Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. November 2001 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Prof. Dr. Thode, Dr. Haß, Dr. Wiebel und Bauner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 13. April 2000 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben als darin zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger begehrt von der Beklagten es zu unterlassen, von der Bürgin aus der Bürgschaft Zahlung zu verlangen, und verlangt die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde.

Die Beklagte beauftragte die S. GmbH, deren Konkursverwalter der Kläger ist, mit der Errichtung einer Wohnanlage in Darmstadt. Die VOB/B war vereinbart.

Der Vertrag enthielt unter anderem folgende Regelung:

"13.2 Gewährleistungsbürgschaft

13.2.1
Der AG ist berechtigt, von dem Brutto-Pauschalfestpreis für die Sicherstellung der Gewährleistung eine Sicherheit in Höhe von 5 % entsprechend

663.191,00 DM

auf die Dauer der vereinbarten Gewährleistungszeit zurückzubehalten.

13.2.2
Der AN ist berechtigt, den Einbehalt, der nicht auf ein Sperrkonto einzuzahlen ist, durch eine unbefristete, selbstschuldnerische Gewährleistungsbürgschaft abzulösen, die im übrigen den Bestimmungen des § 17 der VOB Teil B entsprechen muß. Der Bürge muß auf die Einreden der Anfechtbarkeit, Aufrechnung und die Hinterlegung verzichten. Der Bürge muß sich verpflichten, auf erstes schriftliches Anfordern zu zahlen.

15. Schlußbestimmungen

15.2
Sollten einzelne Vertragsbestimmungen unwirksam sein oder Vertragslücken bestehen, so sind die Parteien verpflichtet, eine ergänzende Vereinbarung zu treffen, die dem Sinn des Gewollten ... am nächsten kommt. ..."

Die Gemeinschuldnerin stellte eine Gewährleistungsbürgschaft auf erstes schriftliches Anfordern über 365.000 DM.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Beklagte lediglich verurteilt, es zu unterlassen, von der Bürgin Zahlung zu verlangen, soweit dies im Wege erster schriftlicher Anforderung geschieht. Im übrigen hat es die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit in ihm zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist, und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Beklagte könne von der Bürgin zwar nicht Zahlung auf erstes Anfordern verlangen; sie sei aber befugt, die Rechte aus einer einfachen Bürgschaft geltend zu machen, und daher auch nicht verpflichtet, die Bürgschaftsurkunde zurückzugeben. Es könne dahinstehen, ob Nr. 13.2 des Vertrages an dem Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) zu messen sei. Bei Annahme eines Formularvertrags würde die Gemeinschuldnerin durch die Bürgschaft auf erstes Anfordern im Sinne des § 9 AGBG unangemessen benachteiligt. Das führe aber nicht zur Unwirksamkeit der gesamten Regelung. Denn die Klausel

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

sei teilbar. Der unwirksame Teil "Der Bürge muß sich verpflichten, auf erstes schriftliches Anfordern zu zahlen" könne einfach weggestrichen werden. Die restlichen Bestimmungen seien unbedenklich. Die Möglichkeit, den Sicherungseinbehalt durch eine einfache Bürgschaft abzulösen, bleibe als angemessener Ausgleich erhalten. Diese Regelung entspreche bei Annahme einer die gesamte Nr. 13.2 erfassenden Unwirksamkeit dem hypothetischen Parteiwillen, so daß die entstandene Lücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung in gleicher Weise zu füllen wäre.

II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Handelt es sich bei Nr. 13.2 des Vertrages um eine Allgemeine Geschäftsbedingung, ist diese unwirksam. Der Kläger kann dann von der Beklagten gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB verlangen, daß sie die durch die Bürgschaft erlangte Rechtsposition in vollem Umfang aufgibt, so daß auch eine Verwertung als einfache Bürgschaft nicht in Betracht kommt, und daß sie die Bürgschaftsurkunde herausgibt.

Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob die Beklagte dieses Klauselwerk als vorformulierte Vertragsbedingung gestellt hat. Der Kläger hat das behauptet. Zu seinen Gunsten ist daher in der Revisionsinstanz davon auszugehen, daß es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelt. Sie unterliegt einer Prüfung nach § 9 AGBG. Dieser hält sie nicht stand. Sie ist insgesamt unwirksam.

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs benachteiligt eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bauvertrags, wonach der Besteller nach Abnahme des Bauwerks 5 % der Auftragssumme für

die Dauer der fünfjährigen Gewährleistungsfrist als Sicherheit einbehalten darf, den Auftragnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen. Sie ist nur wirksam, wenn dem Auftragnehmer ein angemessener Ausgleich zugestanden wird. Das dem Auftragnehmer eingeräumte Recht, den Einbehalt durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern abzulösen, ist kein angemessener Ausgleich in diesem Sinne (Urteil vom 5. Juni 1997 - VII ZR 324/95, BGHZ 136, 27, 32; Urteil vom 2. März 2000 - VII ZR 475/98, BauR 2000, 1052, 1053 = ZfBR 2000, 332; Urteil vom 20. April 2000 - VII ZR 458/97, BauR 2000, 1498, 1500; Urteil vom 8. März 2001 - IX ZR 236/00, BauR 2001, 1093, 1096 = ZfBR 2001, 319, 321, 322).

Die Gemeinschuldnerin war nur berechtigt, den in Höhe von 5 % des Festpreises vereinbarten Sicherheitseinbehalt durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern abzulösen. Die anderen in § 17 VOB/B genannten Sicherheiten waren durch Nr. 13.2.2 des Vertrages ausgeschlossen. Die Vertragsbedingung 13.2 über den Sicherheitseinbehalt, die ein angemessenes Austauschrecht für den Auftragnehmer nicht vorsieht, ist insgesamt unwirksam.

2. Es ist nicht möglich, den Eintritt dieser Folge durch eine inhaltliche Änderung von Nr. 13.2.2 des Vertrages zu verhindern. Die vereinbarte Austauschsicherheit kann nicht durch eine andere Sicherheit, auch nicht durch eine einfache Bürgschaft, ersetzt werden. Nr. 13.2 des Vertrages enthält eine in sich geschlossene Konzeption, wie nach dem Willen der Parteien das Recht der Beklagten auf den Sicherheitseinbehalt (Unterpunkt 1) kompensiert werden soll (Unterpunkt 2). Einzelne Elemente dieser Regelung können nicht isoliert betrachtet werden.

Auf die Frage, ob die Klausel über das Austauschrecht (Nr. 13.2.2), die als solche den Auftragnehmer begünstigt und damit einer Inhaltskontrolle nach

dem AGBG ohnehin nicht unterliegt, teilbar ist (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 9. Mai 1996 - VII ZR 259/94, BGHZ 132, 383, 389), kommt es daher nicht an.

3. Die Gemeinschuldnerin war nicht gemäß Nr. 15.2 des Vertrages verpflichtet, mit der Beklagten anstelle der unwirksamen Klausel eine dieser nahekommende ergänzende Vereinbarung zu treffen. Denn auch diese Bestimmung, bei der ebenfalls zu unterstellen ist, daß es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelt, ist wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG unwirksam. Sie benachteiligt den Vertragspartner des Verwenders unangemessen. Denn sie zielt darauf ab, die für den Fall der Unwirksamkeit einer Allgemeinen Geschäftsbedingung in § 6 Abs. 2 AGBG vorgesehene Geltung des dispositiven Rechts zu verdrängen (Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 9. Aufl., § 6 Rdn. 39).

4. Der Vertrag kann nicht ergänzend dahin ausgelegt werden, daß die Gemeinschuldnerin berechtigt gewesen wäre, den Sicherheitseinbehalt durch eine einfache Bürgschaft abzulösen. Die Beklagte ist in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen bewußt von § 17 VOB/B abgewichen. Die Gemeinschuldnerin hat das akzeptiert. Das schließt eine Rückkehr zu § 17 VOB/B durch ergänzende Vertragsauslegung aus. Zudem ist nicht erkennbar, welche Regelung die Parteien vereinbart hätten, wenn sie die Unwirksamkeit der Klausel gekannt hätten. Insbesondere wäre auch eine Verringerung des Einbehalts, eine Verkürzung der Einbehaltsfrist oder die Wahl einer anderen der in § 17 VOB/B genannten Sicherungsformen in Betracht gekommen (vgl. BGH, Urteil vom 8. März 2001 - IX ZR 236/00, aaO).

III.

Das Berufungsurteil kann somit nicht bestehen bleiben, es ist aufzuheben. Das Berufungsgericht wird nach Zurückverweisung der Sache Feststellungen zu treffen haben, ob es sich bei Nr. 13.2 des Vertrages um eine Individualvereinbarung handelt oder ob sie der Gemeinschuldnerin von der Beklagten als vorformulierte Vertragsbedingung gestellt wurde.

Ullmann Thode Haß

Wiebel Bauner