BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 56/04

Verkündet am:
14. April 2005
Heinzelmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

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

Eine vom Besteller gegenüber dem Bauunternehmer verwendete Klausel, nach der ein Bareinbehalt von 5 % der Schlußrechnungssumme auf die Dauer der Gewährleistungsfrist einbehalten wird, der allein durch Bürgschaft auf erstes Anfordern abgelöst werden kann, ist unwirksam. Eine ergänzende Vertragsauslegung dahin, daß die Ablösung durch eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft erfolgt, kommt bei der gebotenen objektiv-generalisierenden Betrachtungsweise nicht in Betracht (im Anschluß an BGH, Urteil vom 9. Dezember 2004 - VII ZR 265/03, BauR 2005, 539).

BGH, Urteil vom 14. April 2005 - VII ZR 56/04 - OLG München
LG München I

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. April 2005 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler, die Richter Dr. Wiebel, Prof. Dr. Kniffka, Bauner und die Richterin Safari Chabestari

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 3. Februar 2004 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Herausgabe von Bürgschaftsurkunden, die sie aufgrund von Sicherungsvereinbarungen in Bauverträgen übergeben hat.

Die Parteien schlossen in den Jahren 1994 bis 1998 verschiedene Verträge, in denen sich die Klägerin als Generalunternehmerin verpflichtete, Bauleistungen zu erbringen. Die Verträge enthielten unter § 15 nahezu gleichlautende Regelungen, wonach der Einbehalt einer unverzinslichen Sicherheitsleistung in Höhe von 5 % der Brutto-Schlußrechnungssumme für die Dauer der Gewährleistungsfrist vereinbart war. Der Sicherheitseinbehalt sollte Zug um Zug gegen Vorlage einer unbefristeten, selbstschuldnerischen, unwiderruflichen Gewährleistungsbürgschaft ausgezahlt werden. Die Bürgschaft mußte den Ver-

zicht auf die Einrede der Vorausklage, der Anfechtbarkeit und Aufrechenbarkeit enthalten und auf erstes Anfordern hin fällig sein.

Die Klägerin hält diese Vereinbarungen zur Sicherung der Gewährleistungsansprüche für unwirksam. Sie hat die Beklagte auf Herausgabe von fünf im einzelnen bezeichneten Bürgschaftsurkunden in Anspruch genommen und daneben auf Zahlung von Werklohn. Das Landgericht hat die Beklagte durch Teilurteil zur Herausgabe der Bürgschaftsurkunden verurteilt. Nachdem eine Bürgschaftsurkunde herausgegeben worden ist, ist der Rechtsstreit insoweit übereinstimmend für erledigt erklärt worden. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Soweit der Rechtsstreit für erledigt erklärt worden ist, hat das Berufungsgericht der Beklagten die Kosten auferlegt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

Auf das Schuldverhältnis finden die Gesetze in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung Anwendung (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

Das Berufungsgericht führt aus, die Bestimmungen in § 15 der Generalunternehmerverträge seien Allgemeine Geschäftsbedingungen. Die Beklagte habe nicht schlüssig dargetan, daß sie im Sinne des § 1 Abs. 2 AGBG ausge-

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

handelt worden seien. Der Vortrag, die Beklagte habe ernsthaft eine Bereitschaft erkennen lassen, der Klägerin eigene Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich des Vertragsinhalts, auch bezüglich der hier streitgegenständlichen Klausel, einzuräumen, sei kein substantiierter Vortrag von Tatsachen, sondern eine Bewertung ohne konkret faßbaren Tatsachengehalt. Eine Beweisaufnahme sei deshalb nicht veranlaßt.

Die Regelung in § 15 der Verträge benachteilige die Klägerin unangemessen. Sie sei unwirksam. Eine ergänzende Vertragsauslegung komme nicht in Betracht. Soweit sich die Beklagte darauf berufe, die Parteien hätten zur Schließung der Vertragslücke eine Bürgschaft vereinbart, auf die nicht auf erstes Anfordern zu zahlen gewesen wäre, handele es sich um eine behauptete hypothetische Tatsache. Ein insoweit irgendwie manifestierter Wille sei nicht dargetan. Die Behauptung könne nur als Äußerung, zu welchem Ergebnis die ergänzende Vertragsauslegung gelangen müsse, verstanden werden, ohne daß das Gericht in seiner rechtlichen Beurteilung daran gebunden wäre.

II.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Die Revision stellt nicht in Frage, daß § 15 der Verträge von der Beklagten verwendete, für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen sind.

2. Die Beklagte hat nicht schlüssig dargetan, daß die Bedingungen in § 15 Vertrag ausgehandelt worden sind, so daß sie gemäß § 1 Abs. 2 AGBG keine Allgemeine Geschäftsbedingungen und damit einer Inhaltskontrolle entzogen wären.

Ein Aushandeln im Sinne des § 1 Abs. 2 AGBG erfordert mehr als Verhandeln. Von einem Aushandeln kann nur dann gesprochen werden, wenn der Verwender den in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen "gesetzesfremden Kerngehalt", also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen, inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Vertragspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen (st. Rspr., BGH, Urteil vom 23. Januar 2003 - VII ZR 210/01, BGHZ 153, 311, 321 f. m.w.N.).

Aus dem Vortrag der Beklagten ergibt sich, daß diese Voraussetzungen nicht erfüllt worden sind. Die Beklagte hat vorgetragen, bei Abschluß der jeweiligen Verträge habe man sich nicht darauf beschränkt, die Vertragsinhalte zu erörtern und die Verträge gemeinsam zu lesen; vielmehr habe die Beklagte die ernsthafte Bereitschaft gehabt und erkennen lassen, der Klägerin eigene Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich des Vertragsinhalts, auch bezüglich der streitgegenständlichen Klausel, einzuräumen. Die Klägerin habe sich in keiner Weise dagegen gewandt, die Vereinbarung von Bürgschaften auf erstes Anfordern zu akzeptieren. Im Hinblick darauf, daß diese Sicherungsform auf Grundlage der damaligen Rechtsprechung ohne weiteres zulässig und auch üblich gewesen sei, sei hierüber nicht im Einzelnen verhandelt worden.

Danach hat die Beklagte in der Vertragsverhandlung die Ausgestaltung der Sicherungsabrede nicht zur Disposition gestellt. Vielmehr ist über Möglichkeiten, die Beklagte anderweitig abzusichern, überhaupt nicht geredet worden. Eine allgemein geäußerte Bereitschaft, Vertragsklauseln auf Anforderung des Vertragspartners zu ändern, erfüllt nicht die Voraussetzungen eines Aushandelns der konkreten Klausel im Sinne des § 1 Abs. 2 AGBG (vgl. BGH, Urteil vom 23. Januar 2003 - VII ZR 210/01, BGHZ 153, 311, 321 f.; Ulmer/Brandner/

Hensen, AGBG, 9. Aufl., § 1 Rdn. 50 m.w.N.). Im übrigen ist dem Vortrag der Beklagten nicht zu entnehmen, auf welche Weise sie der Klägerin die Gestaltungsmöglichkeiten eingeräumt haben will.

2. Die Sicherungsvereinbarungen in § 15 der Verträge sind unwirksam, weil sie die Klägerin unangemessen benachteiligen, § 9 Abs. 1 AGBG (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; Urteil vom 9. Dezember 2004 - VII ZR 265/03, BauR 2005, 539). Eine ergänzende Vertragsauslegung dahin, daß der Auftragnehmer berechtigt ist, den Sicherheitseinbehalt durch eine selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaft abzulösen, kommt nicht in Betracht. Sie verbietet sich im Hinblick auf die vielfältigen Möglichkeiten einer Sicherung des Auftraggebers, wie sie insbesondere durch § 17 VOB/B vorgegeben sind und auch in der Praxis verwendet werden. Das hat der Senat im Anschluß an seine ständige Rechtsprechung nach Erlaß des Berufungsurteils bestätigt (BGH, Urteil vom 9. Dezember 2004 - VII ZR 265/03, BauR 2005, 539 m.w.N.).

3. Die Ausführungen der Revision geben keinen Anlaß, davon abzuweichen. Unerheblich ist die Behauptung der Beklagten, die Vertragsparteien hätten in Kenntnis der Unwirksamkeit der Sicherungsabrede eine Ablösung durch selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaft vereinbart. Die ergänzende Vertragsauslegung, die durch eine Vertragslücke infolge einer unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingung veranlaßt ist, hat sich an einem objektiv-generalisierenden Maßstab zu orientieren, der am Willen und Interesse der typischerweise beteiligten Verkehrskreise ausgerichtet sein muß (BGH, Urteil vom 7. März 1989 - KZR 15/87, BGHZ 107, 273, 277; Urteil vom 12. Juli 1989 - VIII ZR 297/88, NJW 1990, 115, 116). Es kann dahinstehen, inwieweit dieser Maßstab die Behauptung erlaubt, die Vertragsparteien hätten den Vertrag mit

einem bestimmten anderen Inhalt geschlossen, wenn sie die Unwirksamkeit gekannt hätten. Diese Behauptung wäre jedenfalls ohne konkrete Umstände, die zu einer abweichenden Beurteilung führen könnten, spekulativ und nicht berücksichtigungsfähig. Solche Umstände hat die Beklagte nicht dargelegt.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Dressler Wiebel Kniffka

Bauner Safari Chabestari