

11 U 67/22
8 O 440/20
Landgericht Köln



Oberlandesgericht Köln

Beschluss

In dem Rechtsstreit

der

Beklagten und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

gegen

die

Klägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

hat der 11. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln
am 30.05.2022

durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Manteufel, den Richter am
Oberlandesgericht Menck und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Traut

beschlossen:

Der Senat weist darauf hin, dass beabsichtigt ist, die Berufung der
Beklagten gegen das am 14.10.2021 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer

des Landgerichts Köln – 8 O 440/20 – nach § 522 Abs. 2 ZPO durch einstimmig gefassten Beschluss zurückzuweisen.

Der Beklagten wird Gelegenheit gegeben, binnen 3 Wochen ab Zugang dieses Beschlusses zu dem Hinweis Stellung zu nehmen.

Gründe:

I.

Die Berufung [REDACTED] hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg, § 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO.

Das angegriffene Urteil beruht weder auf einer Rechtsverletzung (§§ 513 Abs. 1, 546 ZPO) noch rechtfertigen die in der Berufungsinstanz zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung (§§ 513 Abs. 1, 529 ZPO). Das Landgericht hat mit Urteil vom 14.10.2021 (Bl. 223 ff. LGA) zu Recht der Klage stattgegeben. Die Berufungsbegründung vom 17.12.2021 (Bl. 30 ff. OLGA) rechtfertigt keine abweichende Beurteilung.

Der Klägerin steht ein Anspruch auf Herausgabe der „Vertragserfüllungs- und Mängelanspruchebürgschaft“ (sic) [REDACTED] [REDACTED] (Anlage K 5, Bl. 16 AH) zu. Damit sind auch die weiteren geltend gemachten Ansprüche berechtigt.

Die Klägerin kann die Herausgabe der geleisteten Sicherheit nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB verlangen. Die der streitgegenständlichen Bürgschaft zugrundeliegende Vereinbarung der Parteien über die Stellung einer Sicherheit für die Vertragserfüllung in Ziffer 110 ZVB/E-StB 2014 ist nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.

Die Verpflichtungen des Auftragnehmers zur Stellung einer Sicherheit für die Vertragserfüllung i.H.v. 5 % der Auftragssumme nach Ziffer 110.1 ZVB/E-StB2014 sowie zur Stellung einer Sicherheit für Mängelansprüche i.H.v. 3 % der Brutto-Abrechnungssumme nach Ziffer 110.2 S. 1 ZVB/E-StB2014 sind zwar jeweils für sich genommen nicht zu beanstanden.

Es kommt aber eine Auslegung von Ziffer 110 ZVB/E-StB 2014 in Betracht, nach der die Klägerin für einen nicht unerheblichen Zeitraum über die Abnahme hinaus wegen möglicher Mängelansprüche der Beklagten eine Sicherheit in Höhe von 5 % der Auftrags- und 3 % der Abrechnungssumme leisten muss. Die Klausel kann nämlich so verstanden werden, dass die Sicherheit für die Vertragserfüllung auch nach Abnahme bestehende Mängelansprüche, die zugleich von der vereinbarten Sicherheit für Mängelansprüche erfasst werden, sichert. Ausgehend von diesem Verständnis führt die Klausel zu einer Überschneidung der beiden Sicherheiten und zur Übersicherung; sie ist deshalb insgesamt unwirksam.

Eine formularmäßige Vertragsbestimmung ist unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt, weil der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen. Das ist etwa der Fall, wenn sich aus den von dem Auftraggeber gestellten formularmäßigen Vertragsbestimmungen eines Bauvertrags – für sich oder in ihrem Zusammenwirken – ergibt, dass der Auftragnehmer als Vertragspartner des Verwenders 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 (BGH, NJW-RR 2020, 1219, 1220). Denn für eine nach Abnahme zu stellende Sicherheit gilt unabhängig von ihrer Bezeichnung eine Höchstgrenze von 5 % der Abrechnungssumme (Joussen; in: Ingenstau/Korbion, VOB, 21. Aufl. 2020, § 17 Abs. 1 VOB/B Rn. 45). Eine solche, der Höhe nach unangemessene Sicherheit kann sich dabei insbesondere daraus ergeben, dass nach dem Klauselwerk eine Sicherheit für die Vertragserfüllung, die auch nach Abnahme bestehende Mängelansprüche des Auftraggebers sichern soll, noch längere Zeit nach Abnahme nicht zurückgegeben werden muss, während zugleich eine Sicherheit für Mängelansprüche verlangt werden kann, so dass es zu einer Überschneidung der beiden Sicherheiten kommt und dem Auftraggeber für etwaige Mängelansprüche sowohl die Sicherheit für die Vertragserfüllung als auch die Sicherheit für Mängelansprüche zur Verfügung steht (vgl. BGH, NJW-RR 2020, 1219, 1220; Abel/Schindler, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, § 309 Nr. 15 Rn. 41). So liegt es hier.

1.

Aus den hier in Rede stehenden Bedingungen ergibt sich nicht eindeutig, dass etwaige Ansprüche entweder von der zu stellenden Sicherheit für die Vertragserfüllung oder von der Sicherheit für Mängelansprüche, nicht jedoch von beiden zugleich gesichert werden. Die Vereinbarung der Parteien eines Bauvertrags, nach der eine Vertragserfüllungsbürgschaft später durch eine Gewährleistungsbürgschaft ersetzt werden solle, spricht zwar grundsätzlich dafür, dass die Vertragserfüllungsbürgschaft sich nicht auf die nach Abnahme entstehenden Gewährleistungsansprüche erstreckt (BGH, NJW 2003, 352, 354; Jousen, a.a.O., § 17 Abs. 8 VOB/B Rn. 2). Eine solche klare Abgrenzung kann den Regelungen in Ziffer 110 ZVB/E-StB 2014 indes nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit entnommen werden.

Die Regelungen in Ziffer 110 ZVB/E-StB 2014 stellen unstreitig allgemeine Geschäftsbedingungen dar und sind daher gemäß ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden. Sind danach mehrere Auslegungen rechtlich vertretbar, gehen Zweifel bei der Auslegung zulasten des Verwenders, hier der [REDACTED], wobei nur Verständnismöglichkeiten außer Betracht bleiben, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fernliegend und nicht ernstlich in Erwägung zu ziehen sind (vgl. BGH, NJW-RR 2020, 1219, 1221).

Ebenso wie in den der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 16.07.2020 (NJW-RR 2020, 1219) zugrunde liegenden Besonderen Vertragsbedingungen i.d.F. des Vergabehandbuchs des Bundes – Ausgabe 2008 – Stand Mai 2010 (BVB) ergibt sich aus Ziffern 110.1 und 110.2 ZVB/E-StB 2014 nur, dass der Auftragnehmer eine Sicherheit für die Vertragserfüllung und eine Sicherheit für Mängelansprüche zu leisten hat. Es fehlt an einer näheren Definition, welche Ansprüche von den jeweils zu stellenden Sicherheiten erfasst sein sollen, zumal grundsätzlich frei vereinbart werden kann, welche Forderungen von einer Vertragserfüllungssicherheit gesichert sind. Entgegen der Auffassung der Berufung unterscheiden die Vertragsbedingungen nicht klar zwei Sicherheiten vor und nach Abnahme (so Bl. 36 OLGA), sondern handelt es sich hierbei lediglich um das von der Beklagten den Bestimmungen beigegebene, keinesfalls zwingende Verständnis. Eine

eindeutige Auslegung dahin, dass nach Abnahme bestehende Mängelansprüche nicht von der Vertragserfüllungssicherheit erfasst sind, scheidet jedenfalls deshalb aus, weil Ziffer 111.1 ZVB/E-StB 2014 bestimmt, dass bei Sicherheitsleistung durch Bürgschaft die Sicherheit für die Vertragserfüllung unter Verwendung des Formblatts „(kombinierte) Vertragserfüllungs- und Mängelansprüchebürgschaft“ zu leisten ist, und in dem in Bezug genommenen Formblatt ausdrücklich vorgesehen ist, dass „Sicherheit für die vertragsgemäße Ausführung der Leistung einschließlich der Mängelansprüche“ zu erbringen ist (Anlage K 3, Bl. 14 AH). Diese Formulierungen lassen aus Sicht eines durchschnittlichen Auftragnehmers den nicht nur theoretisch möglich erscheinenden Schluss zu, dass zur Vertragserfüllung auch die Erfüllung der Mängelansprüche gehört und die Vertragserfüllungssicherheit – unabhängig davon, in welcher Form sie geleistet wird – demgemäß auch Mängelansprüche sichern soll (vgl. BGH, NJW-RR 2020, 1219, 1221). Nach Ziffer 111.1 erfassen beide zugelassene Bürgschaftsarten ausdrücklich „Mängelansprüche“. Eine sprachliche Differenzierung zwischen Mängelansprüchen vor und nach Abnahme wird nicht getroffen, der Begriff vielmehr unterschiedslos verwandt. Dies lässt nach Auffassung des Senats auch eingedenk des zu berücksichtigenden üblichen Sprachgebrauchs der Baupraxis eine Auslegung der Klausel dahingehend zu, dass zwischen den Mängelansprüchen nicht nur kein sprachlicher, sondern auch kein inhaltlicher Unterschied besteht (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 2021, 672, 674 zu einer ähnlichen Konstellation). Die Auffassung der Beklagten, die Kombi-Bürgschaft sichere außer der Vertragserfüllung an sich nur Mängelansprüche vor Abnahme (§ 4 Abs. 7 VOB/B), ist – wie der BGH zu der vergleichbaren Regelung in Ziffer 4 BVB bereits entschieden hat – zumindest nicht zwingend und daher für die im Rahmen der AGB-rechtliche Prüfung vorzunehmende kundenfeindlichste Auslegung unerheblich (vgl. BGH, NJW-RR 2020, 1219, 1221). Zudem wäre – wie das Landgericht mit Recht ausgeführt hat – ein Austausch der einen Sicherheit gegen die andere unsinnig, wenn sie keinen inhaltlichen Überschneidungsbereich hätten.

2.

Die Klausel lässt ferner ein Verständnis zu, nach der es auch zu einer zeitlichen Überschneidung der geschuldeten Sicherheiten für die Vertragserfüllung und für die Mängelansprüche kommen kann.

Mangels ausdrücklicher Regelung zur Fälligkeit der Sicherheit für Mängelansprüche in Ziffer 110.2 ZVB/E-StB 2014 ist diese binnen 18 Werktagen nach Vertragsschluss

zu leisten, § 17 Abs. 7 S. 1 VOB/B, oder wohl spätestens mit Abnahme (so BGH, NJW-RR 2020, 1219, 1222), wengleich zweifelhaft erscheint, wie die Stellung der an die Abrechnungssumme, d.h. die Schlussrechnungssumme, anknüpfenden Mängelanspruchesicherheit zu diesen Zeitpunkten praktisch zu bewirken ist. Eine hiervon abweichende Fälligkeitsregelung ergibt sich jedenfalls nicht mit der erforderlichen Klarheit aus Ziffer 110.1 S. 2 ZVB/E-StB 2014, denn darin wird lediglich ein Umwandlungsrecht und damit eine Befugnis des Auftragnehmers geregelt (vgl. BGH, NJW-RR 2020, 1219, 1222). Dass dem Auftraggeber, dem eine Vertragserfüllungssicherheit in Form der „Kombibürgschaft“ vorliegt, daneben kein zusätzlicher Anspruch auf Stellung einer Sicherheit für Mängelansprüche hat, ergibt sich aus den Bedingungen nicht. Dagegen spricht schon, dass nach Ziffer 111.1 die Vertragserfüllungssicherheit, sofern sie als Bürgschaft gestellt wird, stets als (kombinierte) Vertrags- und Mängelansprüchebürgschaft ausgestaltet ist, während sich die Mängelbürgschaft nach dem Formblatt „Mängelansprüchebürgschaft“ richtet.

Eine ausdrückliche Regelung zur (zeitgleichen) Rückgabe der Sicherheit für die Vertragserfüllung ist nicht enthalten. Die Regelungen in 111.5 und 111.6 ZVB/E-StB 2014 regeln nur die Rückgabe der Mängelansprüchebürgschaft, aber nicht ausdrücklich der kombinierten Bürgschaft. Der Anspruch auf eine Erfüllungsbürgschaft entfällt auch nicht automatisch mit der Fertigstellung oder Abnahme (vgl. Wagner/Pastor, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl. 2020, Rn. 1609). Zwar unterscheidet sich die höchstrichterlich bereits geprüfte Konstellation, in der die Umwandlung der Sicherheit für die Vertragserfüllung in eine Mängelanspruchesicherheit neben der Abnahme auch die Erfüllung aller bis dahin erhobenen Ansprüche vorsah, wesentlich von der im hiesigen Streitfall geltenden Ziffer 110.1 S. 2 ZVB/E-StB 2014, wonach der Austausch der Sicherheit für Vertragserfüllung lediglich die Abnahme und ein Verlangen des Auftragnehmers voraussetzt. Der Begriff des Austauschs wird aber nicht näher beschrieben. Er schließt jedenfalls nach Maßgabe des § 305c Abs. 2 BGB nicht aus, dass zeitgleich zwei Sicherheiten zu stellen sind, und lässt ein Verständnis zu, nach dem gemäß Ziffer 110.1 S. 2 ZVB/E-StB 2014 eine etwa nur der Höhe nach von 5 % der Auftragsauf 3 % der Abrechnungssumme angepasste Sicherheit im Austausch gestellt werden kann, die indes zu der Sicherheit für Mängelansprüche nach Ziffer 110.2 ZVB/E-StB 2014 hinzutritt. Dafür, dass die Sicherheit für die Vertragserfüllung nach Abnahme nicht stets zurückzugeben ist, spricht insbesondere die in Ziffer 110.3 ZVB/E-StB 2014 – in Abweichung von § 17 Abs. 8 Nr. 1 S. 1 VOB/B für die

Vertragserfüllungsbürgschaft – getroffene Regelung, wonach allgemein „eine nicht verwendete Sicherheit“, mithin auch die zuvor in Ziffer 110.1 ZVB/E-StB 2014 geregelte Vertragserfüllungssicherheit, erst zurückgegeben wird, „wenn die Verjährungsfristen für Mängelansprüche abgelaufen sind“. Die Ansicht der Berufung, die Klauseln regelten, dass es entweder keinen Austausch gebe und der Auftraggeber nur die Erfüllungssicherheit habe oder aber, dass der Austausch stattfinde und der Auftraggeber nur die Gewährleistungssicherheit habe (so Bl. 38 OLGA), ist nicht zwingend oder „glasklar“. Sie ist inhaltlich zudem nicht einleuchtend, wenn – entsprechend dem Verständnis der Beklagten – inhaltlich überschneidende Sicherungszwecke nicht vorlägen. Da der Austausch der Erfüllungssicherheit nach dem insoweit klaren Wortlaut von § 110.1 S. 2 ZVB/E-STB 2014 ein Verlangen des Auftragnehmers voraussetzt, könnte er danach durch Unterlassen eines solchen Verlangens einseitig verhindern, dass der Auftraggeber überhaupt eine Gewährleistungssicherheit erlangt.

Zudem lässt sich der Klausel nicht deutlich entnehmen, dass der Austausch auch dann verlangt werden kann, wenn der Auftraggeber von der Sicherheit erfasste Ansprüche geltend macht. Insbesondere kann durch die Kombination des in Ziffer 110.2 vorgesehenen Einbehalts für bei Abnahme festgestellte Mängel mit der Mängelsicherheit von 3 % der Brutto-Abrechnungssumme die zulässige Höhe der Mängelsicherheit von 5 % der Abrechnungssumme überschritten werden.

3.

Dies führt wegen der Unteilbarkeit der Regelungen der Sicherungsabrede zu deren Gesamtunwirksamkeit. Für die Teilbarkeit einer Bürgschaftsabrede kommt es darauf an, ob die Sicherungsvereinbarung als geschlossene Konzeption zu verstehen ist, was zu einer die wirtschaftlichen Interessen der Vertragsparteien berücksichtigenden Gesamtbeurteilung des Regelungsgefüges zwingt (vgl. BGH, NJW 2009, 1664, 1666; NJW 2018, 857, 860). So liegt es hier (vgl. auch dazu BGH, NJW-RR 2020, 1219, 1222). Denn die Unwirksamkeit der Sicherungsvereinbarung ergibt sich erst aus dem Zusammenwirken der Klauseln über die Stellung einer Vertragserfüllungs- und einer Mängelsicherheit (s.a. BGH, NJW 2014, 3642, 3644 f.; Jousen, a.a.O., § 17 Abs. 1 VOB/B Rn. 68).

4.

Danach kann offenbleiben, ob noch weitere Unwirksamkeitsgründe vorliegen.

II.

Die Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 ZPO liegen auch im Übrigen vor: Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Senats (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO). Der Rechtsstreit betrifft lediglich die Anwendung gesicherter Rechtsgrundsätze im konkreten Einzelfall. Die Klauseln mögen zwar bei öffentlichen Straßenbauvorhaben regelmäßig Anwendung finden. Sie lassen sich aber auf der Grundlage aktueller höchstrichterlicher Rechtsprechung und damit bereits vorliegender Kriterien beurteilen; soweit ersichtlich existieren keine ober- oder höchstgerichtlichen Entscheidungen, welche der Beurteilung des Senats entgegenstehen. Ferner ist eine mündliche Verhandlung auch ansonsten nicht geboten, § 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ZPO.

Schließlich ist der Senat auch durch die vorangegangene Terminierung des vormals zuständigen Spruchkörpers an einer Beschlusszurückweisung der Berufung nicht gehindert (vgl. OLG Düsseldorf, NJW 2005, 833 f.; Ball, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 522 Rn. 20).

Manteufel

Menck

Dr. Traut