BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 265/03

Verkündet am:
9. Dezember 2004
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

AGBG § 9 Abs. 1 Bf, Cl; BGB §§ 133 B, 157 D

a) 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, Urteil vom 25. März 2004 - VII ZR 453/02, BauR 2004, 1143).

b) Eine derartige Klausel kann nicht in der Weise aufrecht erhalten werden, daß der Auftragnehmer berechtigt ist, den Sicherheitseinbehalt durch eine selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaft abzulösen (Bestätigung von BGH, Urteile vom 8. März 2001 - IX ZR 236/00, BGHZ 147, 99, 105 f. und vom 22. November 2001 - VII ZR 208/00, BauR 2002, 463).

BGH, Urteil vom 9. Dezember 2004 - VII ZR 265/03 - OLG Hamm

LG Detmold

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Dezember 2004 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler und die Richter Prof. Dr. Thode, Dr. Haß, Dr. Wiebel und Dr. Kuffer

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 1. Juli 2003 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

I.

Die klagende Stadt nimmt die beklagte Sparkasse aus einer Bürgschaft auf erstes Anfordern in Anspruch. Die Beklagte verteidigt sich mit dem Einwand, die Sicherungsvereinbarung in dem Bauvertrag sei unwirksam.

II.

Die Klägerin beauftragte die Firma K. im September 1997 als Generalunternehmerin mit Bauleistungen für eine Schule. Die Parteien vereinbarten die VOB, die besonderen sowie die zusätzlichen Vertragsbedingungen der Klägerin. Die Regelung über die Gewährleistungssicherheit lautet wie folgt:

"BVB

6.2 Als Sicherheit für die Erfüllung der Gewährleistungsansprüche einschließlich Schadensersatz und für die Erstattung von Überzahlungen werden

5 v.H. der Auftragssumme einschließlich eventueller Zusatzaufträge einbehalten.

Der Auftragnehmer kann statt dessen eine selbstschuldnerische Gewährleistungsbürgschaft nach dem Muster des Auftraggebers stellen. (Bürgschaftsurkunde im Anhang)

6.3 …

Für die Rückgabe der Bürgschaftsurkunden gilt Nr. 21-ZVB."

Das Muster der Klägerin sieht eine Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern vor.

In Nr. 21-ZVB ist die Rückgabe der Gewährleistungssicherheit wie folgt geregelt:

"21.2 Urkunden über Gewährleistungsbürgschaften werden auf Verlangen zurückgegeben, wenn die Verjährungsfristen für Gewährleistung einschließlich Schadensersatz abgelaufen und die bis dahin erhobenen Ansprüche - auch auf Erstattung von Überzahlungen - erfüllt worden sind. ..."

Die Beklagte stellte der Klägerin eine selbstschuldnerische Bürgschaft auf erstes Anfordern entsprechend dem Muster der Klägerin.

Nach Abschluß der Bauarbeiten traten Mängel auf. Die Firma K. erkannte die Mängel an. Vor der Ausführung der Mängelbeseitigungsarbeiten wurde über das Vermögen der Firma K. das Insolvenzverfahren eröffnet.

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

Die Klägerin nimmt die Beklagte aus der Bürgschaft auf erstes Anfordern in Anspruch. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin blieb erfolglos. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin die Verurteilung der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision hat keinen Erfolg.

Auf das Schuldverhältnis sind die bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Gesetze anwendbar (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

II.

1. Das Berufungsgericht hat den Einwand der Beklagten, ihre Inanspruchnahme aus der Bürgschaft auf erstes Anfordern sei rechtsmißbräuchlich, weil die Sicherungsvereinbarung unwirksam sei, aus folgenden Erwägungen als begründet erachtet:

a) Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers über einen Sicherheitseinbehalt sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unabhängig von der Höhe und der Dauer des Sicherheitseinbehalts unwirksam, wenn der Sicherheitseinbehalt ausschließlich durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern abgelöst werden könne.

b) Aufgrund der Regelung der Nr. 6.2 BVB sei dem Auftragnehmer als Ersetzungsbefugnis nur die Bürgschaft auf erstes Anfordern vorbehalten, die Möglichkeit, gemäß § 17 Nr. 3 VOB/B die Hinterlegung zu wählen, sei ausgeschlossen.

c) Der Umstand, daß die Klägerin ein öffentlicher Auftraggeber sei, ändere nichts an der Unwirksamkeit der Klausel. Im Unterschied zum privaten Auftraggeber trage der Auftragnehmer kein Insolvenzrisiko, wenn der öffentliche Auftraggeber eine Bürgschaft auf erstes Anfordern verwerte. Die unangemessene Benachteiligung ergebe sich daraus, daß nicht auszuschließen sei, daß der öffentliche Auftraggeber die Bürgschaft auf erstes Anfordern unberechtigt verwerte. Im Falle der unberechtigten Inanspruchnahme der Bürgschaft auf erstes Anfordern würde dem Auftragnehmer Liquidität für ungewisse Dauer entzogen. Der Auftragnehmer könne Einwendungen gegenüber dem Auftraggeber erst im späteren Rückforderungsprozeß geltend machen. Der Rechtsstreit könne, wenn er über mehrere Instanzen ausgetragen werde, mehrere Jahre in Anspruch nehmen.

d) Der Vertrag zwischen der Klägerin und dem Hauptschuldner könne nicht dahingehend ausgelegt werden, daß der Hauptschuldner verpflichtet sei, eine selbstschuldnerische unbefristete Bürgschaft zu stellen. Der Bundesgerichtshof habe für unwirksame Klauseln, die als Vertragserfüllungssicherheit eine Bürgschaft auf erstes Anfordern vorsehen, entschieden, daß für eine Übergangszeit Verträge dahingehend auszulegen seien, daß der Auftragnehmer eine unbefristete selbstschuldnerische Bürgschaft schulde. Diese Grundsätze seien auf Verträge mit unwirksamen Klauseln über eine Gewährleistungssicherheit nicht übertragbar.

2. Diese Erwägungen sind revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

a) Das Berufungsgericht hat die Klausel dahingehend ausgelegt, daß dem Auftragnehmer nur die Möglichkeit eingeräumt ist, den Sicherheitseinbehalt durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern abzulösen und daß sowohl das Wahlrecht aus § 17 Nr. 3 VOB/B als auch die Verpflichtung des Auftraggebers zur Einzahlung auf ein Sperrkonto nach § 17 Nr. 6 VOB/B ausgeschlossen worden ist. Diese Auslegung ist nicht zu beanstanden (vgl. BGH, Urteil vom 16. Mai 2002 - VII ZR 494/00, BauR 2002, 1392 = ZfBR 2002, 677 = NZBau 2002, 493).

b) Umfaßt die Sicherungsvereinbarung aufgrund ihrer textlichen Gestaltung das als Anhang beigefügte Bürgschaftsmuster, gehört das Muster zum Inhalt der Sicherungsvereinbarung. Dann besteht keine Unklarheit darüber, mit welcher Art der Bürgschaft der Sicherheitseinbehalt vom Auftragnehmer ersetzt werden kann. Aus dem Regelungszusammenhang der Klausel und dem Muster, das als Anhang Bestandteil des Vertrages ist, ergibt sich, daß eine selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaft auf erstes Anfordern gemeint ist. Insofern unterscheidet sich die vertragliche Gestaltung von derjenigen, die dem Senatsurteil vom 26. Februar 2004 (VII ZR 247/02, BauR 2004, 841 = ZfBR 2004, 372 = NZBau 2004, 323) zugrunde lag. In jenem Fall war kein bestimmtes Muster, sondern ein Muster nach Wahl des Auftraggebers Inhalt der Sicherungsabrede.

c) Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines privaten Auftraggebers, die vorsieht, daß der Auftragnehmer nur berechtigt ist, den Sicherheitseinbehalt gegen eine Bürgschaft auf erstes Anfordern abzulösen, ist unwirksam (st. Rspr.: BGH, Urteil vom 5. Juni 1997 - VII ZR 324/95, BGHZ 136, 27; Urteil vom 16. Mai 2002 - VII ZR 494/00, BauR 2002, 1392 = ZfBR 2002, 677 = NZBau 2002, 493 m.w.N.).

d) Die Frage, ob eine derartige Klausel auch dann unwirksam ist, wenn sie von einem öffentlichen Auftraggeber in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gestellt wird, hat der Senat bisher nicht entschieden.

(1) Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines öffentlichen Auftraggebers, die vorsieht, daß der Auftragnehmer verpflichtet ist, zur Sicherung von Vertragserfüllungsansprüchen eine Bürgschaft auf erstes Anfordern zu stellen, hat der Bundesgerichtshof für unwirksam erachtet (BGH, Urteil vom 25. März 2004 - VII ZR 453/02, BauR 2004, 1143 = ZfBR 2004, 550 = NZBau 2004, 322). Eine derartige Klausel benachteiligt den Auftragnehmer deshalb unangemessen, weil der Auftragnehmer im Falle einer unberechtigten Inanspruchnahme das Liquiditätsrisiko zu tragen hat. Dem Auftragnehmer wird durch den Rückgriff des Bürgen, der aus der Bürgschaft in Anspruch genommen wird, Liquidität entzogen. Solange der öffentliche Auftraggeber einen zu Unrecht erhaltenen Betrag nicht zurückzahlt, ist der Auftragnehmer in seinem Kreditrahmen beschränkt. Er muß seinen Rückforderungsanspruch gerichtlich geltend machen und trägt damit die Last der Prozeßführung gegen eine Partei, die ihrerseits den Prozeß gerichtskostenfrei führen kann.

(2) Die im Rahmen einer Inhaltskontrolle der Vereinbarung der Gewährleistungssicherheit entscheidende Frage, ob eine Bürgschaft auf erstes Anfordern ein angemessener Ausgleich für den Sicherheitseinbehalt ist, ist nach den gleichen Erwägungen zu beurteilen.

Die Bürgschaft auf erstes Anfordern ist als einziges Austauschmittel auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines öffentlichen Auftraggebers kein angemessener Ausgleich. Die mit der Bürgschaft auf erstes Anfordern verbundenen Risiken für den Auftragnehmer, die eine unberechtigte Inanspruchnahme durch den Auftraggeber zur Folge hat, wird nicht durch die Sicherungsinteres-

sen des Auftraggebers gerechtfertigt. Die berechtigten Interessen des Auftraggebers werden hinreichend dadurch gewahrt, daß dem Auftragnehmer die Möglichkeit eines Austauschs des Sicherheitseinbehalts gegen eine selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaft eingeräumt wird. Im Unterschied zu einer Bürgschaft auf erstes Anfordern gibt eine selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaft als Austauschmittel auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des öffentlichen Auftraggebers einen angemessenen Ausgleich, für den in der Vertragsklausel vorgesehenen Einbehalt (vgl. BGH, Urteil vom 13. November 2003 - VII ZR 57/02, BGHZ 157, 29; Urteil vom 26. Februar 2004 - VII ZR 247/02, BauR 2004, 841 = ZfBR 2004, 372 = NZBau 2004, 323).

e) Die Klausel ist unwirksam. Sie kann nicht mit dem Inhalt aufrecht erhalten werden, daß der Auftragnehmer berechtigt ist, den Sicherheitseinbehalt durch eine selbstschuldnerische Bürgschaft abzulösen.

aa) Der Bundesgerichtshof hat bereits in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1997 eine ergänzende Vertragsauslegung nicht in Betracht gezogen (BGH, Urteil vom 5. Juni 1997 - VII ZR 324/95, BGHZ 136, 27). Er hat sie in späteren Entscheidungen ausdrücklich abgelehnt. Zur Begründung hat er darauf hingewiesen, daß die Klausel über den Sicherheitseinbehalt und dessen Ablösung eine untrennbare Einheit bildeten. Eine Einschränkung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung scheide aus. Es sei nicht erkennbar, welche Regelung Gläubiger und Hauptschuldner vereinbart hätten, wenn sie die Unwirksamkeit der Klausel erkannt hätten (BGH, Urteil vom 8. März 2001 – IX ZR 236/00, BGHZ 147, 99, 105 f.). Statt der Ablösung des Sicherheitseinbehalts durch eine einfache Bürgschaft wären insbesondere die Verringerung des Einbehaltes, eine Verkürzung der Einbehaltsfrist oder die Wahl einer anderen in § 17 VOB/B genannten Sicherungsform in Betracht gekommen. Wenn bewußt von § 17 VOB/B abgewichen werde, schließe das eine Rückkehr zu dieser Re-

gelung durch ergänzende Vertragsauslegung aus (BGH, Urteil vom 22. November 2001 – VII ZR 208/00, BauR 2002, 463, 464 f. = ZfBR 2002, 249 = NZBau 2002, 151). Auch in weiteren Entscheidungen hat er die Klausel nicht einer ergänzenden Vertragsauslegung unterzogen (BGH, Urteil vom 2. März 2000 - VII ZR 475/98, BauR 2000, 1052, 1053 = ZfBR 2000, 332 = NZBau 2000, 285; Beschluß vom 17. Januar 2002 - VII ZR 495/00, IBR 2002, 663; Urteil vom 16. Mai 2002 - VII ZR 494/00, BauR 2002, 1392, 1393 = ZfBR 2002, 677 = NZBau 2002, 493).

bb) Dieser Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat sich eine Mehrzahl von Oberlandesgerichten angeschlossen (z. B. OLG Düsseldorf, BauR 2003, 1585, 1586 = NZBau 2003, 674; OLG Hamm, BauR 2003, 1720, 1723; OLG München, BauR 2004, 1466, 1467 f.; OLG Celle, NZBau 2004, 214). Demgegenüber vertreten andere Gerichte, die Klausel sei zwar unwirksam, jedoch ergänzend dahin auszulegen, daß die Ablösung durch eine selbstschuldnerische Bürgschaft ohne das besondere Merkmal auf erstes Anfordern erfolgen könne (OLG Rostock, BauR 2003, 928, 929; LG Essen, BauR 2003, 1584 f.).

cc) Der Senat sieht auch unter Einbeziehung seiner Entscheidung zur ergänzenden Vertragsauslegung einer Sicherungsabrede, nach der der Auftragnehmer verpflichtet ist, eine Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern zu stellen (Urteil vom 4. Juli 2002 – VII ZR 502/99, BGHZ 151, 229), keine Veranlassung, von seiner gefestigten Rechtsprechung abzuweichen.

Eine ergänzende Vertragsauslegung, nach der eine selbstschuldnerische Bürgschaft ohne das Merkmal auf erstes Anfordern geschuldet ist, kommt nur dann in Betracht, wenn geklärt werden kann, was die Parteien vereinbart hätten, wenn sie die Unwirksamkeit der Klausel gekannt hätten. Der Senat hat

darauf hingewiesen, daß anzunehmen ist, der Auftraggeber sei mit einer selbstschuldnerischen Bürgschaft ohne das Merkmal auf erstes Anfordern nicht einverstanden, wenn er die Klausel mit dem Merkmal auf erstes Anfordern im Rechtsverkehr verwendet, obwohl ihm bekannt ist oder jedenfalls nach dem Bekanntwerden einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs hätte bekannt sein können, daß die Klausel unwirksam ist (BGH, Urteil vom 4. Juli 2002 – VII ZR 502/99, BGHZ 151, 229, 236). Auf dieser Grundlage kommt ohnehin eine ergänzende Vertragsauslegung von Verträgen die unter der Verwendung der umstrittenen Klausel nach dem Bekanntwerden der Entscheidung vom 5. Juni 1997 (VII ZR 324/95, BGHZ 136, 27) geschlossen wurden, nicht in Betracht.

Auch für Verträge, die vor dem Bekanntwerden der Entscheidung vom 5. Juni 1997 geschlossen wurden, scheidet eine ergänzende Vertragsauslegung aus. Der Senat hat bereits in der Entscheidung vom 4. Juli 2002 (VII ZR 502/99, BGHZ 151, 229, 235 f.) darauf hingewiesen, daß die Grundsätze zur ergänzenden Vertragsauslegung einer Klausel, mit der eine Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern vereinbart wird, nicht ohne weiteres auf eine Klausel, mit der ein Bareinbehalt zur Sicherung von Gewährleistungsansprüchen vereinbart wird, der durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern abgelöst werden kann, anwendbar sind. Es ist zwar nicht zu verkennen, daß in beiden Klauseln der Wille der Parteien manifestiert wird, dem Auftraggeber eine Sicherung zu verschaffen und dieser Wille auch in beiden Fällen dahin gehen mag, dies auch für den Fall zu tun, daß die verwendete Klausel unwirksam ist. Eine ergänzende Vertragsauslegung scheidet jedoch aus, wenn nicht sicher feststellbar ist, wie die Parteien diesen Willen realisiert hätten. Der Senat hat sich im Hinblick auf die vielfaltigen Möglichkeiten einer Sicherung des Auftraggebers, wie sie insbesondere durch § 17 VOB/B vorgegeben sind und auch in der Praxis verwendet werden, nicht in der Lage gesehen, mit der notwendigen Sicherheit eine ergänzende Vertragsauslegung für Gewährleistungssicherungsab-

reden vorzunehmen. Dabei muß es verbleiben. Die dagegen vorgebrachten Argumente sind nicht neu. Sie können auch im Hinblick auf die anzustrebende Rechtssicherheit nicht dazu führen, daß der Senat den Vertrag nunmehr ergänzend auslegt.

Dressler Thode Haß

Wiebel Kuffer