

Johannes Kuffer

# Heilung unwirksamer Bauvertragsklauseln

Schriften zum deutschen  
und internationalen  
Baurecht

4

Herausgegeben von Axel Wirth



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

# Inhaltsverzeichnis

## Einleitung

<b>1. Gegenstand der Arbeit</b>	1
<b>2. Überprüfung von Bauvertragsklauseln</b>	1
a) keine Inhaltskontrolle bei Individualvereinbarungen	2
b) Überprüfung von Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen	2
aa) Aushandeln	3
bb) vorformuliertes Vertragswerk	4
cc) Überprüfung nur gegen den Verwender	4
dd) Verwendung gegenüber Verbrauchern	5
ee) Verwendung gegenüber Unternehmern	5
<b>3. Darstellung der Problematik und Gang der Untersuchung</b>	6
a) Darstellung der Problematik	6
aa) Die Rechtsfolge des § 139 BGB	8
bb) Die Rechtsfolge der §§ 6 AGBG/ 306 BGB	8
cc) kurze Übersicht zum Meinungsstand	9
- Die Teilbarkeit von Klauseln	9
- Die ergänzende Vertragsauslegung	10
- Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion	10
- Die Privilegierung der VOB/B oder der Gedanke der Kompensation	10
b) Gang der Untersuchung	11

## Teil 1

<b>I. Die Heilung unwirksamer Bauvertragsklauseln nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes im Bereich der Sicherheiten</b>	13
<b>1. Interessenlage und Vertragsverhältnisse zwischen den Parteien eines Bauvertrages</b>	13
a) Die Vertragsverhältnisse der Bauvertragsparteien bei Vereinbarung einer Bürgschaft als Sicherheit	14
aa) Der Bauvertrag	14
bb) Die Sicherungsabrede	15

	cc) Der Bürgschaftsvertrag	16
	dd) Der Avalvertrag	16
<b>2.</b>	<b>Die Besonderheiten der Bürgschaft</b>	16
	- Der Grundsatz der Akzessorietät	17
	- Die Einrede der Vorausklage	18
<b>3.</b>	<b>Die Bürgschaftsarten in Bauverträgen</b>	18
	a) Vertragserfüllungsbürgschaft	18
	b) Gewährleistungsbürgschaft	19
	c) Abschlags- oder Vorauszahlungsbürgschaft	20
	d) Ausfallbürgschaft	20
	e) Bürgschaft nach § 7 MaBV	20
	f) Zeitbürgschaft	20
<b>4.</b>	<b>Weitere Sicherungsmittel</b>	21
	a) Sicherheitseinbehalt vom Werklohn	21
	b) Hinterlegung	22
<b>5.</b>	<b>Die Kombination verschiedener Sicherungsmittel</b>	23
	a) Die Vertragserfüllungssicherheit	24
	b) Die Gewährleistungssicherheit	24
	c) Die Kombination von Sicherungsmitteln	25
<b>6.</b>	<b>Die Bürgschaft auf erstes Anfordern</b>	26
	a) Die Besonderheiten der Bürgschaft auf erstes Anfordern	26
	b) Die Zulässigkeit der Bürgschaft auf erstes Anfordern	27
	c) Die Bürgschaft auf erstes Anfordern und der Akzessorietätsgrundsatz	29
<b>7.</b>	<b>Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur formularmäßigen Vereinbarung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern</b>	30
	a) Urteil des Bundesgerichtshofes vom 05.06.1997	30
	b) Nichtannahmebeschluss des VII. Zivilsenats vom 17.01.2002	34
	c) Urteil des Bundesgerichtshofes vom 18.04.2002	34
	d) Bestätigung der Rechtsprechung für Allgemeine Geschäftsbedingungen öffentlicher Auftraggeber – Urteile des Bundesgerichtshofes vom 25.03.2004 und vom 09.11.2004	37
	e) Zusammenfassung	39
<b>8.</b>	<b>Die Folgen der Unwirksamkeit der formularmäßigen Vereinbarung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern</b>	39

a)	Urteil des Bundesgerichtshofes vom 05.06.1997	40
b)	Urteil des Bundesgerichtshofes vom 18.04.2002	40
c)	Urteil des Bundesgerichtshofes 04.07.2002	41
d)	Bestätigung und Fortführung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes	45
e)	keine ergänzende Vertragsauslegung nach Ablauf der Ausschlussfrist zum 01.01.2003 – Urteil des Bundesgerichtshofes vom 25.03.2004	46
f)	Zusammenfassung	48
<b>II.</b>	<b>Zustimmung und Kritik der Fachliteratur an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern und Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern</b>	<b>50</b>
<b>1.</b>	<b>Kritik zur Rechtsprechung zur Unwirksamkeit der Bürgschaft auf erstes Anfordern in Bauverträgen</b>	<b>50</b>
-	Kainz	50
-	Hogrefe	54
-	Stellungnahme	56
<b>2.</b>	<b>Inhaltliche Bedenken gegen die Urteile des Bundesgerichtshofes zur Vertragserfüllungsbürgschaft und Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern</b>	<b>58</b>
a)	Einwendungen gegen die Differenzierung zwischen Vertragserfüllungsbürgschaft und Gewährleistungsbürgschaft	58
-	Siegburg	58
-	Kainz	60
b)	Interessenlage der Parteien	61
-	Siegburg	61
-	Schulze-Hagen	61
c)	Die Übergangsregelung	62
-	Siegburg	62
-	Graf v. Westphalen	63
-	Hogrefe	63
-	Schulze-Hagen	64
<b>3.</b>	<b>Dogmatische Überlegungen zu den Urteilen des Bundesgerichtshofes</b>	<b>64</b>

a)	Verstoß gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion	64
-	Siegburg	65
-	Schulze-Hagen	65
-	Drossart	66
b)	Die Frage nach der Teilbarkeit	66
-	Siegburg	66
c)	Zulässigkeit der ergänzenden Vertragsauslegung bei mehreren Gestaltungsalternativen	67
-	Drossart	68
 <b>III. Darstellung der Rechtsprechung für die übrigen Fälle unwirksamer Bauvertragsklauseln</b>		 69
<b>1. Sicherheiten</b>		69
a)	Der Besteller ist Verwender	69
aa)	Gewährleistungsbürgschaft mit Ablösebefugnis	69
bb)	Inhaltskontrolle bei Gewährleistungseinbehalt	70
cc)	Abweichung von § 648a BGB	71
dd)	keine ergänzende Vertragsauslegung bei Gewährleistungsbürgschaft	71
ee)	Verwahrgeldkonto des öffentlichen Auftraggebers	72
b)	Der Unternehmer ist Verwender	73
aa)	Ausschluss des Leistungsverweigerungsrechts	73
bb)	Verlust des Leistungsverweigerungsrechts durch Vorlage einer unwiderruflichen Zahlungsgarantie	74
c)	Ergänzung durch die Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes	75
aa)	Ausschluss der Haftungsbefreiung des Bürgen bei Aufgabe anderweitiger Sicherheiten durch den Gläubiger	75
bb)	Ausschluss der Einrede der Aufrechenbarkeit	76
cc)	Bürgschaft auf erstes Anfordern und offenkundige Unwirksamkeit der Sicherungsabrede	76
<b>2. Abrechnungs- und Zahlungsklauseln</b>		78
a)	Der Auftraggeber ist Verwender	78

aa)	Unwirksamkeit einer isoliert vereinbarten Schlusszahlungsregelung nach § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B	78
bb)	Forderungsverzicht nach Schlussrechnung	78
cc)	Ausschluss von Nachforderungen	79
dd)	Unwirksamkeit eines in Zusatzbedingungen zur VOB/B eines öffentlichen Auftraggebers vereinbarten pauschalieren Zinsanspruches bei Überzahlung der Bauleistung	80
ee)	Vorauszahlungsklausel	81
ff)	Höchstpreisklausel	82
gg)	Schriftformklausel	83
<b>3.</b>	<b>Gewährleistung</b>	84
a)	Der Auftraggeber ist Verwender	84
aa)	Gewährleistung nach VOB/B oder BGB	84
bb)	Verlängerung der Gewährleistungsfristen bei Flachdacharbeiten	85
cc)	Gewährleistungsausschluss im Erwerbvertrag	86
dd)	Mengenklauseln	87
b)	Der Auftragnehmer ist Verwender	88
aa)	Verkürzung der Gewährleistungsfrist im Architektenvertrag	88
bb)	Verkürzung der Gewährleistungsfrist im Ingenieurvertrag	89
cc)	Verkürzung der Gewährleistung im Einheits – Architektenvertrag	90
<b>4.</b>	<b>Vertragsstrafen</b>	90
a)	Der Auftraggeber ist Verwender	90
aa)	Unwirksamkeit einer unbegrenzten Vertragsstrafenklausel	90
bb)	prozentuale Vertragsstrafenklausel	91
cc)	Höchstgrenze bei Vertragsstrafen	91
aaa)	Höchstgrenze 10 % der Angebotssumme	91
bbb)	Änderung der Rechtsprechung – Höchstgrenze 5 % der Angebotssumme	92
ccc)	Übergangsregelung	93
ddd)	Grenze des Vertrauensschutzes	95
dd)	Höhe des einzelnen Tagessatzes	96

ee)	Unwirksamkeit einer verschuldens- unabhängigen Vertragsstrafe	96
ff)	Verschuldensabhängigkeit und Bezug- nahme auf VOB/B	97
<b>5.</b>	<b>Regelungen zur Abnahme</b>	97
a)	Der Auftraggeber ist Verwender	98
aa)	Ausschluss der Abnahme durch Inge- brauchnahme	98
bb)	Hinausschieben der Abnahme im Bau- trägervertrag	99
cc)	Übergabe statt Abnahme	100
b)	Der Auftragnehmer ist Verwender	100
aa)	Hinterlegungsklausel	100
<b>6.</b>	<b>Bereich der VOB/B</b>	101
a)	Der Auftraggeber ist Verwender	101
aa)	Ausschluss der Vergütungsleistung nach VOB/B bei fehlendem Auftrag	101
bb)	Ankündigung von zusätzlichen Leistun- gen nach § 2 Nr. 6 Abs. 1 Satz 2 VOB/B	102
cc)	Schlusszahlungsregelung nach § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B	104
dd)	Schlusszahlungsregelung nach § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (in der Fassung vom 19.07.1990)	105
ee)	Zahlung an Drittgläubiger	106
ff)	Preisirrtum/Kalkulationsirrtum	107
gg)	Nichtannahmebeschluss des Bundesge- richtshofes vom 05.06.1997	108
hh)	Baureinigungsklausel	108
b)	Der Auftragnehmer ist Verwender	109
aa)	Verkürzung der Gewährleistungsfrist	109
bb)	Einbeziehung der VOB/B	110
cc)	Preisänderungsvorbehalt	111
aaa)	Urteil des Bundesgerichtshofes vom 20.05.1985	111
bbb)	Urteil des Bundesgerichtshofes vom 06.12.1984	112
dd)	Vertretungsklauseln	112
ee)	Ausführungsfristen	113
ff)	Ausschluss von Schadensersatzansprü- chen	114
aaa)	Urteil des Bundesgerichtshofes vom 28.09.1989	114

bbb) Urteil des Bundesgerichtshofes vom 04.10.1984	115
<b>7. Urteile des „Bausenats“ zur geltungserhaltenden Reduktion</b>	116
a) Urteil des Bundesgerichtshofes vom 28.04.1983	116
b) Urteil des Bundesgerichtshofes vom 17.05.1982	116
c) Urteil des Bundesgerichtshofes vom 27.04.2006 – Schadenspauschalierungsklausel	118
d) Urteil des Bundesgerichtshofes vom 15.03.1990 – Haftungsausschluss im Architektenvertrag	119
<b>IV. Analyse der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu unwirksamen Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Bauverträgen</b>	121
<b>1. Verstoß gegen nicht dispositives Recht</b>	121
<b>2. Sicherheiten</b>	121
- Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern vor dem 31.12.2002	121
- Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern	122
- Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern nach dem 31.12.2002	122
<b>3. gesetzliche Regelung als Ersatz</b>	122
<b>4. Heilung bei Trennbarkeit der Klausel</b>	122
<b>5. Verhältnis der ergänzenden Vertragsauslegung zum dispositiven Gesetzesrecht</b>	123
<b>6. Klauselverbote ohne richterliche Wertungsmöglichkeit</b>	124
<b>7. Fortdauer aus Gründen des Vertrauensschutzes</b>	124
<b>8. Verbot der geltungserhaltenden Reduktion</b>	124
<b>9. Betrachtung nur der einzelnen Vertragsklausel</b>	125
<b>10. keine Rückführung der Klausel auf einen zulässigen Kern bei Klauseln zu Kündigungsfristen und zu Schadenspauschalen</b>	125

## Teil 2

<b>I. Sonderfall: Heilung durch Kompensation</b>	127
<b>1. Die Privilegierung der VOB/B</b>	127



a)	Vereinbarung „als Ganzes“	127
b)	VOB/B als ausgewogenes Vertragswerk	128
c)	Auswirkungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes auf die Privilegierung	130
aa)	Auswirkungen auf die Privilegierung	130
bb)	dynamische oder statische Verweisung	137
d)	Stellungnahme	143
2.	<b>Auswirkungen der „Klauselrichtlinie“ (Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen)</b>	146
a)	Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht	146
aa)	sachlicher Anwendungsbereich	146
bb)	vom Anwendungsbereich ausgenommene Vertragsklauseln	148
cc)	persönlicher Anwendungsbereich	149
b)	Kompensation im Rahmen der Richtlinie 93/13/EWG	150
aa)	enge oder weite Kompensation	151
bb)	Klärung des Umfangs der Kompensation im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EGV	154
cc)	Zulässigkeit der Privilegierung der VOB/B nach der Richtlinie	154
3.	<b>Zusammenfassung und Stellungnahme</b>	156
4.	<b>Der Umfang der Überprüfungscompetenz des Europäischen Gerichtshofes</b>	157
II.	<b>Der Meinungsstand in der Literatur</b>	161
1.	<b>Die geltungserhaltende Reduktion</b>	161
a)	Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion	161
b)	Die Gegenansicht	163
c)	Der Meinungsstand im neueren Schrifttum	164
aa)	<i>Canaris</i>	164
bb)	<i>Hager</i>	167
cc)	<i>Medicus</i>	168
dd)	<i>Roth</i>	169
ee)	<i>Schlosser</i>	169
ff)	<i>Lindacher</i>	170
2.	<b>Die ergänzende Vertragsauslegung</b>	171
a)	<i>Basedow</i>	172
b)	<i>Heinrichs</i>	173
c)	<i>Schmidt</i>	173

d)	<i>Ulmer</i>	174
e)	<i>Schlosser</i>	175
f)	<i>Lindacher</i>	176
<b>3.</b>	<b>Die Teilbarkeit der Klausel</b>	177
a)	<i>Basedow</i>	177
b)	<i>Schmidt</i>	177
c)	<i>Lindacher</i>	178
d)	<i>Schlosser</i>	179
<b>4.</b>	<b>Zusammenfassung</b>	179
a)	Meinungsstand zur geltungserhaltenden Reduktion	179
b)	Meinungsstand zur ergänzenden Vertragsauslegung	181
c)	Meinungsstand zur Teilbarkeit	183
<b>III.</b>	<b>Der Regelungsgehalt des § 6 AGBG (heute: § 306 BGB)</b>	184
<b>1.</b>	<b>Auslegungsmethoden</b>	184
<b>2.</b>	<b>Entstehungsgeschichte des § 6 AGBG (heute: § 306 BGB)</b>	185
a)	Entwurf der CDU/CSU Fraktion	187
b)	Gesetzesentwurf der Bundesregierung	188
c)	Die endgültige Fassung	191
d)	Schlussfolgerungen aus der Entstehungsgeschichte	192
<b>3.</b>	<b>Der Wortlaut der Vorschrift</b>	193
<b>4.</b>	<b>Auslegung nach Sinn und Zweck der Vorschrift</b>	196
<b>5.</b>	<b>Änderung für Verbraucherverträge durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts</b>	197
<b>6.</b>	<b>Zusammenfassung</b>	198
	<b>Zusammenfassung der Ergebnisse</b>	200