
Datum: 15.03.2000
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 25. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 25 U 130/99
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2000:0315.25U130.99.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 14 O 136/99

Tenor:

Auf die Berufung der Streithelferin der Beklagten wird das am 26. Mai 1999 verkündete Urteil der 14. Zivilkammer des Landgerichts Münster abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der erstinstanzlichen außergerichtlichen Kosten der Streithelferin der Beklagten.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beschwer der Klägerin übersteigt nicht 60.000,00 DM, jedoch wird zugunsten der Klägerin die Revision zugelassen.

Tatbestand:

Die Klägerin schloß unter dem 15. Oktober 1996 mit der Streithelferin einen Nachunternehmervertrag, wonach diese bei einem Bauvorhaben in H den Stahlbetonboden zu einem Pauschalpreis von 338.500,00 DM netto erstellen sollte.

1

2

3

Der Nachunternehmervertrag, auf dessen Inhalt im übrigen Bezug genommen wird (Bl. 6 ff.), enthält u.a. die folgenden Bestimmungen:

Ziff. 8: Gewährleistung lt. VOB, jedoch verlängert auf 5 Jahre. Dabei wurde der vorbezeichnete Satz handgeschrieben. 4

Ziff. 11: Bürgschaften 5

11.2. Der Einbehalt zur Sicherung der Gewährleistungsansprüche beträgt 5 % der Abrechnungssumme inkl. Mehrwertsteuer. Der Nachunternehmer ist berechtigt, diesen Sicherheitseinbehalt durch eine Bankbürgschaft abzulösen. 6

11.3. Die vorzulegende ... Gewährleistungsbürgschaft müssen lt. beiliegenden Mustern selbstschuldnerisch, unbefristet und auf erstes Anfordern von einem inländischen Kreditinstitut ausgestellt sein. Der Bürge muß auf die Einreden gemäß §§ 768, 770, 771, 776 BGB und die Hinterlegung verzichten. 7

Unter dem 21.01.1997 unterzeichnete die Beklagte eine Bürgschaftsurkunde zugunsten der Klägerin. Darin übernahm sie für die Erfüllung der Gewährleistungspflichten sowie eventuelle Überzahlungen der Streithelferin eine selbstschuldnerische Bürgschaft und verpflichtete sich, bis zu einem Höchstbetrag von 19.269,11 DM auf erstes Anfordern unter Verzicht auf die Einreden aus §§ 768, 770, 771, 776 BGB zu zahlen. Auf den Inhalt der Bürgschaftsurkunde wird im übrigen Bezug genommen (Bl. 5). 8

Mit Schreiben vom 20.01.1998 forderte die Klägerin die Streithelferin auf, Mängel zu beseitigen und setzte ihr mit einem weiteren Schreiben vom 26.01.1998 eine Frist zur Mängelbeseitigung mit Ablehnungsandrohung bis zum 15.02.1998. 9

Mit Schreiben vom 17.02.1999 forderte die Klägerin die Beklagte auf, den Bürgschaftsbetrag bis zum 26.02.1999 zu zahlen. 10

Die Streithelferin widersprach mit anwaltlichem Schreiben vom 23.02.1999 gegenüber der Beklagten der Zahlung. 11

Die Klägerin hat behauptet, in der von der Streithelferin hergestellten Stahlfaserplatte seien Risse aufgetreten. 12

Sie hat beantragt, 13

die Beklagte zu verurteilen, an sie 19.269,11 DM nebst 11,75 % Zinsen seit dem 27.02.1999 zu zahlen. 14

Die Beklagte hat beantragt, 15

die Klage abzuweisen. 16

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die Bürgschaft sei unwirksam, da die Klausel über die Bürgschaftsbegebung im Nachunternehmervertrag gegen § 9 AGBG verstoße. 17

Durch das angefochtene Urteil hat das Landgericht im wesentlichen antragsgemäß die Beklagte zur Zahlung von 19.269,11 DM nebst Zinsen verurteilt. Zur Begründung ist im wesentlichen ausgeführt, der zwischen der Beklagten und der Klägerin geschlossene Bürgschaftsvertrag sei wirksam. Die dort gegebene Gewährleistungsbürgschaft auf erstes 18

Anfordern stelle keine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 9 AGBG dar. Es sei jedenfalls nicht offensichtlich, daß die Klauseln Nr. 8 und 11 des Nachunternehmervertrages unwirksam seien. Vielmehr spreche der äußere Anschein dafür, daß die Verlängerung der Gewährleistungszeit auf fünf Jahre ausgehandelt worden sei. Insoweit weiche der Sachverhalt von der Entscheidung des BGH in NJW 1997, 2598 ff. entscheidend ab. Grundsätzlich sei eine Verpflichtung zur Stellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern wirksam. Im übrigen sei, anders als in der vorgenannten BGH-Entscheidung, der Gewährleistungsfall bereits eingetreten, woraus sich ein Recht der Klägerin im Verhältnis zur Streithelferin ergeben könne, die Bürgschaftsurkunde zu behalten. Auf den weiteren Inhalt der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils wird Bezug genommen (Bl. 56 ff.).

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Streithelferin. Diese greift das angefochtene Urteil mit Rechtsausführungen an und trägt vor: Die Inanspruchnahme der Bürgschaft sei rechtsmißbräuchlich, da die der Bürgschaftsgestellung zugrundeliegende Klausel Nr. 11 in dem Nachunternehmervertrag einer Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG nicht standhalte. Bei den genannten Ziffern handele es sich um eine für eine Vielzahl von Fällen vorformulierte Vertragsklausel, was die Streithelferin mit verschiedenen Nachunternehmerverträgen sowie Bürgschaftsverpflichtungen belegt (Bl. 96 ff.). Ein Aushandeln der entsprechenden Klauseln habe nicht stattgefunden. - Die Streithelferin legt des weiteren dar, daß ein Gewährleistungsfall in den der Bürgschaftsbegebung zugrundeliegenden Bauvorhaben nicht vorliege.

Die Streithelferin beantragt,

das Urteil des Landgerichts abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die gegnerische Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil mit Rechtsausführungen.

Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Streithelferin ist begründet, da der Inanspruchnahme der Beklagten aus der Bürgschaftsverpflichtung vom 21.01.1997 der Einwand des Rechtsmißbrauchs entgegensteht.

1.

Grundsätzlich ist der Gläubiger einer Bürgschaft auf erstes Anfordern berechtigt, sofortige Zahlung zu verlangen, wenn er den Bürgschaftsfall für eingetreten hält, ohne seine materielle Berechtigung darlegen und beweisen zu müssen. Dies ergibt sich aus dem Sinn und Zweck dieser Bürgschaftsform, durch die dem Gläubiger sofort liquide Mittel zugeführt werden sollen. Dieser Zweck läßt sich nur erreichen, wenn die Anforderungen an die Erklärung, welche die vorläufige Zahlungspflicht auslöst, streng formalisiert sind, d.h. sich auf das beschränken, was in der Verpflichtungserklärung als Voraussetzung der Zahlung genannt und für jedermann ersichtlich ist (BGH NJW 1984, 923, BGH NJW-RR 1989, 1324; BGH NJW 1994, 380, 381 = MDR 94, 721).

Das Recht des Gläubigers, sofortige Zahlung ohne Darlegung und Nachweis seine Berechtigung verlangen zu können, findet jedoch seine Grenze im Falle des Rechtsmißbrauchs. Dieser Einwand ist auf die Fälle zu beschränken, in denen die mißbräuchliche Ausnutzung einer formalen Rechtsstellung offenkundig und für jedermann klar erkennbar ist. Ansonsten sind Streitfragen tatsächlicher und rechtlicher Art, deren Beantwortung sich nicht von selbst ergibt, in einem Rückforderungsprozeß auszutragen (BGH NJW 1984, 2030; 1988, 2610; 1989, 1480; NJW-RR 1989, 1324; NJW 1994, 381; Baurecht 1997, 665).

Der Bundesgerichtshof (ZfBR 1997, 38 = NJW 1997, 255) hat einen Fall des Rechtsmißbrauchs allerdings bisher nur in Fällen angenommen, in denen der Bürgschaftsfall offenkundig nicht eingetreten ist. Darüberhinaus kann nach Auffassung des Senats ein Rechtsmißbrauch aber auch dann vorliegen, wenn offenkundig ist, daß der Bürgschaftsgläubiger die Bürgschaft auf erstes Anfordern von vornherein ohne rechtlichen Grund erlangt hat, weil eine Verpflichtung zur Bürgschaftsgestellung nicht rechtswirksam entstanden ist (ähnl. KG BauR 1997, 665; OLG München WM 1998, 342, 345). Ein grundlegender Unterschied ist, was die Bewertung unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmißbrauchs betrifft, bei den verschiedenen Fallgruppen nicht gegeben. In beiden Fällen geht es darum, daß der Bürgschaftsschuldner ungeachtet des vereinbarten Ausschlusses des § 768 BGB die Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Hauptschuldner geltend machen kann, sofern sich die Inanspruchnahme aus der Bürgschaft als rechtsmißbräuchliches Verhalten des Gläubigers darstellt. Allerdings ist zu berücksichtigen, daß der Einwand des Rechtsmißbrauchs stets auch ein subjektives Element beinhaltet in dem Sinne, daß der Rechtsinhaber wissen muß, daß er sein Recht nur formell ohne materielle Berechtigung in Anspruch nimmt. Dieses Wissen wird dem Bürgschaftsgläubiger im Falle einer Unwirksamkeit der zugrundeliegenden Gestellungsverpflichtung - anders als im Falle des Nichteintritts des Bürgschaftsfalles - vielfach fehlen, da er in der Regel davon ausgeht, daß die Vereinbarung zwischen ihm und dem Hauptschuldner zur Ablösung der Sicherheit durch Bankbürgschaft rechtswirksam entstanden ist. Von daher wird in solchen Fällen der Einwand des Rechtsmißbrauchs in der Regel erst von dem Zeitpunkt an begründet sein, zu dem er vom Hauptschuldner auf Rückgabe der Bürgschaftsurkunde in Anspruch genommen wird und er von den Gründen, die der Wirksamkeit der Verpflichtung entgegenstehen, eindeutige Kenntnis erlangt hat.

2. 32

Im vorliegenden Fall kann die Beklagte (bzw. die Streithelferin für sie) mit Erfolg den Einwand geltend machen, daß die Klägerin die Bürgschaft auf erstes Anfordern im Verhältnis zur Hauptschuldnerin rechtsgrundlos erworben hat, da die Bestimmungen des Nachunternehmervertrages, aus denen sich die Verpflichtung zur Bestellung der Bürgschaft ergeben, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH NJW 1997, 2598 = BauR 1997, 829) gegen § 9 AGBG verstoßen, wobei die Klägerin die nach dem oben Gesagten zu fordernde Kenntnis der den Rechtsmißbrauch begründenden Umstände spätestens durch den Klageerwiderungsschriftsatz (Bl. 18, 19) und den darin enthaltenen Hinweis auf die einschlägige BGH-Rechtsprechung erlangt hat und dieser Schriftsatz zugleich eine konkludente Aufforderung zur Rückgabe der Bürgschaftsurkunde enthält. Nach dieser Rechtsprechung, welcher der Senat sich anschließt, benachteiligt eine Bestimmung in allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bauvertrages, wonach der Besteller nach Abnahme des Bauwerks 5 % der Auftragssumme für die Dauer einer fünfjährigen Gewährleistungsfrist als Sicherheit einbehalten darf, den Unternehmer entgegen dem Gebot von Treu und Glauben unangemessen und ist nach § 9 AGBG unwirksam, wenn dem

Unternehmer kein angemessener Ausgleich zugestanden wird, wobei das dem Unternehmer eingeräumte Recht, den Einbehalt durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern abzulösen, keinen angemessenen Ausgleich in diesem Sinne darstellt.

Die vorbezeichneten Grundsätze gelten auch im vorliegenden Fall. Auch hier wird gem. Ziff. 11 Abs. 2 und 3 die in Ziff. 8 vereinbarte fünfjährige Gewährleistungsfrist mit einem Sicherheitseinbehalt für Gewährleistungsansprüche i.H.v. 5 % verknüpft, ohne daß die gem. Ziff. 11.2. und 11.3. zu stellende Bürgschaft auf erstes Anfordern einen angemessenen Ausgleich bedeutet. Daß die vertragliche Regelung, anders als in dem vom BGH (a.a.O.) entschiedenen Fall, keinen ausdrücklichen Ausschluß des § 17 VOB/B enthält, spielt dabei keine Rolle, da nach Ziff. 8 die VOB ohnehin nur in eingeschränktem Maße, nämlich für die Gewährleistung, vereinbart worden ist. Der Senat versteht dies dahingehend, daß damit die eigentliche Gewährleistungsregelung gem. § 13 der VOB/B - bis auf Ziff. 4 - gelten sollte, nicht aber die weiteren Regelungen der VOB, die - wie § 17 - mit der Gewährleistung nur in einem mittelbaren Zusammenhang stehen. Es sind aus der Gesamtregelung keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß die Auftraggeberin der Streithelferin weitergehende Ablösungsmöglichkeiten, etwa durch einfache Bürgschaft oder sonstige Sicherheitsleistungen entsprechend § 17 VOB/B einräumen wollte. Vielmehr war die Regelung in Ziff. 11.2. und 11.3. erkennbar als abschließende Regelung der Ablösungsmöglichkeit gewollt.

3. 35

Der Verstoß gegen § 9 AGBG ist auch offenkundig im Sinne der genannten Rechtsprechung. Das OLG München (WM 98, 342, 345) hat in einem ähnlich gelagerten Fall einen Einwendungsdurchgriff gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger wegen eines Verstoßes der zugrundeliegenden Verpflichtung gegen § 9 AGBG grundsätzlich für möglich erachtet, diesen jedoch im konkreten Fall verneint, weil der AGB-Charakter der Vereinbarung bzw. deren Verstoß gegen § 9 nicht feststehe. Zutreffend ist insoweit, daß jegliche begründeten Zweifel daran, daß es sich bei den fraglichen Klauseln um allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, zu Lasten des aus der Bürgschaft Verpflichteten gehen und ggf. in einem Rückforderungsprozeß zu klären sind. Derartige Zweifel sind im vorliegenden Fall jedoch nicht gerechtfertigt. Die Streithelferin hat vielmehr mit der Berufung dargelegt und durch die Vorlage verschiedener wortgleich formulierter Nachunternehmerverträge sowie Bürgschaftsverpflichtungen belegt, daß es sich bei den Ziffern 11.2. und 11.3 des streitgegenständlichen Nachunternehmervertrages um für eine Vielzahl von Fällen vorformulierte Vertragsklauseln handelt, wobei die Tatsache, daß in Ziff. 8 des Vertrages eine handschriftliche Ergänzung enthalten ist, für die Bewertung als allgemeine Geschäftsbedingungen keine Rolle spielt, insbesondere kein Indiz für ein individuelles Aushandeln bedeutet, zumal gleichlautende handschriftliche Ergänzungen auch in den anderen vorgelegten Nachunternehmerverträgen zu finden sind.

Die Berufungserwiderung ist dem nicht mit substantiiertem Vorbringen entgegengetreten. Daß die fraglichen Klauseln individuell ausgehandelt worden seien, wird nicht behauptet. Überdies besteht auch kein Grund, im Hinblick auf die vom BGH (NJW 97, 2598) vorgenommene Bewertung der beanstandeten Regelung als treuwidrig nach § 9 AGBG zwischen kaufmännischem und nichtkaufmännischem Geschäftsverkehr zu differenzieren (insoweit anders als OLG München, a.a.O.).

4. 38

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91, 101, 708 Ziff. 10, 711 ZPO. Der Senat hat gem. § 546 Abs. 1 S. 1 ZPO die Revision zugelassen, da die Frage einer Anwendung der

39

Grundsätze des Rechtsmißbrauchs auf den Fall der Unwirksamkeit der zugrundeliegenden Gestellungsverpflichtung höchststrichterlich noch nicht geklärt ist.
