BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 39/08

Verkündet am:
12. Februar 2009
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

BGB § 768 Abs. 1 Satz 1

a) Die Verpflichtung eines Bauunternehmers in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bestellers, diesem eine selbstschuldnerische, unbefristete Vertragserfüllungsbürgschaft nach einem zum Vertrag gehörenden Muster zu stellen, und der in diesem Bürgschaftsmuster erklärte Verzicht des Bürgen auf die Einreden nach § 768 BGB, sind sprachlich und inhaltlich trennbare Teile der Sicherungsvereinbarung, die einer gesonderten Wirksamkeitsprüfung zugänglich sind.

b) Die Unwirksamkeit der Verpflichtung zum Verzicht des Bürgen auf die Einrede nach § 768 BGB führt nicht zur Unwirksamkeit der Sicherungsvereinbarung im Übrigen.

BGH, Urteil vom 12. Februar 2009 - VII ZR 39/08 - OLG Köln
LG Köln

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Februar 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka und die Richter Bauner, Dr. Eick, Halfmeier und Leupertz

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 9. Januar 2008 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin beauftragte die inzwischen insolvente I. GmbH (im Folgenden: Hauptschuldnerin) gemäß Auftragsschreiben vom 9. Juli 2003 nach Maßgabe eines zur Vertragsgrundlage erhobenen Verhandlungsprotokolls vom 25. Juni 2003 als Nachunternehmerin mit der Ausführung von Hohlraum- und Doppelbodenarbeiten an einem Bauvorhaben in B. Nach Ziffer 15.1 des von der Klägerin formularmäßig verwendeten Verhandlungsprotokolls war die Hauptschuldnerin verpflichtet, eine Vertragserfüllungsbürgschaft über 30.000,00 € zzgl. Umsatzsteuer zu stellen. Zu Art und Inhalt der Bürgschaft heißt es dort weiter:

"Es hat sich um selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaften einer deutschen Großbank, Sparkasse oder Kreditversicherung (ausschließlich nach unserem Muster) zu handeln."

2 Dem Verhandlungsprotokoll war als Anlage ein Muster (Vordruck) für die vorerwähnte Vertragserfüllungsbürgschaft beigefügt.

3 Die Beklagte stellte der Klägerin auf Veranlassung der Hauptschuldnerin eine selbstschuldnerische und unbefristete Vertragserfüllungsbürgschaft über den Höchstbetrag von 15.728,00 €. Die dem Muster der Klägerin entsprechende Bürgschaftsurkunde enthält folgende Regelung:

"Auf die Einrede gemäß § 768 BGB, soweit diese nicht den Bestand der Hauptverbindlichkeit oder ihre Verjährung betrifft, sowie die Einrede des § 771 BGB wird verzichtet. Ebenso wird auf das Recht zur Hinterlegung des Bürgschaftsbetrages verzichtet, sowie auf die Einrede der Aufrechenbarkeit gemäß $ *(richtig: §)* 770 BGB, es sei denn, die zur Aufrechnung gestellte Forderung ist rechtskräftig festgestellt oder unbestritten."

4 Weil die Hauptschuldnerin die geschuldeten Werkleistungen zu einem wesentlichen Teil nicht fertigstellte, hat die Klägerin die Beklagte wegen der Ersatzvornahmekosten auf Zahlung der Bürgschaftssumme von 15.728,00 € in Anspruch genommen. Trotz der zuletzt unstreitigen Hauptforderung hat die Beklagte die Zahlung verweigert, weil die Sicherungsabrede im Nachunternehmervertrag der Inhaltskontrolle nicht standhalte und deshalb unwirksam sei. Das Landgericht ist dem nicht gefolgt und hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Dagegen richtet sich ihre vom Berufungsgericht zugelassene Revision, mit der sie weiterhin die Abweisung der Klage erstrebt.

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

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

6 Das Berufungsgericht führt aus, die Beklagte könne der Inanspruchnahme durch die Klägerin nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass die formularmäßige Sicherungsabrede im Nachunternehmervertrag die Hauptschuldnerin unangemessen benachteilige und deshalb gemäß § 307 BGB insgesamt nichtig sei. Unwirksam sei lediglich der Teilverzicht auf die Einrede des § 768 BGB, was sich indes nicht in entscheidungserheblicher Weise auswirke.

7 Die in Ziffer 15.1 des Verhandlungsprotokolls niedergelegte Sicherungsabrede umfasse nach ihrer textlichen Gestaltung die in dem als Anhang beigefügten Bürgschaftsformular enthaltenen Regelungen zu Art und Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung. Dementsprechend seien auch der Verzicht auf die Einreden der Vorausklage nach § 771 BGB und der Aufrechenbarkeit nach § 770 Abs. 2 BGB sowie die teilweise Abbedingung des § 768 BGB Inhalt der Sicherungsvereinbarung zwischen der Klägerin und der Hauptschuldnerin geworden. Letzteres halte der Inhaltskontrolle in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Unwirksamkeit formularmäßig vereinbarter Bürgschaften auf erstes Anfordern nicht stand. Denn die auch für den Rückforderungsprozess geltende Abbedingung des § 768 BGB nähere die Bürgschaft einer garantiemäßigen Haftung an, die für den Sicherungsgeber noch nachteiliger sein könne als eine Bürgschaft auf erstes Anfordern. Ob dies zur Unwirksamkeit der Sicherungsvereinbarung führe, sei zweifelhaft. Die entsprechende Klausel könnte durch Streichung des den § 768 BGB betreffenden Satzes teilbar sein.

Dies bedürfe jedoch keiner abschließenden Entscheidung. Weil davon auszugehen sei, dass die Parteien des Nachunternehmervertrages in Kenntnis der obigen Zusammenhänge und bei sachgerechter Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft ohne einen Verzicht auf die Einreden des § 768 BGB vereinbart hätten, müsse die Sicherungsabrede unter Heranziehung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu formularmäßig unwirksamen Vereinbarungen über die Stellung von Vertragserfüllungsbürgschaften auf erstes Anfordern dementsprechend ergänzend ausgelegt werden. Die Hauptschuldnerin habe sich also wirksam verpflichtet, der Klägerin eine selbstschuldnerische, unbefristete Vertragserfüllungsbürgschaft zu stellen. Die Beklagte habe diese Bürgschaft übernommen. Sie habe den Eintritt des Sicherungsfalles und die Höhe der gesicherten Forderung unstreitig gestellt.

II.

8 Das hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

9 1. Die Beklagte verteidigt sich gegen die Inanspruchnahme aus der von ihr übernommenen Bürgschaft ausschließlich mit dem Einwand, die der Bürgschaft zugrunde liegende Sicherungsvereinbarung im Nachunternehmervertrag sei insgesamt unwirksam. Das ist grundsätzlich möglich. Dem Bürgen stehen gemäß § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB die Einwendungen des Schuldners aus der Sicherungsabrede mit dem Gläubiger zu. Hat der Bürge eine Sicherung gewährt, obwohl die Sicherungsabrede zwischen Hauptschuldner und Gläubiger unwirksam ist, so kann er sich gegenüber dem Leistungsverlangen des Gläubigers auf die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede und auf die Einrede des Hauptschuldners berufen, dass der Gläubiger die Inanspruchnahme des Bür-

gen zu unterlassen hat. Das folgt aus dem Sinn und Zweck des Akzessorietätsgedankens, der sicherstellen soll, dass der Bürge grundsätzlich nicht mehr zu leisten hat als der Hauptschuldner (BGH, Urteil vom 23. Januar 2003 - VII ZR 210/01, BGHZ 153, 311, 316 m.w.N.; Urteil vom 10. Februar 2000 - IX ZR 397/98, BGHZ 143, 381, 384 f.).

10 2. Die von der Beklagten erhobene Einrede ist jedoch unbegründet. Die der Bürgschaft zugrunde liegende Klausel unter Ziffer 15.1 des Nachunternehmervertrages ist jedenfalls hinsichtlich der dort niedergelegten Verpflichtung der Hauptschuldnerin wirksam, eine selbstschuldnerische, unbefristete Vertragserfüllungsbürgschaft beizubringen. Nur darauf kommt es für die Entscheidung an.

11 a) Zutreffend und von der Revision unbeanstandet hat das Berufungsgericht die Sicherungsvereinbarung im Nachunternehmervertrag dahingehend ausgelegt, dass die Hauptschuldnerin eine selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaft mit teilweisem Verzicht des Bürgen auf die Einreden nach §§ 768, 770 Abs. 2 BGB zu stellen hatte. Das Erfordernis eines solchen Einredeverzichts ergibt sich aus dem von der Klägerin zur Verwendung vorgeschriebenen Bürgschaftsvordruck. Dieses Muster, welches als eine der unter Ziffer 20 des Verhandlungsprotokolls vom 25. Juni 2003 bezeichneten und dem Vertrag beigefügten Anlagen Bestandteil des Vertrages ist, gehört kraft Bezugnahme in der Bürgschaftsklausel unter Ziffer 15.1 des Verhandlungsprotokolls zum Inhalt der Sicherungsvereinbarung (vgl. BGH, Urteil vom 9. Dezember 2004 - VII ZR 265/03, BauR 2005, 539, 540 = NZBau 2005, 219 = ZfBR 2005, 255).

12 b) Die formularmäßig als Allgemeine Geschäftsbedingung von der Klägerin gestellte Sicherungsvereinbarung ist entgegen der von der Beklagten im Rechtsstreit vertretenen Auffassung nicht intransparent. Die Hauptschuldnerin konnte keinem Zweifel darüber unterliegen, eine selbstschuldnerische, unbefris-

tete Bürgschaft nach Maßgabe des zum Vertragsgegenstand erhobenen Musters der Klägerin stellen zu müssen. Damit ist zugleich hinreichend bestimmt festgelegt, welcher Art die Bürgschaft zu sein hat. Aus dem Umstand, dass das Muster für die Bürgschaftsurkunde seinem Wortlaut nach einen Verzicht auf die Einrede der Vorausklage gemäß § 771 BGB enthält, wohingegen der Teil der Sicherungsvereinbarung, der auf das Muster verweist, die Hauptschuldnerin verpflichtet, eine selbstschuldnerische Bürgschaft zu stellen, folgt nichts Gegenteiliges. Beides meint im Ergebnis dasselbe, wie sich zwanglos aus § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB ergibt. Klar und eindeutig ist auch die Regelung des Verzichts auf die Einrede gemäß § 768 BGB. Dass dieser nicht umfassend ist, macht die Regelung ebenso wenig intransparent wie der Umstand, dass der Bestand der Hauptforderung nach dem allgemeinen Grundsatz der Akzessorietät zwischen Bürgschaftsschuld und Hauptschuld Voraussetzung für die Verpflichtung des Bürgen ist.

13 c) Die Sicherungsvereinbarung ist unbedenklich, soweit sie die Verpflichtung der Hauptschuldnerin enthält, eine selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaft einer deutschen Großbank, Sparkasse oder Kreditversicherung zu stellen (BGH, Urteil vom 4. Juli 2002 - VII ZR 502/99, BGHZ 151, 229, 234 ff.; Urteil vom 20. April 2000 - VII ZR 458/97, BauR 2000, 1498, 1499 f. = NZBau 2000, 424 = ZfBR 2000, 477).

14 d) Auf die vom Berufungsgericht bejahte Frage, ob die in der Sicherungsvereinbarung enthaltene Verpflichtung, die Bürgschaft mit einem teilweisen Verzicht auf die Einrede gemäß § 768 BGB zu versehen, unwirksam ist, kommt es nicht an. Denn diese Verpflichtung ist in einer Weise geregelt, die die Wirksamkeit der Verpflichtung, eine selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaft zu stellen, unberührt lässt.

15 aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können inhaltlich voneinander trennbare, einzeln aus sich heraus verständliche Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch dann Gegenstand einer gesonderten Wirksamkeitsprüfung sein, wenn sie in einem äußeren sprachlichen Zusammenhang mit anderen - unwirksamen - Regelungen stehen. Nur wenn der als wirksam anzusehende Teil im Gesamtgefüge des Vertrages nicht mehr sinnvoll, insbesondere der als unwirksam beanstandete Klauselteil von so einschneidender Bedeutung ist, dass von einer gänzlich neuen, von der bisherigen völlig abweichenden Vertragsgestaltung gesprochen werden muss, ergreift die Unwirksamkeit der Teilklausel die Gesamtklausel (BGH, Urteil vom 10. Oktober 1996 - VII ZR 224/95 m.w.N., BauR 1997, 302, 303 = ZfBR 1997, 73).

16 bb) Nach diesen Grundsätzen hat die Vereinbarung, eine selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaft zu stellen, auch dann Bestand, wenn die Verpflichtung, die Bürgschaft mit einem teilweisen Verzicht auf die Einrede gemäß § 768 BGB zu versehen, unwirksam ist.

17 (1) Entgegen der Auffassung der Revision ist die Sicherungsvereinbarung so formuliert, dass die Verpflichtungen zu den Verzichtserklärungen inhaltlich und sprachlich von der Verpflichtung getrennt sind, eine selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaft zu stellen. Die Verzichtserklärungen sind in der Sicherungsvereinbarung nicht enthalten, sondern in dem Muster der Bürgschaftserklärung. Sie sind ein sprachlich und inhaltlich trennbarer Teil dieses Musters, das wiederum durch den Klammerzusatz "ausschließlich nach unserem Muster" Gegenstand der Sicherungsvereinbarung ist.

18 (2) Der Fortfall der Verpflichtung, einen teilweisen Verzicht des Bürgen auf die Einrede gemäß § 768 BGB herbeizuführen, ist nicht von so einschnei-

dender Bedeutung, dass von einer gänzlich neuen, von der bisherigen völlig abweichenden Vertragsgestaltung gesprochen werden muss.

19 Allerdings wird in der Literatur (Schmitz, Sicherheiten für die Bauvertragsparteien, Rdn. 129; Joussen in Ingenstau/Korbion, VOB, 16. Aufl., § 17 Nr. 4 VOB/B Rdn. 40; Hildebrandt, BauR 2007, 210 jeweils m.w.N.; a.A. May, BauR 2007, 201) und der Rechtsprechung (LG Hamburg, Urteil vom 3. März 2006 - 420 O 75/04; LG Wiesbaden, Urteil vom 21. März 2007 - 11 O 70/07; jeweils in ibr-online; a.A. OLG Frankfurt, Urteil vom 25. März 2008 - 10 U 147/07, veröffentlicht in juris, dort Rz. 19 ff.) die Auffassung vertreten, die Gesamtgestaltung der Sicherungsvereinbarung, mit der eine selbstschuldnerische Bürgschaft und der Verzicht des Bürgen auf die Einrede nach § 768 BGB gefordert werden, sei als konzeptionelle Einheit zu verstehen, mit der eine garantieähnliche Haftung des Bürgen verwirklicht werden solle. Es verbiete sich, diese konzeptionelle Einheit dadurch zu zerstören, dass lediglich die Verpflichtung für unwirksam gehalten werde, einen Verzicht des Bürgen auf die Einrede nach § 768 BGB zu verlangen. Diese Auffassung teilt der Senat nicht.

20 Sie kann sich nicht auf die Entscheidungen des Senats zur Unwirksamkeit von Sicherungsklauseln berufen, in denen geregelt ist, dass ein Bareinbehalt zur Sicherung von Gewährleistungsansprüchen durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern abgelöst werden kann (BGH, Beschluss vom 24. Mai 2007 - VII ZR 210/06, BauR 2007, 1575, 1576 = NZBau 2007, 583 = ZfBR 2007, 671; Urteil vom 9. Dezember 2004 - VII ZR 265/03, BauR 2005, 539, 540 = NZBau 2005, 219 = ZfBR 2005, 255; Urteil vom 22. November 2001 - VII ZR 208/00 m.w.N., BauR 2002, 463, 464 f. = NZBau 2002, 151 = ZfBR 2002, 249; ebenso: BGH, Urteil vom 8. März 2001 - IX ZR 236/00, BGHZ 147, 99, 104). Diese Entscheidungen sind dadurch gekennzeichnet, dass die Vereinbarung eines an sich unzulässigen Bareinbehalts in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des

Auftraggebers nur dann als wirksam angesehen werden kann, wenn dem Auftragnehmer ein angemessener Ausgleich zugestanden wird (BGH, Urteil vom 5. Juni 1997 - VII ZR 324/95, BGHZ 136, 27, 30 f.). In einer Regelung, die versucht, diesen Vorgaben gerecht zu werden, liegt eine geschlossene Konzeption. Sicherungseinbehalt und Ablösungsrecht sind untrennbar miteinander verknüpft, was zu einer einheitlichen, die wirtschaftlichen Interessen der Vertragsparteien berücksichtigenden Gesamtbeurteilung des die Sicherungsvereinbarung betreffenden Regelungsgefüges zwingt (BGH, Urteil vom 22. November 2001 - VII ZR 208/00, BauR 2002, 463, 464 f. = NZBau 2002, 151 = ZfBR 2002, 249; Urteil vom 8. März 2001 - IX ZR 236/00, BGHZ 147, 99, 104). Eine solche konzeptionelle Einheit besteht nicht, wenn die Stellung einer selbstschuldnerischen, unbefristeten Bürgschaft verlangt wird und zudem vorgesehen ist, dass der Bürge auf die Einrede gemäß § 768 BGB teilweise verzichtet. Diese Regelungen sind nicht untrennbar miteinander verknüpft. Die Stellung einer selbstschuldnerischen, unbefristeten Bürgschaft ist - im Gegenteil - gerade ohne den Verzicht auf die Einrede gemäß § 768 BGB unbedenklich.

21 Der Annahme einer konzeptionellen Einheit in dem Sinne, dass durch den Wegfall der unwirksamen Vereinbarung der Verpflichtung zum Verzicht des Bürgen auf die Einrede nach § 768 BGB die gesamte Sicherungsvereinbarung fallen müsse, stehen auch die Interessen der Parteien des Bauvertrages entgegen. Die Sicherungsvereinbarung dient dazu, dem allgemein als schützenswert anerkannten Interesse des Auftraggebers auf Absicherung des Vertragserfüllungsanspruchs Rechnung zu tragen (vgl. BGH, Urteile vom 18. April 2002 - VII ZR 192/01, BGHZ 150, 299, 303 f., und vom 20. April 2000 - VII ZR 458/97, BauR 2000, 1498, 1499 f. = NZBau 2000, 424 = ZfBR 2000, 477). Dieses Interesse ist nicht auf eine Vertragsgestaltung fixiert, die dem Bürgen nur teilweise die Einrede nach § 768 BGB gestattet. Die selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaft verliert demgemäß ihre Bedeutung für die Vertragsparteien

en nicht dadurch, dass der Einredeverzicht wegfällt. Denn letztlich kommt es dem Auftraggeber bei einer derartigen Sicherungsvereinbarung in erster Linie darauf an, eine Bürgschaft zur Sicherung der Vertragserfüllung zu erhalten. Mag er in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Sicherung abweichend von den gesetzlichen Regelungen durch den teilweisen Verzicht auf die Einrede nach § 768 BGB noch verstärken wollen, so ist die Vereinbarung für ihn und den Auftragnehmer auch dann sinnvoll und gewollt, wenn diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam sind.

22 Von ähnlichen Erwägungen beeinflusst ist im Übrigen die Rechtsprechung des Senats, wonach die durch die Unwirksamkeit einer formularmäßig vereinbarten Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern entstehende Vertragslücke grundsätzlich in der Weise geschlossen werden kann, dass der Auftragnehmer im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung verpflichtet ist, eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft zu stellen (Urteil vom 4. Juli 2002 - VII ZR 502/99, BGHZ 151, 229, 234 f.). Sie entkleidet die Sicherungsvereinbarung im Ergebnis von dem Teil, dessen Realisierung zu einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders führen würde, ohne diesen - ebenso wenig interessengerecht - von der Verpflichtung zur Stellung einer Vertragserfüllungssicherheit vollständig zu befreien.

23 e) Die Erwägungen unter c) gelten ebenso für den von der Revision allerdings ohnehin nicht mehr aufgegriffenen Einwand, der Verzicht auf die Einrede der Aufrechenbarkeit nach § 770 Abs. 2 BGB sei ebenfalls unwirksam.

III.

24 Da die Beklagte keine weiteren Einwendungen gegen ihre Inanspruchnahme aus der selbstschuldnerischen, unbefristeten Bürgschaft erhebt, war die Revision zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Kniffka Bauner Eick

Halfmeier Leupertz

Vorinstanzen:
LG Köln, Entscheidung vom 22.06.2007 - 18 O 617/06 -
OLG Köln, Entscheidung vom 09.01.2008 - 11 U 116/07 -