
Datum: 12.10.2016
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 3/16
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2016:1012.11U3.16.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 27 O 295/15

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Köln vom 08.12.2015 - 27 O 295/15 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin zu tragen.

Dieses und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% der vollstreckbaren Forderung oder Hinterlegung abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe geleistet hat.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagte als Rechtsnachfolgerin der E Versicherung AG aus der von dieser im Zusammenhang mit einem Bauvorhaben der Klägerin - Umbau ihres Gewerkschaftshauses in N - übernommenen Gewährleistungsbürgschaft vom 29.04.2009 (Anlage K 8, Bl. 49) auf Zahlung von 9.938,72 € in Anspruch.

In das Vertragsverhältnis der Klägerin mit der Hauptschuldnerin, der H GmbH, einbezogen waren die Zusätzlichen Vertragsbedingungen (ZVB) der Klägerin in der Fassung 03/2006 (Anlage K 4, Bl. 24 ff). Ziffer 12.2 der ZVB lautet:

1

2

3

4

5

„12. Zu § 14 VOB/B – Abrechnung

(...)	6
12.2. Dem AG verbleibt für die Sicherstellung der Gewährleistung einschließlich Schadensersatz für die Dauer der Gewährleistungszeit gemäß 11.1. ein Sicherheitseinbehalt i.H.v. 5 v.H. der brutto Schlussrechnungssumme. Der Sicherheitseinbehalt kann frühestens mit Fälligkeit der Schlusszahlung - Zug um Zug - gegen Stellung einer Gewährleistungssicherheit nach § 17 Nr. 2 VOB/B ausgezahlt werden. Wenn der AN Sicherheit durch Bürgschaft erbringen will, muss er diese in Form einer unbefristeten selbstschuldnerischen Bürgschaft einer deutschen Bank oder eines deutschen öffentlich-rechtlichen Kreditinstituts stellen. Die Bürgschaft hat im Übrigen der Anl. 7 zu entsprechen. Sie ist vom AG nach Ablauf der Gewährleistungsfrist zurückzugeben, es sei denn, die dadurch abgesicherten Ansprüche des AG sind bis dahin nicht erfüllt.	7
(...)“	8
Das in Bezug genommene Bürgschaftsmuster der „Anl. 7“ (Anlage B 1, Bl. 154) war dem Vertrag bei Unterzeichnung durch die Vertragsparteien nicht beigelegt. In dem Bürgschaftsmuster war u.a. folgende Erklärung vorgegeben:	9
„Wir verzichten auf die Rechte aus den §§ 770, 772 und 776 BGB. Wir können aus dieser Bürgschaft nur auf Zahlung in Anspruch genommen werden. Wir sind nicht berechtigt, uns von unseren Verpflichtungen aus dieser Bürgschaft durch Hinterlegung zu befreien.“	10
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf das angefochtene Urteil Bezug genommen, mit welchem das Landgericht die Klage abgewiesen hat.	11
Mit ihrer Berufung, mit welcher sie das Urteil im Wesentlichen als rechtsfehlerhaft rügt, verfolgt die Klägerin ihr Zahlungsbegehren unter Wiederholung und Vertiefung ihres Sachvortrags weiter.	12
Die Klägerin beantragt,	13
unter Abänderung des am 08. Dezember 2015 verkündeten Urteils des Landgerichts Köln – Az. 27 O 295/15 – wird die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 9.938,72 EUR nebst Zinsen i.H.v. 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszins hieraus seit dem 27. Juni 2015 zu zahlen.	14
Die Beklagte beantragt,	15
die Berufung zurückzuweisen.	16
Wegen aller weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze sowie auf die Sitzungsniederschrift vom 10.08.2016 Bezug genommen.	17
II.	18
Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat zu Recht und mit zutreffender Begründung festgestellt, dass der Klägerin aus der von der Rechtsvorgängerin der Beklagten gestellten Gewährleistungsbürgschaft vom 29.04.2009 keine	19

Zahlungsansprüche gemäß § 765 Abs. 1 BGB zustehen.

1.	20
Das Landgericht hat zutreffend und von der Berufung zu Recht unbeanstandet festgestellt, dass der Anspruch einredebehaftet ist gemäß §§ 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt., 821, 768 BGB, wenn die Sicherungsabrede im Verhältnis zwischen Hauptschuldner, der insolventen H GmbH, und Gläubiger, hier der Klägerin, unwirksam ist und der Bürge sich darauf beruft (vgl. nur BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 – VII ZR 120/14 –, Rn. 13 f, juris, m.w.N.).	21
Der Senat ist mit dem Landgericht der Auffassung, dass die durch den uneingeschränkten Verzicht auf die Aufrechnungseinrede des § 770 Abs. 2 BGB bedingte Unwirksamkeit des Bürgschaftsversprechens zur Unwirksamkeit auch der Sicherungsabrede in diesem Sinne führt.	22
a)	23
Es steht außer Frage und wird auch von der Klägerin nicht in Zweifel gezogen, dass das von ihr - unstreitig als allgemeine Geschäftsbedingung - verwendete Muster eines Bürgschaftsversprechens, wie als Anlage B 1 vorgelegt, gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam ist, soweit dort der Einredeausschluss betreffend Aufrechnungen auch unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen umfasst (vgl. BGH, Urteil vom 16. Januar 2003 – IX ZR 171/00 –, juris).	24
b)	25
Das Landgericht hat zutreffend festgestellt, dass das fragliche Bürgschaftsmuster in die Vertragsbeziehungen zwischen Klägerin und Hauptschuldnerin wirksam einbezogen worden ist.	26
Bestandteil des zwischen der Klägerin und der H GmbH geschlossenen Bauwerkvertrags vom 13./22.02.2007 (Anlage K 1, Bl. 17 ff) sind ausweislich der Einbeziehung zu Ziffern 4 und 6 auf Seite 2 oben die ZVB der Klägerin sowie - ausdrücklich - "Die Verwendung des Bürgschaftsmusters des AG (Anlage 7)". Die ZVB nehmen zu Ziffer 12.2 nochmals ausdrücklich Bezug auf diese Anlage 7 ("Die Bürgschaft hat im Übrigen der Anl. 7 zu entsprechen"), welche dem hier vorgelegten Muster gemäß Anlage B 1 entspricht.	27
Zwar ist unstreitig, dass diese Anlage 7 dem Bauvertrag nicht beigelegt war, dass die Hauptschuldnerin bei Vertragsschluss von dem Muster auch nicht Kenntnis erlangte und dass die schließlich von der Beklagten gestellte Bürgschaft dem Muster im hier fraglichen Punkt des Aufrechnungsausschlusses nicht entspricht. An der Einbeziehung ändert dies aber nichts.	28
Im - wie hier - kaufmännischen Geschäftsverkehr werden Allgemeine Geschäftsbedingungen auch dann Vertragsinhalt, wenn sie bei Vertragsschluss nicht vorliegen und der Kunde sie nicht kennt, jedoch die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme - etwa durch Anfordern der Allgemeinen Geschäftsbedingungen beim Verwender - hat, davon indessen keinen Gebrauch macht (BGH, Urteil vom 12. Februar 1992 – VIII ZR 84/91 –, Rn. 20, juris; BGH, Urteil vom 03. Februar 1982 – VIII ZR 316/80 –, Rn. 21, juris).	29
Von der Möglichkeit einer Kenntnisnahme ist das Landgericht mangels entgegen stehenden Vortrags der Klägerin zu Recht ausgegangen, da die grundsätzliche Verwendung des Musters durch die Klägerin unstreitig war. Das Berufungsvorbringen rechtfertigt keine andere	30

Beurteilung. Soweit die Klägerin nunmehr sinngemäß erstmals behauptet, dass das fragliche Muster bei Vertragsschluss nicht mehr existiert habe und deshalb auch nicht eine bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme bestanden habe, unterliegt dieser von der Beklagten bestrittene Vortrag dem Novenausschluss, § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO, und ist deshalb unbeachtlich.

Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien das Muster bewusst nicht in den Vertrag hätten einbeziehen wollen, fehlen in Ansehung des gerade entgegen gesetzten – und nicht etwa gestrichenen - Inhalts der eingangs zitierten schriftlichen Vereinbarung. 31

c) 32

Die Unwirksamkeit des Aufrechnungsverzichts im Versprechen der Gewährleistungsbürgschaft erfasst auch die Wirksamkeit der Sicherungsabrede, mit der die selbstschuldnerische Bürgschaft unter Verzicht des Bürgen auf die Einrede der Aufrechenbarkeit nach § 770 Absatz 2 BGB gefordert wird. 33

aa) 34

Die Frage, ob der formularmäßig ausbedungene Verzicht des Bürgen auf die Einrede der Aufrechenbarkeit für eine zu stellende Gewährleistungsbürgschaft die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede zur Folge hat, wenn der Einredeausschluss auch unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen umfasst, wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung streitig diskutiert (bejahend OLG Jena, Beschluss vom 17. November 2009 – 4 W 485/09 –, Rn. 16 nach juris, MDR 2010, 259; OLG Frankfurt, Urteil vom 27. September 2012 – 5 U 7/12 –, NJW-Spezial 2012, 686; KG Berlin, Urteil vom 06. August 2013 – 7 U 210/11 –, juris; OLG Dresden, Urteil vom 23. April 2014 – 12 U 97/14, 12 U 0097/14 –, Rn. 21, juris; verneinend OLG Hamburg, Beschluss vom 15. Oktober 2010 – 9 W 65/10 –, BauR 2011, 1007 Rn. 5; OLG Düsseldorf, Urteil vom 30. Mai 2008 – I-22 U 113/07, 22 U 113/07 –, NZBau 2008, 767, 768; OLG Nürnberg, Beschluss vom 13.09.2012 - 6 U 781/12). 35

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hierzu ist – auch unter Berücksichtigung der in den Entscheidungen zuletzt vom 16.06.2009 - XI ZR 145/08 -, Tz. 30 ff, und vom 28.07.2011 - VII ZR 207/09 -, Tz. 14, 20 ff, entwickelten Rechtsgrundsätze zur Wirksamkeit einer Sicherungsabrede bei Unwirksamkeit einer formularmäßigen Gewährleistungsbürgschaft – als offen anzusehen, nachdem der Bundesgerichtshof bislang, soweit ersichtlich, die hier relevante Frage in den Urteilen vom 01.10.2014 - VII ZR 164/12 -, Tz. 16 und vom 22.01.2015 - VII ZR 120/14 –, Tz. 15 ausdrücklich offengelassen hat. 36

bb) 37

Für den hier zu entscheidenden Fall eines unwirksamen Aufrechnungsverzichts nach § 770 Abs. 2 BGB in einer Gewährleistungsbürgschaft schließt sich der Senat der Auffassung der zitierten Oberlandesgerichte Jena, Frankfurt, Berlin und Dresden an. 38

Ebenso wie hier lagen deren Entscheidungen Gewährleistungsbürgschaften zugrunde. Diese unterscheiden sich von Vertragserfüllungsbürgschaften, über welche die Oberlandesgerichte Düsseldorf und Nürnberg zu entscheiden hatten, maßgeblich hinsichtlich der Gesamtumstände und Parteiinteressen: Der VII. Senat des Bundesgerichtshofs (a.a.O. Tz. 20 - VII ZR 39/08 -) hat, wie in den Urteilen der Oberlandesgerichte Jena, Frankfurt, Berlin und Dresden zu Recht in Bezug genommen, hervorgehoben, dass die Vereinbarung eines an sich unzulässigen Bareinhalts in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers 39

nur dann als wirksam angesehen werden kann, wenn dem Auftragnehmer ein angemessener Ausgleich zugestanden wird. Dem ist zu folgen. Die Befugnis zur Ersetzung des Bareinbehalts durch eine Bürgschaft, die – wie hier zu Ziffer 1 a) festgestellt – formularmäßig unwirksame, weil unangemessen benachteiligende Regelungen enthält, stellt aber keinen angemessenen Ausgleich für den Auftragnehmer dar. Die Unwirksamkeit des Aufrechnungsverzichts in einer Gewährleistungsbürgschaft erfasst deshalb grundsätzlich auch die Sicherungsabrede (so auch Ingenstau/Korbion-Joussen, VOB-Kommentar, 19. Aufl., Rz. 49 zu § 17 Abs. 1 VOB/B; J. Schmidt, BauR 2011, 899).	
d)	40
Die Sicherungsabrede lässt sich entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht teilweise aufrechterhalten.	41
Denn die Einräumung eines Sicherheitseinbehalts und die Möglichkeit zu dessen Ablösung durch eine Bürgschaft stellen eine geschlossene Konzeption mit untrennbarer Verknüpfung dar mit der Folge, dass selbst bei sprachlich und räumlich absetzbaren Teilen eine Trennung der einzelnen Regelungsbestandteile nicht in Betracht kommt (vgl. BGH - VII ZR 39/08 - a.a.O.; BGH – VII ZR 207/09 –, Tz. 20).	42
e)	43
Im Streitfall tritt hinzu, dass die Bürgschaftsverpflichtung unter einem weiteren rechtlichen Aspekt unwirksam ist.	44
Das Bürgschaftsversprechen gemäß dem Muster der Anlage 7 enthält einen unbeschränkten Verzicht auch "auf die Rechte aus .. § 776 BGB", welcher das Freiwerden des Bürgen bei Aufgabe einer Sicherheit regelt. Dieser uneingeschränkte Verzicht ist unwirksam, weil er den Bürgen entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt (BGH, Urteil vom 02. März 2000 – IX ZR 328/98 –, Tz. 41).	45
Das Zusammentreffen einer Unwirksamkeit der Gewährleistungsbürgschaft wegen des Verzichts auf die Rechte aus § 770 Abs. 2 BGB und zugleich auf die Rechte aus § 776 BGB rechtfertigt erst recht die Feststellung einer hierdurch bedingten Unwirksamkeit auch der Sicherungsabrede.	46
2.	47
Die prozessualen Nebenentscheidungen über die Kosten und die vorläufige Vollstreckbarkeit beruhen auf §§ 97, 708 Nr. 10, 711 ZPO.	48
Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen vor, nachdem die vorliegende Entscheidung von derjenigen des OLG Hamburg a.a.O. zu der insoweit entsprechenden Konstellation einer Gewährleistungsbürgschaft abweicht.	49
Der <u>Streitwert für das Berufungsverfahren</u> wird festgesetzt auf 9.938,72 €	50