

**Beglaubigte Abschrift**

8 O 440/20



Verkündet am 14.10.2021

Neugebauer, Justizbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin der  
Geschäftsstelle

**Landgericht Köln**

**IM NAMEN DES VOLKES**

**Urteil**

In dem Rechtsstreit

der [REDACTED]  
[REDACTED]

Klägerin,

Prozessbevollmächtigte: [REDACTED]

gegen

die [REDACTED]  
[REDACTED]

Beklagte,

Prozessbevollmächtigte: [REDACTED]

hat die 8. Zivilkammer des Landgerichts Köln  
aufgrund mündlicher Verhandlung vom 15.07.2021  
durch die Vorsitzende Richterin am Landgericht Wolff, den Richter am Landgericht  
Feicht und die Richterin Dr. Ascheberg

**für Recht erkannt:**

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin die Bürgschaftsurkunde Nr.  
[REDACTED]

lautend über einen Betrag in Höhe von [REDACTED] herauszugeben.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte die Klägerin von den ab dem 18.02.2021 anfallenden Avalkosten bis zur Herausgabe der in Ziffer 1 genannten Bürgschaft freizustellen hat.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von [REDACTED] nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 18.02.2021 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

## TATBESTAND

Die Klägerin ist ein Bauunternehmen. Sie beteiligte sich [REDACTED] am Vergabeverfahren der Beklagten [REDACTED] und erhielt den Zuschlag. Die Auftragssumme betrug [REDACTED]. Als Bestandteil des Vertrags sind die VOB/B und „Zusätzlichen Vertragsbedingungen für die Ausführungen im Straßen- und Brückenbau“ (ZVB/E-StB 2014) vereinbart worden. Den Vergabeunterlagen waren die Formblätter für die zu stellenden Bürgschaften nicht beigelegt. Diese Formblätter wurden mit dem Zuschlagsschreiben übersandt.

Nach den ZVB/E-STB 2014 sind eine kombinierte Vertragserfüllungsbürgschaft über 5 % der Auftragssumme sowie eine Mängelansprüchebürgschaft über 3 % der Bruttoabrechnungssumme zu stellen. Dazu sind unter anderem folgende Regelungen getroffen:

### *„110 Sicherheitsleistung*

*110.1 Sicherheit für Vertragserfüllung ist (...) in Höhe von 5 % der Auftragssumme (ohne Nachträge) zu leisten. Diese wird nach Abnahme auf Verlangen des Auftragnehmers gegen eine Sicherheit für Mängelansprüche ausgetauscht.*

*110.2 Die Sicherheit für Mängelansprüche beträgt 3 % der Bruttoabrechnungssumme. Sind bei der Abnahme festgestellte Mängel noch zu beseitigen, ist hierfür als Sicherheit ein Druckzuschlag (brutto) gem. § 641 (3) BGB als Einbehalt in Höhe des zweifachen Betrags der voraussichtlichen Aufwendungen für die Mängelbeseitigung zu leisten. Die Sicherheit wird nach Abnahme der Mängelbeseitigung, auf die sich der Druckzuschlag bezieht, zurückgezahlt. Wenn ein Einbehalt nicht möglich ist, kann zur Absicherung*

*des Druckzuschlags separat eine gesonderte Mängelansprüchebürgschaft gestellt werden.*

(...)

### 111. Bürgschaften

111.1 *Wird Sicherheit durch Bürgschaft geleistet, sollen die für den jeweiligen Sicherungszweck einschlägigen Formblätter des Auftraggebers verwendet werden. Werden andere Formblätter verwendet, müssen diese inhaltlich vollständig den betreffenden Formblättern des Auftraggebers entsprechen und zwar für:*

- *die Vertragserfüllung das Formblatt (kombinierte) „Vertrags- und Mängelansprüchebürgschaft“*
- *die Mängelansprüche das Formblatt „Mängelansprüchebürgschaft“ (...).*

(...)

111.5 *Die Urkunde über die (kombinierte) Vertragserfüllungs- und Mängelansprüchebürgschaft ist unter Beachtung der Regelungen in Ziffer 110.2 nach Abnahme gegen eine Mängelansprüchebürgschaft auszutauschen.“*

Wegen des Wortlauts der in Bezug genommenen Regelungen wird ergänzend auf Bl. 12 f. AH verwiesen.

Die Parteien vereinbarten Köln als Gerichtsstand.

Die Klägerin übergab der Beklagten die Vertragserfüllungsbürgschaft nach dem Vordruck HVA B StB (04/16). Die [REDACTED] stellte diese Bürgschaft am [REDACTED] aus. Für die Stellung der Bürgschaft hat die Klägerin Avalzinsen zu zahlen.

Der Bauvertrag wurde durch die Beklagte [REDACTED] gekündigt. Die Leistungen wurden [REDACTED] abgenommen und Schlussrechnungen wurden [REDACTED] erstellt. Die Brutto-Abrechnungssumme betrug [REDACTED].

Am 19.10.2020 forderte die Klägerin die Beklagte auf, der Enthftung der Bürgschaft in Höhe von [REDACTED] zuzustimmen. Alternativ bot sie an die gewährte Bürgschaft gegen eine der Höhe nach reduzierte Mängelansprüchebürgschaft auszutauschen. Am 03.11.2020 verlangte die Klägerin die Herausgabe der Bürgschaft von der Beklagten.

Nach Weigerung der Beklagten am 10.11.2020 forderte die Klägerin sie erneut mit anwaltlichem Schreiben vom 18.11.2020 unter Fristsetzung bis zum 30.11.2020 auf,

die Bürgschaft herauszugeben. Die Klägerin zahlte vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von netto [REDACTED].

Die Klägerin ist der Ansicht, dass die Sicherungsabrede nach Ziffer 110 und Ziffer 111 der ZVB/E-StB 2014 nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam sei. Die Beklagte sei durch die Kombi-Bürgschaft übersichert. Es komme zu einer zeitlichen Überschneidung der Sicherheiten, da nicht geregelt sei, wann die Sicherheit für die Vertragserfüllung zurückzugeben sei. Durch die vorhandene Regelung müsse der Auftragnehmer die Sicherheit für Mängelansprüche bereits vor der Abnahme stellen, woraus sich eine Vorleistungspflicht ergebe. Es komme zu einer Überschneidung der Sicherheit für die Vertragserfüllung, die auch nach Abnahme bestehende Mängelansprüche sichern solle und die längere Zeit nach Abnahme nicht zurückgegeben werden müsse, und der neu übergebenen Sicherheit für Mängelansprüche. Dies stelle eine unzulässige Übersicherung dar.

Problematisch sei auch, dass verschiedene Bezugswerte (5 % der Auftragssumme für die Vertragserfüllung und 3 % der Abrechnungssumme für die Mängelansprüche) im Fall einer reduzierten Abrechnungssumme ebenfalls zu einer Übersicherung führten.

Die Klausel in Ziffer 110.2 stelle eine unangemessene Benachteiligung dar, nach der zusätzlich ein Einbehalt in Höhe des zweifachen Betrags der voraussichtlichen Aufwendungen für die Mängelbeseitigung möglich sei.

Die Klausel in Ziffer 110.2 weiche außerdem vom gesetzlichen Leitbild und sei intransparent. Die gesetzliche Formulierung, dass die Zahlung eines „angemessenen Teils“ der Vergütung zurückgehalten werden kann, werde durch die starre Regelung der zweifachen Mängelbeseitigungskosten ersetzt, die nicht berücksichtige, dass dies unter Umständen nicht angemessen sei. Auch fehle der Zusatz, dass auf die zur Beseitigung „erforderlichen“ Kosten abzustellen sei.

Intransparent sei außerdem, dass nicht klar sei, ob die Auftragssumme mit oder ohne Mehrwertsteuer zu bemessen sei.

Es sei eine unangemessene Benachteiligung, dass in Ziff. 111.3 vorgegeben sei, dass der Bürge auf die Einrede der Anfechtbarkeit verzichten muss. Der Auftragnehmer sei hierdurch unangemessen benachteiligt, da der Bürge schlechter stehe als er selbst.

Auch die Regelung in Ziff. 111.4, dass die Bürgschaft in einer Urkunde zu stellen sei, sei unwirksam, da sie die Klägerin unangemessen benachteilige.

Weiter sei ihr das Formblatt für die Bürgschaft erst mit Zuschlagsschreiben übersandt worden, sodass sie vor Vertragsschluss keine Kenntnis vom Inhalt desselben gehabt habe. Dies sei ebenfalls intransparent. Bei kundenfeindlichster Auslegung folge

hieraus, dass eine Bürgschaft auf erstes Anfordern verlangt werde. Dies könne in AGB nicht wirksam vereinbart werden.

Zuletzt sei auch der Sicherungszweck durch Abnahme entfallen.

Die Klage ist am 17.02.2021 zugestellt worden.

Die Klägerin beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin die Bürgschaftsurkunde Nr. [REDACTED] lautend über einen Betrag in Höhe von [REDACTED] herauszugeben;
2. festzustellen, dass die Beklagte die Klägerin von den ab Rechtshängigkeit anfallenden Avalkosten bis zur Herausgabe der in Ziffer 1 genannten Bürgschaft freizustellen hat;
3. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von [REDACTED] nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte ist der Ansicht, dass zwei Sicherheiten zu unterscheiden seien: die Vertragserfüllungssicherheit vor Abnahme und die Sicherheit nach Abnahme für Mängelansprüche. Die Vertragserfüllungssicherheit sichere auch Mängelansprüche vor Abnahme. Die Kombi-Bürgschaft erstrecke sich jedoch nicht auf die Mängelansprüche nach Abnahme.

Eine Kumulation, also eine zeitliche Überschneidung, der beiden Sicherheiten sei vorliegend nicht möglich. Es sei klar definiert, dass bei Abnahme und Rückgabeverlangen des Auftragnehmers die Vertragserfüllungsbürgschaft zurückzugeben sei. Der Übergang von Erfüllungs- zur Gewährleistungsbürgschaft sei als Austausch vorgesehen. Hieraus ergebe sich, dass die Beklagte nie beide Bürgschaften in den Händen halten könne.

Die Festlegung der Höhe des Druckzuschlags benachteilige die Klägerin nicht einseitig, da hierdurch auch die Möglichkeit entfallen sei, dass mehr als das Zweifache der Mängelbeseitigungskosten einbehalten werde.

Eine Intransparenz wegen der fehlenden Regelung, ob die Auftragssumme netto oder brutto zu verstehen sei, könne nicht geltend gemacht werden, da sich die

Parteien individualvertraglich darauf geeinigt hätten, dass die Nettosumme ausschlaggebend sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

## **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE**

Die Klage ist zulässig und begründet.

Die Klage ist zulässig.

Die Klägerin hat einen Anspruch auf Herausgabe der Bürgschaft gegen die Beklagte nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB, da sie die Sicherheit ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Denn die Sicherungsabrede ist nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.

Bei den in Bezug genommenen Klauseln handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen. Die Vertragsbedingungen sind gem. § 305 Abs. 1 BGB für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert. Sie sind von der Beklagten als Voraussetzung für den Vertragsschluss einseitig gestellt worden.

Die Unwirksamkeit der im Streit stehenden formularmäßigen Vertragsbestimmung ist nach § 307 Abs. 1 BGB gegeben, da sie die Klägerin entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Letzteres ist der Fall, wenn der Verwender seine eigenen Interessen missbräuchlich auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen.

Die Regelungen in den hier im Streit stehenden Klauseln führen zu einer Übersicherung der Beklagten.

Eine Unwirksamkeit der Sicherungsabrede ist anzunehmen, wenn der Auftragnehmer eines Bauvertrags aufgrund der ihm gestellten Bedingungen für einen nicht unerheblichen Zeitraum über die Abnahme hinaus wegen möglicher Mängelansprüche des Auftraggebers eine Sicherheit leisten muss, die jedenfalls nicht unwesentlich über 5 % der Auftragssumme liegt. Eine solch unangemessen hohe Absicherung des Auftraggebers kann sich auch bei einem Klauselwerk ergeben, das eine Sicherheit für die Vertragserfüllung und eine weitere für die Gewährleistung vorsieht, die jeweils für sich genommen nicht zu beanstanden wären (OLG Düsseldorf, Ur. v. 26.11.2020, 5 U 354/19, NJW-RR 2021, 672). Eine Übersicherung ergibt sich in diesem Fall, wenn die Vertragserfüllungssicherheit auch nach der Abnahme bestehende Mängelansprüche des Auftraggebers sichern soll,

noch längere Zeit nach Abnahme nicht zurückgegeben werden muss und zugleich eine Sicherheit für Mängelansprüche verlangt werden kann (BGH, Urt. v. 22.1.2015, VII ZR 120/14, NJW 2015, 856; Urt. v. 16.07.2020, VII ZR 159/19, NJW-RR 2020, 1219; OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.11.2020, 5 U 354/19, NJW-RR 2021, 672).

Das ist vorliegend der Fall. Die Klägerin muss vorliegend Sicherheiten leisten, die die zulässige Grenze von mehr als 5 % der Auftragssumme überschreiten, da zu den durch die kombinierte Bürgschaft gesicherten 5 % der Auftragssumme weitere 3 % der Abrechnungssumme aus der Mängelansprüchebürgschaft treten.

Die zu stellende „kombinierte Vertragserfüllungs- und Mängelansprüchebürgschaft“ aus Ziff. 110.1 i. V. m. Ziff. 111.1 ZVB/E-StB 2014, genauso wie die Gewährleistungssicherheit aus Ziff. 110.1 i. V. m. Ziff. 110.2 ZVB/E-StB 2014 sollen jeweils auch Mängelansprüche für die Zeit nach der Abnahme sichern. Die Regelungen sind gemäß ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind. Dabei ist in erster Linie der Wortlaut der auszulegenden Klausel maßgebend. Sind hiernach mehrere Auslegungen rechtlich vertretbar, gehen Zweifel bei der Auslegung gem. § 305 c Abs. 2 BGB zulasten des Verwenders. Außer Betracht bleiben Verständnismöglichkeiten, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fernliegend und nicht ernstlich in Erwägung zu ziehen sind. Bei der Auslegung ist demnach auf die kundenfeindlichste Auslegung der betreffenden Klauseln abzustellen (BGH, Urt. v. 16.07.2020, VII ZR 159/19, NJW-RR 2020, 1219).

Bei Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich, dass die Vertragserfüllungssicherheit auch nach Abnahme bestehende Mängelrechte sichern soll. Das Vertragswerk enthält an keiner Stelle konkrete Definitionen zum Sicherungsumfang der beiden Bürgschaften. Eine hinreichende Abgrenzung der Sicherheiten voneinander dergestalt, dass es keinerlei gegenständige Überschneidung der gesicherten Rechte geben kann (vgl. Ingenstau/Korbion, 21. Aufl. § 17 Abs. 1 Rn. 45), ist im Vertrag nicht vorgesehen.

Der Schluss – wie von der Beklagten vertreten –, dass die Vertragserfüllungsbürgschaft vorliegend eindeutig nur Mängelansprüche vor Abnahme erfasse und sich die hier vorliegenden Bestimmungen daher wesentlich von den der Rechtsprechung des BGH (BGH, Urt. v. 16.07.2020, VII ZR 159/19, NJW-RR 2020, 1219) zugrundeliegenden Klauseln unterscheiden würden, ist nicht zwingend. Dies folgt nicht denotwendig aus der Regelung in Ziff. 110.1 und 111.5, nach der die Vertragserfüllungsbürgschaft „nach Abnahme auf Verlangen des

Auftragnehmers gegen eine Sicherheit für Mängelansprüche ausgetauscht" werde. Der „Austausch“ dieser Bürgschaften beschreibt zunächst nur eine Vorgehensweise und beschäftigt sich nicht unmittelbar damit, welche Ansprüche vom Sicherungszweck der Bürgschaften umfasst sein sollen. Aus dem Wortlaut folgt auch gerade nicht, dass wegen des „Austauschens“, also eines „Wechselseitig Übergebens“, eine inhaltliche Überschneidung der Bürgschaften nicht möglich ist, da sich demnach die kombinierte Bürgschaft nur auf die Mängel vor Abnahme beziehen könnte. Im Gegenteil, wie die Beklagte ausführt bedeutet „Austauschen“ auch „durch Entsprechendes ersetzen“, sodass geradezu anzunehmen ist, dass sich die kombinierte Bürgschaft auch auf die Mängelansprüche nach Abnahme beziehen soll. Anderenfalls wäre ein Austauschen gar nicht nötig. Denn es begegnet grundsätzlich keinen Bedenken, wenn die Sicherheiten wegen nicht erledigter Rechte aus dem Erfüllungsstadium und einer nach Abnahme einsetzenden Gewährleistung parallel aufrechtzuerhalten wären, sofern es keinerlei gegenständliche Überschneidung der gesicherten Rechte geben kann (Ingenstau/Korbion, 21. Aufl., § 17 Abs. 1 Rn. 54).

Weiter verhindert die Regelung des „Austauschens“ nicht, dass die Vertragserfüllungsbürgschaft noch längere Zeit nach Abnahme nicht zurückgegeben werden muss und zugleich eine Sicherheit für Mängelansprüche verlangt werden kann. Vielmehr sind zeitliche Überschneidungen möglich. Ein Ausschluss jeglicher Überschneidungen würde sich nur dann aus dieser Regelung ergeben, wenn diese so zu verstehen wäre, dass hiermit nicht nur die regelmäßige Vorgehensweise beschrieben wird, sondern aus der Formulierung des „Austausches“ auch folgt, dass der Auftraggeber auf jegliche Zurückbehaltungsrechte an der Vertragserfüllungsbürgschaft verzichtet und dem Auftragnehmer ein unbedingter Anspruch auf Herausgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft im tatsächlichen Austausch gegen eine neue Mängelsicherheit gegeben wird. Da auf die kundenfeindlichste Auslegung abzustellen ist, ist hiervon jedoch bereits aus diesem Grund nicht auszugehen. Darüber hinaus liegt diese Auslegung auch fern, da hierdurch die Auftraggeberin wie im vorliegenden Fall keine Sicherheit mehr für Ansprüche aus Verzug vor Abnahme, sondern allein eine wesentlich geringere Bürgschaft für die Mängelansprüche nach Abnahme in den Händen halten würde. Auch die Beklagte legt eine solche enge Auslegung des „Austausches“ gerade nicht zugrunde. Sie macht vielmehr ein Zurückbehaltungsrecht an der kombinierten Vertragserfüllungsbürgschaft im Hinblick auf die möglichen Ansprüche aus Verzug geltend. Es bleibt letztlich offen, unter welchen Bedingungen der Austausch der Bürgschaften zu vollziehen ist, und unter welchen nicht. Ein unbedingtes Austauschrecht ergibt sich aus der bloßen Formulierung „ausgetauscht“ nicht.

Die Klägerin hat einen Anspruch auf Feststellung, dass die Beklagte die Avalkosten ab Rechtshängigkeit bis zur Herausgabe der Bürgschaft zu zahlen hat. Der



Zahlungsanspruch ergibt sich aus §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB. Das Feststellungsinteresse ergibt sich, da die Avalkosten mangels Herausgabe der Bürgschaft bisher nicht abschließend bezifferbar sind.

Weiter hat die Klägerin einen Anspruch auf Ersatz ihrer vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten aus §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB. Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 288, 291 BGB.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 709 S. 1 ZPO.

**Rechtsbehelfsbelehrung:**

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Berufung für jeden zulässig, der durch dieses Urteil in seinen Rechten benachteiligt ist,

1. wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 600,00 EUR übersteigt oder
2. wenn die Berufung in dem Urteil durch das Landgericht zugelassen worden ist.

Die Berufung muss **innerhalb einer Notfrist von einem Monat nach Zustellung** dieses Urteils schriftlich bei dem Oberlandesgericht Köln, Reichenspergerplatz 1, 50670 Köln, eingegangen sein. Die Berufungsschrift muss die Bezeichnung des Urteils (Datum des Urteils, Geschäftsnummer und Parteien) gegen das die Berufung gerichtet wird, sowie die Erklärung, dass gegen dieses Urteil Berufung eingelegt werde, enthalten.

Die Berufung ist, sofern nicht bereits in der Berufungsschrift erfolgt, binnen zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils schriftlich gegenüber dem Oberlandesgericht Köln zu begründen.

Die Parteien müssen sich vor dem Oberlandesgericht Köln durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen, insbesondere müssen die Berufungs- und die Berufungsbegründungsschrift von einem solchen unterzeichnet sein.

Mit der Berufungsschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils vorgelegt werden.

**Hinweis zum elektronischen Rechtsverkehr:**

Die Einlegung ist auch durch Übertragung eines elektronischen Dokuments an die elektronische Poststelle des Gerichts möglich. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet und mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a ZPO nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere

elektronische Behördenpostfach (BGBl. 2017 I, S. 3803) eingereicht werden. Weitere Informationen erhalten Sie auf der Internetseite [www.iustiz.de](http://www.iustiz.de).

Wolff

Feicht

Dr. Ascheberg

Beglaubigt

Urkundsbeamter/in der Geschäftsstelle

Landgericht Köln

