

Übersicherung beim Vertragserfüllungs-Aval (VE-Aval) -OLG Celle IBR 2022, 240 (AZ: 14 U 119/21)

RA Torsten Steinwachs, geschäftsführender Gesellschafter der BMS Bond Management Support, Avalmanagement, Frankfurt a.M./Hamburg/Erfurt
-zertif. Wirtschaftsmediator (Uni. Of Appl. Science, Wismar)-
-zertif. Sanierungsexperte-

I. Sachverhalt

Der Auftraggeber (AG) hatte in seinem Bauvertrag, welcher als Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) eingestuft wurde, neben dem 10 %-igen VE-Aval auch noch einen Einbehalt in Höhe von 5 % der Rechnungssumme vereinbart. Darüber hinaus wurde vereinbart, dass das VE-Aval auch für Mängel haften sollte. Eine Rückgabe oder Reduzierung nach Abnahme war nicht vereinbart worden.

II. Auswirkungen auf das VE-Aval

Das VE-Aval wurde vom OLG Celle zu Recht als **unwirksam** eingestuft. Es liegt eine **Übersicherung** vor, da neben dem 10 %-igen VE-Aval auch noch ein 5 %-iger Einbehalt vereinbart worden war. Dies führt unweigerlich zur Übersicherung. Auf diese Einrede kann sich auch der Bürge berufen, §§ 821, 768 BGB.

Weiterhin liegt eine Übersicherung auch vor, da das VE-Aval Mängelansprüche auch nach Abnahme der Baumaßnahme absichern soll. Das OLG Celle beruft sich hier auf eine Grundsatzentscheidung des BGH (NZBau 2004, 322, AZ: VII ZR 453/02), wonach bereits bei einer mehr als 6 %-igen Besicherung durch ein VE- und ein Mängel-Aval eine Übersicherung vorliegt.

III. Wann liegen eigentlich AGB vor ?

Fast schon lehrbuchartig handelt das OLG Celle, unter Anwendung der Rechtsprechungsgrundsätze des BGH, das Problematik „**Vorliegen von AGB**“ ab. (ausführlich zur Problematik der AGB in Sicherungsabreden im Bauvertrag und den Auswirkungen auf die Avale: *Steinwachs/Meyer/Schmeling/Mathes*, Rechtssicheres Avalgeschäft, 4. Aufl, Rz. 49-57)

-Charakteristisch für AGB sind die Einseitigkeit ihrer Auferlegung

-sowie der Umstand, dass der andere Vertragsteil (= Bank- oder Kautionskunde), auf die Ausgestaltung gewöhnlich keinen Einfluss nehmen kann (nach BGHZ 184, 259, Rz. 18)

-es gibt einen **widerlegbaren Anschein**, dass die Klauseln zur Mehrfachverwendung vorformuliert worden sind (nach BGH, Urt. vom 23.06.2005, AZ: VII ZR 277/04). **Diesen Anschein muss der Avalbegünstigte widerlegen !**

IV. Darf sich der Bürge -bei Kenntnis des Bauvertrages- auf die Unwirksamkeit der Klausel berufen (und die Einrede gem. §§ 768, 821 BGB erheben) ?

Ja ! Es kommt zwar grds. eine Verwirkung nach Treu und Glauben in Betracht, § 242 BGB. **Dafür reicht aber allein die Kenntnis vom Bauvertrag nicht aus !** Der Bürge muss vielmehr arglistig handeln oder einen Rechtsschein gesetzt haben, dass aus der Bürgschaft auf jeden Fall gezahlt werden wird (BGH, NJW 1988, 266; BGH, Urteil vom 24.1.1990, AZ: VIII ZR 296/88, Rn. 19).

Mir selbst ist in 25 Berufsjahren lediglich ein derartiger Fall begegnet; die dabei involvierte Bank existiert aber nicht mehr.....

V. Auswirkungen auf das VE-Aval

Das OLG Celle fasst die einschlägige Rechtsprechung des BGH schön zusammen und bestätigt die strenge Rechtsprechung, wonach ein VE-Aval maximal 10 % der Auftragssumme betragen darf.

Der Bürge darf auch weiterhin sich den Bauvertrag vorlegen lassen, ohne Gefahr zu laufen, als bösgläubig von der Rechtsprechung eingestuft zu werden. Dies wäre auch unsinnig, da der Bürge bei den Vertragsverhandlungen nicht dabei war und er nicht wissen kann, ob überhaupt AGB vorliegen.