BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 502/99

Verkündet am:
4. Juli 2002
Heinzelmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juli 2002 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Hausmann, Dr. Wiebel, Dr. Kuffer und Prof. Dr. Kniffka

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 16. Juli 1999 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Klägerin entschieden worden ist.

Die Anschlußrevision der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten darüber, ob die klagende Bauunternehmerin von der beklagten Bestellerin eine Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern herausverlangen kann.

Die Klägerin verpflichtete sich als Nachunternehmerin der Beklagten zu umfangreichen Elektroinstallationsarbeiten in einer Rheumaklinik in W. In dem unter Verwendung eines Formulars der Beklagten geschlossenen VOB-Vertrag wurde u.a. folgendes vereinbart:

> "14. Sicherheitsleistung
>
> 14.1 Der NU *(= Klägerin)* hat dem AG *(= Beklagte)* bis spätestens zum ..... / ...8... Tage / .... Wochen *) nach Vertragsabschluß einzureichen: eine
>
> a) Vertragserfüllungsbürgschaft über DM ..... bzw. 10% der Brutto-Vertragssumme
>
> b) Vorauszahlungsbürgschaft über DM ..... bzw. ....%
>
> Der AG behält sich vor, vom Vertrag zurückzutreten, falls der NU nicht die festgelegte(n) Bürgschaft(en) zum vereinbarten Termin einreicht und Schadensersatzansprüche geltend zu machen.
>
> 14.2 Der Einbehalt zur Sicherung der Gewährleistungsansprüche beträgt fünf% oder pauschal DM ..... *) der Schlußabrechnungssummen zuzüglich MWSt.
>
> Er kann durch eine Bankbürgschaft gemäß beiliegendem Text abgelöst werden (Anlage No. 1).
>
> In der Bürgschaft muß auf die Einrede der Anfechtung, Aufrechnung und Vorausklage verzichtet worden sein. Der Bürge muß sich in der Bürgschaftsurkunde verpflichten, auf erste Anforderung des AG (Gläubigers) zu zahlen. Die Bürgschaft darf nicht zeitlich befristet sein."

Die Klägerin stellte aufgrund dieser Regelung eine Bürgschaft auf erstes Anfordern über 195.500 DM. Zweck der Bürgschaft, deren Formulierung die Beklagte durch ein dem Vertrag beigefügtes Muster vorgegeben hatte, war die Sicherung sämtlicher Verpflichtungen aus dem Vertrag, insbesondere die vertragsgemäße Ausführung der Leistung, die Rückerstattung von Überzahlungen und die Erfüllung aller Gewährleistungsverpflichtungen einschließlich eventuell geleisteter Vorauszahlungen.

Ob die Klägerin ihre Arbeiten vollständig erbracht hat und ihre Werkleistung abgenommen worden ist, ist streitig. Die Klägerin hat von der Beklagten die Herausgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft an die Bürgin verlangt. Das

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

Landgericht hat der Klage uneingeschränkt stattgegeben. Das Berufungsgericht hat dieses Urteil dahingehend geändert, daß die Herausgabe von einer Zug um Zug zu übergebenden entsprechenden Bürgschaftsurkunde ohne die Verpflichtung zur Zahlung auf erstes Anfordern abhängig ist. Dagegen richten sich die Revision der Klägerin, die die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erstrebt, sowie die Anschlußrevision der Beklagten mit dem Ziel der vollständigen Klageabweisung.

Entscheidungsgründe:

Die Anschlußrevision hat keinen Erfolg. Die Revision hat Erfolg.

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

A. Zur Anschlußrevision:

I.

Das Berufungsgericht bejaht einen Anspruch der Klägerin auf Herausgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 Abs. 1 BGB). Es führt aus, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verwenders verstoße die Verpflichtung des Vertragspartners,

eine Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern zu stellen, gegen § 9 Abs. 1 AGBG. Die Bürgschaftsurkunde sei daher ohne Rechtsgrund geleistet.

II.

Die hiergegen von der Anschlußrevision erhobenen Rügen sind nicht begründet. Die Verpflichtung eines Bauunternehmers in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bestellers, zur Sicherung von Vertragserfüllungsansprüchen eine Bürgschaft auf erstes Anfordern zu stellen, ist unwirksam. Dies hat der Senat in seinem Urteil vom 18. April 2002 - VII ZR 192/01, in Juris dokumentiert und zum Abdruck in BGHZ bestimmt, im einzelnen ausgeführt. Daran hält der Senat fest; auf die Entscheidungsgründe dieses Urteils wird Bezug genommen.

B. Zur Revision:

I.

1. Das Berufungsgericht führt aus, der Klägerin stehe ein vertraglicher Anspruch auf Rückgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft nach § 17 Nr. 8 VOB/B nicht zu. Solange zwischen den Parteien Streit über die Frage der Abnahme der Werkleistung der Klägerin bestehe, müsse die Beklagte berechtigt sein, die Vertragserfüllungsbürgschaft zu behalten.

2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Nach § 17 Nr. 8 VOB/B hat der Auftraggeber eine nicht verwertete Sicherheit zum vereinbarten Zeitpunkt, spätestens nach Ablauf der Verjährungsfrist für die Gewährleistung, zurückzugeben. Ist ein Zeitpunkt für die Rückgabe nicht ausdrücklich vereinbart, so kann er sich aus Inhalt und Zweck der Sicherungsabrede ergeben (Ingenstau/Korbion, VOB, 14. Aufl., B § 17 Rdn. 182). Danach kann der Sicherungsnehmer verpflichtet sein, die Sicherung zurückzugewähren, sobald feststeht, daß die Sicherung nicht mehr in Anspruch genommen werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 24. September 1998 - IX ZR 371/97, BGHZ 139, 325, 328).

b) Ein Zeitpunkt für die Rückgabe ist nicht vereinbart. Feststellungen dazu, daß die Sicherung nicht mehr in Anspruch genommen werden kann, fehlen. Daß Streit über die Abnahme besteht, ist unerheblich. Die Abnahme allein läßt die durch die Vertragserfüllungsbürgschaft gesicherten Ansprüche nicht entfallen.

II.

1. Das Berufungsgericht führt weiter aus, die Klägerin habe einen Anspruch auf Herausgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern. Dieser Anspruch bestehe nur Zug um Zug gegen Stellung einer Bürgschaft ohne das Versprechen einer Zahlung auf erstes Anfordern.

Nr. 14 des Vertrages der Parteien sei dahin auszulegen, daß die im letzten Absatz enthaltene Regelung über den Inhalt der Bürgschaft nicht nur für die Gewährleistungsbürgschaft (Nr. 14.2), sondern auch für die Vertragserfüllungsbürgschaft (Nr. 14.1) gelten solle. Insoweit sei der Wortlaut des Vertrages

zwar nicht völlig eindeutig. Die Gestaltung des Textes lasse jedoch die Auslegung zu, daß sich der Text des Vertrages auch auf die Vertragserfüllungsbürgschaft beziehe. Dies folge zu Lasten der Beklagten als Verwenderin aus § 5 AGBG. Die Klausel in Nr. 14 des Vertrages der Parteien sei in der Weise teilbar, daß die Verpflichtung zur Stellung einer gewöhnlichen Vertragserfüllungsbürgschaft gemäß § 6 AGBG aufrechterhalten bleibe.

2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung nur teilweise stand.

a) Nach dem Vertrag ist die Klägerin verpflichtet, der Beklagten eine Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern zu stellen. Der Revision ist allerdings zuzugeben, daß die Feststellungen des Berufungsgerichts nicht hinreichend eindeutig sind, ob der letzte Absatz der Nr. 14 des Vertrages über den Inhalt der Bürgschaft auch auf die Vertragserfüllungsbürgschaft anzuwenden ist. Hat das Berufungsgericht dazu keine bindenden Feststellungen getroffen, so kann der Senat die Auslegung nachholen. Danach sind die besonderen Anforderungen an den Inhalt der Bürgschaft eindeutig auch auf die Vertragserfüllungsbürgschaft zu beziehen. Der Text und die Stellung des letzten Absatzes der Nr. 14 des Vertrages lassen zwar nicht ohne weiteres erkennen, ob die besonderen Anforderungen an den Inhalt der zu stellenden Bürgschaft und die Bindung der Klägerin an den Vordruck der Beklagten auch für die Vertragserfüllungsbürgschaft gelten sollen. Das als Anlage in den Vertrag aufgenommene Muster einer Bürgschaftserklärung, wonach der Bürge auf erstes Anfordern zu zahlen verpflichtet ist und das als gesichert auch die vertragsgemäße Ausführung der Leistung nennt, beseitigt diese Zweifel.

Eine solche Verpflichtung verstößt, wie bereits ausgeführt, gegen § 9 Abs. 1 AGBG, so daß der Klägerin ein Anspruch auf Herausgabe der Bürgschaftsurkunde an die Bürgin zusteht (§ 812 Abs. 1 BGB). Entgegen der An-

sicht der Revision kann die Unwirksamkeit der Klausel nicht auch auf einen unwirksamen Verzicht auf die Einrede des § 768 BGB gestützt werden (vgl. BGH, Urteil vom 8. März 2001 - IX ZR 236/00, BGHZ 147, 99 = WM 2001, 947 f). Denn dieser Verzicht ist nicht Inhalt der Klausel Nr. 14. In Satz 1 des letzten Absatzes dieser Klausel werden die Modalitäten des Inhalts der Bürgschaft abschließend geregelt.

b) Die Unwirksamkeit der Klausel in Nr. 14, hat nicht zur Folge, daß keine Bürgschaftsverpflichtung mehr bestünde. Der Vertrag ist vielmehr dahin auszulegen, daß die Klägerin verpflichtet ist, eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft ohne den Zusatz der Zahlung auf erstes Anfordern zu stellen (§ 6 Abs. 2 AGBG, §§ 133, 157 BGB). Dabei kann offenbleiben, ob die Klausel durch Streichung des Satzteils, wonach der Bürge sich verpflichtet, auf erste schriftliche Anforderung an den Auftraggeber Zahlung zu leisten, teilbar ist; denn ein ersatzloser Wegfall der Bürgschaftsverpflichtung kommt schon aus anderen Gründen nicht in Betracht.

aa) Läßt sich die mit dem Wegfall einer nach § 9 Abs. 1 AGBG unwirksamen Klausel entstehende Lücke nicht durch dispositives Gesetzesrecht füllen und führt dies zu einem Ergebnis, daß den beiderseitigen Interessen nicht in vertretbarer Rechnung trägt, so bedient sich die Rechtsprechung der ergänzenden Vertragsauslegung; denn es wäre unbillig und widerspräche der Zielsetzung des AGB-Gesetzes, dem Vertragspartner des Verwenders einen Vorteil zu belassen, der das Vertragsgefüge einseitig zu seinen Gunsten verschiebt (BGH, Urteil vom 13. November 1997 - IX ZR 289/96, BGHZ 137, 153, 157). An die Stelle der Klausel tritt dann die Gestaltung, die die Parteien bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen gewählt hätten, wenn ihnen die Unwirksamkeit der Geschäftsbedingung bekannt gewesen wäre. Dies entspricht

dem Sinn und Zweck des § 6 AGBG (vgl. BGH, Urteil vom 13. November 1997 - IX ZR 289/96, aaO).

bb) Die Lücke, die bei einem vollständigen Wegfall der nach § 9 Abs. 1 AGBG unwirksamen Klausel entsteht, läßt sich durch dispositives Werkvertragsrecht nicht füllen. Es enthält keine Regelung, nach der ein Unternehmer verpflichtet ist, eine Vertragserfüllungsbürgschaft zu stellen. Es kommt daher nach § 6 Abs. 2 AGBG allein eine ergänzende Vertragsauslegung nach den Maßstäben der §§ 133, 157 BGB in Betracht. Danach hat der Unternehmer eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft zu stellen.

(1) Der ersatzlose Wegfall der Bürgschaftsverpflichtung würde zu einem den Interessen der Parteien nicht mehr gerecht werdenden Ergebnis führen. Es entspricht dem anerkennenswerten Interesse des Auftraggebers, den Unternehmer auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft zu verpflichten. Denn ohne eine solche Sicherung ist der Auftraggeber möglicherweise nicht ausreichend geschützt (BGH, Urteile vom 18. April 2002 - VII ZR 192/01, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt, und vom 20. April 2000 - VII ZR 458/97, BauR 2000, 1498 = ZfBR 2000, 477). Diesem Sicherungsinteresse haben die Parteien durch die Sicherungsabrede Rechnung tragen wollen. Würde die Sicherungsabrede ersatzlos wegfallen, würde jede Sicherung entfallen. Dieses Ergebnis ist mit dem durch die Sicherungsabrede zum Ausdruck gebrachten Willen der Parteien nicht zu vereinbaren.

(2) Die Parteien hätten bei sachgerechter Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft gewählt, wenn ihnen die Unwirksamkeit der Verpflichtung der Klägerin, eine Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern stellen zu müssen, bekannt gewesen wä-

re. Die Bedenken, dieses Ergebnis sei im Hinblick auf die Vielfalt der Gestaltungsmöglichkeiten für Sicherheiten willkürlich, teilt der Senat nicht. Die Bürgschaft auf erstes Anfordern ist kein Sicherungsmittel eigener Art. Sie stellt lediglich eine infolge des weitgehenden Einwendungsausschlusses den Gläubiger besonders privilegierende Form der Bürgschaftsverpflichtung dar (BGH, Urteil vom 25. Februar 1999 - IX ZR 24/98, NJW 1999, 2361, 2363).

(3) Diesem Ergebnis steht die Entscheidung des Senats (Urteil vom 22. November 2001 - VII ZR 208/00, BauR 2002, 463 = ZfBR 2002, 249 = NZBau 2002, 151) nicht entgegen. Gegenstand der Prüfung war dort eine Formularklausel, in der dem Auftraggeber das Recht auf einen 5 %-igen Gewährleistungseinbehalt eingeräumt worden war. Allein dessen Angemessenheit hatte der Senat, wenn auch unter Berücksichtigung der Gesamtkonzeption der Klausel, zu der die Möglichkeit zur Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern gehörte, zu beurteilen.

c) Dem im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nach § 6 Abs. 2 AGBG gefundenen Ergebnis liegt maßgeblich die Erwägung zugrunde, die nach § 9 Abs. 1 AGBG unwirksame Klausel führe zu einer planwidrigen, von den Vertragsparteien nicht bedachten Unvollständigkeit des Vertrages. Eine solche Lücke wird allerdings dann nicht anzunehmen sein, wenn die in der Klausel enthaltene Regelung bei objektiver Betrachtung als vom Verwender bewußt abschließend gewählt anzusehen ist (vgl. BGH, Urteil vom 24. April 1985 - IVb ZR 17/84, NJW 1985, 1835 f; MünchKomm/Basedow, 4. Aufl., AGBG § 6 Rdn. 13). Diese Annahme ist geboten, wenn der Auftraggeber nach Bekanntwerden der vorliegenden Entscheidung in alsdann zu schließenden Bauverträgen an der Klausel festhält und sie damit weiterverwendet. In diesen Fällen wird regelmäßig davon auszugehen sein, daß der Klauselverwender ausschließlich Wert auf eine Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern legt, und des-

halb bei Unwirksamkeit der Klausel eine ergänzende Vertragsauslegung zur Wahrung seines Sicherungsinteresses nicht mehr in Betracht kommt.

d) Die vom Berufungsgericht ausgesprochene Zug-um-Zug-Verurteilung kann aber gleichwohl nicht bestätigt werden, weil nach den bislang getroffenen Feststellungen noch offen ist, ob die Beklagte die Sicherung in Anspruch nehmen kann.

Ullmann Hausmann Wiebel

Kuffer Kniffka