
Datum: 09.01.2008
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 116/07
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2008:0109.11U116.07.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 18 O 617/06

Tenor:

- 1.) Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 22.06.2007 (18 O 617/06) wird zurückgewiesen.
- 2.) Die Kosten der Berufung trägt die Beklagte.
- 3.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
- 4.) Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.

Die Klägerin schloss mit der inzwischen insolventen J GmbH als Nachunternehmerin unter dem 25.06./09.07.2003 einen Bauvertrag über die Ausführung von Hohlraum- und Doppelbodenarbeiten an dem Bauvorhaben des L Quartiers in C. Nach Ziffer 15.1 des von der Klägerin formularmäßig gestellten Verhandlungsprotokolls vom 25.06.2003 verpflichtete sich die J GmbH der Klägerin binnen 14 Tage nach Vertragsschluss eine

1

2

3

Vertragserfüllungsbürgschaft über 30.000,00 € zuzüglich Umsatzsteuer einzureichen. Der Inhalt der Bürgschaft wird wie folgt konkretisiert:

"Es hat sich um selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaften einer Deutschen Großbank, Sparkasse oder Kreditversicherung (ausschließlich nach unserem Muster) zu handeln". 4

Das Bürgschaftsmuster war als Anlage den Vertragsunterlagen beigelegt (Ziffer 20 des Verhandlungsprotokolls). Auf der Grundlage dieser Vereinbarung übernahm die Beklagte entsprechend dem Muster der Klägerin zu deren Gunsten unter dem 25.09.2003 eine unbefristete selbstschuldnerische Vertragserfüllungsbürgschaft für die Firma J GmbH als Schuldnerin bis zu dem eingeklagten Betrag von 15.728,00 €. Die Bürgschaftsurkunde enthält folgenden Text: 5

"Auf die Einrede gemäß § 768 BGB, soweit diese nicht den Bestand der Hauptverbindlichkeit oder ihre Verjährung betrifft, sowie die Einrede des § 771 BGB wird verzichtet. Ebenso wird auf das Recht zur Hinterlegung des Bürgschaftsbetrages verzichtet, sowie auf die Einrede der Aufrechenbarkeit gemäß § [gemeint ist §] 770 BGB, es sei denn, die zur Aufrechnung gestellte Forderung ist rechtskräftig festgestellt oder unbestritten." 6

Weiter heißt es, dass die Bürgschaft zur Sicherung sämtlicher Ansprüche aus dem Vertragsverhältnis, insbesondere als Erfüllung, Schadensersatz, Minderung, Erstattung von Drittunternehmerkosten, Verzug sowie sonstige Schäden aus der Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten diene. 7

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Auszahlung des Bürgschaftsbetrages in Anspruch. Die Beklagte hält die streitgegenständliche Sicherungsabrede für intransparent und deshalb unwirksam. Zudem sei die Sicherungsabrede deswegen unwirksam, weil formularmäßig die Gestellung einer Bürgschaft mit dem Verzicht auf die Rechte nach § 768 BGB verlangt werde. Das Bestreiten des Eintrittes des Sicherungsfalles und der Höhe der gesicherten Forderungen hat die Beklagte aufgegeben. 8

Das Landgericht hat der Klage nebst den geltend gemachten Verzugszinsen stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Klausel in Ziffer 15.1 des Verhandlungsprotokolls vom 25.06.2003 sei nicht intransparent und sei nach den in der Entscheidung des BGH vom 26.2.2004 – VII ZR 247/02 - (NJW-RR 2004, 814) aufgestellten Grundsätzen wirksam. Auch könne nicht von einer in Formularverträgen unwirksamen vollständigen Abbedingung aller Einreden des § 768 BGB gesprochen werden. 9

Die Beklagte verfolgt mit der Berufung ihren Antrag auf Abweisung der Klage fort. Zur Begründung wiederholt und vertieft sie ihr erstinstanzliches Vorbringen. 10

Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Auch sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. 11

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf das angegriffene Urteil sowie die Schriftsätze der Parteien und die sonstigen zu den Akten gereichten Unterlagen Bezug genommen. 12

II. 13

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Das Landgericht hat der Klage im Ergebnis zu Recht stattgegeben. Die Beklagte kann gegenüber der dem Grunde und der Höhe nach im Übrigen unstreitigen Bürgschaftsforderung nicht nach § 768 BGB entgegenhalten, dass die der 14

Stellung der Bürgschaft zugrunde liegende Sicherungsabrede mit der Hauptschuldnerin, der J GmbH, unwirksam sei. Die in Ziffer 15.1 des Verhandlungsprotokolls getroffene Sicherungsvereinbarung ist jedenfalls nicht insgesamt unwirksam; soweit die Abbedingung der Einrede des § 768 BGB nichtig ist, wirkt sich dies nicht entscheidungserheblich aus.

1.) 15

Das Landgericht hat die Sicherungsabrede in vollem Umfange für wirksam erachtet. Dabei hat er sich auf die Entscheidung des BGH vom 26.02.2004 (NJW-RR 2004, 814 = BauR 2004, 841 = NZBau 2004, 323) gestützt. Dort hat der BGH die Sicherungsabrede als wirksam gewertet. Der Unterschied zur vorliegenden Klausel liegt nur darin, dass die Widerruflichkeit der Bürgschaft nicht ausgeschlossen wurde. Der BGH hat es in der angeführten Entscheidung zudem als unerheblich angesehen, ob beim Vertragsschluss ein von der Sicherungsabrede abweichendes Bürgschaftsmuster übergeben wurde, das eine – formularmäßig nicht zulässige – Bürgschaft auf erstes Anfordern vorsah. Das hat er damit begründet, dass die Bürgschaft in der Sicherungsabrede abschließend geregelt sei; diese Regelung werde durch die Übergabe des Musters nicht beeinträchtigt. Wäre danach die Sicherungsabrede in Ziffer 15.1 des Verhandlungsprotokolls ebenfalls als abschließend zu betrachten, so käme es – wie der Senat in seinem Hinweisbeschluss vom 05.09.2007 bereits ausgeführt hat – nicht darauf an, ob die in dem Bürgschaftsmuster vorgesehene Einschränkung der Rechte des Bürgen auf § 768 BGB zulässig war. Der Senat vermag dem – abweichend vom Hinweisbeschluss – jedenfalls für die vorliegende Fallgestaltung nicht zu folgen. Umfasst die Sicherungsvereinbarung aufgrund ihrer textlichen Gestaltung ein als Anhang beigefügtes Bürgschaftsmuster, so gehört dieses zum Inhalt der Sicherungsvereinbarung. Das hat der BGH in seinem Urteil vom 09.12.2004 ausgesprochen (NJW-RR 2005, 458, 459 = BauR 2005, 539 = NZBau 2005, 219). So liegt der Fall hier. Zwar wird die Bürgschaft in Ziffer 15.1 des Verhandlungsprotokolls dahin umschrieben, dass es sich um eine selbstschuldnerische und unbefristete Bürgschaft handeln soll. Durch das dem Verhandlungsprotokoll beigefügte Muster wird die Sicherungsabrede jedoch noch weiter dahingehend ausgestaltet, dass die Bürgschaft dem Inhalt des Musters entsprechen soll (abweichend OLG Brandenburg BauR 2007, 2076 = IBR 2007, 556 in nicht überzeugender Abgrenzung zu der Entscheidung des BGH vom 09.12.2004). 16

2.) 17

Damit ist davon auszugehen, dass die in dem Bürgschaftsmuster formularmäßig vorgesehene Verzicht auf die Einrede der Vorklage nach § 771 BGB als auch teilweise Abbedingung des § 768 BGB Inhalt der Sicherungsvereinbarung geworden ist. 18

a) Ersteres begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Der Einwand der Beklagten, die Bezeichnung der Bürgschaft als "selbstschuldnerisch" genüge den Anforderungen an das Transparenzgebot nicht, ist – wie der Senat im Hinweisbeschluss vom 5.9.2007 bereits ausgeführt hat – verfehlt, zumal in dem Vertragsinhalt gewordenen Bürgschaftsmuster der Verzicht auf die Einrede des § 771 BGB ausdrücklich erklärt wird. 19

b) Dagegen ist die teilweise Abbedingung des § 768 BGB nach § 307 BGB unwirksam. Nach einhelliger Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum hält der formularmäßige Ausschluss der Einrede des § 768 BGB in einer Bürgschaft der Inhaltskontrolle nicht stand. (BGHZ 147, 99, 104 = NJW 2001, 1857 = BauR 2001, 1093; NJW 2001, 2327, 2329; ZIP 2002, 2125, 2128; Habersack in: Münchener Kommentar, BGB, 4. Aufl., § 768 Rn. 3; Jousen in: Ingenstau/Korbion, VOB, 16. Aufl., § 17 Nr. 4 VOB/B Rn. 37; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl., Rn. 1241). Das gilt auch hinsichtlich entsprechender Vereinbarungen 20

in der der Bürgschaftsstellung zugrunde liegenden Sicherungsabrede zwischen den Bauvertragsparteien (Schmitz, Sicherheiten für die Bauvertragsparteien, Rn. 127 ff.; Jousen a.a.O. Rn. 40; May, BauR 2007, 187, 202; LG Frankfurt IBR 2004, 502 (Hickl); LG Hamburg IBR 2006, 258 (Schmitz); LG München IBR 2006, 619 (Vogel); LG Wiesbaden IBR 2007, 425 (Vogel); IBR 2007, 617 (Vogel); IBR 2007, 618 (Schmitz)). Zwar ist letzteres höchstrichterlich noch nicht entschieden. Nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH (NJW-RR 2005, 458 = BauR 2005, 539 m.w.N.) ist eine Klausel in den vom Auftraggeber gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bauvertrages nichtig, die den Auftragnehmer zur Stellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern verpflichtet. Dem ist für den Ausschluss des § 768 BGB gleichermaßen zu folgen. Dieser kann nämlich für den Sicherungsgeber noch nachteiliger als eine Bürgschaft auf erstes Anfordern sein, da er die Bürgschaft einer garantiemäßigen Haftung annähert, ohne die Möglichkeit eines Rückforderungsprozesses (BGHZ 147, 99, 104; Schmitz a.a.O. Rn. 129). Daran ändert auch der im vorliegenden Fall vereinbarte Vorbehalt nichts, dass § 768 BGB gelten soll, soweit die Einrede den Bestand der Hauptforderung oder die Verjährung betrifft. Der Ausschluss sonstiger unter § 768 BGB fallender Einreden (dazu Palandt-Sprau § 768 Rn. 6; Schmitz a.a.O. Rdn. 129) - wie etwa derjenigen aus § 320 BGB - kann den Sicherungsgeber in gleichem Maße beeinträchtigen. Hinzu kommt, dass die Abgrenzung zwischen Einreden, die den Bestand der Hauptforderung betreffen, und solchen, die sich auf die Höhe der Forderung beziehen, für den Klauseladressaten im Einzelfall schwer zu treffen ist. Schon darin liegt eine für ihn unzumutbare Beeinträchtigung.

3.) 21

Die eigentliche Problematik liegt darin, ob die danach unwirksame Einschränkung des § 768 BGB zur Unwirksamkeit der gesamten Bürgschaftsklausel in der Sicherungsvereinbarung führt. Dies wird überwiegend mit der Begründung angenommen, der Ausschluss sei als geschlossene Konzeption einer garantieähnlichen Haftung zu sehen, die nicht auf den Ausschluss des § 768 BGB beschränkt werden könne (Schmitz a.a.O. Rn. 130; Jousen a.a.O. Rn. 40; May, BauR 2007, 187, 202; LG Hamburg IBR 2006, 258 (Schmitz); LG München IBR 2006, 619 (Vogel); LG Wiesbaden IBR 2007, 425 (Vogel); IBR 2007, 617 (Vogel); IBR 2007, 618 (Schmitz)). 22

Ob dem zu folgen ist, hält der Senat für zweifelhaft. Die entsprechende Klausel könnte durch Streichung des den § 768 BGB betreffenden Satzteils teilbar sein (dazu näher Palandt-Grüneberg, BGB, 67. Aufl., Vor § 307 Rdn. 11 f.). Dies bedarf jedoch keiner abschließenden Entscheidung. Denn jedenfalls ist die Sicherungsvereinbarung dahin ergänzend auszulegen, dass eine einfache Bürgschaft zu stellen ist (so auch LG Frankfurt IBR 2004, 502 (Hickl); Hildebrandt, BauR 2007, 203, 210). Das entspricht der Rechtsprechung des BGH zu den Fällen, in denen formularmäßig unzulässig eine Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern vereinbart war (BGHZ 151, 229 = NJW 2002, 3098 = BauR 2002, 1533; NJW-RR 2004, 377; dazu Kuffer, BauR 2003, 155, 161). Der BGH hat offen gelassen, ob die inkriminierte Klausel teilbar und daher nur teilnichtig ist; jedenfalls sei für alle Fälle, in denen dem Auftraggeber die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Unwirksamkeit der formularmäßigen Forderung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern noch nicht bekannt war und er dennoch auf der unwirksamen Regelung bestand, den Vertrag dahin zu ergänzen, dass eine unbefristete, selbstschuldnerische Vertragserfüllungsbürgschaft geschuldet sei. Zur Begründung hat er ausgeführt, dass der ersatzlose Wegfall der Bürgschaftsverpflichtung zu einem dem Interesse der Parteien nicht mehr gerecht werdenden Ergebnis führen würde. Die Parteien hätten bei sachgerechter Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft gewählt, wenn ihnen die Unwirksamkeit der Verpflichtung, eine Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern zu stellen, bekannt 23

gewesen wäre. Eine planwidrige, von den Parteien nicht bedachte Unvollständigkeit des Vertrages, die durch eine ergänzende Vertragsauslegung ausgefüllt werden könne, sein nur dann nicht anzunehmen, wenn die in der Klausel enthaltene Regelung bei objektiver Betrachtung als vom Verwender bewusst abschließend gewählt anzusehen sei. Diese Annahme sei geboten, wenn der Auftraggeber nach Bekanntwerden der angeführten Entscheidung des BGH in den alsdann zu schließenden Bauverträgen an der unwirksamen Klausel festhalte und sie damit weiterverwende. Eine ergänzende Vertragsauslegung wird freilich ganz abgelehnt, wenn es um die Unwirksamkeit einer Klausel geht, die die Ablösung eines Sicherheitseinbehalts nach § 17 VOB/B durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern vorsieht. Das beruht darauf, dass nach § 17 VOB/B verschiedene Möglichkeiten bestehen, die Lücke auszufüllen, so dass eine ergänzende Vertragsauslegung nicht möglich ist (BGH NJW 2002, 894 = BauR 2002, 463; NJW-RR 2005, 458 = BauR 2005, 539; darauf nimmt LG Hamburg IBR 2006, 258 Bezug). Das gilt jedoch nicht für den hier vorliegenden Fall, dass ausschließlich die Wirksamkeit einer Abrede zur Stellung einer Bürgschaft in Rede steht (vgl. Kuffer a.a.O.). Da die Unwirksamkeit der Abbedingung der Regelung des § 768 BGB in der Sicherungsabrede eines Bauvertrages bislang höchststrichterlich nicht ausgesprochen worden ist (BGHZ 147, 99, 104 trifft eine Aussage in erster Linie zum Bürgschaftsvertrag selbst), hält der Senat eine ergänzende Auslegung der Sicherungsabrede entsprechend den vom BGH aufgestellten Grundsätzen für angemessen.

4.) 24

Die Sicherungsvereinbarung ist somit insoweit unwirksam, als § 768 BGB ausgeschlossen sein soll, aber wirksam, soweit eine unbefristete, selbstschuldnerische Vertragserfüllungsbürgschaft geschuldet ist. Auf die – teilweise - Unwirksamkeit der Abbedingung des § 768 BGB könnte sich die Beklagte ebenfalls nach § 768 BGB berufen, wenn die in dem Bürgschaftsvertrag selbst vorgesehene Abbedingung des § 768 BGB unwirksam ist (vgl. BGHZ 147, 99, 104). Anders wäre es dann, wenn der Bürgschaftsvertrag nicht von der Klägerin, sondern von der Beklagten selbst gestellt worden wäre, so dass es sich nicht um eine von der Klägerin gestellte Vertragsklausel handeln würde (OLG Düsseldorf BauR 2002, 492). Vorliegend ist allerdings anzunehmen, dass der Bürgschaftsvertrag von der Klägerin gestellt wurde. In der Klagebegründung hat sie ausgeführt, der Bürgschaftsvertrag sei zwischen der Hauptschuldnerin und der Beklagten zustande gekommen. Daraus und den gesamten unstreitigen Umständen des Falles ist zu entnehmen, dass die Hauptschuldnerin von der Beklagten eine der Sicherungsabrede entsprechende Bürgschaft verlangt hat. Dann war die Klägerin, die die Sicherungsvereinbarung gestellt hatte, mittelbar auch Stellerin der Bürgschaftsbedingungen (dazu Moufang/Kupjetz, BauR 2002, 1314, 1318 ff.). Das ist indes nicht entscheidungserheblich. Die Beklagte hat den Eintritt des Sicherungsfalles und die Höhe der gesicherten Forderung im eingeklagten Umfang unstreitig gestellt. Die damit nach § 768 BGB allein mögliche Einrede der Unwirksamkeit der Sicherungsvereinbarung greift aufgrund der im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung begründeten Pflicht zur Stellung einer unbefristeten, selbstschuldnerischen Bürgschaft nicht durch. 25

III. 26

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 27

Die Revision wird zugelassen. Sowohl die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein in der Sicherungsabrede in Bezug genommenes Bürgschaftsmuster Vertragsinhalt wird, als auch die Wirkungen einer formularmäßig unzulässigen Abbedingung des § 768 BGB sind in Rechtsprechung und Schrifttum nicht abschließend erklärt und haben rechtsgrundsätzliche 28

Bedeutung.

Berufungsstreitwert: 17.528,00 €

29

