





Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Mai 2002 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Hausmann, Dr. Kuffer, Prof. Dr. Kniffka und Bauner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 23. November 2000 aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Dresden vom 18. Mai 2000 wird zurückgewiesen.

Die Beklagten tragen die Kosten der Rechtsmittelverfahren.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von den Beklagten die Herausgabe der Urkunde über eine Gewährleistungsbürgschaft.

Sie war als Generalunternehmerin mit dem Umbau und der Sanierung eines Gebäudes beauftragt. Vertragsbestandteil waren unter anderem in dieser Reihenfolge der Generalunternehmervertrag und die VOB/B. Vereinbarung war eine Gewährleistungsfrist von fünf Jahren. Nach einem Termin- und Zahlungsplan der von den Beklagten gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen

sollten Abschlagszahlungen bis zum Erreichen von 95% der Vertragssumme geleistet werden. Hinsichtlich der Zahlung sah § 5 Nr. 2 des GU-Vertrages weiter vor:

"Von der Schlußrechnung wird ein Gewährleistungseinbehalt in Höhe von 5 % in Abzug gebracht. Dieser Gewährleistungseinbehalt kann durch Bürgschaft (Muster C.) abgelöst werden und kommt im Falle der Bürgschaftsvorlage umgehend zur Auszahlung."

In § 10 Nr. 1 des Generalunternehmervertrags ist unter "Gewährleistungsbürgschaft" ebenfalls ein Einbehalt von 5% vorgesehen. "Statt dessen" konnte der Generalunternehmer Sicherheit durch Bürgschaft nach Muster leisten. Das Vertragsmuster weist eine Bürgschaft auf erstes Anfordern aus.

Nach Erstellung der Schlußrechnung übergab die Klägerin den Beklagten eine Bürgschaftsurkunde über 490.000 DM. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Beklagten den Gewährleistungseinbehalt in voller Höhe ausbezahlt haben. Unstreitig ist noch ein Werklohn in Höhe von 140.115,25 DM offen.

Die Klägerin stützt ihr Herausgabeverlangen darauf, daß die Beklagten den Bareinbehalt nicht vollständig ausbezahlt haben, ferner darauf, daß die Sicherungsabrede unwirksam sei.

Das Landgericht hat die Beklagten zur Herausgabe der Gewährleistungsbürgschaft verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der dagegen gerichteten Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Das für das Schuldverhältnis maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Gesetzen (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

Das Berufungsgericht sieht in der Vereinbarung über den Sicherheitseinbehalt keinen Verstoß gegen § 9 AGBG. Der Auftragnehmer werde durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur dann unangemessen benachteiligt, wenn im übrigen das Wahlrecht des § 17 VOB/B ausgeschlossen sei. Dies sei hier nicht der Fall. Weder in § 10 des GU-Vertrages noch in Nr. 17 der zusätzlichen Vertragsbedingungen sei das Wahlrecht ausgeschlossen worden. Dort seien lediglich Sonderregelungen für die Gestellung der Bürgschaft getroffen. § 17 VOB/B bleibe im übrigen anwendbar. Daher sei es dem Auftragnehmer noch möglich, es beim Einbehalt mit Einzahlungspflicht auf ein Sperrkonto zu belassen. Die Vertragsklausel sei deswegen nicht im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Bezug auf Urteil vom 5. Juni 1997 - VII ZR 324/95, BGHZ 136, 27) unwirksam.

II.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg. Die Klägerin hat Anspruch auf Herausgabe der Bürgschaft auf erstes Anfordern, weil sie diese ohne Rechtsgrund gegeben hat (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Die Klägerin wird durch die Sicherungsabrede unangemessen im Sinne des § 9 AGBG benachteiligt.

1. Eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bauvertrages, wonach der Besteller nach Abnahme des Bauwerks 5 % der Auftragssumme für die Dauer der fünfjährigen Gewährleistungsfrist als Sicherheit einbehalten darf, benachteiligt den Unternehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen; sie ist unwirksam, wenn ihm kein angemessener Ausgleich dafür zugestanden wird (BGH, Urteil vom 5. Juni 1997 - VII ZR 324/95, BGHZ 136, 27).

2. Entgegen der Ansicht des Berufungsgericht ist kein angemessener Ausgleich vereinbart. § 17 VOB/B kommt nicht ergänzend zur Anwendung.

Nach § 5 und § 10 Nr. 1 des Generalunternehmervertrags war die Klägerin nur berechtigt, den Gewährleistungseinbehalt von 5% durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern abzulösen. Diese Vertragsklauseln und Nr. 17 der zusätzlichen Vertragsbedingungen sehen den Bareinbehalt von 5% der Auftragssumme vor. Der Einbehalt kann nur durch eine Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern abgelöst werden. § 10 Nr. 1 Satz 2 des Generalunternehmervertrags läßt diese "statt dessen" zu, d.h. statt des in Satz 1 dieser Vertragsklausel geregelten Einbehalts von 5%. Nr. 17 der zusätzlichen Vertragsbedingungen befaßt sich nur mit den Bürgschaften und nicht mit dem Austauschrecht. Die Wahl anderer Austauschsicherheiten gemäß § 17 Nr. 3 VOB/B oder das Verlangen nach Einzahlung auf ein Sperrkonto gemäß § 17 Nr. 6 Abs. 1 und 3 VOB/B ist damit nicht eröffnet. Vielmehr wird mit dieser Formulierung eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß nur ein Bareinbehalt gewollt ist, der lediglich durch Bürgschaft auf erstes Anfordern abgelöst werden kann (vgl. dazu Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/B, 9. Aufl., § 17 Rdn. 40). Auch durch die Be-

zugnahme auf die VOB/B in § 2 des Generalunternehmervertrages läßt sich hierzu nichts herleiten, weil die VOB/B gegenüber den anderen das Ablösungsrecht ausschließenden Vertragsklauseln nachrangig gelten soll. Nach § 2 Nr. 8 dieses Vertrages soll die VOB/B hinter den speziellen Regelungen des Generalunternehmervertrages zurücktreten. Die Ablösung des Bareinbehalts von 5% durch eine Bürgschaft allein auf erstes Anfordern ist kein angemessener Ausgleich (BGH, Urteil vom 5. Juni 1997 - VII ZR 324/95 aaO).

Ullmann

Hausmann

Kuffer

Kniffka

Bauner