

## BAU- UND ARCHITEKTENRECHT

### **Kombination aus 10% Vertragserfüllungsbürgschaft und 90% Abschlagszahlung in AGB unwirksam**

RA Dr. Harald Scholz

31.3.2011

BGH, Urteil vom 9.12.2010 — Aktenzeichen: VII ZR 7/10

#### **Leitsatz**

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers ist die Klausel auf Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft von 10% unwirksam, wenn gleichzeitig eine andere Klausel bestimmt, dass Abschlagszahlungen nur in Höhe von 90% des nachgewiesenen Leistungsstandes gezahlt werden.

#### **Sachverhalt**

Ein Bauvertrag sieht in den Vertragsbedingungen vor:

- Vertragserfüllungsbürgschaft von 10% der vereinbarten Auftragssumme sowie
- Abschlagszahlungen werden in Höhe von 90% der nachgewiesenen Leistung geleistet

Vor Fertigstellung wird der Auftragnehmer insolvent. Die daraus resultierenden Schäden möchte der Auftraggeber vom Bürgen zurückhaben. Der Bürge hält die Sicherungsabrede für unwirksam und verweigert die Zahlung

#### **Entscheidung**

Der BGH gibt dem Bürgen recht.

Es bedeutet eine unbillige Benachteiligung des Auftragnehmers, wenn er den Auftraggeber doppelt absichern muss — einmal mit einer Bürgschaft, zum anderen mit einem Einbehalt. Damit liegt ein Verstoß gegen § 307 BGB vor. Der Auftraggeber hat keine wirksame Sicherungsabrede getroffen, er hat keinen Anspruch auf die gestellte Sicherheit. Das kann auch der Bürge im Bürgschaftsprozess einwenden (§ 768 Absatz 1 Satz 1 BGB).

#### **Anmerkung**

Eine Entscheidung, die man kommen sehen konnte, wenn man die Rechtsprechung des BGH zu den Sicherheiten verfolgt hat.

Die Entscheidung betrifft generell die meisten Bauverträge, weil bei professionellen Auftraggebern sehr oft Formulklauseln verwendet werden. Das müssen nicht unbedingt die klassischen ZVB sein; auch vorgedruckte und regelmäßig gleich ausgefüllte Verhandlungsprotokolle unterfallen dem Begriff „Allgemeine Geschäftsbedingungen“.

Inhaltlich ist die Klauselkombination gängig. Sie kommt relativ oft vor. Das Urteil belegt, dass der Grundsatz „viel hilft viel“ gerade im AGB-Recht keinen Platz hat. Angezeigt ist, auch die berechtigten Interessen der anderen Seite ein wenig im Blick zu haben. Hier kam es für den Auftraggeber bitter: Vielleicht hatte er noch keinen Cent über die 90%-Klausel einbehalten und verliert dennoch die Bürgschaft. Die Klausel wird nämlich nicht — wie viele meinen — auf das zulässige Maß zu-

sammengestutzt, sondern schlicht durchgestrichen, als wäre gar nichts vereinbart worden.

Sorgfältig formulierte AGB bieten also die Chance, seine Interessen angemessen durchzusetzen, statt zu überziehen und mit der gesetzlichen Regelung dazustehen. Das ist dann besonders bitter, wenn es keine gesetzliche Regelung gibt, auf die man zurückfallen könnte (z.B. Sicherheiten, Vertragsstrafen). Gerade in diesen Bereichen muss man maßhalten können.