



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 92/14

Verkündet am:
26. März 2015
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

BGB § 133 C, § 157 D, Ga; AGBG § 9 Abs. 1 Bf

- a) Die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bestellers eines Bauvertrages enthaltene Klausel über eine Gewährleistungsbürgschaft "Die Bürgschaft ist zurückzugeben, wenn alle unter die Gewährleistungsfrist fallenden Gewährleistungsansprüche nicht mehr geltend gemacht werden können" benachteiligt den Unternehmer unangemessen und ist daher unwirksam.
- b) Bei Vereinbarung einer Gewährleistungsbürgschaft als Sicherheit für die vertragsgemäße und mängelfreie Ausführung der Leistungen hat der Besteller regelmäßig nach Ablauf der vereinbarten Frist eine Bürgschaft insoweit freizugeben, als zu diesem Zeitpunkt keine durchsetzbaren Gewährleistungsansprüche bestehen.

BGH, Urteil vom 26. März 2015 - VII ZR 92/14 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Februar 2015 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Eick, die Richter Halfmeier, Dr. Kartzke, Prof. Dr. Jurgeleit und die Richterin Sacher

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 19. Februar 2014 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin verlangt Schadensersatz für Kosten im Zusammenhang mit einer von ihr gestellten Gewährleistungsbürgschaft.
- 2 Die Rechtsvorgängerin der Klägerin (im Folgenden einheitlich: Klägerin) errichtete gemäß Generalunternehmervertrag vom 16. Februar 2000 sowie erstem Nachtrag hierzu vom 23. März 2000 für die Rechtsvorgängerin der Beklagten (im Folgenden einheitlich: Beklagte) ein Logistikzentrum mit fünf Lagerhallen, Bahnentladung, Büroflächen, Außenanlagen und Stellplätzen in G.

3 § 2 des Vertrages ("Vertragsgrundlagen") lautet auszugsweise:

"Zwischen den nachfolgend genannten Vertragsgrundlagen besteht im Falle des Widerspruchs und für eventuelle Vertragsauslegungen folgende Rangfolge:

(1) die Regelungen dieses Vertrages;

...

(4) die VOB Teil B in der bei Vertragsschluß gültigen Fassung;

(5) die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), ...

..."

4 § 18 des Vertrages ("Sonstiges") lautet auszugsweise:

"...

(3) Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages ganz oder teilweise nichtig oder unwirksam sein, so bleibt die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen sowie des Vertrages insgesamt davon im Zweifel unberührt. Die Parteien verpflichten sich jedoch, die nichtige oder unwirksame Bestimmung durch eine ihr im wirtschaftlichen Ergebnis gleichkommende wirksame zu ersetzen. Das gleiche gilt, wenn dieser Vertrag eine Lücke haben sollte."

5 Für die Gewährleistungsansprüche galten nach § 10 (2) Satz 1 des Vertrages die Bestimmungen des Werkvertragsrechtes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, vorbehaltlich nachfolgender Regelungen und Änderungen. In Satz 2 war die Gewährleistungsfrist für alle Bauleistungen mit Ausnahme bestimmter genannter Fälle auf fünf Jahre festgesetzt.



6 § 13 des Ausgangsvertrages war in der Nachtragsvereinbarung durch einen neuen § 13 (Sicherheiten) ersetzt worden. Er lautet auszugsweise:

" ...

(2) Als Sicherheit für die vertragsgemäße und mängelfreie Ausführung der Leistungen hat der AN vor Erteilung der Schlußrechnung Zug um Zug gegen Rückgabe der unter (1) genannten Vertragserfüllungsbürgschaft eine Gewährleistungsbürgschaft in Höhe von 5 % des Betrages der Schlußrechnung einschließlich Mehrwertsteuer zu erbringen. ... Die Bürgschaft ist zurückzugeben, wenn alle unter die Gewährleistungsfrist fallenden Gewährleistungsansprüche nicht mehr geltend gemacht werden können, frühestens fünf Jahre nach erfolgter förmlicher Schlußabnahme, soweit der AN für die Abdichtungsarbeiten (§ 10 Ziffer (2) (b) dieses Vertrages) eine Gewährleistungsbürgschaft in Höhe von DM 30.000,00 gestellt hat.

..."

7 Die Abnahme erfolgte am 15. Dezember 2000 und am 7. Februar 2001. Unter dem 19. Februar 2001 übernahm die D. AG als bürgende Bank (im Folgenden: Bürgin) die Gewährleistungsbürgschaft über einen Betrag in Höhe von 938.235,94 € zugunsten der Klägerin gemäß der genannten Sicherungsabrede.

8 Wegen behaupteter Mängel am Flachdach leitete die Beklagte ein selbständiges Beweisverfahren ein, das über das Jahr 2007 hinaus andauerte. Inzwischen verfolgte die Beklagte ihre Gewährleistungsansprüche im Klageweg weiter. Mit Urteil des Landgerichts vom 30. November 2011 wurde die Klägerin unter Abweisung der weitergehenden Klage zur Zahlung eines Vorschusses zur Mängelbeseitigung in Höhe von 104.485,35 € verurteilt. Gegen dieses Urteil legte die Beklagte Berufung ein. Das Berufungsverfahren endete am 6. Dezember 2012 durch einen Vergleich, wonach es zur Abgeltung der streit-

gegenständlichen Ansprüche der Beklagten bei der Zahlung von 104.485,35 € entsprechend der landgerichtlichen Verurteilung verbleibe.

9 Wegen behaupteter Mängel am Verbundpflaster reichte die Beklagte nach Abschluss eines weiteren selbständigen Beweisverfahrens und anschließender ergebnisloser Vergleichsverhandlungen im Jahre 2011 Klage gegen die Klägerin und gegen die Bürgin ein. Sie begehrte Zahlung von Vorschuss sowie Schadensersatz in Höhe von insgesamt 160.551,63 €. Mit rechtskräftig gewordenem Urteil vom 30. Oktober 2012 wies das Landgericht die Klage wegen Verjährung ab.

10 Die Beklagte erklärte am 14. Februar 2012 eine Teilenthftung der Bürgin auf die Hälfte der Bürgschaftssumme (469.117,97 €). Am 7. Dezember 2012 gab sie die Bürgschaftsurkunde an die Klägerin zurück.

11 Die Klägerin behauptet, sie habe monatlich eine Avalprovision in Höhe von 1,5 % der Bürgschaftssumme (14.073,48 € pro Jahr) an die H. GmbH gezahlt, welche für sie als Dienstleister das Sicherheiten-Management betreibe. Diese Provision sei marktüblich. Die H. GmbH habe an die Bürgin ebenfalls Avalkosten in dieser Höhe gezahlt. Die Klägerin verlangt als Schadensersatz Erstattung dieser Avalkosten insoweit, als sie auf einen Bürgschaftsbetrag entfallen, der über die von ihr als berechtigt angesehenen Gewährleistungsansprüche der Beklagten in Höhe von 104.485,35 € hinausgeht, zuletzt noch für einen Zeitraum vom 20. September 2007 bis zur Rückgabe der Bürgschaftsurkunde in Höhe von 60.578,76 € nebst Zinsen.

12 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Beklagte unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung der Klägerin verurteilt, an die Klägerin 54.449,83 € nebst Zinsen zu zahlen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision möchte die Beklagte die vollständige Zurückweisung der Berufung erreichen.

Entscheidungsgründe:

13 Die Revision der Beklagten hat keinen Erfolg.

I.

14 Das Berufungsgericht hält einen Schadensersatzanspruch wegen Verzugs der Beklagten mit der Erfüllung eines Anspruchs auf teilweise Freigabe der Gewährleistungsbürgschaft aus § 280 Abs. 1, § 286 Abs. 1 und 2 BGB in der ausgerichteten Höhe für begründet. Der Klägerin habe jedenfalls ab dem 22. September 2007 ein Anspruch auf teilweise Rückgabe der Bürgschaft im Umfang von 812.853,52 € und nach Teilverzicht am 14. Februar 2012 noch in Höhe von 469.117,97 € zugestanden.

15 Zwar habe sich ein solcher Anspruch nicht aus § 13 (2) Satz 4 des Generalunternehmervertrages in der Fassung des Nachtrags ergeben. Denn der Wortlaut der Bestimmung könne nur dahin verstanden werden, dass die Rückgabe erst erfolgen solle, wenn fünf Jahre seit der Abnahme vergangen seien und keine noch nicht erfüllten Gewährleistungsansprüche mehr beständen, also der Sicherungszweck vollständig erloschen sei. Eine vorherige Teilrückgabe sei nicht vorgesehen. Hier hätten jedoch wegen Mängeln des Flachdachs bis zur Zahlung der Klägerin Gewährleistungsansprüche in Höhe von mindestens 104.485,35 € bestanden.

16 Grundlage für den Teilenthaltungsanspruch der Klägerin sei jedoch § 17 Nr. 8 Satz 2 VOB/B (1996), dessen subsidiäre Geltung im Rang nach den Vertragsbestimmungen und vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch im Generalunternehmervertrag vereinbart sei.

- 17 Die abweichend getroffene vertragliche Regelung stehe der Anwendung des § 17 Nr. 8 VOB/B nicht entgegen. Denn diese Vereinbarung sei nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam. Bei der Regelung in § 13 (2) des Generalunternehmervertrages, die in der Nachtragsvereinbarung nur um eine Passage ergänzt worden sei, handele es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB.
- 18 Die Beklagte sei auch Verwenderin des Generalunternehmervertrages. Aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme sei das Berufungsgericht davon überzeugt, dass der Vertragstext von der Beklagten durch Übermittlung eines Entwurfs in die Vertragsverhandlungen eingebracht worden sei. Zu Unrecht berufe sich die Beklagte darauf, § 13 (2) des Nachtrages sei individualvertraglich ausgehandelt worden. Sie lege diesbezüglich keine konkreten Tatsachen dar.
- 19 Die Sicherungsvereinbarung benachteilige im Hinblick auf die Regelung über die Rückgabe der Sicherheit die Klägerin als Gegnerin der Verwenderin unangemessen im Sinne des bei Vertragsschluss geltenden, aber mit § 307 Abs. 1 BGB inhaltsgleichen § 9 AGBG.
- 20 Die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Teilrückgabe der Bürgschaft aus § 17 Nr. 2 Satz 2 VOB/B seien jedenfalls seit dem 20. September 2007 im Umfang des über den Betrag von 104.485,35 € zuzüglich eines Sicherheitszuschlages von 20 % hinausgehenden Teils der Bürgschaft gegeben. Da die vereinbarte Gewährleistungsfrist von fünf Jahren seit dem 7. Februar 2006 abgelaufen gewesen sei, habe ein Rückgabeanspruch aus § 17 Nr. 8 Abs. 2 Satz 1 VOB/B bestanden, sofern nicht die Beklagte noch nicht erfüllte Gewährleistungsansprüche gehabt habe und einen "entsprechenden Teil der Sicherheit" zurückhalten durfte. Der Auftraggeber, der die Sicherheit behalten wolle, habe darzulegen und zu beweisen, dass und in welcher Höhe Gewährleistungsansprüche tatsächlich bestehen.

- 21 Auf Ansprüche auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten wegen der von ihr behaupteten Mängel am Verbundpflaster könne sich die Beklagte wegen der Rechtskraft des klageabweisenden Urteils des Landgerichts in dem vorausgegangenen Rechtsstreit gegen die Klägerin und die Bürgin nicht mit Erfolg berufen. Aufgrund der materiellen Rechtskraft dieses Urteils sei im vorliegenden Rechtsstreit zugrunde zu legen, dass solche Ansprüche nicht bestehen. Damit sei der Zweck der Sicherheitsvereinbarung entfallen und es bestehe kein schutzwürdiges Interesse des Auftraggebers mehr, die Bürgschaft zu behalten.
- 22 Bezüglich der Mängel am Flachdach bestünden über die unstreitigen 104.485,35 € hinaus ebenfalls keine weiteren Ansprüche der Beklagten. Das ergebe sich zwar nicht aus dem Vergleich der Parteien, der auf die dort streitgegenständlichen Ansprüche begrenzt worden sei. Jedoch folge auch aus dem Vortrag der Beklagten im hiesigen Verfahren, ihrem in Bezug genommenen Vortrag in dem mit Vergleich beendeten Prozess sowie den Gutachten im vorangegangenen selbständigen Beweisverfahren nicht, dass weitere Ansprüche als zuerkannt begründet seien.
- 23 Der entsprechende Teil der Sicherheit im Sinne von § 17 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B umfasse neben dem Gesamtbetrag der berechtigten Gewährleistungsansprüche (104.485,35 €) jedenfalls, wenn - wie hier - ganz überwiegend Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung geltend gemacht werde, einen Sicherheitszuschlag, der im vorliegenden Fall mit 20 % zu bemessen sei. Der Auftraggeber könne dagegen nicht in Anlehnung an § 641 Abs. 3 BGB einen Teil der Bürgschaft zurückhalten, der dem doppelten oder gar dreifachen Betrag der zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten entspreche.
- 24 Die Beklagte sei aufgrund einer Mahnung vom 20. September 2007 mit Wirkung zum 22. September 2007 mit der Rückgabe der Bürgschaft, soweit sie den Betrag von 200.000 € übersteigt, in Verzug geraten. Eine weitergehende, nun auf eine Freigabe des den Betrag von 104.485,35 € übersteigenden Teils

der Bürgschaft sich richtende Mahnung sei mit Zustellung des Mahnbescheides im hiesigen Prozess am 6. Juli 2011 erfolgt. Die nach § 286 Abs. 4 BGB dafür darlegungs- und beweisbelastete Beklagte habe keine Tatsachen darzulegen vermocht, aus denen sich ergebe, dass sie ohne Verschulden annehmen dürfte, dass ihre Gewährleistungsansprüche die volle Bürgschaftssumme von 938.935,24 € erreichten. Halte ein Besteller einen Teil der Vergütung zurück, weil er der Meinung sei, es bestünden Mängel, und erweisen sich diese nach einem längeren Prozess als unbegründet, so ändere sich nichts daran, dass der Besteller sich mit der Vergütung von Anfang an in Verzug befunden habe. Ebenso trage der Besteller, der eine Bürgschaft wegen Mängeln nicht zurückgebe, das Risiko, ob die Mängel tatsächlich bestehen oder nicht. Ein Schuldner habe nur einen unvermeidbaren Tatsachen- oder Rechtsirrtum nicht zu vertreten. Ein solcher liege jedoch nicht vor.

25 Der geltend gemachte Schaden sei nach dem Maßstab des § 287 Abs. 1 ZPO nachgewiesen. Er liege mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vor. Darauf, ob auch die H. GmbH ihrerseits der Bürgin eine Avalprovision in Höhe von 1,5 % zahle, komme es für den Schadensnachweis nicht an. Im Übrigen sei auch eine solche Zahlung überwiegend wahrscheinlich.

II.

26 Das hält der revisionsrechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand.

27 Auf das Schuldverhältnis der Parteien sind das Bürgerliche Gesetzbuch und das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Fassung anzuwenden, die für bis zum 31. Dezember 2001 geschlossene Verträge gilt, Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB.

- 28 1. Zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass sich Umfang und Zeitpunkt der Verpflichtung der Beklagten zur Freigabe der Bürgschaft und Rückgabe der entsprechenden Urkunde nicht aus § 13 (2) Satz 4 des Generalunternehmervertrages in der Fassung der Nachtragsvereinbarung ergeben. Diese Bestimmung ist gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.
- 29 a) Bei der Klausel handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 9 Abs. 1 AGBG. Die Annahme des Berufungsgerichts, es handele sich um eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung, weil sie für eine Mehrfachverwendung schriftlich oder in sonstiger Weise aufgezeichnet worden sei, ist im Ergebnis richtig.
- 30 aa) Zutreffend geht das Berufungsgericht im Ansatz davon aus, der erste Anschein spreche dafür, dass Klauseln zur Mehrfachverwendung vorformuliert sind, wenn in einem Bauvertrag Vertragsklauseln weitgehend allgemein und abstrakt gehalten sind (BGH, Urteil vom 26. Februar 2004 - VII ZR 247/02, BauR 2004, 841, 842 f. = NZBau 2004, 323). Es kann dahinstehen, ob bereits die abstrakte Formulierung der Klausel über die Rückgabeverpflichtung der Bürgschaft ohne Berücksichtigung der weiteren Gestaltung des Vertrages diesen Schluss zulässt, was die Revision in Zweifel zieht. Denn das Berufungsgericht hat außerdem - in anderem Zusammenhang - festgestellt, dass bei dem Bauvorhaben T. in D., das von einer anderen Rechtsvorgängerin der Klägerin errichtet worden ist und das die Beklagte gleichfalls später erworben hat, ein Vertrag Verwendung gefunden hat, der in Aufbau und Gestaltung mit dem hiesigen Vertrag weitgehend identisch ist. Der inhaltliche Aufbau mit 19 Paragraphen gleicht sich. Die hier entscheidende Regelung über die Rückgabe der Bürgschaft ist dort ebenfalls in § 13 mit derselben Überschrift wortgleich enthalten. Außerdem hat das Berufungsgericht im Zusammenhang mit der Beweisaufnahme darüber, wer den Vertragsentwurf in die Vertragsverhandlungen eingebracht hatte, festgestellt, dass der Entwurf des Vertrages von einer von der

Bauherrin beauftragten Anwaltskanzlei übersandt worden ist; der Text enthielt Auslassungen, die es ermöglichten, die vertraglichen Regelungen an einen individuellen Fall anzupassen, wobei die Regelung über die Rückgabe der Bürgschaft bereits identisch mit dem hier vorgelegten Vertragstext war. Diese Feststellungen werden von der Revision nicht angegriffen. Damit hat das Berufungsgericht auch festgestellt, dass der Vertrag zahlreiche formelhafte Klauseln enthielt, die nicht auf die individuelle Vertragssituation abgestimmt waren. Jedenfalls aus dem Inhalt und der Gestaltung der verwendeten Bedingungen insgesamt folgt deshalb ein nicht widerlegter Anschein dafür, dass sie zur Mehrfachverwendung vorformuliert worden waren (vgl. BGH, Urteil vom 27. November 2003 - VII ZR 53/03, BGHZ 157, 102, 106 f.).

31 Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht auch nicht übersehen, dass die Freigabeklausel in ihrem letzten Halbsatz insofern einen konkreten Bezug aufweist, als die Bürgschaftsrückgabe nur verlangt werden könne, soweit der Auftragnehmer für die Abdichtungsarbeiten eine Gewährleistungsbürgschaft in Höhe von 30.000 DM gestellt habe. Hierzu hat das Berufungsgericht vielmehr festgestellt, dass zwischen den Parteien unstreitig ist, dass die Regelungen über die Bürgschaft in Höhe von 5 % des Schlussrechnungsbetrages unabhängig davon gelten sollten, ob die weitere Bürgschaft wegen Abdichtungsarbeiten gestellt wird oder nicht. In revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise hat es deshalb angenommen, dass die Rückgabepflichtung durch diesen Zusatz nicht mit den Besonderheiten des Bauvorhabens verknüpft ist.

32 bb) § 13 (2) Satz 4 des Generalunternehmervertrages in der Fassung der Nachtragsvereinbarung ist auch nicht im Sinne von § 9 Abs. 2 AGBG zwischen den Vertragsparteien ausgehandelt worden. Das ergibt sich entgegen der Auffassung der Revision nicht aus der Änderung des Vertrages durch die Nachtragsvereinbarung.

33

(1) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfordert Aushandeln mehr als Verhandeln. Von einem Aushandeln in diesem Sinne kann nur dann gesprochen werden, wenn der Verwender zunächst 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 Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. Er muss sich also deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit erklären (BGH, Urteile vom 20. März 2014 - VII ZR 248/13, BGHZ 200, 326 Rn. 27; vom 22. November 2012 - VII ZR 222/12, BauR 2013, 462 Rn. 10). Die entsprechenden Umstände hat der Verwender darzulegen (BGH, Urteil vom 3. April 1998 - V ZR 6/97, NJW 1998, 2600, 2601). In aller Regel schlägt sich eine solche Bereitschaft auch in erkennbaren Änderungen des vorformulierten Textes nieder. Allenfalls unter besonderen Umständen kann ein Vertrag auch dann als Ergebnis eines "Aushandelns" gewertet werden, wenn es schließlich nach gründlicher Erörterung bei dem gestellten Entwurf verbleibt (BGH, Urteil vom 22. November 2012 - VII ZR 222/12, aaO; Versäumnisurteil vom 23. Januar 2003 - VII ZR 210/01, BGHZ 153, 311, 321 m.w.N.). Selbst bei Änderungen des Textes verliert eine Klausel ihren Charakter als Allgemeine Geschäftsbedingung nur dann, wenn die nachträgliche Änderung in einer Weise erfolgt, die es rechtfertigt, sie wie eine von vornherein getroffene Individualvereinbarung zu behandeln. Das ist nicht der Fall, wenn der Verwender auch nach Vertragsschluss dem Vertragspartner keine Gestaltungsfreiheit eingeräumt und den gesetzesfremden Kerngehalt der Klausel nicht zur Disposition gestellt hat und die Parteien auf dieser Grundlage eine Einigung finden, mit der die nachteilige Wirkung der Klausel lediglich abgeschwächt wird (vgl. BGH, Urteil vom 7. März 2013 - VII ZR 162/12, BauR 2013, 946 Rn. 30 = NZBau 2013, 297).

34 (2) Zu Recht hat das Berufungsgericht eine Darlegung der Beklagten dahin vermisst, inwiefern gerade die inhaltlich unverändert gebliebene Klausel zur Rückgabe der Bürgschaft zur Disposition gestellt worden sei. Die Revision zeigt keinen Vortrag der Beklagten auf, nach dem auch die hier in Rede stehende Regelung zur Rückgabeverpflichtung der Gewährleistungsbürgschaft im Rahmen der Nachtragsvereinbarung ernsthaft zur Disposition gestellt worden ist. Auch aus der Tatsache, dass die Parteien in der Nachtragsvereinbarung zunächst § 13 des Ausgangsvertrages insgesamt aufgehoben und an seine Stelle einen neuen § 13 gesetzt haben, folgt dies nicht.

35 Aus der Vorbemerkung zu der Nachtragsvereinbarung ergibt sich, dass sie deshalb getroffen worden ist, weil die Parteien übereingekommen waren, von der zunächst vorgesehenen Vorfinanzierung des Bauvorhabens durch die Klägerin Abstand zu nehmen und stattdessen Abschlagszahlungen nach Baufortschritt zu vereinbaren. Hierdurch war eine Reihe von Änderungen des Vertrages notwendig, auch zur Absicherung der nunmehr in anderer Form und Höhe bestehenden gegenseitigen Risiken. Daraus ergibt sich gerade nicht, dass die hiervon nicht betroffenen Regelungen wie die der Rückgabe der Gewährleistungsbürgschaft in der Weise betroffen waren, dass auch sie ernsthaft zur Disposition gestellt worden sind, noch folgt daraus, dass die Tatsache der unveränderten Übernahme dieser Regelung im Gegenzug zu anderweitigen Verbesserungen der Vertragsgestaltung zugunsten der Klägerin ausgehandelt worden sein sollten.

36 b) Dass die Beklagte Verwenderin der Klauseln des Generalunternehmervertrags war, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler festgestellt.

37 c) Im Ergebnis richtig geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Rückgabeklausel in § 13 (2) des Vertrages als Allgemeine Geschäftsbedingung gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam ist. Sie benachteiligt die Klägerin entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, weil sie die "Rückgabe der

Bürgschaft" insgesamt davon abhängig macht, dass keine Gewährleistungsansprüche mehr geltend gemacht werden können, und eine teilweise Enthftung nicht vorgesehen ist.

38 aa) Eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 9 Abs. 1 AGBG ist dann gegeben, wenn der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen (st. Rspr.; z.B. BGH, Urteil vom 27. Mai 2010 - VII ZR 165/09, BauR 2010, 1219 Rn. 23 m.w.N. = NZBau 2010, 495).

39 bb) So liegt der Fall hier.

40 Nach der Vertragsgestaltung kann der Auftraggeber eine als Höchstbetragsbürgschaft gegebene Gewährleistungsbürgschaft auch nach Ablauf der für Gewährleistungsansprüche vereinbarten Verjährungsfrist von fünf Jahren unabhängig davon "behalten", in welcher Höhe er zu diesem Zeitpunkt noch gesicherte Ansprüche hat, sofern solche nur überhaupt existieren. Das benachteiligt den Auftragnehmer entgegen Treu und Glauben schon deshalb unangemessen, weil es unabhängig vom Verhältnis des Wertes der gesicherten Ansprüche zu der Höhe der gesamten Bürgschaft gilt. So würde etwa ein ganz geringer berechtigter Anspruch im Wert von 1.000 € ausreichen, um eine Bürgschaft in Höhe von nahezu einer Millionen Euro zurückzuhalten, was zu entsprechend hohen Belastungen des Auftragnehmers führen würde, weil ein Bürge regelmäßig sowohl die Avalkosten als auch die Kreditlinie des Auftragnehmers danach berechnet, bis zu welchem Höchstbetrag er sich verbürgt hat. Dem steht allenfalls das Interesse des Auftraggebers gegenüber, den Auftragnehmer mit der Zurückhaltung der (höheren) Bürgschaft zur Erfüllung des berechtigten Anspruchs besonders unter Druck setzen zu können. Es kann dahinstehen, ob ein solches Interesse überhaupt aner kennenswert und schutzwürdig ist. Jedenfalls

bei einem groben Missverhältnis zwischen dem berechtigten Anspruch und den entstehenden Nachteilen für den Auftragnehmer wird dieser hierdurch entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.

41 Es entspricht einem allgemeinen Grundsatz, dass auch die Durchsetzung bestehender Rechte nicht ohne Rücksicht auf die Belange des Schuldners erfolgen und im Einzelfall als Ausprägung von Treu und Glauben beschränkt sein kann. So wird etwa das Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB insbesondere auch in Fällen der Unverhältnismäßigkeit nach § 320 Abs. 2 BGB eingeschränkt. Vergleichbares gilt für die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts (vgl. MünchKommBGB/Krüger, 6. Aufl., § 273 Rn. 72). Deshalb benachteiligt eine Klausel, die eine entsprechende Druckposition auch bei einem groben Missverhältnis begründet, den Gegner des Klauselverwenders unangemessen.

42 Entgegen der Auffassung der Revision ist eine andere Beurteilung nicht deswegen geboten, weil die zu stellende Gewährleistungsbürgschaft ohnehin nur Ansprüche bis zur Höhe von 5 % des Auftragswertes absichert, was sich im Einzelfall als unzureichend erweisen kann. Die Möglichkeit der Zurückhaltung der unveränderten Bürgschaft auch bei unerledigten Mängelansprüchen geringerer Höhe wird nicht dadurch aufgewogen, dass auch bei unerledigten höheren Mängelansprüchen nur diese, Ansprüche in Höhe von 5 % der Auftragssumme absichernde, Bürgschaft zurückgehalten werden könnte. Zwischen diesen Situationen gibt es keinen Zusammenhang.

43 2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts beurteilt sich die Freigabeverpflichtung der Beklagten auch nicht nach § 17 Nr. 8 Satz 2 VOB/B (1996). Das Berufungsgericht hat die Anwendbarkeit dieser Regelung ohne Weiteres aus der Vereinbarung der Parteien, die VOB/B gelte im Rang nach den Vertragsbestimmungen, abgeleitet. Diese Auslegung ist rechtsfehlerhaft. Das Berufungsgericht hat wesentlichen Auslegungstoff unberücksichtigt gelas-

sen, weil es den Wortlaut des Vertrages nicht ausreichend berücksichtigt hat. Da weitere Feststellungen nicht zu erwarten sind, kann der Senat die gebotene neue Auslegung selbst vornehmen.

44 § 2 des Vertrages bestimmt eine Rangfolge zwischen den "Regelungen des Vertrages" und der VOB/B nur "im Falle des Widerspruchs und für eventuelle Vertragsauslegungen". Beides liegt nicht vor. Der bestehende Widerspruch zwischen § 13 (2) Satz 4 des Generalunternehmervertrages und § 17 Nr. 8 Satz 2 VOB/B (1996) sollte gerade dahin aufgelöst werden, dass Ersteres gilt. Was im Fall der Unwirksamkeit der vorrangigen Bestimmung gilt, ist dort nicht geregelt. Hierzu findet sich vielmehr in § 18 (3) eine Klausel. Hiernach verpflichten sich die Parteien, eine unwirksame Bestimmung durch eine im wirtschaftlichen Ergebnis gleichkommende wirksame zu ersetzen. Ein Rückgriff auf § 17 Nr. 8 Satz 2 VOB/B (1996) scheidet damit aus, weil dort eine Teilenthftung vorgesehen ist.

45 3. Aus § 18 (3) des Vertrages lässt sich ebenfalls nichts für eine Freigabepflicht der Beklagten herleiten. Denn Klauseln, nach denen eine Regelung maßgebend sein soll, deren wirtschaftlicher Erfolg einer nach § 9 Abs. 1 AGBG unwirksamen Klausel (soweit wie möglich) entspricht, sind ihrerseits wegen Verstoßes gegen § 6 Abs. 2 AGBG nach § 9 AGBG nichtig (vgl. BGH, Urteile vom 22. November 2001 - VII ZR 208/00, BauR 2002, 463 unter II. 3. = NZBau 2002, 151; vom 8. Mai 2007 - KZR 14/04, NJW 2007, 3568 Rn. 24; Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl., § 306 Rn. 15; H. Schmidt in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl., § 306 BGB Rn. 39; jeweils m.w.N.).

46 4. Die Freigabeverpflichtung der Beklagten ergibt sich jedoch aus den gemäß § 6 Abs. 2 AGBG maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften. Da das dispositive Recht keinen Anspruch des Bestellers auf eine Gewährleistungssicherheit vorsieht, existieren zwar keine ausdrücklichen Regelungen über die etwaige Rückgewähr solcher Sicherheiten. Jedoch kann auch eine nach §§ 133,

157 BGB vorzunehmende ergänzende Vertragsauslegung zur Schließung einer Lücke, die durch die Unwirksamkeit einer der Inhaltskontrolle nach dem Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterliegenden Klausel entstanden ist, heranzuziehen sein, wenn der Regelungsplan der Parteien infolge der Lücke einer Vervollständigung bedarf. Das ist dann anzunehmen, wenn dispositives Gesetzesrecht zur Füllung der Lücke nicht zur Verfügung steht und die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klausel keine angemessene, den typischen Interessen des AGB-Verwenders und seines Vertragspartners Rechnung tragende Lösung bietet (vgl. BGH, Urteile vom 3. November 1999 - VIII ZR 269/98, BGHZ 143, 103, 120; vom 4. Juli 2002 - VII ZR 502/99, BGHZ 151, 229, 234; jeweils m.w.N.).

47 a) So liegt der Fall hier.

48 aa) Für nichtakzessorische fiduziarische Sicherheiten entspricht es ständiger Rechtsprechung, dass ihrer Bestellung auch ohne ausdrückliche Vereinbarung ein Treuhandverhältnis zu Grunde liegt. Hieraus ergibt sich - abgesehen vom Fall auflösend bedingter Sicherungsübertragungen - die Pflicht des Sicherungsnehmers, die Sicherheit schon vor Beendigung des Vertrages zurückzugewähren, wenn und soweit sie endgültig nicht mehr benötigt wird. Diese Pflicht folgt gemäß § 157 BGB aus dem fiduziarischen Charakter der Sicherungsabrede sowie der Interessenlage der Vertragsparteien. Soweit Sicherheiten nicht nur vorübergehend nicht mehr benötigt werden, also eine endgültige Übersicherung vorliegt, ist ihr weiteres Verbleiben beim Sicherungsnehmer ungerechtfertigt. Dieser vertragliche Anspruch des Sicherungsgebers auf Rückgabe nicht mehr benötigter Sicherheiten besteht auch dann, wenn der Sicherungsvertrag eine ausdrückliche Freigaberegelnung nicht oder nur eine unangemessen beschränkende und deshalb unwirksame Freigabeklausel enthält. Das Fehlen einer ausdrücklichen wirksamen Regelung des vertraglichen Freigabeanspruchs führt deshalb nicht zur Unwirksamkeit der Sicherheitenvereinbarung (BGH, Be-

schluss vom 27. November 1997 - GSZ 1/97, GSZ 2/97, BGHZ 137, 212, 218 ff. m.w.N.).

49 bb) Entsprechende Erwägungen mit den folgenden Unterschieden gelten für die Vereinbarung der Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft in einem Bauvertrag: Wegen der Akzessorietät der Bürgschaft bedarf es einer Rückgewähr der Sicherheit selbst im engeren Sinne nach dem (teilweisen) Wegfall des Sicherungszwecks nicht. Ein Treuhandverhältnis liegt nicht vor. Gleichwohl verbleiben dem Unternehmer, wie oben (unter 1.c)) bereits dargestellt, Nachteile und auch dem Besteller in gewissem Umfang Vorteile (vgl. dazu BGH, Urteil vom 9. Oktober 2008 - VII ZR 227/07, BauR 2009, 97 Rn. 10 f. = NZBau 2009, 116). Der Zweck der Sicherungsvereinbarung und die Interessenlage der Parteien erfordern es, dass der Besteller die erhaltenen Rechte und Vorteile aus einer geleisteten Sicherheit nach Wegfall des Sicherungszweckes nicht mehr behalten darf. In diesem Sinne können und müssen auch Rechte aus einer Bürgschaft zurückgegeben werden (BGH, Urteil vom 9. Oktober 2008 - VII ZR 227/07, aaO Rn. 9-11). Zugleich muss verhindert werden, dass der Unternehmer Nachteile erleidet, ohne dass dies noch erforderlich ist.

50 cc) Nach diesen Maßstäben führt auch der teilweise Wegfall des Sicherungszwecks zu einem Rückgabeanspruch des Unternehmers. Hiernach hat der Besteller regelmäßig nach Ablauf der vereinbarten Frist eine Bürgschaft insoweit freizugeben, als zu diesem Zeitpunkt keine durchsetzbaren Gewährleistungsansprüche bestehen.

51 Allein die Sicherungsabrede entscheidet darüber, ob der Sicherungszweck entfallen ist (vgl. MünchKommBGB/Krüger, 6. Aufl., § 273 Rn. 59). Hierzu haben die Parteien in § 13 (2) des Vertrages nur vereinbart, dass die Klägerin eine Gewährleistungsbürgschaft als Sicherheit für die vertragsgemäße und mängelfreie Ausführung der Leistungen zu erbringen hat. Danach betrifft die Bürgschaft - auch hier wie regelmäßig nur auf Geld gerichtete - Gewährleis-

tungsansprüche der Beklagten wegen Mängeln der Leistung der Klägerin. Sie soll absichern, dass die Beklagte mit ihren Gewährleistungsansprüchen nicht ausfällt. Das setzt tatsächlich bestehende Ansprüche voraus, denen keine dauerhafte Einrede entgegensteht.

52 Ohne Erfolg macht die Revision geltend, der Sicherungszweck sei darüber hinaus insoweit noch nicht endgültig erledigt, als zu diesem Zeitpunkt aus wirtschaftlich vertretbarer ex-ante-Sicht des Bestellers noch erhebliche weitere Ansprüche wegen weiterer rechtzeitig gerügter Mängel bestünden. Ein solches Interesse eines Bestellers, bis zur Klärung von ihm erhobener, aber tatsächlich unberechtigter Gewährleistungsansprüche hierfür eine Bürgschaft zu behalten, ist regelmäßig - ohne besondere Vereinbarung - nicht vom Sicherungszweck einer Gewährleistungsbürgschaft umfasst. Sie soll dem Besteller nicht das Risiko einer Fehleinschätzung über das Bestehen von Mängeln abnehmen. Eine andere Beurteilung ist nicht deshalb geboten, weil der Besteller andernfalls im Hinblick auf das Risiko, Ansprüchen wegen der Kosten der Sicherheit ausgesetzt zu sein, bewogen sein könnte, die Bürgschaft bereits zurückzugeben, obwohl sich später herausstellt, dass er mit berechtigten Forderungen ausfällt. Insoweit besteht kein Unterschied zur gesetzlichen Situation vor der (Schluss-) Zahlung des Werklohns. Hier sind Gewährleistungsansprüche des Bestellers dadurch gesichert, dass dem Besteller die Möglichkeiten eines Leistungsverweigerungsrechts oder der Aufrechnung mit auf Geld gerichteten Ansprüchen gegenüber der Werklohnforderung offen stehen. Das Risiko, sich zu Unrecht auf Mängel zu berufen, wird ihm dadurch nicht abgenommen. In diesem Fall kommt er, vorbehaltlich einer möglichen Entschuldigung (§ 285 BGB, jetzt: § 286 Abs. 4 BGB n.F.; siehe dazu unten 5.), auch mit der Zahlung des Werklohns in Verzug. Die bloße Vereinbarung einer Gewährleistungssicherheit für Mängel des Werkes beinhaltet nicht stillschweigend eine weitergehende Absicherung. Sie enthält entgegen der Auffassung der Revision regelmäßig nicht die Abrede der Sicherung für jeden noch ungewissen Fall der nicht ordnungs-

gemäßen Vertragsdurchführung. Vielmehr sichert sie für den vereinbarten Zeitraum, häufig bis zum Ende der Verjährungsfrist, die Ungewissheit ab, ob und in welchem Umfang noch Mängel entdeckt werden. Sind am Ende dieser Frist Mängel im Streit, obliegt es dem Besteller, seine vermeintlichen Rechte durchzusetzen und zu klären; das Risiko, hierbei keinen Erfolg zu haben, verbleibt bei ihm und umfasst auch die Frage, ob er die gestellte Bürgschaft zu Recht behalten hat.

53 Zu Unrecht beruft sich die Revision in diesem Zusammenhang auf die vor der Einführung des § 641 Abs. 3 BGB schon bestehende Rechtsprechung des Senats, dass die Höhe eines Leistungsverweigerungsrechts von den voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten abhängt. Diese Rechtsprechung betrifft nur den Umfang des Leistungsverweigerungsrechts, nicht aber dessen Voraussetzungen. Vergleichbare Bemessungsfragen stellen sich im Rahmen der teilweisen Freigabe einer Bürgschaft, die nur Zahlungsansprüche sichert, nicht. Soweit die Möglichkeit weiterer höherer Zahlungsansprüche als der Kostenvorschussansprüche besteht, hat das Berufungsgericht dem bei den tatsächlich bestehenden Ansprüchen durch einen Sicherheitszuschlag von 20 % Rechnung getragen. Dass dieser unzureichend sei, macht die Revision nicht geltend.

54 b) Auf dieser Grundlage hat das Berufungsgericht den Teilfreigabeanspruch im Ergebnis auch in der Höhe nicht zum Nachteil der Beklagten falsch ermittelt.

55 aa) Mängel im Verbundpflaster sind nicht zu berücksichtigen. Diesbezügliche Gewährleistungsansprüche der Beklagten gegen die Klägerin waren jedenfalls am 20. September 2007 verjährt.

56 Die Bürgin konnte die Einrede der Verjährung der Hauptforderung erheben. § 17 Nr. 8 VOB/B war nicht vereinbart. Weder der Bürgschaftsvertrag noch die Sicherungsabrede im Bauvertrag enthalten eine Regelung dahin, dass unter

bestimmten Voraussetzungen auch verjährte Forderungen gesichert sein sollten.

57 bb) Die Kosten für die Beseitigung der Mängel am Flachdach hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt. Die hiergegen erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet, § 564 Satz 1 ZPO.

58 cc) Einen "Druckzuschlag" musste das Berufungsgericht nicht berücksichtigen. Auch dieser ist vom Sicherungszweck regelmäßig nicht umfasst, wenn die Hingabe einer Bürgschaft zur Sicherung von auf Geld gerichteten Gewährleistungsansprüchen vereinbart ist. Denn er hat nichts mit der Sicherung der Durchsetzung berechtigter Zahlungsansprüche zu tun und wird hierfür nicht benötigt. Der von Revision angeführte Vergleich mit §§ 320, 641 Abs. 3 BGB lässt außerdem unberücksichtigt, dass das Leistungsverweigerungsrecht gerade über die Sicherung des Anspruchs hinaus bezweckt, Druck auf den Unternehmer zur Nachbesserung auszuüben (vgl. etwa BGH, Urteil vom 16. Januar 1992 - VII ZR 85/90; BauR 1992, 401, 402). Im Übrigen kommt die direkte Anwendung dieser Vorschriften nicht in Betracht, weil es am Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen dem Freigabeanspruch und einem Nachbesserungsanspruch fehlt.

59 5. Auf dieser Grundlage war die Beklagte im vom Berufungsgericht angenommenen Umfang mit ihrer Freigabeverpflichtung in Verzug. Sie hat sich auch nicht nach § 285 BGB entlastet.

60 Ob den Eintritt des Verzugs hindernde Umstände gegeben sind, unterliegt der Beurteilung im Einzelfall. Der Besteller kommt mit der Rückgabepflicht nicht in Verzug, wenn er einem nicht zu vertretenden Irrtum über das Bestehen oder den Umfang einer gesicherten Forderung unterlegen ist (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 - VII ZR 53/10, BauR 2011, 828 Rn. 16 = NZBau 2011,

286 zur Leistungspflicht eines Bürgen). Rechtsfehlerfrei hat es das Berufungsgericht nicht ausreichen lassen, wenn die Beklagte bezüglich der Wärmedämmung aufgrund der Ausführungen des Sachverständigen K. mit wesentlich höheren Mängelbeseitigungskosten gerechnet hat. Die hiergegen erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet, § 564 Satz 1 ZPO.

61 6. Schließlich ist auch die Schadensschätzung des Berufungsgerichts revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die hiergegen ebenfalls erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet, § 564 Satz 1 ZPO.

III.

62 Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Eick

Halfmeier

Kartzke

Jurgeleit

Richterin am Bundesgerichtshof
Sacher kann ihre Unterschrift infolge
urlaubsbedingter Abwesenheit nicht
beifügen.

Eick

Vorinstanzen:

LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 05.10.2012 - 2-20 O 368/11 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 19.02.2014 - 4 U 252/12 -