

# Vertragserfüllungsbürgschaft über 10% + 5% Bareinbehalt = unangemessene Übersicherung!

1. Wird formularmäßig eine Vertragserfüllungssicherheit von mehr als 10% der Auftragssumme verlangt, führt dies zu einer unangemessenen Übersicherung und zur Gesamtnunwirksamkeit der Sicherungsklauseln, so dass der Bürge seiner Inanspruchnahme die Bereicherungseinrede gem. §§ 821, 768 BGB entgegenhalten kann.

2. Das Verlangen einer Vertragserfüllungsbürgschaft über 10% der Auftragssumme, die auch Mängelansprüche sichern soll und nicht bei Abnahme zurückzugeben ist, führt in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu einer unangemessenen Übersicherung der Mängelansprüche nach Abnahme und ebenfalls zur Nichtigkeit der Sicherungsklausel.

3. Die potenzielle Kenntnis des Bürgen von der Übersicherung genügt nicht, um ihm ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorwerfen zu können.

OLG Celle, Beschluss vom 18.11.2021 – 14 U 119/21, Volltext: IBRRS 2022, 0088

BGB §§ 242, 305, 307 Abs. 1, §§ 765, 768, 821; ZPO § 522 Abs. 2

## Problem/Sachverhalt

Der klagende Auftraggeber (AG) gab Montagearbeiten in Auftrag. In den von ihm gestellten Vertragsbedingungen gab er vor, dass der Auftragnehmer bei Vertragsschluss eine Vertragserfüllungsbürgschaft über 10% der Auftragssumme zu stellen hatte, die auch der Sicherung der Erfüllung der Mängelansprüche diene und für die Dauer der vereinbarten Verjährungsfrist für Mängelansprüche zu stellen war. Zusätzlich war formularmäßig geregelt, dass Abschlagsrechnungen lediglich zu 95% bezahlt werden. Nachdem der AG den Bauvertrag vor Abnahme kündigte, nahm er die Vertragserfüllungsbürgschaft in Anspruch. Der Bürge (B) hielt der Inanspruchnahme die Bereicherungseinrede gem. §§ 821, 768 BGB entgegen. In erster Instanz bestätigte das LG Hannover die Bereicherungseinrede und wies die Klage ab. Hiergegen richtete sich die Berufung des AG.

## Entscheidung

Ohne Erfolg! Das OLG Celle bestätigte in seinem Hinweisbeschluss das erstinstanzliche Urteil und kündigte an, die Berufung gem. § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, woraufhin der AG die Berufung zurücknahm. Aus dem **Zusammenwirken der Sicherungsklausel mit dem formularmäßigen Bareinbehalt** von 5% von den Abschlagsrechnungen ergab sich eine **unangemessen hohe Erfüllungssicherheit von bis zu 15%**. Da sich die unangemessene Benachteiligung erst aus der Ge-

samtwirkung der beiden jeweils für sich genommen nicht zu beanstandende Klauseln ergab, sind **beide Klauseln insgesamt nichtig**, denn es ist nicht Aufgabe des Gerichts auszusuchen, welche der beiden Klauseln bestehen bleiben soll (BGH, Beschluss vom 26.10.1994 – VIII ARZ 3/94, IBRRS 2000, 0395 = BGHZ 127, 245, 253; IBR 2011, 138). Ohne Sicherungsklausel kann B seiner Inanspruchnahme die Bereicherungseinrede entgegenhalten (§§ 821, 768 BGB). Hinzu kam, dass die **Vertragserfüllungsbürgschaft über 10%** auch der **Sicherung der Mängelansprüche bis zum Ablauf der Gewährleistungsfrist** diene, was zur **Unwirksamkeit der Sicherungsklausel** aufgrund einer **unangemessen hohen Mängelanspruchesicherheit** führte. B war es auch nicht aus Treu und Glauben verwehrt, die Bereicherungseinrede zu erheben. *„Die alleinige potenzielle Kenntnis von der Übersicherung genügt nicht, um ein rechtsmissbräuchliches Verhalten seitens der Beklagten anzunehmen.“*

## Praxishinweis

Der Bürge ist nicht verpflichtet, vor Erteilung der Bürgschaft die Wirksamkeit der Sicherungsabrede zu prüfen (OLG München, IBR 2010, 389). Im Geschäftsverkehr werden Baubürgschaften regelmäßig allein auf Anforderung des Sicherungsgebers vom Bürgen ausgestellt, ohne dass dieser den zu Grunde liegenden Bauvertrag vorher prüft.

RA Jürgen Ripke, Hannover