



Zu beachten ist, dass der Wert der Bauleistungen ohne weitere Erklärungen in der Bürgschaft (Sicherungszweck) nicht wegen Mängelansprüche gekürzt werden (OLG Celle Urt. v. 30.04.2008 – 3 U 273/07 – BauR 2008, 2053). **Allerdings verkürzt sich die Vorauszahlungsbürgschaft jeweils um die Höhe der geleisteten Abschlagszahlungen.**

Eine Vorauszahlung des Werklohns ist aber nicht der Regelfall bei Abschluss eines Bauvertrags.

**Grund:**

Der Auftragnehmer ist nach gesetzlicher Regelung vorleistungspflichtig und ihm steht das Recht auf **Abschlagszahlung** sowohl beim BGB-Bauvertrag (§ 632 a BGB: in Höhe des Wertes der von ihm erbrachten und nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen) bzw. beim VOB/B-Bauvertrag nach § 16 Abs. 1 VOB/B zu.

Eine Vorauszahlungsbürgschaft sichert Erfüllungs- und/oder Gewährleistungsansprüche und sie kann auch nicht entsprechend in einer AGB-Klausel bzw. Vertragsmuster geregelt werden. Die Ausdehnung des Sicherungszwecks ist nicht zulässig (OLG Hamm Urt. v. 05.08.2004 – 17 U 25/04).

3.

**Vertragserfüllungsbürgschaft:**

Auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann das Stellen einer Vertragserfüllungsbürgschaft geregelt werden, jedoch ist zu beachten, dass

- die Höhe den Betrag von 10% der Auftragssumme nicht überschreitet (BGH Urt. v. 07.04.2016 – VII ZR 56/15)
- Allerdings ist eine solche unwirksam, wenn
  - a. die Abrede lautet, dass die Rückgabe über den Zeitpunkt der Abnahme solange einbehalten werden darf, bis etwaige Mängel, im Abnahmeprotokoll aufgelistet, beseitigt sind (OLG Hamm Urt. v. 09.02.2017 – 24 U 129/15)
  - b. im Vertrag geregelt ist, dass die sich aus geprüften Abschlagsrechnungen ergebene Werklohnforderung nur zu 90% zu bezahlen ist (BGH Urt. 09.12.2010- VII ZR 7/10) zusammen mit der Regelung der Hingabe einer 10%igen Vertragserfüllungsbürgschaft (BGH BauR 2016, 1475)
  - c. eine Stückelung der Bürgschaftssumme in mehrere nicht gestattet ist (OLG Frankfurt Urt. v. 19.12.2014 – 5 U 9/14)
  - d. die Vertragserfüllungsbürgschaft über 10% auch eine Kombibürgschaft ist, die nach der Abnahme auch als Mängelgewährleistungsbürgschaft gilt (OLG Stuttgart Urt. v. 09.07.2019 – 10 U 247/19)
  - e. überhaupt ist jede Regelung in AGB`s auf Sicherheit unwirksam, wenn die Vertragserfüllungsbürgschaft und die Gewährleistungsbürgschaft nebeneinander nach Abnahme noch über einen Zeitraum bestehen sollen und sie zusammen mehr als 6% der Abrechnungssumme ausmachen (OLG Rostock, Beschl. v. 17.07,2019 – 4 U 66/19)
  - f. oder sich aus dem Vertrag ergibt, dass die Vertragserfüllungsbürgschaft (5%), Einhalte von Abschlagsforderungen (5%, nur 95% fällig) und von der letzten Abschlagszahlung 3,6% einbehalten werden dürfen und erst nach Abnahme, Fertigstellung des Gesamtobjekts einschließlich Außenanlagen und Übergabe der

Gewährleistungsbürgschaft zahlen muss (OLG Celle Ur. v. 11.06.2014 – 13 U 9/14; BGH Beschl. v. 08.11.2017 – VII ZR 314/14)

- g. unwirksam ist außerdem jede Sicherungsabrede, wenn sie regelt, dass die Sicherheit nur durch eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft zu stellen ist (BGH Ur. v. 30.03.2017 – VII ZR 170/16) oder auch verlangt wird, dass die Bürgschaftsurkunde einen Verzicht auf die Einrede nach § 738 BGB enthalten muss (BGH Ur. v. 16.06.2009 – XI ZR 145/08; BGH Ur. v. 28.07.2012 – VII ZR 207/99)
- h. auch die Regelung in AGB's, dass es sich bei der zu stellenden Vertragserfüllungsbürgschaft um eine solche auf erstes Anfordern handeln muss, ist ebenfalls unwirksam (hM: vgl. u.a. OLG Karlsruhe Ur. v. 19.12.2011 – 8 U 149/10; BGH Beschl. v. 25.09.2013 – VII ZR 46/12).  
Eine Umdeutung dahingehend, dass stattdessen eine unbefristete selbstschuldnerische Bürgschaft zu stellen ist, verbietet auch bei Verträgen mit öffentlichen Auftraggebern (BGH Ur. v. 09.12.2005 – VII ZR 265/03)

Zu unterscheiden ist bei der Vereinbarung einer Vertragserfüllungsbürgschaft auch, ob die Sicherungsabrede **als Allgemeine Geschäftsbedingung** oder **individual** vereinbart wurde. Dann kann eine solche Sicherungsabrede durchaus wirksam sein.

Die **Bezugnahme** auf einen AGB-Sicherungsabrede in beigefügten **allgemeinen** oder auch **besonderen Vertragsbedingungen** in einem Verhandlungsprotokoll oder dem Auftragsschreiben, die **vorformulierten Bedingungen seien ausgehandelt**, macht diese **nicht zu Individualvereinbarungen**. Verwiesen wird insoweit auf die Entscheidung des OLG Stuttgart, Ur. v. 17.01.2017 – 10 U 81/16 – BGH Beschl. v. 04.09.2019 – VII ZR 26/17 (NZB zurückgewiesen).

Aushandeln ist nur gegeben, wenn

- die Allgemeine Geschäftsbedingung ernsthaft zur Disposition gestellt wird und der Steller sich deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klausel bereit erklärt (BGH BauR 2013, 462 Rn. 10)
- der Steller die entsprechenden Umstände auch darlegt (BGH aaO. Rn. 27)

sind auch die §§ 305 ff BGB zwingendes Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr.

Die Vereinbarung der 10%-igen Vertragserfüllungsbürgschaft der Bruttoauftragssumme ist wirksam (so auch BGH NJW 2011, 2125; BGH BauR 2016, 1475)

**Sind einige Regelungen der Sicherungsabrede unwirksam, und wird der als wirksam anzusehende Teil im Gesamtgefüge des Vertrages nicht mehr sinnvoll, ergreift die Unwirksamkeit der Teilklausel die Gesamtklausel (BGH BauR 2016, 1475).**

**Der Grundsatz des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion greift somit dann nicht ein, wenn die zu beurteilende Klausel inhaltlich teilbar ist. Voraussetzung dafür ist, dass nach Wegstreichen der unwirksamen Teilregelung ein sich daraus verständlicher Klauselrest verbleibt.**

4.

#### Gewährleistungsbürgschaft

Der Deckungsumfang dieser Bürgschaft gilt nur für Gewährleistungsansprüche, die **nach Abnahme** aufgetreten sind. Mängel, die bereits vor der Abnahme gerügt worden sind, werden von der Gewährleistungsbürgschaft nicht gedeckt (OLG München Ur. v. 18.11.2008 – 28 U 357/08).

Auch für die Gewährleistungsbürgschaft gilt, dass eine Regelung, ein Bareinbehalt könne nur durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern für die Dauer der Gewährleistungsfrist abgelöst werden, unwirksam ist (OLG Celle Ur. v. 13.11.2003 – 13 U 136/03).

Vereinbarungen, die einen Sicherheitseinbehalt wegen Mängeln nach Abnahme bis zu 5% der Abrechnungssumme regeln, sind auch dann wirksam, wenn der Betrag fällig gestellt werden kann durch Überlassung einer selbstschuldnerischen unbefristeten Bürgschaft (BGH Ur. v. 06.04.2017 – VII ZR 170/16). Dies gilt nach OLG Celle auch noch bis zu 6% (OLG Celle Ur. 06.04.2017 – 8 U 204/16) sowie OLG Rostock Beschl. v- 17.07.2019 – 4 U 60/19, aber auf keinen Fall darüber (OLG Frankfurt Ur. 12.05.2016 – 22 U 3/15 (7%); BGH Ur. 22.01.2015 – VII ZR 120/14 (8%).

### III. Herausgabeanspruch auf hingegebene Bürgschaft

1.

Eine Sicherheit ist herauszugeben, wenn der Auftraggeber nicht mehr auf die Sicherheit zurückgreifen kann, für die materiellrechtlich keine Grundlage mehr besteht.

Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Gewährleistungsansprüche, die durch die Bürgschaft gesichert werden sollen, nicht mehr bestehen, weil Verjährung eingetreten ist.

Dies ist aber nicht der Fall, wenn

- nur ein Teil der Gewährleistungsansprüche verjährt ist, was insbesondere die bei der Abnahme vorbehaltenen Mängelansprüche noch nicht abgearbeitet oder nicht abgenommen sind. Dann besteht auch kein Anspruch auf teilweise Freigabe der Sicherheit (OLG Frankfurt Beschl. v. 25.08.2016 – 23 U 158/15; BGH Beschl. v. 21.05.2019 – VII ZR 325/16 /NZZ zurückgewiesen)
- wenn zwar die Gewährleistungsfrist abgelaufen ist, aber innerhalb unverjährter Zeit angezeigt worden ist (BGH Ur. 13.09.2001 – VII ZR 467/00)

Der Anspruch auf Herausgabe steht dem AN zu, der auch die Herausgabe an sich selbst verlangen kann (BGH Ur. 09.10.2008 – VII ZR 227/07; OLG Düsseldorf Ur. 09.02.2016 – 21 U 183/16)

### IV. Austauschbürgschaft gegen Bareinbehalt

Hier ist von Bedeutung die Entscheidung des BGH Ur. 21.06.2001 – VII ZR 467/00

„Haben die Parteien einen Gewährleistungseinbehalt vereinbart und enthält die Sicherungsabrede auch das Recht auf eine Austauschbürgschaft gegenüber dem Einbehalt, ist der AG verpflichtet, den Bareinbehalt auszuzahlen, wenn zu diesem Zeitpunkt der Sicherungsfall noch nicht eingetreten ist. Kommt er dieser Verpflichtung nicht unverzüglich

nach, bleibt er zur Auszahlung regelmäßig auch dann verpflichtet, wenn der Sicherungsfall später eintritt.

Liegt der Sicherungsfall bei Stellung der Sicherheit (Austauschbürgschaft) bereits vor, steht es im Belieben des AG, ob er die Bürgschaft zurückgibt oder den Einbehalt verwertet. Er hat sich **unverzüglich zu erklären. Andernfalls verbleibt es bei dem Austauschrecht des Auftragnehmers.**“ (ebenso BGH Urt. 07.03.2002 – VII ZR 182/01)

**Aber unbedingt beachten:**

Nach OLG Hamm Urt. v. 27.10.2006 – 12 U 47/06 kann der AG Aufrechnung erklären gegenüber dem Sicherheitseinbehalt trotz Behalt der Austauschbürgschaft, zwar nicht wegen Mängelansprüche aus derselben Baumaßnahme, allerdings bestehen **keine Bedenken gegen eine Aufrechnung mit ungesicherten Gewährleistungsansprüchen aus einem anderen Bauvorhaben.**

Lingen, den 04.03.2020

Erstellt durch Rechtsanwalt und Notar a.D.

Erk Winkelmann