeit führender Regelungen reduzieren kann.

Abgesehen hiervon zeigt das Urteil ebenfalls erneut, dass bei der Vereinbarung von Sicherheiten ebenso sorgfältig darauf zu achten ist, wann eine Vertragserfüllungssicherheit zurückzugeben ist und welche Ansprüche durch eine Vertragserfüllungssicherheit gesichert werden sollen. Der Auftraggeber ist gut beraten, kritisch zu prüfen, ob die Ausdehnung der Vertragserfüllungssicherheit auf Mängel- bzw. Gewährleistungsansprüche tatsächlich erforderlich ist oder ob sich die Risiken unwirksamer Sicherheitenvereinbarungen nicht bereits dadurch deutlich reduzieren lassen, dass zwischen Vertragserfüllungs- und Gewährleistungssicherheiten streng getrennt wird. Auch sollte kritisch geprüft werden, ob der Zeitpunkt der Rückgabe der Vertragserfüllungssicherheit tatsächlich abweichend vereinbart werden muss. Die Vertragserfüllungsbürgschaft ist gemäß § 17 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B grundsätzlich nach Abnahme und

Stellung der Sicherheit für Mängelansprüche zurückzugeben, es sei denn, dass Ansprüche des Auftraggebers, die nicht von der gestellten Sicherheit für Mängelansprüche umfasst sind, noch nicht erfüllt sind (vgl. hierzu auch BGH, Urt. 16.06.2016 - VII ZR 29/13). Diese Regelung dürfte in den überwiegenden Fällen interessengerecht sein, so dass eine hiervon abweichende Vereinbarung häufig nicht erforderlich, sondern für den Auftraggeber riskant ist, wie der vom LG Heilbronn entschiedene Fall zeigt.