
Datum: 24.07.2003
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 23. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 23 U 16/03
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2003:0724.23U16.03.00

Vorinstanz: Landgericht Siegen, 6 O 131/01

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 17. September 2002 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Siegen abgeändert.

Die Beklagten werden verurteilt, als Gesamtschuldner an die Sparkasse T3, C-Straße, #####1 C, die Bürgschaftsurkunde der Gewährleistungsbürgschaft über 104.892,13 DM, Avalkonto #####/#####, vom 12.10.1998 und an die Sparkasse T3, L-Straße – 7, #####2 S, die Bürgschaftsurkunde über 82.406,69 DM, Avalkonto #####/#####, vom 30.11.1999 herauszugeben.

Die Kosten des Rechtsstreits werden den Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Den Beklagten wird nachgelassen, jede Zwangsvollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in gleicher leistet.

I.	2
Zur Darstellung des Sachverhalts wird auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils sowie auf die Schriftsätze der Parteien vom 15. April, 16. Juli 2003 nebst Anlagen und vom 17. Juli 2003 Bezug genommen.	3
II.	4
Die zulässige Berufung der Klägerin hat Erfolg.	5
Entgegen der Auffassung der Beklagten ist das Berufungsverfahren durch die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters und die Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts nach § 21 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alt. InsO (Beschluss des AG Bückeburg vom 02. Juli 2003 – 47 IN 126/03 -) nicht gemäß § 240 Satz 2 ZPO unterbrochen worden. Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen der Klägerin - als Voraussetzung einer Unterbrechung nach § 240 Satz 2 ZPO – ist damit nicht auf den vorläufigen Insolvenzverwalter gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 InsO übergegangen. Hierzu wäre ein allgemeines Verfügungsgebot nach den §§ 21 Abs. 2 Nr. 2, 1. Alt.; 22 Abs. 1 Satz 1 InsO erforderlich gewesen, das nicht vorliegt (vgl. BGH NJW 1999, 2822; vgl. auch Zöller-Greger, ZPO, 23. Aufl., § 240 Rn 5 mwN).	6
Gemäß den §§ 812 Abs. 1, 426 BGB, 128 HGB sind die Beklagten als Gesamtschuldner zur Herausgabe der im Urteilstenor näher bezeichneten Bürgschaftsurkunden verpflichtet. Die Überlassung beider Urkunden aufgrund Ziffer 5.3 der insoweit inhaltsgleichen Nachunternehmerverträge für die Bauvorhaben C2 und T erfolgte ohne Rechtsgrund. Die dort festgelegte Verpflichtung der Klägerin, als Sicherheit ihrer nach BGB vereinbarten Gewährleistungsleistungspflicht der Beklagten zu 1) über die Dauer von 5 Jahren eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft auf erstes Anfordern in Höhe von 5 % der Bruttoauftragssumme zu stellen, ist wegen unangemessener Benachteiligung der Klägerin gemäß § 9 AGBG unwirksam. Den ihr obliegenden Nachweis für ihre Behauptung, Ziffer 5.3 sei zwischen den Parteien individuell ausgehandelt worden im Sinne von § 1 Abs. 2 AGBG haben die Beklagten nicht erbracht.	7
Nach feststehender Rechtsprechung des BGH benachteiligt eine AGB-Bestimmung eines Bauvertrages, wonach der Besteller nach Abnahme des Bauwerks 5 % der Auftragssumme für die Dauer der fünfjährigen Gewährleistungszeit als Sicherheit einbehalten darf, den Unternehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, sofern ihm kein angemessener Ausgleich zugestanden wird. Hierzu zählt wegen der mit ihr verbundenen einseitigen Benachteiligung des Unternehmers nicht die Ablösung des Einbehalts durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern (vgl. BGH, NJW 2002, 894 mwN). Das gilt erst recht, wenn wie hier in Ziffer 5.3 ausschließlich eine Bürgschaft auf erstes Anfordern als Gewährleistungssicherheit festgelegt wird.	8
Der von der Beklagten zu 1) vorformulierte Text der Ziffer 5.3 der Nachunternehmerverträge, der von ihr unstreitig seit Jahren in einer Vielzahl von Bauverträgen verwendet wird, stellt eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 1 Abs. 1 AGBG dar. Ihre Behauptung, diese Vertragsbedingung sei bei den Vertragsverhandlungen am 26. März 1998 mit der Klägerin individuell im Sinne des § 1 Abs. 2 AGBG ausgehandelt worden, lässt sich aufgrund der Bekundungen der in erster Instanz vernommenen Zeugen L und T2 nicht feststellen. Die vom Landgericht hiervon abweichende rechtliche Bewertung dieser Zeugenaussagen hält einer Überprüfung nicht Stand.	9

Ein "Aushandeln" im Sinne des § 1 Abs. 2 AGBG ist gegeben , wenn der Verwender die von ihm vorformulierte Vertragsbedingung als eine von mehreren Alternativen anbietet und hierbei ernsthaft zum Ausdruck bringt, zur Vereinbarung der alternativ angebotenen Vertragsbedingungen ernsthaft bereit zu sein (vgl. BGH, NJW 2003, 1313, 1314). D.h. der Vertragspartner muss die reale Möglichkeit erhalten, den Inhalt der Vertragsbedingungen substantiell zu beeinflussen. Ihm muss Gestaltungsfreiheit zur Wahrung seiner eigenen Interessen erkennbar eingeräumt werden (BGH, NJW 1992, 1107, 2760; NJW-RR 1993, 504; WM 1995, 1456). Dies setzt eine gründliche Erörterung der in Betracht kommenden alternativen Vertragsgestaltungen voraus (vgl. OLG Schleswig MDR 2001, 262, 263). Davon kann hier entgegen der Auffassung des Landgerichts aufgrund des Inhalts der o.g. Zeugen nicht ausgegangen werden.

Der Zeuge L als Verhandlungsführer der Beklagten zu 1) bei dem Gespräch der Parteien über das erste gemeinsame Bauvorhabens in C2 am 26. März 1998 hat eine Erörterung der Ziffer 5.3 des Vertrages im Sinne von § 1 Abs. 2 AGBG nicht bestätigt. Seiner Aussage zufolge ist dieser Vertragspassus nicht gesondert vorgelesen worden, sondern wurde wie der übrige Vertragstext von den Anwesenden jeweils durchgesehen. Da Herr C3 von der Klägerin laut Aussage dieses Zeugen hierbei keine Änderungswünsche speziell zu Ziffer 5.3 äußerte, sah sich dieser auch nicht veranlasst, andere Möglichkeiten einer Sicherheitsleistung im einzelnen aufzuführen und zu erörtern. Ein Aushandeln der Ziffer 5.3 im Sinne von § 1 Abs. 2 AGBG kann danach abweichend vom Landgericht auch nicht annähernd festgestellt werden. 11

Der von der Beklagten zu 1) benannte weitere Zeugen T2 hat ein "Aushandeln" von Ziffer 5.3 ebenfalls nicht bestätigen können. Seiner Aussage zufolge wurden nicht sämtliche den Verhandlungspartnern vorliegende Vertragsbedingungen, sondern einzelne Passagen vorgelesen und erörtert, insbesondere Ziffer 5.3. In diesem Zusammenhang sollen Herrn C3 – so der Zeuge - verschiedene Möglichkeiten einer Sicherheitsleistung als Voraussetzung für die Auszahlung des vollständigen Werklohns dargestellt worden sein. Um welche es sich hierbei konkret gehandelt hat und ob außer der Möglichkeit des Werklohneinbehalts in Höhe von 5 % der Auftragssumme andere gesetzlich zulässige Arten der Sicherheitsleistung, wie sie in § 232 Abs. 1 BGB bzw. § 17 Nr. 2 VOB/B (Hinterlegung von Geld , Hypothekenbestellung z.B.) vorgesehen sind, vom Zeugen als ernsthaft in Betracht kommende Wahlmöglichkeiten in den Raum gestellt wurden, ist seinen Bekundungen nicht zu entnehmen. 12

Konkretere Angaben zum Inhalt des Gesprächs vom 26. März 1998 ergeben sich auch nicht aus dem Vorbringen der Beklagten. In ihrer Berufungserwiderung vom 17. Juli 2003 (Bl. 218 d.A.) beschränken sie sich vielmehr auf eine Wiederholung ihrer schon in erster Instanz vorgetragenen pauschalen Behauptung, jede ihrer AGB-Bedingungen sei bei dem Gespräch vom 26. März 1998 einzeln erörtert und inhaltlich ernsthaft zur Disposition gestellt worden. 13

Die angebliche spontane Erklärung des Herr C3 nach der "Erörterung" der Ziffer 5.3 mit dem vom Zeugen T2 wiedergegebenen Inhalt, man solle es so machen, wie vorformuliert, konnte vom Zeugen in diesem Zusammenhang nicht als ein rechtlich relevanter Verzicht auf eine umfassende Darstellung der von Ziffer 5.3 abweichenden Alternativen verstanden werden. Das wäre allenfalls anzunehmen, wenn Herr C3 damit die Diskussion über die verschiedenen Möglichkeiten einer Sicherheitsleistung von sich aus abgebrochen und damit ein Aushandeln unterbunden hätte. Für einen solchen Gesprächsverlauf ergeben sich aus der Aussage des Zeugen T2 aber keinerlei Anhaltspunkte. 14

Dass andere, die Gewährleistungssicherheit nicht betreffende AGB-Vertragsbedingungen der Beklagten zu 1) im Gespräch vom 26. März 1998 auf Wunsch der Klägerin entsprechend 15

ihren Vorstellungen abgeändert (z.B. Wegfall der in Ziffer 5.2 vorgesehenen Vertragserfüllungsbürgschaft) und damit ausgehandelt wurden, entzieht Ziffer 5.3 nicht der Überprüfung nach § 9 AGBG. Eine Individualvereinbarung nach § 1 Abs. 2 AGBG beschränkt sich auf den ausgehandelten Gegenstand (vgl. BGH in BGHZ 97, 215; 92, 255 jeweils mwN).

Für die im Vertrag der Parteien über das Bauvorhaben T inhaltsgleich vereinbarte Ziffer 5.3 16
gelten die obigen Ausführungen gleichermaßen. Da sie unstreitig ohne weitere Erörterungen aus dem Vertrag C2 übernommen wurde, liegt auch insoweit kein "Aushandeln" im Sinne von § 1 Abs. 2 AGBG vor.

Die mithin ohne Rechtsgrund durch Leistung der Klägerin erlangten Bürgschaftsurkunden der 17
Sparkassen T3 und M hat die Beklagte zu 1) an diese herauszugeben (vgl. BGH, NJW 1989, 1482 f.).

Neben der in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG organisierten Beklagten zu 1) haftet 18
auch die Beklagte zu 2) als Komplementär-Gesellschafterin gemäß den §§ 128, 161 Abs. 2 HGB auf Herausgabe beider Bürgschaftsurkunden. Schuldet eine KG - wie hier - die Herausgabe einer Sache (§ 883 ZPO), so hat der Gesellschaftsgläubiger ein berechtigtes Interesse, einen Herausgabebetitel auch gegen den persönlich haftenden Gesellschafter, hier: die Beklagte zu 2) als Komplementär-Gesellschafterin der Beklagten zu 1), zu erlangen und sei es auch nur, um aufgrund dieses Titels gegen diesen Gesellschafter im Falle der Nichterfüllung der Herausgabepflicht durch die Gesellschaft Schadensersatzansprüche nach § 283 BGB geltend machen zu können (vgl. Schlegelberger-Schmidt, HGB, 5. Aufl., § 128 Anm. 26 mwN; vgl. auch BGH, NJW 1987, 2367; 1979, 1361, 1362; BGH BB 1974, 482).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige 19
Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der Senat hat die Revision nicht zugelassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche 20
Bedeutung hat und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung keine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO).