Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. April 2002 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Hausmann, Dr. Wiebel, Dr. Kuffer und Prof. Dr. Kniffka

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 26. April 2001 wird zurückgewiesen.

Die Beklagten tragen die Kosten des Revisionsverfahrens.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt die Herausgabe von zwei Urkunden über Vertragserfüllungsbürgschaften auf erstes Anfordern, die sie zur Sicherung von Ansprüchen der beklagten Auftraggeber für den Auftragnehmer übernommen hat.

Der Auftragnehmer bot den Beklagten zunächst Innenputz-, später auch Trockenbauarbeiten an. Bei der Besprechung der Angebote legten die Beklagten jeweils mit "Verhandlungsprotokoll" überschriebene Formulare vor. Dort ist zur Zahlungsweise und zu Sicherheitsleistungen unter anderem folgendes vereinbart (handschriftliche Eintragungen sind in Kursivschrift wiedergegeben):

15. Zahlungen

15.1 (...)

15.2 Der AG ist berechtigt, bei den Abschlagszahlungen einen Betrag i.H.v. *10%* der erbrachten Leistung einschließlich des ausgewiesenen, darauf entfallenden Mehrwertsteuerbetrages als Sicherheit für die Vertragserfüllung des NU einzubehalten. Zahlung erfolgt innerhalb von – Kalendertagen nach Rechnungseingang. *gem. VOB (B).*

(...)

16. Sicherheitsleistung

16.1 Der NU hat dem AG bis spätestens *2* Tage/Wochen*) nach Vertragsabschluß einzureichen:

a) Vertragserfüllungsbürgschaft über DM _____ / *10%* der Auftragssumme *)

b) (...)

Der AG behält sich vor, vom Vertrag zurückzutreten, falls der NU die festgelegte(n) Bürgschaft(en) nicht zum vereinbarten Termin einreicht.

16.2 Der Einbehalt zur Sicherung der Gewährleistungsansprüche beträgt *5%* der Abrechnungssumme zzgl. MWSt.

*) Nichtzutreffendes streichen.

*16.1 und 16.2 nach dem Muster von PH AG und von einer großen deutschen Bank*

Das an den Auftragnehmer dabei übergebene Muster der Beklagten zu 1 enthielt das vorgedruckte Versprechen des Bürgen, daß er Zahlung auf erste schriftliche Anforderung leisten werde. Auf der Grundlage der Verhandlungsprotokolle gab der Auftragnehmer seine endgültigen Angebote ab, die von den Beklagten angenommen wurden. Die Klägerin übernahm jeweils die Bürgschaften unter Verwendung des Vordrucks der Beklagten zu 1.

Ihre in erster Linie auf eine Unwirksamkeit der Sicherungsabrede gestützte, mit Ermächtigung des Auftragnehmers erhobene Klage auf Herausgabe der Bürgschaftsurkunden ist in den Tatsacheninstanzen erfolgreich gewesen. Mit ihrer zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten den Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet. Die Beklagten sind verpflichtet, die wegen Unwirksamkeit der Sicherungsabreden ohne Rechtsgrund erlangten Bürgschaftsurkunden herauszugeben.

Das für das Schuldverhältnis maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Gesetzen (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

Das Berufungsgericht sieht die Klausel über die Vertragserfüllungsbürgschaft nach dem Muster der Beklagten zu 1 in beiden Fällen als Allgemeine Geschäftsbedingung an. Daran ändere es nichts, daß sich Haftungsumfang und Charakter der verlangten Bürgschaften erst aus handschriftlichen Eintragungen in die Verhandlungsprotokolle ergäben. Für eine Vorformulierung sei es ausreichend, wenn eine Bedingung aus dem Gedächtnis des AGB-Verwenders oder seiner Gehilfen wiedergegeben werde. Es sei unstreitig, daß identische Klauseln auch gegenüber anderen auf derselben Baustelle tätigen

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Handwerkern verwendet, die Formulierungen jeweils von den Mitarbeitern der Beklagten eingeführt und in das Protokoll eingetragen worden seien. Soweit die Beklagten angegeben hätten, es habe grundsätzlich Verhandlungsbereitschaft bestanden, habe die Beweisaufnahme das nicht ergeben.

Die Vertragsklausel sei wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam. Eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers liege in der den Beklagten eingeräumten Möglichkeit, sich ohne weiteren Nachweis zum Eintritt des Sicherungsfalls sofort liquide Mittel allein durch die Behauptung zu verschaffen, ihnen stehe ein vom Bürgschaftszweck gedeckter Anspruch zu. Damit entlasteten sie sich einerseits von dem sie nach der gesetzlichen Regelung treffenden Risiko einer Insolvenz des Auftragnehmers im Erfüllungsstadium und bürdeten diesem andererseits die Klagelast und das Insolvenzrisiko für einen Rückforderungsprozeß auf. Darüber hinaus sei die mit einer Bürgschaft auf erstes Anfordern verbundene Mißbrauchsgefahr in Rechnung zu stellen.

II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Die Vereinbarung der Parteien, wonach der Auftragnehmer als Vertragserfüllungsbürgschaft eine Bürgschaft auf erstes Anfordern zu stellen hat, ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung der Beklagten.

a) Dem angefochtenen Urteil ist entgegen der Auffassung der Revision die Feststellung zu entnehmen, daß bei der Verwendung der Verhandlungsprotokolle regelmäßig aus dem Gedächtnis Hinweise auf die Bürgschaftsfor-

mulare der Beklagten zu 1 aufgenommen worden sind. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist unstreitig, daß in den Verhandlungsprotokollen mit den anderen auf der Baustelle tätigen Handwerkern dieselben Klauseln aufgenommen worden sind. Damit ist auch festgestellt, daß der Hinweis auf die Muster der Beklagten zu 1 aus dem Gedächtnis vorformuliert verwendet worden ist.

b) Die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 AGBG sind nicht dargetan. Von einem Aushandeln im Sinne dieser Norm kann nur gesprochen werden, wenn der Verwender den in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Vertragspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen mit der realen Möglichkeit einräumt, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen (BGH, Urteil vom 16. Juli 1998 - VII ZR 9/97, NJW 1998, 3488 = BauR 1998, 1094 = ZfBR 1998, 308 m.w.N.). Das läßt sich auch aus den im Beklagtenvortrag in Bezug genommenen Zeugenaussagen nicht entnehmen.

2. Die Sicherungsabrede ist jedenfalls insoweit unwirksam, als die Bürgschaft auf erstes Anfordern zu stellen ist. Das benachteiligt den Auftragnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen (§ 9 Abs. 1 AGBG).

a) Der Gläubiger kann eine Bürgschaft auf erstes Anfordern nach den in der Bürgschaftsurkunde genannten Voraussetzungen in Anspruch nehmen. Eine schlüssige Darlegung des Sicherungsfalls ist nicht erforderlich (BGH, Urteil vom 28. Oktober 1993 - IX ZR 141/93, NJW 1994, 380; BGH, Urteil vom 14. Dezember 1995 - IX ZR 57/95, BauR 1996, 251 = ZfBR 1996, 139; BGH, Urteil vom 2. April 1998 - IX ZR 79/97, BauR 1998, 634 = ZfBR 1998, 237;

BGH, Urteil vom 5. März 2002 - XI ZR 113/01, WM 2002, 743). Der Bürge kann seiner Inanspruchnahme Einwendungen aus dem Verhältnis des Gläubigers zum Hauptschuldner nur entgegensetzen, wenn der Gläubiger seine formale Rechtsstellung offensichtlich mißbraucht (BGH, Urteil vom 5. März 2002 - XI ZR 113/01, aaO). Im übrigen ist er auf den Rückforderungsprozeß verwiesen (BGH, Urteil vom 10. Februar 2000 - IX ZR 397/98, BGHZ 143, 381).

b) Eine Bürgschaft auf erstes Anfordern hat damit nicht nur die Funktion einer Sicherung. Sie räumt dem Gläubiger weiterreichend die Möglichkeit ein, sich liquide Mittel zu verschaffen. Das ist auch dann möglich, wenn der Sicherungsfall nicht eingetreten ist. Damit unterliegt der Auftragnehmer der Gefahr, durch den Rückgriff des Bürgen belastet zu werden, ohne daß der Anspruch des Gläubigers besteht. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die im Ergebnis unberechtigte Anforderung der Bürgschaft auf einen Mißbrauch zurückgeht oder auf eine bloße Fehleinschätzung seitens des Auftraggebers.

c) Dadurch werden die Sicherungsrechte des Auftraggebers über sein anerkennenswertes Interesse unangemessen ausgedehnt. Allerdings hält es der Senat für zulässig, den Auftragnehmer auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Stellung einer selbstschuldnerischen Vertragserfüllungsbürgschaft zu verpflichten (BGH, Urteil vom 20. April 2000 - VII ZR 458/97, BauR 2000, 1498 = ZfBR 2000, 477). Das trägt dem Interesse des Auftraggebers an einer Absicherung seiner Ansprüche bei unzureichender Vertragserfüllung des Auftragnehmers Rechnung. Denn ohne eine solche Sicherung ist der Auftraggeber möglicherweise nicht ausreichend geschützt. Über dieses Sicherungsinteresse geht die Bürgschaft auf erstes Anfordern unangemessen weit hinaus. Es ist nicht zu verkennen, daß der Auftraggeber durch ein vertragswidriges Verhalten des Auftragnehmers in Liquiditätsschwierigkeiten geraten kann (OLG

München, BauR 2001, 1618). Das rechtfertigt es nicht, das Liquiditätsrisiko durch Allgemeine Geschäftsbedingungen einseitig zu Lasten des Auftragnehmers zu regeln, denn dem Auftragnehmer wird durch die Inanspruchnahme der Bürgschaft im selben Umfang Liquidität entzogen. Ihm wird darüber hinaus das Risiko der Insolvenz des Auftraggebers bei der nachfolgenden Durchsetzung seiner Rückforderungsansprüche aufgebürdet.

d) Der Senat kann offen lassen, ob der Auftragnehmer Unternehmer ist. Es besteht kein Grund, bezüglich der Wirksamkeit der Klausel danach zu differenzieren, ob es sich bei dem Gegner des Klauselverwenders um einen Unternehmer handelt. Die im kaufmännischen Geschäftsverkehr bestehenden Interessen weisen keine Besonderheiten auf, die eine andere Beurteilung rechtfertigen könnten (Kainz, BauR 1995, 616, 625 f.).

3. Die Haftung der als Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft gesamtschuldnerisch in Anspruch genommenen Beklagten bleibt unberührt von der in der mündlichen Verhandlung von der Revision angeführten Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, wonach die Beklagte zu 1 schon bei Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen aus der ARGE ausgeschieden sei und die Gesellschaft unter den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt werde. Der ausgeschiedene Gesellschafter haftet für vor seinem Ausscheiden rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten in ihrem jeweiligen Bestand persönlich und unbeschränkt fort.

Ullmann Hausmann Wiebel

Kuffer Kniffka