

OLG Köln und BGH: Weitere Grundsatzentscheidungen zum Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen („AGB“) im Werk-/Baurecht in: IBRRS 2023, 2663 (BGH, Beschl. v. 26.04.2023, VII ZR 770/21 unter Bestätigung OLG Köln)

Von geschäftsführenden Gesellschafter **Torsten Steinwachs**, Zert. Wirtschaftsmediator/Zert. Baumediator; Rechtsanwalt, BMS/Frankfurt a.M./Hamburg/Erfurt/Freising und

Robin Steinwachs, Wirtschaftsjurist; Zert. Legal Tech Manager, Prokurist, BMS/Frankfurt a.M.

Der Bundesgerichtshof („BGH“) hat, unter Bestätigung von OLG Köln (16 U 10/19), am 26.04.2023 zum wichtigen Thema AGB Recht und Bauvertrag entschieden:

-AGB liegen nicht vor, wenn die Vertragsbedingungen **im Einzelnen ausgehandelt** worden sind

-an ein Aushandeln sind hohe Anforderungen zu stellen:

-im Kern muss der Verwender (in aller Regel der Auftraggeber)

a) zum einen den gesetzesfremden Kerngehalt **ernsthaft zur Disposition** stellen und

b) zum anderen dem Vertragspartner **reale Einflussmöglichkeiten** einräumen

-ein Aushandeln schlägt sich in aller Regel in Änderungen im Vertragstext nieder

-fehlende Änderungen begründen eine Vermutung, dass dem Vertragspartner keine reale Gestaltungsmöglichkeit eingeräumt wurde (Anm.: diese Vermutung kann zwar widerlegt werden, ist aber in der Praxis nicht möglich)

-bei öffentlich-rechtlichen Auftraggebern besteht in der Regel keine echte

Verhandlungschance

Auswirkungen auf die Avale:

Wenn es sich beim Sicherungszweck im Bauvertrag um AGB handelt (wie eigentlich immer; instruktiv hierzu: OLG Brandenburg, NZBau 2021, 111; hierzu *Niessler* in: BMS Aval Report 1/2022, 14/15), sind die Voraussetzungen der Rechtsprechung zur Wirksamkeit des Sicherungszwecks zu prüfen und vom Auftraggeber zu beachten (Bsp. Übersicherung, Klauselausschlüsse etc.).

Ist der Sicherungszweck im Bau/Werkvertrag unwirksam (und vom AG vorgegeben, wie fast immer), sind die Avale herauszugeben („kondizierbar“ nach §§ 812, 821 BGB).

Zur Vertiefung zum AGB-Recht in Bezug auf Avale:

Steinwachs/Meyer/Schmehling/Mathes, Rechtssicheres Avalgeschäft, 4. Aufl., Rz. 49-57

Steinwachs, Robin in: BMS Aval-Report 3/2022, S. 22)