

Rundbrief 56 – Sicherungsabrede (Fortsetzung zu [Rundbrief 7](#))

In den AGB's vieler Auftraggeber, insbesondere auch Öffentlicher Auftraggeber (Formular 421) und auch größerer Bauträgerfirmen oder Generalunternehmungen, finden sich in deren Allgemeinen Geschäftsbedingungen **Sicherungsabreden**, wonach

- Ein Sicherheitseinbehalt – korrekterweise nach BGH-Rechtsprechung von maximal 5 % der Bruttoabrechnungssumme – nur gegen Stellung einer Bürgschaft abgelöst werden kann, die den Verzicht auf sämtliche Einreden des § 768 BGB enthält (bereits BGH Ur. v. 16.06.2009 – XI ZR 145/08)
- bei Gestellung einer kombinierten Erfüllungs- und Mängelbürgschaft der Bürge auf die Einrede der Anfechtbarkeit verzichten muss (OLG München Beschl. v. 07.11.2018 – 9 U 1903/18; IBRRS 2018, 3952)
- der Auftragnehmer als Austauschbürgschaft nur eine mit einem Verzicht auf die Einrede der Anfechtbarkeit stellen darf (OLG München Beschl. v. 07.11.2018 – 9 U 1903/18)
- der Auftragnehmer berechtigt ist, den vom Auftraggeber einbehaltenen Gewährleistungseinbehalt durch eine Gewährleistungsbürgschaft nach Empfang der Schlusszahlung und Erfüllung aller bis dahin erhobenen Ansprüche durch eine Gewährleistungsbürgschaft abzulösen (OLG München Ur. v. 18.02.2014 – 9 U 4833/12 Bau; BGB Beschl. v. 29.03.2017 – VII ZR 66/14)

Alle die vorgenannten Sicherungsabreden sind nach den ergangenen Urteilen unwirksam.

Die Gerichte begründen dies stets damit, dass durch die jeweils vom Auftraggeber gestellten Bedingungen den Auftragnehmer unangemessen benachteiligen, weil dies über einen längeren Zeitraum zu einer Kumulierung der Sicherheiten führt, die Forderung nach Verzicht auf die Einrede der Anfechtbarkeit auch eine solche sogar wegen arglistiger Täuschung ausschließt, oder dem Auftraggeber die Durchsetzung seiner Gewährleistungsansprüche erleichtern würde zum Nachteil des Auftragnehmers, wenn er den zugrundeliegenden materiell-rechtlichen Anspruch ansonsten nicht realisieren könnte, da er gegen den Bürgen vorgehen könnte, ohne sich die nach dem Bauvertrag begründeten Einreden entgegenhalten lassen zu müssen. Das betrifft beispielsweise die Einrede nach § 320 BGB, wenn der Besteller den Werklohn – über den nach § 641 Abs. 3 BGB zu Recht zurückbehaltenen Betrag hinaus – noch nicht entrichtet hat.

Mein Praxishinwies:

Bei Sicherungsabreden immer prüfen, wie die eigentliche Gesetzeslage ist und inwieweit die verwendete Sicherungsabrede hiervon abweicht und es deshalb zu einer vom Gesetzgeber nicht gewollten erheblichen Verschiebung der Ausgewogenheit der gegenseitigen Interessen kommt, so dass die Annahme gerechtfertigt ist, das zulässige Maß zum Nachteil des Auftragnehmers sein überschritten.

Erstellt am 15.12.2018

Erk Winkelmann

Rechtsanwalt, Notar a.D.

Fachanwalt f. Bau- u. Architektenrecht