

**Rundbrief 14 – Mai 2015**

Neue Entscheidungen zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wie sie häufig in Bauverträgen zu finden sind.

**1. Kann die Pflicht zur Zahlung von Abschlägen für erbrachte Leistungen zu 100% durch Allgemeine Geschäftsbedingungen verringert oder gar ausgeschlossen werden?**

Häufig finden sich in Formular-VOB-Bauverträgen Klauseln, die bestimmen, dass der Auftragnehmer abweichend von § 16 Abs. 1 VOB/B auf Abschlagsrechnungen nur einen Anspruch in Höhe von 90 % des Rechnungsbetrages oder sogar weniger hat. Begründet wird dies damit, dass ein Puffer zu Gunsten des Auftraggebers bleiben muss, weil Abschlagsrechnungen nicht so eingehend geprüft werden und letztendlich dem Auftragnehmer ja der Werklohnanspruch hierdurch nicht aberkannt wird, weil sowohl die Abschlagsrechnung als auch die Zahlung hierauf keine „Bindungswirkung“ entfaltet.

Jetzt hat das OLG Düsseldorf ausgeurteilt, dass eine solche Vertragsklausel als AGB-Klausel unwirksam ist (OLG Düsseldorf Urt. V. 25.11.2014 – 21 U 172/12; aber noch nicht rechtskräftig - Revision zum BGH VII ZR 298/14 eingelegt).

Der Leitsatz der Entscheidung:

*Im VOB/B-Bauwerkvertrag hat der Auftragnehmer Anspruch auf Abschlagszahlungen für die von ihm vertragsgemäß erbrachten Leistungen in Höhe des vertragsmäßig vereinbarten Werts dieser Leistungen. Nach der VOB/B hat also eine volle Bezahlung der nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen zu erfolgen, also grundsätzlich zu 100% und nicht zu 90% oder weniger.*

**Hinweis:**

Ich halte die Entscheidung für richtig und bin davon überzeugt, dass die Entscheidung auch vor dem BGH Stand hält, weil eine Klausel, wonach der Auftragnehmer weniger als 100% Bezahlung auf erbrachte nachgewiesenen Leistungen Anspruch haben soll, gegen das gesetzliche Leitbild nach § 632 a BGB verstößt und somit nach § 307 BGB unwirksam ist.

Ob dies auch gilt für Verträge mit entsprechenden Klauseln, die vor dem 01.05.2000 gelten – Inkrafttreten des § 632 a BGB – ist offen.

**Mein Tipp:**

Ich rate davon ab, als Verwender Verträge mit entsprechenden Klauseln zu verwenden und zu stellen, denn dadurch wird auch die VOB/B nicht mehr als Ganzes vereinbart und eröffnet die Möglichkeit der Prüfung jeder VOB/B-Klausel.

Außerdem kann der Auftragnehmer bei nicht vollständiger Zahlung des geforderten Abschlags die Arbeiten einstellen nach Fälligkeit und Fristverstreichung angemessener Fristsetzung (§ 16 Abs. 5 Nr. 4 VOB/B) bzw. auch den Vertrag kündigen (§ 9 Abs. 1 VOB/B). In diesem Fall droht auch Schadensersatz und der Anspruch auf Vergütung für nicht erbrachte beauftragte Leistungen.

**2. Unwirksame Klausel zur Verlängerung der Rückgabepflicht von Gewährleistungsbürgschaften.**

Der Entscheidung des BGH Urt. v. 26.03.2015 – VII ZR 92/14 liegt zwar ein Sachverhalt zugrunde, der aus einem Vertrag vom 16.02.2000 stammt, mithin die Beurteilung nach dem Recht aus 2000 erfolgte, gleichwohl sind die Entscheidungsgründe auch auf das aktuell geltende Recht anwendbar.

1. Eine Vertragsklausel ist als Formulklausel zu werten, wenn sie einseitig gestellt und nicht im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB zwischen den Parteien ausgehandelt wurden.
2. Der erste Anschein spricht dafür, dass Klauseln zur Mehrfachverwendung vorformuliert sind, wenn in einem Bauvertrag die Vertragsklauseln weitgehend allgemein und abstrakt gehalten sind. [BGH Urt. 26.02.2004 – VII ZR 247/02; BauR 2004, 841]
3. Von einem Aushandeln kann nur dann die Rede sein, wenn der Verwender zunächst den in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Geschäftspartner die Möglichkeit gibt, die inhaltliche Gestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen.

Der Verwender muss sich also deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klausel bereit erklären. [BGH Urt. 22.11.2013 – VII ZR 222/12; BauR 2013, 462].

4. Darlegungs- und beweispflichtig für die Bereitschaft des Aushandelns ist der Verwender [BGH Urt.03.04.1998 – V ZR 6/97; NJW 1998, 2600].
5. Kein zur Disposition stellen liegt vor, wenn nur die Bereitschaft besteht und auch nur diese erfolgt ist, die nachteilige Wirkung einer Klausel lediglich abzuschwächen [BGH Urt. v. 07.03.2013 – VII ZR 162/12; BauR 2013, 946].
6. Eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 BGB liegt vor, wenn der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen [BGH Urt. v. 27.05.2010 – VII ZR 165,09; BauR 2010, 1219].

Aus vorgenannten Gründen hat der BGH in der zitierten Entscheidung vom 26.03.2015 – VII ZR 92/14 auch folgenden Leitsatz erlassen:

1. *Die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bestellers eines Bauvertrags enthaltene Klausel über eine Gewährleistungsbürgschaft:*

*„Die Bürgschaft ist zurückzugeben, wenn alle unter die Gewährleistungsfrist fallenden Gewährleistungsansprüche nicht mehr geltend gemacht werden können“*

*benachteiligt den Unternehmer unangemessen und ist daher unwirksam*

2. *Bei einer Vereinbarung einer Gewährleistungsbürgschaft als Sicherheit für die vertragsmäßige und mängelfreie Ausführung der Leistungen hat der Besteller regelmäßig nach Ablauf der vereinbarten Frist eine Bürgschaft insoweit freizugeben, als zu diesem Zeitpunkt keine durchsetzbaren Gewährleistungsansprüche bestehen.*

**Hinweis:**

Dies ist der Fall, wenn die Bürgschaftsfrist zwar abgelaufen ist, aber noch nicht alle Gewährleistungsansprüche abgewickelt sind, jedoch die Bürgschaftssumme den etwaigen noch nicht abgewickelten Anspruch übersteigt. In diesem Fall ist der Besteller verpflichtet, trotz anderweitiger Regelung (vgl. Bürgschaftsklausel, die unwirksam ist) unter zusätzlichen Risikozuschlag von vielleicht 20 % den weitergehenden Bürgschaftsbetrag freizugeben.

Für die Höhe der noch ausstehenden Mängelbeseitigungskosten ist der Besteller beweispflichtig.

**Tipp:**

Sollte sich diese Situation in einem Fall auch für Sie ergeben unbedingt die Freigabe des überschüssigen Bürgschaftsbetrags verlangen und den Besteller in Verzug setzen. In diesem Fall der Nichtfreigabe des Bürgschaftsbetrags ist er dann schadensersatzpflichtig für jeden sich daraus ergebenden Schaden; auf jeden Fall haftet er für die angefallenen Avalzinsen.

Erk Winkelmann  
Rechtsanwalt und Notar a.D.  
Fachanwalt für Bau- u. Architektenrecht