

## **Vertragserfüllungsavale auf erstes Anfordern in AGB bleiben unwirksam!**

*Aktuelle Entscheidung des KG/bestätigt durch den BGH in IBR 2021, 462*

Die Entscheidung des Kammergerichts (AZ 21 U 152/18,) bestätigt durch den BGH (Baurechtssenat), hat es in sich. Es werden zu drei wichtigen Themen des Vertragserfüllungsavals Aussagen getroffen.

### **1. Das Vertragserfüllungsaval auf erstes Anfordern in AGB vereinbart, ist und bleibt unwirksam**

Der BGH hatte hier zunächst eine Fristenlösung „erfunden“. Danach war die Sicherungsabrede vollumfänglich unwirksam, wenn diese seit dem 01.01.2003 in AGB eine Stellung eines VE-Avals auf erstes Anfordern vereinbarte. Der BGH hatte diese Fristenlösung mit Urteil vom 07.04.2002 statuiert (BGH, WM 2002, 1876, dazu *Schmeling* in: *Steinwachs, Meyer, Schmeling, Mathes, Rechtssicheres Avalgeschäft*, 4. Aufl. Rz 425 ff.). Der BGH dehnt seine Rechtsprechung zur Unwirksamkeit der Sicherungsabrede in derartigen Fällen auch auf die öffentliche Hand aus (BGH, ZIP 2004, 1004; *Schmeling* in: *Steinwachs, Meyer, Schmeling, Mathes, Rechtssicheres Avalgeschäft*, 4. Aufl., Rz 428). Die Rechtsprechung leitet die Unwirksamkeit einer derartigen Sicherungsabrede ab, da der Auftragnehmer die Bürgschaft in Anspruch nehmen kann, **ohne den Sicherungsfall darlegen zu müssen**. Damit könnte dem Bauunternehmen **Liquidität entzogen** werden und es wird ihm das **Insolvenzrisiko auferlegt**, selbst dann, wenn der Bauunternehmer tatsächlich keine Vertragspflichten verletzt hat. In der Literatur war selbst die vom BGH erfundene Fristenlösung kritisiert worden (*Schmidt/Vogel*, ZIP 2002, 1693; *Schwenker*, EWIR 2002, 785; *Schmeling* in: *Steinwachs, Meyer, Schmeling, Mathes, Rechtssicheres Avalgeschäft*, 4. Aufl., Rz 425-429). Man kann also konstatieren, dass auf jeden Fall bei der Vereinbarung einer Gewährleistungsbürgschaft (Mängelaval) und/oder eines VE-Avals auf erstes Anfordern in AGB die **komplette Sicherungsabrede unwirksam** werden lässt, so dass eine Ziehung der Avale nicht möglich ist.

### **2. Wann ist das Recht der AGB anwendbar?**

Dabei gilt auch nach dieser Entscheidung, dass Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind, wenn sie für eine **mindestens dreimalige Verwendung** in Verträgen geschaffen worden sind. Dabei spricht der **erste Anschein** dafür, dass Klauseln zur Mehrfachverwendung vorformuliert sind, wenn in einem Bauvertrag Vertragsklauseln weitgehend allgemein abstrakt gehalten sind. Wenn z. B. der Auftraggeber in anderen Bauverträgen inhaltlich ähnliche, **wenn auch nicht wortgleiche** Regelungen vorgesehen hat. **Dabei ist die Wortgleichheit keine Voraussetzung der Mehrfachverwendungsabsicht.** Es kommt allein auf den wesentlichen Inhalt der Klauseln an. Dies erleichtert dem Avalmanager den Nachweis, dass es sich bei der Sicherungsabrede um AGB handelt. Die Entscheidung des KG sowie des BGH liegen auf der Linie der Rechtsprechung, wonach es einen ersten Anschein erweckt, wenn Klauseln allgemein gehalten sind und im Wesentlichen inhaltlich dasselbe wiedergeben.

### **3. Die Übersicherung des Auftraggebers durch Kumulierung von VE-Aval und Einbehalt**

Im vorliegenden Fall war eine Vertragserfüllungssicherheit von 10% vereinbart. Weiterhin sollten Abschlagszahlungen zu 95% erfolgen, d. h. weitere 5% dienten der Sicherheit des Auftraggebers. Die Kumulierung von insgesamt 15% führt zur Unwirksamkeit der Abrede und ebenfalls zu einer Kondizierbarkeit der Avalgestellung. (Ausführlich zu den AGB in Bauverträgen und Unwirksamkeit der Sicherungsabrede: *Steinwachs* in: *Steinwachs, Meyer, Schmeling, Mathes, Rechtssicheres Avalgeschäft*, 4. Aufl., Rz 49-57)

Eine Übersicht zu den Klauseln und der Unwirksamkeit nach AGB, vgl. Tabelle *Steinwachs, Meyer, Schmeling, Mathes, Rechtssicheres Avalgeschäft*, 4. Aufl., Rz 169)

### **4. Gesamteinschätzung**

Zu begrüßen ist es, dass das Kammergericht, bestätigt durch den BGH, das VE-Aval auf erstes Anfordern weiter als unwirksam ansieht. Damit ist nur ein Standardaval noch nicht höchst-richterlich entschieden, falls es auf erstes Anfordern in AGB ausgelegt worden ist, nämlich das Vorauszahlungsaval. Es kann prognostiziert werden, dass der BGH hier die Ähnlichkeit zum VE-Aval nutzt, um auch hier zu einer Unwirksamkeit zu gelangen. Dies wäre nur konsequent, da die Rechtsprechung zur Akzessorietät und die Aufbürdung des Insolvenzrisikos, gerade auch für den Bürgen, nicht einzusehen ist. Weiterhin lässt sich die Tendenz erkennen, dass die Rechtsprechung im Zweifel von AGB in Bauverträgen ausgeht. Auch dies ist meines Erachtens nur konsequent, da in aller Regel die Bauverträge von den Auftraggebern vorgegeben werden und man sich über die Höhe der Vertragsstrafen, den Werklohn bzw. die Ausführungsfristen unterhält bzw. verhandelt. In den seltensten Fällen, eigentlich nie, über den Inhalt einer Sicherungsabrede.

Schließlich ist die Entscheidung zur Übersicherung ebenfalls eine Verfestigung der Rechtsprechung, dass ein Vertragserfüllungsaval auch kumuliert, maximal 10% der Vertragssumme, ausmachen darf. Diese 10%, zumindest bei Unternehmen, muss sich dabei auf die Nettowerklohnsumme beziehen.