
Datum: 02.02.2007
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 26. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 26 U 91/06
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2007:0202.26U91.06.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 10 O 91/05

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 12. Mai 2006 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Gegenseite durch Sicherheit in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

1

I.

2

Die Klägerin ist aufgrund Verschmelzungsvertrages vom 12.12.03 Rechtsnachfolgerin der C KG. Letztere hatte mit Bauvertrag vom 21.06./ 05.07.01 die Firma C1 GmbH & Co. KG

3

(nachfolgend: Schuldnerin) damit beauftragt, für das Bauvorhaben " Neubau Zentrale N" in F bei G die Gewerke Heizung, Lüftung, Sanitär, Sprinkler, Kälte – sowie Mess, - Steuer – und Regeltechnik zu erbringen. Insoweit war ein Pauschalpreis von 20.450.000,00 DM vereinbart.	
Vereinbart war unter § 2 Ziffer 2.2.1 des Vertrages u.a. die Geltung der VOB/B. Weiterhin heißt es unter § 10 :	4
"10.1.	5
Der AN übergibt der AG innerhalb von drei Wochen nach Abschluss dieses Vertrages eine unbedingte, unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft unter Verzicht auf jegliches Hinterlegungsrecht gemäß dem Muster in Anlage 3 einer großen deutschen Bank oder Sparkasse in Höhe von insgesamt 10% des Pauschalpreises zuzüglich Umsatzsteuer zur Besicherung aller sich aus diesem Vertrag ergebenden Verpflichtungen des AN. Die Kosten für die Bürgschaft hat der AN zu tragen. In Ergänzung zu Ziffer 9.1. des Verhandlungsprotokolls wird festgehalten, dass der AN berechtigt ist, die Sicherheit alternativ durch Hinterlegung von Geld zu leisten.	6
10.2	7
Die Bürgschaftsurkunde ist innerhalb von vierzehn Arbeitstagen nach ordnungsgemäßer Abnahme und Beseitigung der bei der Abnahme festgestellten Mängel sowie der Erbringung von Restleistungen an den AN zurückzugeben.	8
Hinsichtlich der Ausgestaltung der Bürgschaft einigen sich die Parteien auf folgenden Kompromiss: Die Vertragserfüllungsbürgschaft (§10) hat auf erstes Anfordern zahlbar zu sein. Die Gewährleistungsbürgschaft (§ 20) braucht nicht auf erstes Anfordern zu lauten.	9
Der AG kann jederzeit verlangen, dass ihm der AN anstelle der Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern Zug um Zug gegen Rückgabe der zunächst erhaltenen Bürgschaftsurkunde eine Bürgschaft stellt, die nicht auf erstes Anfordern zahlbar ist."	10
In Erfüllung dieser Verpflichtung übergab die Gemeinschuldnerin der Klägerin zwei Vertragserfüllungsbürgschaften der Beklagten vom 08.10.01 über jeweils 1.186.100,00 DM, insgesamt also 1.212.886,60 €.	11
Das Objekt wurde rechtzeitig fertig gestellt und konnte zum vereinbarten Termin der Mieterin übergeben werden. Umstritten ist zwischen den Parteien, in welchem Umfang die Schuldnerin Leistungen und diese zudem mangelfrei erbracht hat. Nachdem am 01.02.03 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gemeinschuldnerin eröffnet worden war, kündigte die Klägerin mit Schreiben vom 21.02.03 das Vertragsverhältnis.	12
Die von der Schuldnerin im Januar 2003 vorgelegte Schlussrechnung wurde von der Klägerin zurückgewiesen. In ihrer erneuten Schlussrechnung vom 06.03.03 errechnete sie wegen weiterer Zusatzaufträge eine Gesamtforderung von 23.073.930,55 €. Als geleistete Zahlungen berücksichtigte sie einen Betrag von 14.588.079,57 € und erteilte darüber hinaus eine Gutschrift für Direktzahlungen an Nachunternehmer und Zulieferer in Höhe von 1.053.923.95 € sowie für nicht mehr erbrachte Restleistungen in Höhe von 494.624,00 €.	13
Die Klägerin kam nach Überprüfung der Rechnung zu dem Ergebnis, dass die Schuldnerin in Höhe von mehr als 4,5 Millionen Euro überzahlt sei. Insgesamt errechnete sie unter Berücksichtigung von Gegenforderungen eine Zahlungsverpflichtung der Schuldnerin von über sieben Millionen Euro.	14

Vor diesem Hintergrund forderte sie die Beklagte mit Schreiben vom 25.08.03 erfolglos auf, in Erfüllung der übernommenen Bürgschaften Zahlung bis zum 17.09.03 zu leisten.	15
Das Landgericht hat die Klage auf Zahlung von 1.212.886,60 € nebst Zinsen mit der Begründung abgewiesen, dass die Vereinbarung zur Gestellung der Bürgschaft gegen § 9 Abs. 1 AGBG verstoße. Sie sei nicht ausgehandelt worden und unterliege damit als Allgemeine Geschäftsbedingung in einem vorformulierten Vertrag der Überprüfung durch das AGB- Gesetz. Darüber hinaus liege in Verbindung mit weiteren Regeln eine Übersicherung vor.	16
Dagegen richtet sich die Berufung der Klägerin, die weiterhin an der Verpflichtung der Beklagten festhält, dass diese zumindest aufgrund einer selbstschuldnerischen Bürgschaft zur Zahlung verpflichtet sei.	17
Sie behauptet zudem, dass die Bürgschaftsregelung im Vertrag zwischen den Parteien ausgehandelt sei. Außerdem habe der Schuldnerin auch ein Wahlrecht zugestanden, weil sie die Sicherheit auch habe hinterlegen können. Bereits daraus ergebe sich, dass sie nicht unangemessenen benachteiligt worden sei.	18
Die Klägerin beantragt,	19
1. das Urteil des Landgerichts Bielefeld vom 13.05.2006 – 10 O 91/05 aufzuheben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Bielefeld zurückzuverweisen; 2. im Falle einer eigenen Sachentscheidung durch den Senat die Beklagte unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Bielefeld vom 13.05.2006 10 O 91/05 – zu verurteilen, an sie € 1.212.886,60 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18.09.2003 zu zahlen.	20
Die Beklagte beantragt,	21
die Berufung zurückzuweisen.	22
Sie verteidigt das landgerichtliche Urteil.	23
Hinsichtlich des weitergehenden Sachverhalts wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils sowie die in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.	24
II.	25
Die Berufung ist nicht begründet.	26
Das Landgericht hat im Ergebnis zu Recht festgestellt, dass die Klägerin aufgrund der erteilten Bürgschaften keinen Zahlungsanspruch hat; denn die Regelung in § 10 des Bauvertrages hält einer Überprüfung nach § 9 Abs. 1 AGBG nicht stand. Es besteht auch kein Verwertungsrecht aus einer unbefristeten, selbstschuldnerischen Bürgschaft, weil im Rahmen einer Vertragsauslegung nicht festgestellt werden kann, dass sich die Parteien für den Fall der Kenntnis der Unwirksamkeit auf eine solche Regelung festgelegt hätten.	27
Auf das Schuldverhältnis der Parteien finden die Gesetze in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung Anwendung (Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB). Darüber hinaus ist nach dem	28

Bauvertrag die Geltung der VOB/B vereinbart.

1.	29
Die Vereinbarung unter § 10 des Bauvertrages, wonach die Gemeinschuldnerin eine Erfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern zu stellen hatte, stellt eine Allgemeine Geschäftsbedingung der Klägerin dar.	30
Gemäß § 1 AGBG sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die der Verwender der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Vertrages stellt.	31
Es ist auch aus Sicht der Klägerin unstreitig, dass der abgeschlossenen Bauvertrag als vorformuliertes und vervielfältigtes Vertragswerk, das auch bei anderen Bauvorhaben in dieser Form Anwendung gefunden hat, als Allgemeine Geschäftsbedingung zu behandeln ist und damit der Überprüfungsmöglichkeit des AGBG unterliegt (OLG Frankfurt NJW-RR 90, 281, 282).	32
Soweit die Klägerin behauptet, dass im Rahmen diese Klauselwerks gerade die Vereinbarung unter § 10 zwischen den Parteien ausgehandelt worden ist, ist sie dafür darlegungs- und beweispflichtig. Dies lässt sich aus dem negativen Wortlaut des § 1 Abs. 2 AGBG entnehmen, wonach es nunmehr dem Verwender obliegt nachzuweisen, dass die Vertragsbedingungen ausgehandelt sind (BGH ZIP 86, 1466, 1467). Dieser Verpflichtung ist die Klägerin jedoch nicht in ausreichendem Maße nachgekommen.	33
Aushandeln im Sinn von § 1 Abs. 2 AGBG bedeutet mehr als Verhandeln. Erforderlich ist nach ständiger Rechtsprechung, dass der Verwender den Kerngehalt einer Regelung ernsthaft zur Disposition stellt, so dass dem Vertragspartner die Möglichkeit einer eigenen Gestaltung eingeräumt wird (BGH NJW 91, 1678, 1679; BGHZ 150, 299, 302 m.w.N.).	34
Die Klägerin hat nichts dafür vorgetragen, dass es zwischen den Parteien zu einer entsprechenden Verhandlung gekommen ist, in der die Art und Ausgestaltung der Bürgschaft überhaupt zur Disposition stand. Vor diesem Hintergrund bedurfte es auch nicht der Vernehmung der von ihr benannten Zeugen, weil die Berufung auf Zeugen keinen ausreichenden Sachvortrag ersetzt. Der Wortlaut im Bauvertrag "... einigen sich die Parteien auf folgenden Kompromiss ..." reicht für die Annahme des Aushandelns bereits deswegen nicht aus, weil sich aus dem vorformulierten Verhandlungsprotokoll entnehmen lässt, dass gerade nur die Varianten Erfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern und Gewährleistungsbürgschaft als unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft vorgesehen waren. Nach dem Verhandlungsprotokoll kann daher allenfalls die Höhe der Bürgschaften zur Disposition gestanden haben, wobei solch unselbständigen Ergänzungen den Gesamtcharakter als AGB nicht in Frage stellen (BGH BB 91, 1515, 1516). Vor diesem Hintergrund ist ein Aushandeln mit dem Ergebnis einer Kompromisslösung nicht erkennbar.	35
Geht man von einer Allgemeinen Geschäftsbedingung aus, dann ist die Vereinbarung einer Erfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern unwirksam, weil eine solche Sicherungsabrede dem Gläubiger eine unangemessen weitreichende Möglichkeit einräumt, sich liquide Mittel zu verschaffen. Bei einer solchen Bürgschaft ist eine schlüssige Darlegung des Sicherungsfalls nämlich nicht erforderlich, so dass der Bürge seiner Inanspruchnahme nur im Fall eines Rechtsmissbrauchs entgehen kann, im Übrigen aber auf den Rückforderungsprozess zu verweisen ist. Dies bedeutet gleichzeitig, dass der Auftragnehmer durch die Rückgriffsrechte des Bürgen Gefahr läuft, belastet zu werden, obwohl letztlich kein Anspruch des	36

Auftraggebers besteht. Damit werden die Sicherungsrechte des Auftraggebers ohne zwingende Notwendigkeit zu weit ausgedehnt, während der Auftragnehmer u.a. nicht ausreichend gegen die Insolvenz des Auftraggebers geschützt ist (BGH BauR 2002, 1239, 1240f).

An der Unwirksamkeit ändert auch die weitere Regelung nichts, wonach der Schuldnerin gestattet war, statt einer Erfüllungsbürgschaft eine Sicherheit in Höhe von 10% zu hinterlegen. 37

Grundsätzlich steht dem Auftragnehmer nach § 17 Nr. 3 VOB/B ein Wahlrecht zu, welche Sicherheit er stellen will. Wird dieses Wahlrecht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen eingeschränkt, darf dies nicht so weitgehend beschnitten werden, dass der Auftragnehmer lediglich zwischen zwei unterschiedlichen, aber letztlich gleich großen Übeln wählen kann; denn auch das Verlangen einer Sicherheitsleistung in Höhe von 10% der Vertragsleistung über einen längeren Zeitraum kann nicht als angemessen bezeichnet werden und verstößt gegen § 9 Abs. 1 AGBG. Auch wenn durch die Hinterlegung von Geld ein etwaiges Insolvenzrisiko des Auftraggebers ausgeschaltet wird, kann nicht übersehen werden, dass die Festlegung einer solch hohen Summe über einen längeren Zeitraum den finanziellen Spielraum des Auftragnehmers in nicht mehr zu akzeptierender Weise einengt. Die Unangemessenheit der Höhe ergibt sich aus einem Vergleich mit § 14 Nr. 2 VOB/A, worin eine Höhe von 5% festgeschrieben ist. Wenngleich diese Grenze wegen der vertraglichen Regelung hier nicht zur Anwendung kommen kann, gibt dies doch einen Anhaltspunkt dafür, in welcher Höhe eine Sicherheitsleistung als angemessen bezeichnet werden kann (Ingenstau/Korbion/Joussen, VOB, 15. Auflage, § 17 Nr. 1 VOB/B Rnr. 33f). Eine Überschreitung um 100 % im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen hält der Senat nicht für angemessen. 38

Es kommt hinzu, dass es an einer Regelung über die Einrichtung eines verzinslichen Kontos fehlt. Der Ausschluss eines Zinsanspruchs kann jedoch formularmäßig nicht getroffen werden (Kapellmann/Messerschmidt/Thierau, VOB, 2003, § 17 Rnr. 199 m.w.N.). Da hier nicht ausdrücklich ein verzinsliches Konto vorgegeben ist, kann auch nicht im Wege eines geltungserhaltenden Reduktion davon ausgegangen werden, dass ein solches vereinbart werden sollte. 39

Vor diesem Hintergrund ist die gewählte Kombination der beiden Sicherungsmittel für die Schuldnerin nicht als angemessen zu bezeichnen und dehnt das Sicherungsinteresse der Klägerin über Gebühr aus. 40

2. 41

Die Klägerin kann auch aus einer unbefristeten und selbstschuldnerischen Bürgschaft keine Zahlung verlangen. 42

Auch wenn die Parteien übereinstimmend angegeben haben, dass die Klägerin im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens von vornherein lediglich den Anspruch auf eine selbstschuldnerische Bürgschaft habe stützen wollen, kann sie diesen Anspruch quasi als Minus nur haben, wenn die getroffene Vereinbarung über die Bürgschaft auf erstes Anfordern entweder wirksam war oder zumindest im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung als von den Parteien gewähltes Sicherungsmittel herangezogen worden wäre. 43

Soweit der BGH in seiner Entscheidung vom 04.07.2002 (BauR 2002, 1533ff) im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung (§ 6 Abs. 2 AGBG, §§ 133, 157 BGB) zu dem Ergebnis 44

gelangt ist, dass bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Wahl auf eine selbstschuldnerische und unbefristete Bürgschaft gefallen wäre, wenn die Parteien die Unwirksamkeit ihres Sicherungsmittels der Vertragserfüllungsbürgschaft gekannt hätten, hilft dies der Klägerin im vorliegenden Fall jedoch nicht.

Es ist bereits mehr als zweifelhaft, ob die Altregelung der obergerichtlichen Rechtsprechung auf diesen Fall Anwendung finden kann; denn die Klägerin hat ersichtlich die Gefahr der Unwirksamkeit im Zeitpunkt der Abfassung des Bauvertrages erkannt und versucht, dies durch zusätzliche Regelungen wie z.B. die Kompromissregelung und die Möglichkeit der Hinterlegung abzufedern. Damit hat sie eine abschließende Regelung gewählt, die einer ergänzenden Vertragsauslegung mangels Vorliegen einer nicht bedachten Unvollständigkeit bzw. planwidrigen Lücke nicht zugänglich ist. 45

Insbesondere spricht auch dagegen, dass die Klägerin ein Sicherungspaket aus zwei unterschiedlichen Sicherungsmitteln vereinbart hat, die als Einheit untrennbar miteinander verbunden sind. Es ist rechtlich nicht zulässig, diese Einheit aufzuspalten, um einen Teil im Wege einer geltungserhaltenden Reduktion aufrecht zu erhalten (BGH Urteil vom 08.03.01 – IX ZR 236/00). 46

Es ist zudem nicht feststellbar ist, dass die Klägerin im Fall der Kenntnis der Unwirksamkeit tatsächlich die für sie schwieriger durchzusetzende selbstschuldnerische Bürgschaftsform gewählt hätte. Dagegen spricht zum einen, dass sie trotz der vertraglich eingeräumten Möglichkeit eines Austausches der Bürgschaften von diesem Recht keinen Gebrauch gemacht hat, obwohl ihr nach der Entscheidung des BGH von Juli 2002 bis zur Insolvenz der Gemeinschuldnerin noch ausreichend Zeit zur Verfügung gestanden hätte. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin neben der Bürgschaft auf erstes Anfordern der Gemeinschuldnerin bereits ein weiteres Sicherungsmittel in Form der Hinterlegung zur Verfügung gestellt hat. In Anbetracht des stark ausgeprägten Sicherheitsbedürfnisses der Klägerin kann nicht mit der erforderlichen Sicherheit festgestellt werden, dass sich die Klägerin bei positiver Kenntnis von der Unwirksamkeit der Bürgschaft auf erstes Anfordern tatsächlich lediglich mit einer selbstschuldnerischen Bürgschaft der Beklagten begnügt hätte. 47

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO. 48

Die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 49

Einer Zulassung der Revision bedurfte es nicht, weil die Sache keine grundsätzliche Bedeutung hat und weder zur Fortbildung des Rechts noch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist, § 543 Abs. 2 ZPO. 50