

NewsLetter

2012-1 Seite 1

Schäferstraße 7
14109 Berlin

Tel. 030 / 80 58 75 06
Fax 030 / 80 58 75 07

info@dr-schwertfeger.de
www.dr-schwertfeger.de

AGB-Recht

Bareinbehalt ohne Ablösemöglichkeit

Dem Urteil des Oberlandesgerichts (OLG) Brandenburg vom 1. Februar 2012 (Az. 4 U 105/11) lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Gemeinde R. hatte im Rahmen des Umbaus und der Erweiterung einer Schule mehrere Gewerke ausgeschrieben, und sowohl bei den Bekanntmachungen der Ausschreibungen als auch in ihren Besonderen Vertragsbedingungen (BVB) folgende Klauseln verwendet:

„Ziff. 4.1:
Die für Mängelansprüche zu leistende Sicherheit ... beträgt 3 % der Auftragssumme ... Für die ... Mängelansprüche kann Sicherheit wahlweise durch Einbehalt oder Hinterlegung von Geld oder durch Bürgschaft ... geleistet werden. Der Auftragnehmer kann die einmal von ihm gewählte Sicherheit durch eine andere der vorgenannten ersetzen.“

Weitere Besondere Vertragsbedingungen:

Ziff. 10.3:
Abweichend von Punkt 4.1 wird die Sicherheit für Mängelansprüche durch Einbehalt von Geld und Hinterlegung auf ein Verwahrgeldkonto für die Dauer der Mängelanspruchsfrist vereinbart.

Ziff. 10.4:
Die Frist für Mängelansprüche beträgt 4 Jahre.“

Im Rahmen des Aufklärungsgespräches nach § 24 VOB/A fragte die Gemeinde den Unternehmer, ob er die Regelungen gelesen und verstanden habe und dies in Ordnung sei oder ob er hiergegen Einwände habe. Letzteres verneinte der Unternehmer.

Kurz nach Abnahme und Schlussrechnung seiner Bauleistungen verlangte der Unternehmer Auszahlung des Gewährleistungseinbehaltes mit

der Begründung, Ziff. 10.3 sei eine Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) und als solche unwirksam, weil sie den Auftragnehmer unangemessen benachteilige. Auch wenn bei öffentlichen Auftraggebern kein Insolvenzrisiko bestehe, werde ihm jedenfalls Liquidität - ohne angemessenen Ausgleich - vorenthalten, was er nicht durch Bürgschaft abwenden könne.

Die Gemeinde vertrat demgegenüber die Auffassung, infolge der Erörterung während des Aufklärungsgespräches sei die Klausel nunmehr im Einzelnen ausgehandelt, so dass es sich hierbei nicht mehr um AGB handele. Außerdem sei es treuwidrig, wenn der Unternehmer deren Unwirksamkeit rüge, weil er doch von Anfang an Kenntnis davon hatte, dass die Gemeinde die Klausel verwenden wolle, und er sie im Aufklärungsgespräch widerspruchslos akzeptiert habe.

Anders als noch das Landgericht Potsdam gab das OLG Brandenburg dem Unternehmer Recht und verurteilte die Gemeinde zur Auszahlung des Gewährleistungseinbehaltes.

Es handele sich bei Ziff. 10.3 um AGB. Denn „die Regelungen ... bestehen aus einer Mehrheit von formelhaften Wendungen zur Regelung der typischen konfliktgefährdeten Sachverhalte. Überdies sind sie auch nicht konkret auf die Beauftragung der Klägerin zugeschnitten, sondern durchweg so allgemein gehalten, dass sie für jedes andere Bauvorhaben, jedweden anderen Vertrag, Gültigkeit haben könnten.“ Auch dass die Klausel in den Bekanntmachungen der Ausschreibungen für alle Gewerke gleichlautend angekündigt worden sei, spreche für die Absicht der Gemeinde zu ihrer mehrfachen Verwendung.

NewsLetter

2012-1 Seite 2

Die Klausel sei von der Gemeinde gestellt und *nicht* im Einzelnen ausgehandelt. „Das Nichterheben von Einwänden gegen AGB des Vertragspartners (hier: im Aufklärungsgespräch, *Ergänz. d. Verf.*) begründet ... nicht die Annahme eines individuellen Aushandelns der AGB. ... Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 17. Februar 2010 (VIII ZR 67/09) fehlt es an dem ... Stellen vorformulierter Vertragsbedingungen, wenn deren Einbeziehung sich als das Ergebnis einer freien Entscheidung desjenigen darstelle, der von dem anderen Vertragsteil mit dem Verwendungsvorschlag konfrontiert werde. Hierzu genügt es allerdings nicht, dass der andere Vertragsteil lediglich die Wahl zwischen bestimmten ... vorgegebenen Formularalternativen hat; erforderlich sei vielmehr, dass er - wenn er schon auf die inhaltliche Gestaltung des vorgeschlagenen Formular-textes keinen Einfluss nehmen konnte - in der Auswahl der in Betracht kommenden Vertragstexte frei ist und insbesondere Gelegenheit erhält, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen. ... Im Übrigen stünde der ... Möglichkeit zum Nachverhandeln der Klauseln das Verbot des § 24 Nr. 3 VOB/A entgegen. Danach sind ... andere Verhandlungen mit den Bietern als die in § 24 Nr. 1 VOB/A aufgeführten, insbesondere über eine Änderung der Angebote - um eine solche geht es, wenn die in der Ausschreibung enthaltene Regelung „Einbehalt auf Verwehr“ im Aufklärungsgespräch zur Disposition gestanden hätte - ... unstatthaft.“

Die Klausel benachteilige den Auftragnehmer unangemessen. „Stellt eine Bürgschaft auf erstes Anfordern als einziges Austauschmittel schon keinen angemessenen Ausgleich für den ... Einbehalt dar und benachteiligt den Auftragnehmer daher unangemessen, muss dies erst recht gelten, wenn die AGB des (öffentlichen) Auftraggebers

überhaupt keinen Ausgleich für den Einbehalt der Sicherheitsleistung vorsehen. Eine solche Vertragsklausel gibt dem Auftragnehmer ... nicht die Möglichkeit, den ihm nach der Gesetzeslage zustehenden Werklohn dauerhaft liquide an sich zu ziehen ... Ein angemessener Ausgleich ist auch nicht etwa anderweitig geschaffen worden. Vielmehr enthält Ziff. 10.3 der BVB - abweichend von § 17 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B, der eine Rückgabe der Sicherheit nach zwei Jahren vorsieht - eine Regelung, die ... zum Einbehalt der Sicherheitsleistung für die gesamte Dauer der auf vier Jahre bestimmten Gewährleistungsfrist berechtigt; hiermit wird die Klägerin also noch zusätzlich belastet.“

„Die Unwirksamkeit der Vertragsklausel Ziff. 10.3 der BVB hat ... zur Folge, dass ... keine Verpflichtung der Klägerin besteht, irgendeine Sicherheit zu stellen.“

Der Grundsatz von Treu und Glauben stehe der Auszahlung des Gewährleistungseinbehaltes nicht entgegen. „Wer ... eine nach AGB-Recht (offensichtlich) unwirksame Vertragsklausel verwendet, kann dem Vertragspartner nicht vorwerfen, dieser habe sich auf die ihn unangemessen benachteiligende Vertragsgestaltung doch aus freien Stücken eingelassen.“

Praxishinweise

Die Gemeinde wollte sich mit dieser Klausel der Probleme entledigen, welche sie angeblich in der Vergangenheit mit Gewährleistungsbürgschaften hatte. Nun hat sie sich das Problem aufgebürdet, dass sie gar keine Gewährleistungssicherheit mehr verlangen kann. Damit hat sich für die Gemeinde das typische Risiko bei der Verwendung „unfairer“ AGB verwirklicht.

RA Dr. Christian Schwertfeger