
Datum: 12.12.2011
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 16. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 16 W 35/11
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2011:1212.16W35.11.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 18 O 332/11

Tenor:

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 18. Zivilkammer des Landgerichts Bonn vom 11.10.2011 – 18 O 332/11 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt die Antragstellerin.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 7.378,17 € festgesetzt.

Gründe :

I.

Die Antragstellerin war von der Antragsgegnerin mit Generalübernehmervertrag vom 13./14.9.2000 mit Leistungen an einem Bauvorhaben in C beauftragt. Bei der Baumaßnahme handelt es sich um die Errichtung von mehreren Einfamilienhäusern. Nach Ziff. 7.7 des Vertrages hatte die Antragstellerin der Antragsgegnerin eine Gewährleistungsbürgschaft in Form einer Patronatserklärung der U AG, zu deren Konzern sie seinerzeit gehörte, nach beigefügtem Muster zu übergeben. Das Bürgschaftsmuster sah eine Bürgschaft auf erstes Anfordern vor. Nach dem Ausscheiden der Antragstellerin aus dem U Konzern wurde die Konzernbürgschaft in eine Bürgschaft auf erstes Anfordern der E umgewandelt. Nach mehrmaliger Verlängerung hat die Bürgschaft noch eine Laufzeit bis 30.9.2012. Mit Schreiben vom 26.9.2011 nahm die Antragsgegnerin die Bürgin auf Zahlung eines Betrages von 22.161,52 € in Anspruch, gestützt auf Mängel an einem der Häuser, über die die Antrags-

1

2

3

gegnerin mit den Erwerbern einen Vergleich abgeschlossen hat.

Die Antragstellerin begehrt den Erlass einer einstweiligen Verfügung, durch welche der Antragsgegnerin untersagt werden soll, die Bürgschaft im Wege der Inanspruchnahme auf erstes Anfordern in Anspruch zu nehmen. Das Landgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Antragstellerin. Nach Erlass des Beschlusses des Landgerichts zahlte die Bürgin den angeforderten Bürgschaftsbetrag an die Antragsgegnerin. 4

Die Antragstellerin hält die Klausel in § 7 Nr. 7 des Generalübernehmervertrages insoweit für unwirksam, als dort die Stellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern verlangt wird. Sie ist der Ansicht, es handle sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen und verweist hierzu auf einen weiteren Generalübernehmervertrag zwischen den Parteien vom 9./14.11.2000, der eine gleichlautende Klausel enthält. 5

Die Zahlung habe nicht zu einer Erledigung des Antrages geführt. Die Antragsgegnerin könne jederzeit erneut Zahlung von der Bürgin verlangen, da die Bürgschaft noch in Höhe von mehr als 86.000 € valutierte. 6

Das Landgericht hat der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. 7

II. 8

Die sofortige Beschwerde ist nicht begründet. 9

1. Es kann dahinstehen, ob die Antragstellerin einen Verfügungsanspruch, der sich nur aus der Unwirksamkeit der Sicherungsabrede ergeben kann, hinreichend glaubhaft gemacht hat. Der Bürge auf erstes Anfordern muss auf die Anforderung grundsätzlich sofort zahlen. Alle Streitigkeiten über Einwendungen werden in den Rückforderungsprozess verlagert. Gegen die Inanspruchnahme der Bürgschaft sind nur solche Einwendungen zulässig, die sich aus dem unstreitigen Sachverhalt oder dem Inhalt der Vertragsurkunde ohne weiteres ergeben, also auf der Hand liegen oder zumindest liquide beweisbar sind (BGH BauR 2007, 1722; NJW 2002, 1493). 10

Es bestehen Zweifel daran, ob die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede auf der Hand liegt. Allerdings ist die Vereinbarung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen regelmäßig unwirksam. Es liegt aber nicht ohne weiteres auf der Hand, dass die Bürgschaftsklausel im konkreten Fall eine Formularklausel ist. 11

Das Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen setzt voraus, dass die Antragsgegnerin die Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert hat (§ 1 AGBG a.F.). Die zweimalige Verwendung in den beiden mit der Antragstellerin abgeschlossenen Generalübernehmerverträgen reicht hierfür nicht aus, der BGH verlangt die Absicht der mindestens dreimaligen Verwendung (BGH NJW 2002, 138). Die Klausel sieht die Erteilung einer Patronatserklärung der U AG vor, was gegen eine Verwendung der Klausel in dieser Form in Verträgen mit dritten Unternehmen spricht. Das Bürgschaftsmuster belegt eine solche Absicht der mehrfachen Verwendung noch nicht. Zweifel am Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen ergeben sich aber insbesondere daraus, dass die zunächst gestellte Konzernbürgschaft gerade nicht dem von der Antragstellerin vorgelegten Bürgschaftsmuster entsprach und der Austausch der Bürgschaft nach dem Ausscheiden der Antragstellerin aus dem U Konzern auf neuen Absprachen zwischen den Parteien beruhte. 12

Ebenso wenig liegt ohne weiteres auf der Hand, dass die Inanspruchnahme der Bürgschaft von deren Sicherungszweck nicht erfasst ist. Die Antragsgegnerin hat die Bürgschaft wegen vermeintlicher Mängel der Leistung der Antragstellerin gezogen. Das entspricht dem Sicherungszweck einer Gewährleistungsbürgschaft. Dass die Antragsgegnerin mit den Erwerbern des Hauses einen Vergleich über deren Mängelansprüche ihr gegenüber abgeschlossen hat, hat lediglich Einfluss auf die Höhe des der Antragsgegnerin entstandenen Schadens, führt aber im Verhältnis der Parteien untereinander nicht zu einer „Novation“ der in diesem Verhältnis bestehenden Mängelansprüche.	13
2. Jedenfalls fehlt es aber an einem Verfügungsgrund.	14
Es kann dahinstehen, ob eine erneute Inanspruchnahme der Bürgin aus der streitgegenständlichen Bürgschaft konkret droht. Denn allein die Möglichkeit der unberechtigten Inanspruchnahme der Bürgschaft begründet noch keinen Verfügungsgrund (OLG Rostock, BauR 2003, 582). Erforderlich ist darüber hinaus, dass der Antragstellerin im Falle der unberechtigten Inanspruchnahme der Bürgschaft schwere, nicht tragbare finanzielle Nachteile drohen (OLG Rostock, BauR 2003, 582; OLG Celle, BauR 2002, 1596; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Aufl., Rn 376).	15
Solche Nachteile sind nicht glaubhaft gemacht. Es ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass aufgrund der finanziellen Situation der Hauptschuldnerin oder aus sonstigen Gründen ein eventueller Rückforderungsanspruch im Hauptsacheverfahren nicht realisiert werden könnte.	16
Im Übrigen will die Antragstellerin die Bürgschaft als normale Bürgschaft gelten lassen. In diesem Fall käme der Erlass einer einstweiligen Verfügung ohnehin allenfalls dann in Betracht, wenn die Antragstellerin glaubhaft machen würde, dass die Inanspruchnahme der Bürgschaft auch in der Sache nicht gerechtfertigt ist und dass darüber hinaus auch künftig zu besorgen ist, dass die Antragsgegnerin die Bürgschaft in Anspruch nimmt, ohne dass ihr entsprechende Mängelansprüche zustehen. Auch hieran fehlt es.	17
III.	18
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Der Senat belässt es bei dem vom Landgericht unbeanstandet festgesetzten Streitwert. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde kommt schon wegen §§ 574 Abs. 1 S. 2, 542 Abs. 2 ZPO nicht in Betracht.	19