

Der umfassende Ausschluss der Einrede der Aufrechenbarkeit (§ 770 Abs. 2 BGB) in AGB des Auftraggebers führt zum Entfall des Anspruchs auf Sicherheit!

Vom Auftraggeber gestellte Bauverträge sehen häufig vor, dass Bareinbehalte zur Sicherung von Mängelansprüchen durch Stellung einer Bürgschaft abgelöst werden können, die den umfassenden Verzicht des Bürgen auf die Einrede der Aufrechenbarkeit nach § 770 Abs. 2 BGB enthält (umfassend in dem Sinne, dass auch die Aufrechnung mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen ausgeschlossen ist). Ob derartige Klauseln wirksam sind oder nicht, wird in der Instanzrechtsprechung unterschiedlich beurteilt¹ und ist höchstrichterlich noch nicht entschieden. Da von der Beantwortung dieser Frage abhängt, ob der Anspruch des Auftraggebers auf Sicherheit insgesamt entfällt und der Sicherheitseinbehalt deshalb auszuzahlen bzw. eine gestellte Mängelbürgschaft gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zurückzugeben ist², lohnt eine nähere Befassung mit der Problematik.

1. Ausgangslage

Da nach dem Gesetz, § 641 Abs. 1 S. 1 BGB, der Werklohnanspruch in der vereinbarten Höhe mit Abnahme der Leistung fällig wird und gem. §§ 641 Abs. 4, 246 BGB mit 4 % p. a. zu verzinsen ist, bedarf es einer vertraglichen Regelung, wenn der Auftraggeber für die Dauer der Gewährleistung einen Teil des Werklohns (meist 5 % der Abrechnungssumme) als Sicherheit für seine etwaigen Mängelansprüche einbehalten will. Eine entsprechende Klausel in AGB des Auftraggebers benachteiligt den Auftragnehmer nach der Rechtsprechung des BGH³ aber nur dann nicht unangemessen, wenn im Vertrag ein fairer Ausgleich dafür vorgesehen ist, dass der Auftragnehmer den Werklohn nicht in voller Höhe sofort ausgezahlt erhält, ihm die Verzinsung für den nicht ausgezahlten Teil vorenthalten wird und er für die Dauer der Gewährleistung das Bonitätsrisiko des Auftraggebers tragen muss. Was als „fairer Ausgleich“ anzusehen ist, hat der BGH in einer Reihe von Entscheidungen zu anderen Klauseln über Sicherheiten präzisiert. Es benachteiligt den Auftragnehmer z. B. unangemessen und stellt deshalb keinen fairen Ausgleich dar, wenn zur Ablösung des Sicherheitseinbehaltes die Stellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern verlangt wird⁴, weil dem Auftragnehmer durch den Regressanspruch des Bürgen (nach dessen Inanspruchnahme auf erstes Anfordern durch den Auftraggeber) für längere

¹ die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede insgesamt nehmen u. a. an KG, Urteil vom 06.08.2013 – 7 U 210/11, IBR 2013, 652; OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 16.07.2013 – 10 U 220/12, IBR 2013, 617 und Urteil vom 27.09.2012 – 5 U 7/12, IBR 2013, 26; OLG Jena, Beschluss vom 17.11.2009 – 4 W 485/09, NJW-Spezial 2010, 174; LG Köln, Urteil vom 21.12.2010 – 27 O 157/10, IBR 2011, 332; Claus Schmitz, Sicherheiten für die Bauvertragsparteien, IBR-Reihe (www.ibr-online.de), Stand 30.12.2012, Rn. 103/6f; von einer Teilunwirksamkeit der Sicherungsabrede geht aus OLG Hamburg, Urteil vom 26.11.2010 – 1 U 163/09, BauR 2011, 1017;

² OLG Karlsruhe, Urteil vom 26.11.2003 – 7 U 135/00, BauR 2004, 1165

³ BGH, Urteil vom 05.06.1997 – VII ZR 324/95, BauR 1997, 829

⁴ BGH, Urteil vom 05.06.1997 – VII ZR 324/95, BauR 1997, 829

Zeit Liquidität entzogen wird, Gegenrechte erst im Rückforderungsprozess gelten gemacht werden können und der Auftragnehmer das Insolvenzrisiko des Auftraggebers trägt⁵. Unwirksam ist deshalb auch eine Klausel, nach der der Sicherheitseinbehalt nur durch Stellung einer Bürgschaft abgelöst werden kann, die den Verzicht auf sämtliche Einreden des § 768 BGB enthält⁶. Denn in diesem Fall könnte der Auftraggeber seine Gewährleistungsansprüche gegen den Bürgen durchsetzen, ohne sich die Einreden (des Hauptschuldners/Auftragnehmers) aus dem Bauvertrag entgegenhalten lassen zu müssen. Durch den Ausschluss des § 768 BGB wird der Grundsatz der Akzessorietät der Bürgenhaftung durchbrochen und die Bürgschaft einer garantieähnlichen Haftung angenähert⁷. Dagegen ist es nicht unangemessen, wenn dem Auftragnehmer das Recht eingeräumt wird, den Sicherheitseinbehalt durch Stellung einer („normalen“) selbstschuldnerischen und unbefristeten Bürgschaft abzulösen⁸.

2. Wirksamkeit des formularmäßigen Verzichts des Bürgen auf die Einrede der Aufrechenbarkeit, § 770 Abs. 2 BGB

Fraglich ist zunächst, ob die Vorgabe des Auftraggebers, den Sicherheitseinbehalt nur durch Stellung einer Bürgschaft ablösen zu können, die allerdings den umfassenden Verzicht auf die Einrede der Aufrechenbarkeit nach § 770 Abs. 2 BGB enthält, noch einen fairen Ausgleich für die Vorenthaltung von 5 % des Werklohns für die Dauer der Gewährleistung darstellt.

Der BGH hat (im Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen) bereits entschieden, dass der formularmäßige Ausschluss der Einrede der Aufrechenbarkeit jedenfalls dann unwirksam ist, wenn er auch für den Fall gilt, dass die Gegenforderung des Hauptschuldners unbestritten oder rechtskräftig festgestellt ist⁹. Grund dafür ist, dass die Wirkung einer solchen Klausel die gleiche ist wie die einer von § 309 Nr. 3 BGB verbotenen Bestimmung, die dem Vertragspartner des Verwenders die Befugnis nimmt, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung aufzurechnen. Ebenso wie ein Verstoß gegen § 309 Nr. 3 BGB - der in dem Grundverständnis von Treu und Glauben wurzelt¹⁰ und eine Ausprägung der dolo-agit-Einrede darstellt – benachteiligt der umfassende Ausschluss der Einrede der Aufrechenbarkeit den Bürgen unangemessen. Denn § 770 Abs. 2 BGB ist eine Ausprägung des Subsidiaritätsgrundsatzes, nach dem der Bürge grundsätzlich erst dann haften soll, wenn sich der Gläubiger nicht durch Inanspruchnahme des Hauptschuldners, auch nicht durch Aufrechnung, befriedigen kann¹¹. Die Vorschrift schützt den Bürgen davor, vom Gläubiger in Anspruch genommen zu werden, obwohl dieser die verbürgte Forderung durch Aufrechnung mit einer fälligen, gegen ihn gerichteten Forderung des

⁵ BGH, Urteil vom 05.06.1997 – VII ZR 324/95, BauR 1997, 829

⁶ BGH, Urteil vom 16.06.2003 – IX ZR 171/00, NJW 2003, 1521

⁷ BGH, Urteil vom 16.06.2003 – IX ZR 171/00, NJW 2003, 1521

⁸ BGH, Urteil vom 13.11.2003 – VII ZR 57/02, BauR 2004, 325

⁹ BGH, Urteil vom 16.01.2003 – IX ZR 171/00, NJW 2003, 1521

¹⁰ BGH, Urteil vom 16.01.2003 – IX ZR 171/00, NJW 2003, 1521

¹¹ BGH, Urteil vom 19.09.1985 – III ZR 214/83, NJW 1986, 43

Hauptschuldners zum Erlöschen bringen kann. Da folglich der formularmäßige Ausschluss der Einrede des § 770 Abs. 2 BGB mit der Subsidiarität der Bürgenhaftung als einem wesentlichen Grundgedanken der §§ 765ff BGB nicht zu vereinbaren ist, stellt der formularmäßige Verzicht des Bürgen auf die Einrede des § 770 Abs. 2 BGB eine unangemessenen Benachteiligung dar, die gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist¹². Dementsprechend besteht in der obergerichtlichen Rechtsprechung Einigkeit darüber, dass eine derartige Vorgabe des Auftraggebers in einem Bauvertrag jedenfalls dann unwirksam ist, wenn sich der Verzicht auch auf unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Gegenforderungen des Auftragnehmers erstrecken soll¹³.

3. (Nur) Teilunwirksamkeit oder Unwirksamkeit der Sicherungsabrede insgesamt als Folge?

Die Unwirksamkeit des Einredevorzichts führt jedoch nicht zwangsläufig zur Unwirksamkeit der Sicherungsabrede insgesamt. Zwar betrifft eine sich aus §§ 307ff BGB ergebende Unwirksamkeit grundsätzlich die Klausel im Ganzen und nicht nur den gegen das Klauselverbot verstoßenden Teil¹⁴. Falls die betreffende Klausel aber neben der unwirksamen auch unbedenkliche, sprachlich und inhaltlich abtrennbare Bestimmungen enthält, bleiben diese wirksam, auch wenn sie den gleichen Sachkomplex betreffen¹⁵. Abtrennbar bzw. teilbar ist eine Klausel dann, wenn nach dem Wegstreichen der unwirksamen Teilregelung ein aus sich heraus verständlicher Klauselrest mit einer sinnvollen Teilregelung verbleibt und dieser trotz Wegfalls der unwirksamen Bestimmung eine sinnvolle Regelung enthält¹⁶. Dann ist der zulässige Teil aufrechtzuerhalten. Nur wenn der als wirksam anzusehende Rest im Gesamtgefüge des Vertrages nicht mehr sinnvoll ist, ergreift die Unwirksamkeit der Teilklausel die Gesamtregelung¹⁷. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der als unwirksam beanstandete Klauselteil von so einschneidender Bedeutung ist, dass von einer gänzlich neuen, von der bisherigen völlig abweichenden Vertragsgestaltung gesprochen werden muss¹⁸.

Fraglich ist also, ob die Klausel (sinnvoll) teilbar ist oder nicht:

3.1 Im Fall einer Klausel, nach der der Sicherheitseinbehalt für Mängelansprüche nur gegen Stellung einer (Gewährleistungs-) Bürgschaft abgelöst werden kann, die den Verzicht auf die Einreden des Hauptschuldners nach § 768 BGB vorsieht, hat der BGH die Teilbarkeit verneint¹⁹, weil die Vereinbarung zur Sicherung von Gewährleistungsansprüchen und die Ablösungsmöglichkeit durch eine Gewährleistungsbürgschaft eine untrennbare konzeptionelle

¹² BGH, Urteil vom 16.01.2003 – IX ZR 171/00, NJW 2003, 1521

¹³ vgl. die unter der Fussnote 1 aufgeführten Fundstellen

¹⁴ Palandt-Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 306, Rn. 5

¹⁵ st. Rspr., u. a. BGH, Urteil vom 25.01.2006 – VIII ZR 3/05, NJW 2006, 1059

¹⁶ BGH, Urteil vom 25.03.1998 – VIII ZR 244/97, NJW 1998, 2284

¹⁷ BGH, Urteil vom 16.01.1992 – IX ZR 113/91, NJW 1992, 896

¹⁸ BGH, Urteil vom 10.10.1996 – VII ZR 224/95, BauR 1997, 302

¹⁹ BGH, Urteil vom 16.06.2009 – XI ZR 145/08, BauR 2009, 1742

Einheit bilden²⁰. Der unauflösbare wechselseitige Bezug dieser Teile der Klausel werde dadurch deutlich, dass die Ablösungsbefugnis durch eine Bürgschaft für sich genommen den Auftragnehmer nicht belastet. Ein Nachteil entstehe vielmehr erst dadurch, dass die Ablösungsbefugnis mit einem Einbehalt von Entgelt verknüpft wird und der Auftragnehmer nunmehr die vereinbarte Sicherheit stellen muss, um den davon betroffenen Teil des Werklohns zu erhalten²¹. Die unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers durch die Klausel ergebe sich damit erst aus dem Zusammenwirken zwischen Sicherheitseinbehalt und vereinbarter Ablösungsmöglichkeit²².

In Anlehnung daran haben das KG²³, das OLG Jena²⁴, das OLG Frankfurt²⁵ und das LG Köln²⁶ auch für den hiesigen Fall der Ablösung des Sicherheitseinhalts durch Stellung einer Bürgschaft mit vorgegebenem Verzicht auf § 770 Abs. 2 BGB die Teilbarkeit der Klausel verneint. Darüber hinaus sei nach Auffassung der beiden letztgenannten Gerichte für eine ergänzende Vertragsauslegung, nach der dem Auftraggeber (wenigstens) eine „einfache“ selbstschuldnerische Bürgschaft verbleibe, kein Raum, weil mit § 641 Abs. 1 BGB dispositives Gesetzesrecht zur Verfügung stehe. Die Klausel sei daher insgesamt unwirksam, so dass kein Anspruch auf Sicherheit (mehr) bestehe und der Auftraggeber diese herausgeben müsse²⁷.

- 3.2 Dagegen hat der BGH im Fall einer Vertragserfüllungsbürgschaft entschieden, dass der unwirksame Verzicht auf die Einreden nach § 768 BGB nicht zur Unwirksamkeit der Sicherungsabrede in Gänze führt²⁸ und die Verpflichtung des Auftragnehmers zur Stellung einer selbstschuldnerischen und unbefristeten Bürgschaft bestehen bleibt²⁹. Anders als bei einem Bareinbehalt zur Sicherung von Mängelansprüchen und dessen Ablösungsmöglichkeit durch Stellung einer (Gewährleistungs-) Bürgschaft bestehe zwischen der Verpflichtung zur Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft und dem (unwirksamen) Verzicht des Bürgen auf die Einreden des § 768 BGB keine konzeptionelle Einheit bzw. untrennbare Verknüpfung. Die Stellung einer selbstschuldnerischen unbefristeten Bürgschaft sei – im Gegenteil – gerade ohne den Verzicht auf die Einreden des § 768 BGB unbedenklich³⁰. Der Annahme einer konzeptionellen Einheit stünden (auch) die Interessen der Parteien des Bauvertrages entgegen: die Sicherungsvereinbarung diene dazu, dem allgemein als schützenswert anerkannten Interesse des Auftraggebers

²⁰ BGH, Urteil vom 08.03.2001 – IX ZR 236/00, BauR 2001, 1093

²¹ BGH, Urteil vom 16.06.2009 – XI ZR 145/08, BauR 2009, 1742

²² BGH, Urteil vom 16.06.2009 – XI ZR 145/08, BauR 2009, 1742

²³ KG, Urteil vom 06.08.2013 – 7 U 210/11, IBR 2013, 3634

²⁴ OLG Jena, Urteil vom 17.11.2009 – 4 W 485/09, MDR 2010, 259

²⁵ OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 27.09.2012 – 5 U 7/12, IBR 2013, 26

²⁶ LG Köln, Urteil vom 21.12.2010 – 27 O 157/10, IBR 2011, 332

²⁷ OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 27.09.2012 – 5 U 7/12, IBR 2013, 26; LG Köln, Urteil vom 21.12.2010 – 27 O 157/10, IBR 2011, 332

²⁸ BGH, Urteil vom 12.02.2009 – VII ZR 39/08, BauR 2009, 809

²⁹ so auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.05.2008 – 22 U 113/07, IBR 2008, 442

³⁰ BGH, Urteil vom 12.09.2009 – VII ZR 39/09, BauR 2009, 809

auf Absicherung des Vertragserfüllungsanspruches Rechnung zu tragen³¹. Dieses Interesse sei nicht auf eine Vertragsgestaltung fixiert, die dem Bürgen nur teilweise die Einrede nach § 768 BGB gestattet. Die selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaft verliere demgemäß ihre Bedeutung für die Vertragsparteien nicht dadurch, dass der Einredevorzicht wegfällt; letztlich komme es dem Auftraggeber bei einer derartigen Sicherungsvereinbarung in erster Linie darauf an, eine Bürgschaft zur Sicherung der Vertragserfüllung zu erhalten. Auch wenn er diese Sicherung abweichend von den gesetzlichen Regelungen durch den teilweisen Verzicht auf die Einreden nach § 768 verstärken wolle, so sei die Vereinbarung für ihn und den Auftragnehmer auch dann noch sinnvoll und gewollt, wenn dieser Teil der Klausel in AGB unwirksam ist³². Die durch die Unwirksamkeit des Einredevorzichts entstehende Vertragslücke schließt der BGH, da dispositives Recht hier nicht zur Verfügung steht, wie im Fall der Unwirksamkeit einer formularmäßig vereinbarten Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern³³ dadurch, dass er den Auftragnehmer im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung dazu verpflichtet, eine unbefristete selbstschuldnerische Bürgschaft zu stellen.

Das OLG Hamburg³⁴ hält den vorgegebenen Verzicht auf die Einrede der Aufrechenbarkeit zwar ebenfalls für unwirksam. In Anlehnung an die vorgenannte Entscheidung des BGH ist es aber der Auffassung, dass die Verpflichtung zur Stellung einer Bürgschaft und der im Bürgschaftsmuster enthaltene Einredevorzicht sprachlich und inhaltlich voneinander getrennt werden könnten. Die durch die Unwirksamkeit des Einredevorzichts entstehende Lücke im Vertrag sei daher mangels einschlägigen dispositiven Rechts und bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen ergänzend dahin auszulegen, dass der Auftragnehmer nunmehr eine unbefristete selbstschuldnerische Bürgschaft (ohne Verzicht auf § 770 Abs. 2 BGB) schulde³⁵.

Zu dem Schluss, dass die Unwirksamkeit des vorgegebenen Einredevorzichts nicht zur Unwirksamkeit der Sicherungsabrede insgesamt führt, kam das OLG Hamburg allein dadurch, dass in dem zu entscheidenden Fall von vornherein eine Bürgschaft auf erstes Anfordern als alleiniges Sicherungsmittel für die Gewährleistungsansprüche des Auftraggebers vereinbart war, d. h. die Bürgschaft nicht zur Ablösung eines Sicherheitseinbehaltes diene. Aus diesem Grund passten nach Auffassung des OLG Hamburg die Argumente des BGH zur Ablösung des Sicherheitseinbehalts durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern³⁶ ebenso wenig wie diejenigen zur untrennbaren konzeptionellen Einheit zwischen Sicherheitseinbehalt und Ablösungsmöglichkeit³⁷. Übertragbar sei vielmehr die Entscheidung des BGH,

³¹ BGH, Urteile vom 18.04.2002 – VII ZR 192/01, BGHZ 150, 299 und 20.04.2000 – VII ZR 458/97, BauR 2000, 498

³² BGH, Urteile vom 18.04.2002 – VII ZR 192/01, BGHZ 150, 299 und 20.04.2000 – VII ZR 458/97, BauR 2000, 498

³³ BGH, Urteil vom 04.07.2002 – VII ZR 502/99, BauR 2002, 1533

³⁴ OLG Hamburg, Urteil vom 26.11.2010 – 1 U 163/09, BauR 2011, 1017

³⁵ OLG Hamburg, Urteil vom 26.11.2010 – 1 U 163/09, BauR 2011, 1017

³⁶ BGH, Urteil vom 05.06.1997 – VII ZR 324/95, BauR 1997, 829

³⁷ BGH, Urteil vom 16.06.2009 – XI ZR 145/08, BauR 2009, 1742

nach der zwar die Verpflichtung des Auftragnehmers zur Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern unwirksam sei, der lückenhafte Vertrag aber ergänzend dahin auszulegen sei, dass der Auftragnehmer eine unbefristet, selbstschuldnerische Bürgschaft schuldet³⁸.

- 3.3 Nach Meinung des Verfassers ist die Entscheidung des OLG Hamburg aus den folgenden Gründen unzutreffend oder zumindest nicht auf die zu untersuchende Fallgestaltung übertragbar:

Zum einen hat der BGH im dritten amtlichen Leitsatz der vom OLG Hamburg bemühten Entscheidung ausdrücklich erklärt, dass die ergänzende Vertragsauslegung für Verträge, die nach dem Bekanntwerden der Entscheidung geschlossen werden, nicht mehr in Betracht kommt³⁹. Zum anderen ist eine in AGB des Auftraggebers enthaltene Sicherungsabrede zur erstmaligen Stellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern generell unzulässig⁴⁰. Abgesehen davon verhielt sich die Entscheidung über eine Vertragserfüllungs- und nicht über eine Gewährleistungsbürgschaft zur Ablösung eines Sicherheitseinbehalts für Mängelansprüche. Für diese hat der BGH (zu einem VOB-Vertrag) nochmals ausdrücklich bestätigt, dass eine Vereinbarung zur Sicherung von Gewährleistungsansprüchen durch Einbehalt und über dessen Ablösungsmöglichkeit durch Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft eine „untrennbare“ bzw. „konzeptionelle“ Einheit bilden und deshalb eine Teilbarkeit der Klausel nicht in Betracht kommt⁴¹. Zwar bezog sich auch diese Entscheidung auf § 768 BGB. Dies kann jedoch angesichts identischer Interessenlagen nicht dazu führen, dass der unwirksame Verzicht auf § 770 Abs. 2 BGB anders zu beurteilen wäre. Der vorgegebene Verzicht auf die Einrede der Aufrechenbarkeit führt deshalb zur Unwirksamkeit der Sicherungsabrede insgesamt.

4. Rechtsfolgen der Unwirksamkeit der Sicherungsabrede insgesamt

Der Inhalt des Vertrages richtet sich daher grundsätzlich nach den gesetzlichen Vorschriften, § 306 Abs. 2 BGB. Da das Gesetz für die Fälligkeit des Werklohnanspruchs mit § 641 Abs. 1 S. 1 BGB eine Regelung bereit hält, ist für eine ergänzende Vertragsauslegung kein Raum. Anders als im Fall der Anforderung einer Vertragserfüllungsbürgschaft mit unwirksamem Einredeverzicht kommt es deshalb nicht in Betracht, dem Auftraggeber im Wege einer geltungserhaltenden Reduktion der Klausel noch eine „einfache“ selbstschuldnerische und unbefristete Mängelbürgschaft (ohne Einredeverzicht) zuzugestehen. Da der Werklohnanspruch des Auftragnehmers mit Abnahme in voller Höhe fällig wird und kein Recht zum Einbehalt besteht, muss der Auftraggeber also entweder die Barsicherheit ausbezahlen oder die zu deren Ablösung übergebene Mängelbürgschaft herausgeben, § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.

³⁸ BGH, Urteil vom 04.07.2002 – VII ZR 502/99, BauR 2002, 1533

³⁹ BGH, Urteil vom 04.07.2002 – VII ZR 502/99, BauR 2002, 1533

⁴⁰ Ingenstau/Korbion-Joussen, VOB, 18. Aufl., § 17 Abs. 3 VOB/B, Rn. 7

⁴¹ BGH, Urteil vom 28.07.2011 – VII ZR 207/09, BauR 2011, 1809

Dagegen kann der Auftraggeber auch nicht gemäß § 306 Abs. 3 BGB einwenden, dass nach dem Zurückfallen auf die gesetzliche Regelung des § 641 Abs. 1 S. 1 BGB das Festhalten am Vertrag für ihn eine unzumutbare Härte darstelle mit der Folge, dass der Vertrag insgesamt unwirksam ist. § 306 Abs. 3 BGB ist eine Ausnahmeregelung⁴², die nur anzuwenden ist, wenn die Aufrechterhaltung des Vertrages ohne die unwirksame Klausel das Äquivalenzverhältnis der Hauptleistungen völlig zerstören würde⁴³. Dies ist vorliegend nicht der Fall: der Verlust der Sicherheit mag zwar für den Auftraggeber misslich sein. Dass dadurch aber das Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung derartig gestört würde, dass sich der Auftraggeber als Verwender der Klausel auf die Unwirksamkeit des Vertrages berufen könnte, ist nicht ersichtlich. Denn zum in Rede stehenden Zeitpunkt sind die vertraglich geschuldeten (Haupt-) Leistungen bereits erbracht und das Erfüllungsstadium beendet. Des Weiteren stehen dem Auftraggeber nach wie vor sämtliche Mängelansprüche zur Verfügung. Im Übrigen sieht auch das Gesetz keine Sicherheit für die Mängelansprüche des Bestellers für die Dauer der Gewährleistung vor. Tatsächlich wirkt sich der Verlust der Sicherheit ohnehin erst dann aus, wenn der Auftragnehmer seinen Gewährleistungspflichten nicht mehr nachkommen will oder kann, also insbesondere im Insolvenzfall. Dies allein kann jedoch eine Unwirksamkeit des Vertrages nicht rechtfertigen.

5. Anforderungen an die Gestaltung von AGB-Klauseln

Diese Überlegungen führen jedoch nicht dazu, dass AGB-Klauseln jedenfalls dann wirksam sind, wenn sie die Aufrechnung mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen ausdrücklich zulassen und nur die Aufrechnung im Übrigen ausschließen. Denn der BGH hat eine Klausel in AGB eines Architekten für unwirksam erklärt, nach der eine Aufrechnung gegen dessen Honoraranspruch nur mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung zulässig sein soll⁴⁴. Die unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders bestehe in diesem Fall darin, dass dieser durch das Verbot der Aufrechnung in einem Abrechnungsverhältnis eines Werkvertrags gezwungen würde, eine mangelhafte oder unfertige Leistung in vollem Umfang zu vergüten, obwohl ihm Gegenansprüche wegen Mängelbeseitigungs- oder Fertigstellungsmehrkosten zustehen. Dies stelle einen für den Auftraggeber unzumutbaren Eingriff in das durch den Vertrag geschaffene Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung dar⁴⁵. Denn die synallagmatische Verknüpfung des Werklohnanspruchs mit dem Anspruch auf mangelfreie Erfüllung des Vertrages finde ihren Ausdruck im Leistungsverweigerungsrecht des Auftraggebers gem. § 320 Abs. 1 BGB, das nach § 309 Nr. 2 a) BGB in AGB auch nicht ausgeschlossen werden kann; beruft sich der Auftraggeber im Fall von Mängeln oder noch fehlender Leistungen auf sein Leistungsverweigerungsrecht, ist der Werklohnanspruch

⁴² Staudinger-Schlösser, BGB, 2013, § 306, Rdn. 31

⁴³ BGH, Urteil vom 22.02.2002 – V ZR 26/01 – NJW-RR 2002, 1136

⁴⁴ BGH, Urteil vom 07.04.2011 – VII ZR 209/07, BauR 2011, 1185

⁴⁵ BGH, Urteil vom 23.06.2005 – VII ZR 197/03, BauR 2005, 1477

ganz oder teilweise nicht durchsetzbar⁴⁶. Aus diesem Grund hatte der BGH bereits früher entschieden, dass ein Vorbehaltsurteil nicht erlassen werden darf, wenn damit eine Werklohnforderung zugesprochen wird und zur Aufrechnung gestellte Ansprüche auf Zahlung von Mängelbeseitigungs- oder Fertigstellungsmehrkosten dem Nachverfahren vorbehalten werden⁴⁷. Schließlich würde dadurch die Wirkung einer materiell-rechtlich begründeten Aufrechnung vorübergehend ausgesetzt mit der Folge, dass der Kläger einen Titel über eine Forderung erhält, die tatsächlich infolge der Aufrechnung nicht besteht. Diese Wirkung sei grundsätzlich nicht gerechtfertigt, wenn der Auftraggeber gegenüber einer Werklohnforderung mit Ansprüchen aufrechnet, die dazu dienen, das durch den Vertrag geschaffene Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung herzustellen⁴⁸. Da ein Aufrechnungsverbot in noch stärkerer Weise als ein Vorbehaltsurteil zu einer Auflösung der synallagmatischen Verbundenheit der betreffenden Ansprüche führe und die Wirkung nicht nur – wie beim Vorbehaltsurteil – vorübergehend, sondern ggf. endgültig wäre, sei in diesem Fall erst recht eine unangemessene Benachteiligung anzunehmen⁴⁹.

Angesichts dessen kann im Ergebnis in einer AGB-Klausel über die Stellung einer Bürgschaft zur Ablösung des Sicherheitseinhaltes für Mängelansprüche die Einrede der Aufrechenbarkeit, § 770 Abs. 2 BGB, nur in dem Umfang wirksam ausgeschlossen werden, als davon unbestrittene, rechtskräftig festgestellte und aus und im Zusammenhang mit dem konkreten Vertrag entstandene Ansprüche ausgenommen sind⁵⁰.

**RA und FA für Bau- und Architektenrecht Jörg Mayr,
Köln**

⁴⁶ BGH, Urteil vom 07.04.2011 – VII ZR 209/07, BauR 2011, 1185

⁴⁷ BGH, Urteil vom 24.11.2005 – VII ZR 304/04, BauR 2006, 411

⁴⁸ BGH, Urteil vom 27.09.2007 – VII ZR 80/05, BauR 2007, 2052

⁴⁹ BGH, Urteil vom 07.04.2011 – VII ZR 209/07, BauR 2011, 1185

⁵⁰ so auch Claus Schmitz, Sicherheiten für die Bauvertragsparteien, IBR-Reihe (www.ibr-online.de), Stand 30.12.2012, Rn. 103/6