



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 458/97

Verkündet am:
20. April 2000
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: _____ nein

AGBG § 9 Bf, CI Abs. 1

Die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bauvertrages enthaltene Verpflichtung, bei Vertragsunterschrift eine Vertragserfüllungsbürgschaft auszuhändigen, ist mit § 9 Abs. 1 AGBG vereinbar.

BGH, Urteil vom 20. April 2000 - VII ZR 458/97 - Kammergericht
LG Berlin

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. April 2000 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Prof. Dr. Thode, Dr. Kuffer, Dr. Kniffka und Wendt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten und die Anschlußrevision der Klägerin wird das Urteil des 24. Zivilsenats des Kammergerichts vom 10. November 1997 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten über Ansprüche aus einem von beiden Seiten gekündigten Werkvertrag.

Die Beklagte beauftragte die Klägerin mit Fassadensanierungsarbeiten zu einem Festpreis von 954.500 DM. In dem Subunternehmervertrag vom 21. April 1995 vereinbarten die Parteien die Anwendung deutschen Rechts und der VOB/B. Zudem enthält der Vertrag unter anderem folgende Regelungen:

§ 10

Zahlungsbedingungen

...

...

10.3. ... Auf den Einbehalt von 10 % Sicherheit für die Abschlagsrechnungen und 5 % Sicherheitseinbehalt für die Schlußrechnung kann bei Vorlage einer Vertragserfüllungsbürgschaft bzw. einer Gewährleistungsbürgschaft verzichtet werden, so daß jeweils die vollen Rechnungsbeträge zur Auszahlung gelangen.

10.4. ... Innerhalb von 8 Wochen nach Vorlage der prüfungsfähigen Schlußrechnung werden unter Anrechnung der bereits erfolgten Zahlungen auf Zwischenrechnungen 95 % der anerkannten Gesamtbruttoforderungen des Subunternehmers gezahlt ...

...

...

§ 13

Sicherheitsleistung

13.1. Als Sicherheit für die Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen aus diesem Vertrag, insbesondere die vertragsgemäße Ausführung der Leistung, hat der Subunternehmer eine unbefristete Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10 % der Bruttoauftragssumme zu stellen. Diese Bürgschaft ist bei der Vertragsunterschrift dem Generalunternehmer auszuhändigen.

Die Urkunde wird mit Leistung der Schlußzahlung zurückgegeben, wenn gleichzeitig eine in § 13.2 beschriebene Bürgschaft hinterlegt wird.

13.2. Der Generalunternehmer behält 5 % der anerkannten Bruttoschlußrechnungssumme als Gewährleistungssicherheit für die Dauer von 5 Jahren ein. Der Subunternehmer kann die Auszahlung des Sicherheitseinbehaltes im Austausch gegen eine auf die Dauer der fünfjährigen Gewährleistung befristete selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen oder französischen Großbank verlangen, in der auf die

Einrede der Vorausklage verzichtet, Zahlung auf erstes Anfordern zugesichert und auf die Hinterlegung verzichtet wird. Ein Anspruch auf Auszahlung des Sicherheitseinbehaltes gegen Bürgschaft besteht jedoch erst mit Ablauf von 3 Monaten nach erfolgter behördlicher Gebrauchsabnahme und unter der Voraussetzung, daß sämtliche zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs auf Auszahlung gerügten Mängel und Restarbeiten fachgerecht behoben bzw. ausgeführt sind ..."

Die Klägerin händigte der Beklagten die Urkunde über die Vertragserfüllungsbürgschaft der Landesbank Berlin vom 15. Mai 1995 in Höhe von 95.450 DM aus. Im Dezember stellte sie ihre Arbeiten ein und kündigte das Vertragsverhältnis fristlos gemäß § 9 Nr. 1 a VOB/B. Daraufhin entzog die Beklagte ihr den Auftrag unter Hinweis auf § 8 Nr. 3 VOB/B.

In ihrer Schlußrechnung vom 21. Februar 1996 ermittelte die Klägerin einen Restvergütungsanspruch in Höhe von 46.417,11 DM. Sie begehrt Zahlung eines Teilbetrages von 11.834,86 DM sowie der verbleibenden 34.582,25 DM (= 5 % der Bruttoschlußrechnungssumme) Zug um Zug gegen Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft und verlangt Herausgabe der Urkunde über die Vertragserfüllungsbürgschaft.

Das Landgericht hat der Klage bis auf den Teilzahlungsbetrag von 11.834,86 DM stattgegeben.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Zahlungsklage insgesamt als zur Zeit unbegründet abgewiesen und die Verurteilung zur Herausgabe der Bürgschaftsurkunde bestätigt. Die im Berufungsverfahren erhobene Widerklage auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe einer Teilforderung von 95.450 DM hat das Berufungsgericht als unzulässig abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hat es zurückgewiesen.

Mit ihren Revisionen verfolgen die Beklagte ihr Klagabweisungsbegehren und die Widerklage und die Klägerin ihr Zahlungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision und die Anschlußrevision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

A) Revision der Beklagten

I.

Das Berufungsgericht nimmt an, § 13 Nr. 1 des Subunternehmervertrages sei wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam. Es handele sich bei der Klausel des von der Beklagten gestellten Formularvertrages um eine Allgemeine Geschäftsbedingung, die die Klägerin unangemessen benachteilige. Die in § 13 Nr. 1 Abs. 1 Satz 2 des Vertrages vorgesehene Abhängigkeit des Vertragsschlusses von der vorherigen Stellung der Vertragserfüllungsbürgschaft verstoße gegen § 17 Nr. 7 VOB/B. Die Unvereinbarkeit mit § 9 Abs. 1 AGBG ergebe sich auch aus dem Regelungszusammenhang von § 13 Nr. 1 und Nr. 2 des Vertrages durch den nahtlosen Übergang von der Vertragserfüllungsbürgschaft auf die Gewährleistungsbürgschaft, die ihrerseits

mangels angemessenen Ausgleichs für den Sicherheitseinbehalt unwirksam sei.

Der Klägerin stehe daher gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Herausgabe der Bürgschaftsurkunde zu, dem die Beklagte kein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB wegen etwaiger Schadensersatzansprüche entgegensetzen könne. Die Zulassung der erst kurz vor der mündlichen Verhandlung erhobenen Widerklage sei im Hinblick auf die damit verbundene Verzögerung nicht sachdienlich.

II.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Auf das Vertragsverhältnis ist aufgrund der Rechtswahl gemäß Art. 27 Abs. 1 Satz 1 EGBGB deutsches Recht anwendbar.

2. Das Berufungsgericht geht bei dem Vertragstext von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Sinne von § 1 Abs. 1 AGBG aus. Das ist nicht zu beanstanden und wird auch von der Revision nicht angegriffen. Es handelt sich nach dem unwidersprochenen Klägervortrag um ein nicht im einzelnen ausgehandeltes von der Beklagten für ihre Subunternehmerverträge vorformuliertes Vertragswerk. Auch die streitigen Klauseln unterliegen daher einer Prüfung nach § 9 AGBG.

Das Berufungsgericht legt die Regelung in § 13 Nr. 1 Abs. 1 Satz 2 des Vertrages dahin aus, daß die Bürgschaftsurkunde im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung vorliegen müsse. Die Beklagte habe damit den Vertragsschluß

von der vorherigen Stellung der Vertragserfüllungsbürgschaft abhängig gemacht.

Diese Auslegung ist nicht unbedenklich.

Die Regelung über die Aushändigung der Bürgschaft bei Vertragsunterschrift kann, worauf auch die Revision zutreffend hinweist, auch als Fälligkeitsabrede für die Sicherheitsleistung in dem Sinne zu verstehen sein, daß der Übergabeanspruch mit dem Vertragsschluß fällig wird.

Ob dieser Auslegung der Vorzug zu geben ist, bedarf keiner abschließenden Erörterung. Offenbleiben kann auch, ob dem Senat eine selbständige Auslegung im Hinblick auf eine etwaige bezirksübergreifende Verwendung der Formulklausel möglich ist (vgl. BGH, Urteil vom 11. September 1986 - V ZR 72/85, BGHZ 98, 250, 258). Der anzuwendende Kontrollmaßstab des § 9 AGBG wird davon nicht berührt.

Das Berufungsgericht stützt die Unwirksamkeit dieser Regelung ganz wesentlich auf die Belastungen, die für den Subunternehmer dadurch entstehen, daß er die Bürgschaft für den Fall des Vertragsschlusses bereithalten muß. Diese Belastungen bestehen in gleichem Maße, wenn die Klausel als Fälligkeitsregelung zu verstehen ist. Derselben AGB-Kontrolle ist die Formulklausel ausgesetzt, wenn sie als Regelung des vorvertraglichen Verhaltens und damit als Voraussetzung für das Zustandekommen des Vertrages verstanden wird (vgl. BGH, Urteil vom 23. März 1988 - VIII ZR 175/87, BGHZ 104, 95, 98 f).

3. Verfehlt ist der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, die Klausel sei an § 17 Nr. 7 VOB/B zu messen. Die Regelungen der VOB/B sind ihrerseits Allgemeine Geschäftsbedingungen, die nicht auf eine mit § 9 Abs. 1 AGBG zu

vereinbarende Vertragsgestaltung schließen lassen. Prüfungsmaßstab ist allein, ob der Inhalt der Formulklausel bei der Art dieses Geschäftes allgemein unter Beachtung der typischen Interessen der beteiligten Verkehrskreise eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders ergibt (BGH, Urteil vom 28. Oktober 1999 - IX ZR 364/97, NJW 2000, 658, für BGHZ vorgesehen).

Die Verdingungsordnung für Bauleistungen ist keine gesetzliche Regelung im Sinne von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG (vgl. BGH, Urteile vom 16. Dezember 1982 - VII ZR 92/82, BGHZ 86, 135, 141 und vom 10. Juni 1999 - VII ZR 365/98, BauR 1999, 1290 = NJW 1999, 3260, für BGHZ vorgesehen).

Zu Unrecht folgert das Berufungsgericht daher eine unangemessene Benachteiligung des Subunternehmers daraus, daß die Klausel nicht der Regelung des § 17 Nr. 7 VOB/B entspricht.

4. Eine formularmäßige Vertragsbestimmung ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unangemessen im Sinne von § 9 Abs. 1 AGBG, wenn der Verwender mißbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne dessen Interessen hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (z.B. Urteile vom 5. Juni 1997 - VII ZR 324/95, BGHZ 136, 27, 30, 31 und vom 3. November 1999 - VIII ZR 269/98, ZIP 2000, 314, für BGHZ vorgesehen). Eine solche treuwidrige Benachteiligung des Auftragnehmers liegt nicht vor.

Das gesetzliche Werkvertragsrecht gewährt keinen vertraglichen Anspruch auf Leistung einer Sicherheit für noch zu erbringende Leistungen. Er muß vielmehr, auch bei einem VOB-Vertrag (§ 17 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B), aus-

drücklich vereinbart werden. Es besteht indessen ein allgemein anzuerkennendes Sicherungsinteresse des Auftraggebers.

Die in § 13 Nr. 1 Abs. 1 des Vertrages getroffene Regelung gewährleistet, daß der Auftraggeber bereits mit dem Vertragsabschluß gesichert ist. Mit dieser Regelung werden Zweifel darüber beseitigt, ob der Auftragnehmer in der Lage ist, eine entsprechende Bürgschaft zu erbringen. Sie schützt so den Auftraggeber, verfolgt jedoch auch gemeinsame Interessen beider Parteien. Sie vermeidet Auseinandersetzungen zwischen den Vertragsparteien für den Fall, daß die Bürgschaft nicht, nicht vertragsgerecht oder nicht rechtzeitig gestellt wird. Diese Auseinandersetzungen können zu empfindlichen Störungen bei der Vertragsdurchführung führen, insbesondere dann, wenn sie von gegenseitigen Leistungsverweigerungen und Androhungen von Kündigungen begleitet sind.

Gegenüber diesem billigen Zweck der Klausel wiegt der Nachteil des Auftragnehmers, der in etwaigen Belastungen seines Kreditrahmens und Avalzinsen liegen kann, nicht so schwer, daß die Klausel unangemessen wäre. Der Umstand, daß die Bürgschaft bereits bei Vertragsschluß bereitgehalten werden muß, führt allenfalls zu einer geringfügigen Mehrbelastung. Die in der Literatur vorgeschlagene Kompromißlösung, sich in diesem Zeitpunkt auf die Einholung einer Bestätigung des Bürgen zu beschränken (Ingenstau/Korbion, VOB, 13. Aufl., B § 17 Rdn. 97; Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 8. Aufl., A § 14 Rdn. 3 b), vermeidet die Streitigkeiten nicht für den Fall, daß die Bürgschaft nicht gestellt wird.

5. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ergibt sich die Unangemessenheit der Klausel nicht aus dem Gesamtzusammenhang der Regelungen in § 13 Nr. 1 und 2 des Vertrages.

a) Zu Recht hält das Berufungsgericht allerdings die Klausel in § 13 Nr. 2 des Vertrages für unwirksam (vgl. BGH, Urteil vom 5. Juni 1997 - VII ZR 324/95, NJW 1997, 2598). Das bedeutet, daß eine Gewährleistungsbürgschaft nicht wirksam vereinbart worden ist. Damit hat die Regelung in § 13 Nr. 1 Abs. 2 des Vertrages keinen Bestand, nach der die Vertragserfüllungsbürgschaft zurückzugeben ist, wenn gleichzeitig die Gewährleistungsbürgschaft übergeben wird.

b) Daraus folgt jedoch nicht, daß zugleich die Vereinbarung der Vertragserfüllungsbürgschaft unwirksam wird. Vielmehr bleibt die in § 13 Nr. 1 Abs. 1 des Vertrages getroffene Regelung zur Stellung der Sicherheit unabhängig von der näheren Ausgestaltung ihrer Rückgabe gemäß § 13 Nr. 2 i.V.m. § 13 Nr. 1 Abs. 2 des Vertrages bestehen. Inhaltlich voneinander trennbare, einzeln aus sich heraus verständliche Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind einer gesonderten Wirksamkeitsprüfung zugänglich, und zwar auch dann, wenn sie in einem äußeren sprachlichen Zusammenhang mit anderen unwirksamen Klauseln stehen (BGH, Urteil vom 10. Oktober 1996 - VII ZR 224/95, ZfBR 1997, 73 = NJW 1997, 394).

III.

1. Die auf § 812 BGB gestützte Verurteilung der Herausgabe der Bürgschaft kann keinen Bestand haben. Ein solcher Bereicherungsanspruch besteht nicht. Die Beklagte hat die Vertragserfüllungsbürgschaft aufgrund der wirksam vereinbarten Sicherheitsleistung in § 13 Nr. 1 Abs. 1 des Vertrages und mithin nicht rechtsgrundlos erhalten.

Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Es wird zu prüfen haben, ob durch die Bürgschaft gesicherte Ansprüche bestehen. Die Beklagte hat sich durchgängig auf solche Ansprüche wegen mangelhafter Werkleistungen berufen und auch zum Gegenstand einer Hilfsaufrechnung gemacht.

2. Damit erweist sich auch die mit fehlender Sachdienlichkeit begründete Abweisung der Widerklage als rechtsfehlerhaft. Sie beruht auf der Annahme, daß gegenüber dem Anspruch auf Rückgabe einer rechtsgrundlos erhaltenen Bürgschaftsurkunde ein Zurückbehaltungsrecht wegen vermeintlicher Schadensersatzansprüche nicht geltend gemacht werden kann. Für einen vertraglichen Anspruch auf Rückgabe der Sicherheit gilt dies nicht.

B) Anschlußrevision der Klägerin

I.

Das Berufungsgericht führt aus, die Klägerin habe mit ihrer Schlußrechnung die bis zur vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses erbrachten Teilleistungen nicht prüfbar abgerechnet. Sie hätte zur Ermittlung der auf die Teilleistung entfallenden Pauschalvergütung konkrete Angaben zum Verhältnis des Wertes der erbrachten Teilleistungen zum Wert der nach dem Vertrag zu erbringenden Gesamtleistungen machen müssen und nicht lediglich die Vergütung auf der Grundlage von Einheitspreisen entsprechend ihrem ursprünglichen Kostenangebot vom 3. April 1995 ermitteln und einen "Nachlaß aus Pauschalierung 4,8 %" in Abzug bringen dürfen.

Für die Nachtragsleistungen unter den Positionen N 1 bis N 6 der Schlußrechnung habe sie die Voraussetzungen des § 2 Nr. 7 VOB/B für eine Änderung der Pauschalpreisvereinbarung nicht hinreichend dargetan.

II.

Das hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Das Berufungsgericht stellt unzutreffende Anforderungen an die Darlegung der erbrachten Leistungen eines vorzeitig beendeten Pauschalpreisvertrages.

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Höhe der Vergütung für erbrachte Leistungen nach dem Verhältnis des Wertes der erbrachten Teilleistungen zum Wert der nach dem Pauschalpreisvertrag geschuldeten Gesamtleistung zu errechnen. Der Unternehmer muß deshalb das Verhältnis der bewirkten Leistung zur vereinbarten Gesamtleistung und des Preisansatzes für die Teilleistungen zum Pauschalpreis darlegen. Haben die Parteien den Pauschalpreis auf der Grundlage eines nach Einheitspreisen aufgeschlüsselten Angebotes des Unternehmers, insbesondere durch Abrundung, vereinbart, so kann dies ein brauchbarer Anhaltspunkt für die Berechnung der Vergütung für die erbrachten Leistungen sein (BGH, Urteile vom 20. Januar 2000 - VII ZR 97/99, zur Veröffentlichung vorgesehen, und vom 4. Juli 1996 - VII ZR 227/93, BauR 1996, 846 = ZfBR 1996, 310 = NJW 1996, 3270).

b) Diesen Anforderungen genügt die Schlußrechnung der Klägerin. Das Berufungsgericht hat die prägenden Umstände der Vertragsgestaltung nicht hinreichend berücksichtigt.

Die Vergütungsabrede in § 3 des Subunternehmervertrages bezieht sich ausdrücklich auf das Angebot der Klägerin vom 3. April 1995. Der darin aufgeführte, später vertraglich vereinbarte Pauschalpreis ist aus der Summe der aufgeschlüsselten Einheitspreise unter Abzug eines Abrundungsbetrages gebildet. Dementsprechend ist die Klägerin in ihrer Schlußrechnung vorgegangen. Sie hat die erbrachten Leistungen nach dem von ihr genommenen Aufmaß und den Einheitspreisen des Angebots bewertet. Der prozentuale Abzug entspricht genau dem Rundungsbetrag des Pauschalpreises. Damit ist das Verhältnis des Werts der erbrachten Leistungen zur gesamten Leistung ohne weiteres erkennbar. Diese Abrechnungsweise deckt sich zudem mit dem in § 15 Nr. 4 des Vertrages für den Fall einer Kündigung durch den Generalunternehmer vorgesehenen Verfahren. Dem Informations- und Kontrollinteresse der Beklagten ist damit genügt.

2. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht die Abrechnung von Nachtragsleistungen als un schlüssig angesehen. Es hat sich durch die bloße Prüfung einer Anpassung von Pauschalpreisvereinbarungen gemäß § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 2 VOB/B den Blick für Vergütungsansprüche gemäß § 2 Nr. 5 bis Nr. 8 VOB/B verstellt.

Die Klägerin hat im einzelnen dargelegt und unter Beweis gestellt, daß die unter den Nachtragspositionen N 1 bis N 6 aufgeführten Leistungen aufgrund von Planungsänderungen und nach ihrer Behauptung vertragswidriger Vorleistungen notwendig geworden sind. Insoweit kommen Ansprüche aus § 2 Nr. 5 oder Nr. 6 VOB/B in Betracht, soweit die Leistungen angeordnet worden sind. Soweit eine Anordnung fehlt, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob Ansprüche aus § 2 Nr. 8 VOB/B oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag

gegeben sind (vgl. BGH, Urteil vom 31. Januar 1991 - VII ZR 291/88 = BGHZ 113, 315, 322). Die Position N 5 hat die Beklagte zudem anerkannt.

Ullmann

Thode

Kuffer

Kniffka

Wendt