

Urteilsbesprechung

Wer zu viel haben will, hat zuletzt nichts (Luther)!

1. Stellt der Auftraggeber - ohne die Absicht einer Mehrfachverwendung zu haben - einen branchenüblichen, professionellen Ansprüchen genügenden Bauvertrag, ist davon auszugehen, dass der Entwurfstext seitens des Auftraggebers von Dritten oder der Beratungsliteratur übernommen wurde, weswegen "prima facie" von Allgemeinen Geschäftsbedingungen auszugehen ist.
2. Die Erweiterung der zu stellenden Bürgschaft auf europäische Institute als weitere mögliche Bürgen stellt keine inhaltliche Änderung der Bürgenverpflichtung dar und führt nicht dazu, dass die Regelung zwischen den Bauvertragsparteien ausgehandelt wurde.
3. Eine Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers, wonach der Auftragnehmer neben der Vertragserfüllungsbürgschaft, die auch Mängelansprüche sichert und die sich auf 10% der Nettoauftragssumme beläuft, auch noch eine Gewährleistungsbürgschaft i.H.v. 5% der Schlussrechnungssumme zu stellen hat, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist unwirksam.

OLG Frankfurt, Urteil vom 09.07.2015 - [3 U 184/12](#); BGH, Beschluss vom 21.03.2018 - VII ZR 316/15 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

BGB § [305](#) Abs. 1, § [307](#) Abs. 1, § [768](#)

Problem/Sachverhalt

Der Auftraggeber (AG) beauftragt den Auftragnehmer (AN) mit einem Fachmarktzentrum für ca. 35 Mio. Euro. Als Sicherheit für Mängelansprüche ist im Vertragsentwurf eine Bürgschaft i.H.v. 5% der Schlussrechnungssumme (brutto) vorgesehen. Das wird dahin geändert, dass die Sicherheit nach der Netto-Schlussrechnungssumme berechnet werden soll. Außerdem wird vorgesehen, dass die Sicherheit auch durch europäische Institute geleistet werden darf. Nach Fertigstellung begibt der Bürge eine Mängelhaftungsbürgschaft über rund 2,2 Mio. Euro. Der AG will die Bürgschaft wegen Vorschussansprüchen i.H.v. ca. 3,5 Mio. Euro ziehen.

Entscheidung

Ohne Erfolg! Der Rechtsstreit endet für den AG im Fiasko. Ansprüche bestehen nicht, weil die Sicherungsvereinbarung im Bauvertrag zwischen AN und AG gem. § [307](#) BGB unwirksam ist. Der AG hat sich **zusätzlich eine Vertragserfüllungssicherheit** einräumen lassen, die **ebenfalls Mängelansprüche sichert**. Danach ist eine **Sicherung i.H.v. 15% weit über**

den Zeitraum nach Abnahme hinaus möglich. Es ist seit Langem geklärt, dass eine solche Vereinbarung **unangemessen** ist (vgl. Rodemann, ibr-online-Kommentar VOB/B, Stand: 16.06.2018, § 17 Rz. 41 ff.). Der AG kann sich auch nicht aus der AGB-Kontrolle herauswinden. Unerheblich ist sein Vortrag, er habe als für die Durchführung des Bauvorhabens gegründete Zweckgesellschaft den Vertrag nur einmal verwenden wollen. **Allgemeine Geschäftsbedingungen** liegen auch dann vor, wenn ein **Dritter die Mehrfachverwendungsabsicht** hat. Davon ist schon nach der Gestaltung des Vertrags auszugehen. Die Berufung auf ein Aushandeln geht fehl. Formelhafter Vortrag zu Verhandlungsbereitschaft ("*man sei Vorschlägen absolut aufgeschlossen gewesen*") reicht nicht aus, um ein Aushandeln darzulegen. Die geringfügigen Abänderungen (u. a. Erweiterung des Kreises der möglichen Bürgen) reichen ebenfalls nicht. **Nicht jede Abänderung führt zu einer Individualvereinbarung**. Bewirkt die Abänderung lediglich die **Abschwächung der nachteiligen Wirkung**, bleibt der **gesetzesfremde Kerngehalt** aber **im Wesentlichen erhalten**, dann liegt **kein Aushandeln** vor.

Praxishinweis

Die AGB-Kontrolle von Sicherungsabreden ist engmaschig. Zahlreiche Klauseln führen zur Unwirksamkeit. Diese kann auf der Kumulation von Vertragserfüllungs- und Mängelsicherheiten beruhen, aber auch auf weiteren Regelungen wie der Beschränkung von Abschlagszahlungen und sonstigen Fälligkeitsregelungen. "Weniger" ist daher oft "mehr".

RiOLG Dr. Tobias Rodemann, Ratingen

© id Verlag