

- Lennart Moebus
- Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
- Schlichter und Schiedsrichter nach der SOBau
- Lessingplatz 4, 24116 Kiel
- Tel.: 0431-220790
- Fax: 0431-2207999
- Mail: info@moebus-baurecht.de
- Internet: www.moebus-baurecht.de

Lennart Moebus
Rechtsanwalt

50. Schleswig-Holsteinischer Bau- und Vergaberechtstag

Aktuelle Rechtsprechung zu gesetzlichen
und vertraglichen Sicherheiten

Lennart Moebus
Rechtsanwalt

Aktuelle Rechtsprechung zu gesetzlichen und vertraglichen Sicherheiten

- BGH, Urteil vom 23.11.2017 - VII ZR 34/15
- Es stellt keine unzulässige Rechtsausübung und auch keinen Verstoß gegen das bauvertragliche Kooperationsgebot dar, wenn dem Sicherungsverlangen des Unternehmers aus § 648a Abs. 1 BGB a.F. auch andere Motive als die bloße Erlangung einer Sicherheit zu Grunde liegen.
- Nun § 650f BGB

Aktuelle Rechtsprechung zu gesetzlichen und vertraglichen Sicherheiten

- KG, Urteil vom 20.12.2016 - 7 U 123/15
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen)
- § 648a Abs. 1 BGB (alte Fassung) gewährt dem Auftragnehmer auch im Rahmen eines VOB-Vertrags einen Anspruch auf Sicherheitsleistung in Höhe der vereinbarten und noch nicht gezahlten Vergütung.
- Einen Anspruch auf Sicherheit gem. § 648a BGB kann der Auftragnehmer aber nur für solche Forderungen verlangen, für die nicht schon eine Sicherheit bestellt wurde.

Aktuelle Rechtsprechung zu gesetzlichen und vertraglichen Sicherheiten

- OLG Stuttgart, Urteil vom 26.06.2017 - 10 U 122/16
- Ein Unternehmer hat aus § 648a BGB keinen Anspruch auf Sicherheit für Forderungen aus Bereicherungsrecht, Geschäftsführung ohne Auftrag oder § 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 2 VOB/B, weil in diesen Fällen eine auftragslose Leistung vorliegt, die einen Anspruch auf eine vertragliche Vereinbarung oder deren Surrogat nicht begründet.
- Eine ursprünglich vertraglich nicht geschuldete, aber nachträglich anerkannte Leistung führt gem. § 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 1 VOB/B zu einem nach § 648a BGB zu sichernden vertraglichen Vergütungsanspruch.
- Also Vorsicht bei Ermittlung der Sicherheitshöhe; ggf. unwirksam mit der Folge einer unberechtigten Kündigung

Aktuelle Rechtsprechung zu gesetzlichen und vertraglichen Sicherheiten

- OLG München, Urteil vom 13.12.2016 - 9 U 77/16 Bau (nicht rechtskräftig)
- Eine auf Grundlage des § 648a BGB einem Unternehmer übergebene Bürgschaft sichert die Vergütung für Nachtragsleistungen nur dann, wenn diese in der Bürgschaftsurkunde ausdrücklich erwähnt sind.
- *"Dies vorausgeschickt übernimmt die ..., nachfolgend Bürge, dem Bürgschaftsgläubiger gegenüber für den Vergütungsanspruch einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen des Bürgschaftsgläubigers (...) die selbstschuldnerische Bürgschaft bis zu einem Höchstbetrag von 190.000 Euro (...)."*
- Nebenforderungen sind keine Nachträge, sondern z.B. Zinsen, Gebühren und Nebenkosten

Aktuelle Rechtsprechung zu gesetzlichen und vertraglichen Sicherheiten

- OLG Jena, Urteil vom 19.12.2012 - 2 U 34/12; BGH, Beschluss vom 07.11.2013 - VII ZR 7/13 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)
- AN fordert zu Recht Sicherheit in Höhe von 83.758,43 Euro, AG stellt aber nur Sicherheit in Höhe von 72.678,24 Euro. Daraufhin verweigert AN die weitere Ausführung.
- Hat der Auftraggeber keine ausreichende Sicherheit gemäß § 648a BGB gestellt, darf der Auftragnehmer seine Leistung in vollem Umfang zurückhalten, nicht nur anteilig bis zum Erreichen eines Leistungsstands, der der Bürgschaftshöhe entspricht.

Aktuelle Rechtsprechung zu gesetzlichen und vertraglichen Sicherheiten

- BGH, Urteil vom 24.10.2017 - XI ZR 600/16
- Durch BGH bisher nicht entschieden
- AGB des AG
- Sicherungsabrede:
 - zur Ablösung eines **Gewährleistungseinbehalts** ist eine Bürgschaft mit einem gegenüber dem Bürgen unzulässigen Regelungsinhalt zu stellen,
 - Ausschluss der Einrede der Aufrechenbarkeit, der auch unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen des Hauptschuldners umfasst
 - nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB **insgesamt** unwirksam

Aktuelle Rechtsprechung zu gesetzlichen und vertraglichen Sicherheiten

- BGH, Urteil vom 24.10.2017 - XI ZR 600/16
- Bürgschaft ohne Rechtsgrund übergeben, kann daher zurückgefordert werden, und zwar vom AN, § 812 BGB, und auch Bürgen, § 813 BGB
- Unwirksamkeit kann Bürge über § 768 Abs. 1 Satz 1, § 821 BGB der Inanspruchnahme entgegenhalten

Aktuelle Rechtsprechung zu gesetzlichen und vertraglichen Sicherheiten

- BGH, Urteil vom 16.06.2016 - VII ZR 29/13
- AGB des AG
- Aber Vertragserfüllungsbürgschaft
- Eine Unwirksamkeit dieses Teils der Klausel hat jedenfalls **nicht die Gesamtwirksamkeit** der Sicherungsabrede zur Folge.

Aktuelle Rechtsprechung zu gesetzlichen und vertraglichen Sicherheiten

- BGH, Urteil vom 16.06.2016 - VII ZR 29/13
- Warum ist das so?
- BGH, VII ZR 170/16: ständige Rechtsprechung der „untrennbaren Einheit“ der Ablösungsmöglichkeit des Barsicherheitseinbehaltes durch eine Mängelbürgschaft
- Daher: **einheitliche**, die wirtschaftlichen Interessen der Vertragsparteien berücksichtigende Gesamtbeurteilung der Sicherungsvereinbarung
- Trennbarkeit und Teilnichtigkeit nur dann, wenn kein Barsicherheitseinbehalt und dessen Ablösung durch eine Bürgschaft geregelt ist

Aktuelle Rechtsprechung zu gesetzlichen und vertraglichen Sicherheiten

- BGH, Urteil vom 30.03.2017 - VII ZR 170/16
- AG stellt AGB, wonach Mängelrechesicherheit in Höhe von 5 % zu stellen ist, und zudem:
- *„Der Auftragnehmer ist berechtigt, den Sicherheitseinbehalt gegen Vorlage einer unbefristeten, selbstschuldnerischen und unwiderruflichen Bürgschaft einer deutschen Großbank oder Versicherung abzulösen; **frühestens jedoch nach vollständiger Beseitigung der im Abnahmeprotokoll festgestellten Mängel oder fehlender Leistungen.**“*
- Unangemessene Benachteiligung des AN und damit nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

Aktuelle Rechtsprechung zu gesetzlichen und vertraglichen Sicherheiten

- BGH, Urteil vom 30.03.2017 - VII ZR 170/16
- Sicherungseinbehalt und Ablösungsmöglichkeit sind untrennbar miteinander verknüpft.
- Ablösung durch Bürgschaft an sich nicht unwirksam.
 - Zinsbelastung und
 - Einschränkung der Kreditlinie
 - Diese Nachteile bei Bereitstellung einer derartigen Bürgschaft sind hinzunehmen!
- Klausel aber unwirksam, wenn die Ablösung des Sicherheitseinbehalts zusätzlich davon abhängig ist, dass wesentliche Mängel nicht (mehr) vorhanden sind.

Aktuelle Rechtsprechung zu gesetzlichen und vertraglichen Sicherheiten

- BGH, Urteil vom 28.11.2017 - XI ZR 211/16
- Sachverhalt:
 - Bürge stellt Gläubiger Bürgschaft, Höhe 4,6 Mio. EUR
 - Gläubiger und Schuldner schließen ohne Bürgen einen Vergleich, wonach der Schuldner 435.000,00 EUR zu zahlen hat, der Gläubiger dann nicht mehr gegen ihn vorgeht
 - Nach der Zahlung geht der Gläubiger wegen des Restes gegen den Bürgen vor
- Der Bürge kann sich nach § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB auf ein Leistungsverweigerungsrecht des Hauptschuldners aus einem zwischen diesem und dem Gläubiger geschlossenen Stillhalteabkommen auch dann berufen, wenn sich der Gläubiger in dem Stillhalteabkommen die Geltendmachung der Ansprüche aus der Bürgschaft ausdrücklich vorbehalten hat.

Aktuelle Rechtsprechung zu gesetzlichen und vertraglichen Sicherheiten

- BGH, Urteil vom 28.11.2017 - XI ZR 211/16
- § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB:
 - Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen.

Aktuelle Rechtsprechung zu gesetzlichen und vertraglichen Sicherheiten

- OLG München, Urteil vom 03.06.2014 - 9 U 3404/13 Bau; BGH, Beschluss vom 02.11.2016 - VII ZR 158/14 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)
- Eine Sicherungsabrede, die einen formularmäßigen Verzicht auf die Einreden der **Anfechtung**, der **Aufrechnung** sowie der **Rechte aus § 776 BGB** enthält, benachteiligt den Vertragspartner des Verwenders unter Verstoß gegen Treu und Glauben unangemessen und ist daher unwirksam.

Aktuelle Rechtsprechung zu gesetzlichen und vertraglichen Sicherheiten

- OLG München, Urteil vom 03.06.2014 - 9 U 3404/13 Bau
- AGB des AG
- formularmäßige Verzicht auf die Einrede der Anfechtung unwirksam (BGH, IPR 1994, 45).
- Das Gleiche gilt für den formularmäßigen Verzicht auf die Einrede der Aufrechenbarkeit (BGH, IPR 2003, 244), soweit dieser Verzicht auch für die Aufrechnung mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Gegenforderungen gelten soll.
- Der Bürge kann sich gem. § 768 BGB auf die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede berufen.

Aktuelle Rechtsprechung zu gesetzlichen und vertraglichen Sicherheiten

- OLG Frankfurt, Urteil vom 24.08.2016 - 29 U 147/16
- Die Beschränkung einer Gewährleistungsbürgschaft auf "Mängelansprüche nach VOB Teil B § 13 für bereits fertig gestellte und **ohne Beanstandungen** und Auflagen **abgenommene** Arbeiten" ist wirksam. Diese Formulierung im Bürgschaftsvertrag ist eindeutig und einer Auslegung nicht zugänglich.
- Die Haftung des Bürgen setzt nach dem Wortlaut des Bürgschaftsvertrags eine **beanstandungsfreie Abnahme** gem. § 12 VOB/B voraus.

Aktuelle Rechtsprechung zu gesetzlichen und vertraglichen Sicherheiten

- OLG Frankfurt, Urteil vom 24.08.2016 - 29 U 147/16
- Zum Zeitpunkt der Abnahme müssen die Arbeiten ohne Beanstandungen gewesen sein.
- Das verhindert Streit darüber, ob nach der Abnahme aufgetretene Mängel nach der Symptomtheorie mit solchen Mängeln, die bereits bei der Abnahme vorhanden waren, identisch sind oder nicht.

Aktuelle Rechtsprechung zu gesetzlichen und vertraglichen Sicherheiten

- OLG Frankfurt, Urteil vom 24.08.2016 - 29 U 147/16
- Späteres Fallenlassen der bei der Abnahme erklärten Vorbehalte möglich.
- Schriftlich!
- Warum?
 - Interesse des Bürgen, Gewissheit über die Beseitigung der vorbehaltenen Mängel zu haben,
 - und um Beweisschwierigkeiten in einem gerichtlichen Verfahren vorzubeugen.

Aktuelle Rechtsprechung zu gesetzlichen und vertraglichen Sicherheiten

- OLG Koblenz, Urteil vom 20.07.2016 - 5 U 363/16
- AGB des AG:
 - Vertragserfüllungsbürgschaft i.H.v. 10% der Nettoauftragssumme innerhalb von 10 Arbeitstagen nach Auftragserteilung
 - AG kann im Falle der Nichtvorlage trotz Setzung einer Nachfrist mit Kündigungsandrohung den Bauvertrag kündigen mit den Rechtsfolgen des § 8 Abs. 3 VOB/B.
- Die Regelung ist wirksam!
 - vertragsuntreues Verhalten des AN
 - Interesse des AG an einer Absicherung über den Erhalt einer auskömmlichen Vertragserfüllungssicherheit

Aktuelle Rechtsprechung zu gesetzlichen und vertraglichen Sicherheiten

- OLG Jena, Urteil vom 28.10.2015 - 7 U 233/15
- Sicherungsabrede, also Vereinbarung über Stellung einer Sicherheit, ist unwirksam.
- Der Bürge stellt eine Bürgschaft und der Auftragnehmer übergibt diese dem Auftraggeber.
- Wird die unwirksame Sicherungsabrede dadurch geheilt/gerettet?

Aktuelle Rechtsprechung zu gesetzlichen und vertraglichen Sicherheiten

- OLG Jena, Urteil vom 28.10.2015 - 7 U 233/15
- Nein!
- Unwirksamkeit der Sicherungsabrede betrifft nur das Verhältnis zwischen AG und AN.
- Diese müssen **willentlich** die unwirksame Sicherungsabrede in eine wirksame ändern.
- Wenn dem AN jedoch die Gründe für eine Unwirksamkeit nicht bekannt waren, wollte er dies auch nicht.
- Folglich fehlt es an einer dahingehenden rechtsgeschäftlichen Einigung.

Aktuelle Rechtsprechung zu gesetzlichen und vertraglichen Sicherheiten

- OLG Frankfurt, Urteil vom 19.12.2014 - 5 U 9/14 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen)
- Die "Stückelung" **einer** vereinbarten Vertragserfüllungsbürgschaft in **vier** Bürgschaften ist nicht vertragswidrig und berechtigt den Auftraggeber nicht zur Kündigung des Bauvertrags aus wichtigem Grund.
- Der AN hat ein **berechtigtes Interesse** daran, die zu stellende Sicherheit durch Bürgschaft in mehreren Einzelbürgschaften zu stellen
- Die Kautionsversicherungsverträge sehen regelmäßig für Einzelbürgschaften eine Obergrenze weit unterhalb der Gesamtavallinie vor.
- Muss auch für **Mängelrechtebürgschaften** gelten.
- Was ist mit AGB, die Stückelung ausschließen?
 - Müssten konsequenterweise unwirksam sein.

Vielen Dank und viel Glück!!!

