

ZBB 2005, 142

AGBG § 9 Abs. 1; BGB §§ 133, 157

Keine ergänzende Vertragsauslegung einer unwirksamen, durch öffentlichen Auftraggeber gestellter Klausel über die Ablösung eines Gewährleistungseinbehalts durch Bürgschaft auf erstes Anfordern

BGH, Urt. v. 09.12.2004 – VII ZR 265/03 (OLG Hamm), WM 2005, 268 = ZfIR 2005, 141

Amtliche Leitsätze:

1. Die Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bauvertrages, die vorsieht, dass ein Sicherheitseinbehalt von 5 % der Bausumme nur durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern abgelöst werden kann, ist auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines öffentlichen Auftraggebers unwirksam (im Anschluss an BGH, Urt. v. 25. 3. 2004 – VII ZR 453/02, ZIP 2004, 1004 = ZfIR 2004, 726 m. Bespr. Voit, S. 709 = BauR 2004, 1143, dazu EWiR 2004, 681 (v. Hoyningen- Huene)).

2. Eine derartige Klausel kann nicht in der Weise aufrechterhalten werden, dass der Auftragnehmer berechtigt ist, den Sicherheitseinbehalt durch eine selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaft abzulösen (Bestätigung von BGH, Urt. v. 8. 3. 2001 – IX ZR 236/00, BGHZ 147, 99, 105 f. = ZIP 2001,

ZBB 2005, 143

833 m. Anm. Nielsen = ZfIR 2001, 452 m. Anm. Siegburg, dazu EWiR 2001, 617 (Tiedtke), und BGH, Urt. v. 22. 11. 2001 – VII ZR 208/00, ZIP 2002, 166 = ZfIR 2002, 195 = BauR 2002, 463, dazu EWiR 2002, 177 (Vogel)).