



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VII ZR 314/01

Verkündet am:  
10. April 2003  
Seelinger-Schardt,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: \_\_\_\_\_ ja

BGB § 765

Hat der Bürge dem Gläubiger eine Bürgschaft auf erstes Anfordern gestellt, obwohl der Gläubiger aufgrund der Sicherungsvereinbarung nur einen Anspruch auf eine selbstschuldnerische Bürgschaft ohne die Bürgschaftsverpflichtung auf erstes Anfordern hat, ist der Gläubiger nicht verpflichtet, die Bürgschaft an den Sicherungsgeber herauszugeben. Er muß sich jedoch gegenüber dem Sicherungsgeber und dem Bürgen schriftlich verpflichten, die Bürgschaft nicht auf erstes Anfordern, sondern nur als selbstschuldnerische Bürgschaft geltend zu machen.

AGBG § 9 Abs. 1 Bg

Die Klausel der Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bauvertrages

"Zahlungen auf Schlußrechnungen werden bis zu 95 % des Nettowertes geleistet. Der Rest ist durch eine kostenlose und befristete Gewährleistungsbürgschaft (Vorgabe der Befristung durch den AG) ablösbar"

ist gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.

BGH, Urteil vom 10. April 2003 - VII ZR 314/01 - OLG Stuttgart  
LG Stuttgart

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. April 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler und die Richter Prof. Dr. Thode, Dr. Kuffer, Prof. Dr. Kniffka und Bauner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 16. August 2001 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

I.

Die Klägerin, eine italienische Aktiengesellschaft mit Sitz in Trient (Italien), vertreten durch den Vergleichsverwalter Dr. G. M., verlangt von der Beklagten die Herausgabe einer Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern und die Unterlassung der Inanspruchnahme des Bürgen.

II.

Die Beklagte war Generalunternehmerin für ein Bauvorhaben in D. , die Klägerin wurde von ihr als Nachunternehmerin für das Gewerk Leichtmetall-Glas-Fassaden beauftragt. Seit November 1999 befindet sich die Klägerin im gerichtlichen Vergleichsverfahren nach italienischem Recht.

In dem Nachunternehmervertrag der Parteien vom 18. Februar 1998, der u.a. die Geltung der VOB/B vorsieht, ist die Gewährleistungssicherheit wie folgt geregelt:

"Zahlungen auf Schlußrechnungen werden bis zu 95 % des Nettowertes geleistet. Der Rest ist durch eine kostenlose und befristete Gewährleistungsbürgschaft (Vorgabe der Befristung durch den AG) ablösbar."

Eine Schriftformklausel sieht vor, daß alle Änderungen und Ergänzungen des Vertrages zur Wirksamkeit der Schriftform bedürfen.

Die Vertragsparteien erweiterten das Auftragsvolumen durch 22 Nachtragsvereinbarungen in erheblichem Umfang. In den einzelnen Nachtragsverträgen, die jeweils auf die Bestimmungen des Nachunternehmervertrages einschließlich der Sicherungsabrede Bezug nehmen, vereinbarten die Parteien die Zusatzleistung und die Zusatzvergütung sowie die Verpflichtung der Klägerin, jeweils eine Gewährleistungsbürgschaft von 5 % aus der jeweiligen Nachtragsauftragssumme zu stellen.

Auf Wunsch der Klägerin übersandte die Beklagte unter anderem ein Formular als Muster für eine Bürgschaft, das eine Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern vorsah. Die Klägerin stellte der Beklagten sechs Bürgschaften ihrer italienischen Bank, die dem von der Beklagten übersandten Muster entsprachen. Die Parteien streiten darüber, ob sie die Sicherungsvereinba-

zung des Nachunternehmervertrages vom 18. Februar 1994 nachträglich konkludent dahingehend geändert haben, daß die Klägerin verpflichtet war, Gewährleistungsbürgschaften auf erstes Anfordern zu stellen.

Die Bürgschaft, die die Klägerin in diesem Verfahren herausverlangt, lautet unter anderem wie folgt:

"Gemäß Nachunternehmer-Vertrag hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber eine Gewährleistungsbürgschaft in Höhe von 5 % der Abrechnungssumme zu stellen.

Dies vorausgeschickt, übernehmen wir hiermit für den Auftragnehmer die selbstschuldnerische Bürgschaft für die vertragsgemäße Verpflichtung aus Mängelgewährleistung bis zum Höchstbetrag von ... unter Verzicht auf Einrede der Anfechtung, Aufrechnung, Vorausklage und Vorausbefriedigung (§§ 770, 771, 772 BGB) mit der Maßgabe, dass wir aus dieser Bürgschaft nur auf Zahlung von Geld in Anspruch genommen werden können. Wir verpflichten uns, den vorgenannten Betrag auf erste schriftliche Anforderung an den Auftraggeber zu überweisen. Wir sind nicht berechtigt, uns durch Hinterlegung des Betrages zum Zwecke der Sicherheitsleistung von den Verpflichtungen aus dieser Bürgschaft zu befreien...".

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben; die Berufung der Beklagten hatte Erfolg. Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

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

II.

Die deutschen Gerichte sind für den Rechtsstreit international zuständig.

1. Im Verhältnis zu Italien richtet sich die internationale Zuständigkeit der Gerichte nach dem EG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen (EuGVÜ). Die Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung Nr. 44/2001 (EuGVVO), in Kraft seit dem 1. März 2002, die das EuGVÜ ersetzt, ist nicht anwendbar. Nach der Übergangsregelung des Art. 66 Abs. 1 EuGVVO sind ihre Vorschriften nur auf Klagen anwendbar, die nach ihrem Inkrafttreten erhoben worden sind.

Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte ist begründet durch die Gerichtsstandsvereinbarung der Parteien zugunsten der deutschen Gerichte (Art. 17 EuGVÜ).

### III.

1. Das Berufungsgericht hat, ohne nach dem deutschen internationalen Schuldvertragsrecht (Art. 27 ff EGBGB) zu prüfen, welches materielle Recht für den Vertrag der Parteien berufen ist, deutsches materielles Recht angewandt.

2. Auf das Vertragsverhältnis der Parteien ist nach dem deutschen internationalen Schuldvertragsrecht, das in allen Verfahrensstadien von Amts wegen zu prüfen ist (BGH, Urteil vom 14. Januar 1999 - VII ZR 19/98, BauR 1999, 631 = ZfBR 1999, 193; vgl. Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht Rn. 673 m.w.N. der Rechtsprechung des BGH), deutsches materielles Recht anzuwenden.

Die Parteien haben keine ausdrückliche Rechtswahl nach Art. 27 Abs. 1 Satz 2 EGBGB getroffen. Das deutsche materielle Recht ist anwendbar, weil der Vertrag der Parteien hinreichende Anhaltspunkte für eine konkludente Rechtswahl nach Art. 27 Abs. 1 Satz 2 EGBGB zugunsten des deutschen materiellen Rechts enthält. Die Parteien haben die VOB/B vereinbart und die besonderen Vereinbarungen des Vertrages an der VOB/B und den gesetzlichen Vorschriften des deutschen Werkvertragsrechts orientiert. Weitere Anhaltspunkte sind die Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten der Gerichte S. und die Fassung des Textes in deutscher Sprache. Diese Umstände sind für eine konkludente Rechtswahl zugunsten des deutschen Rechts ausreichend (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 1999 - VII ZR 19/98, BauR 1999, 631 = ZfBR 1999, 193).

### IV.

1. Das Berufungsgericht hat die Herausgabe- und Unterlassungsklage mit folgenden Erwägungen abgewiesen:

a) Die Beklagte sei nicht zur Herausgabe der Bürgschaft verpflichtet. Die Vertragsparteien hätten die ursprüngliche Sicherungsabrede durch eine Individualvereinbarung geändert und vereinbart, daß die Klägerin statt einer einfachen Gewährleistungsbürgschaft eine Bürgschaft auf erstes Anfordern zu stellen habe.

b) Die Parteien hätten sich nach Durchführung des Bauvorhabens darauf geeinigt, daß die Auftragssumme auf sechs Gewährleistungsbürgschaften habe aufgeteilt werden sollen. Nach der Ausführung der Arbeiten sei die Beklagte an die Klägerin mit dem Verlangen herangetreten, daß die Klägerin eine Bürgschaft auf erstes Anfordern stellen solle. Die Übergabe eines Formulars einer Bürgschaft auf erstes Anfordern sei kein "einseitig formularmäßiges Verlangen i.S. von AGB gegenüber der Klägerin". Da das Formular für die Bank vorgesehen gewesen sei, sei die Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien keine Formularvereinbarung.

c) Mit ihrem Verlangen nach einer Bürgschaft auf erstes Anfordern sei die Beklagte erkennbar von der Sicherungsvereinbarung der Parteien abgewichen. Die Klägerin habe die von der Beklagten geforderte Änderung der Sicherungsabrede akzeptiert. Sie habe die Bürgschaft auf erstes Anfordern zugesagt und mit der Aushändigung der Bürgschaft an die Beklagte ihren Willen bestätigt, eine Bürgschaft auf erstes Anfordern zu stellen. Aus dem Schriftverkehr und dem Verhalten der Klägerin ergebe sich eine derartige Erklärung konkludent. Im Hinblick auf dieses Verhalten sei es rechtsmißbräuchlich, wenn die Klägerin sich auf die vereinbarte Schriftform berufen würde.

d) Als Individualvereinbarung könnten die Parteien wirksam vereinbaren, daß die Klägerin eine Bürgschaft auf erstes Anfordern stelle, "zumal wenn es

hier um die Verpflichtung eines großen, international tätigen Bauunternehmens geht".

2. Diese Erwägungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand:

Für eine konkludente Änderung der ursprünglichen Sicherungsvereinbarung zu Lasten der Klägerin fehlt es an jedem tatsächlichen Anhaltspunkt. Allein in der Übersendung eines nicht dem Vertrag entsprechenden Formulars liegt regelmäßig kein Angebot auf Abänderung des Vertrags. Für ein solches Angebot sind zusätzliche Umstände erforderlich, die für den Empfänger des Formulars erkennen lassen, daß eine Änderung des Vertrags gewollt ist. Solche Umstände liegen nicht vor. Nach dem übereinstimmenden Sachvortrag der Parteien haben sie nicht darüber verhandelt, daß an die Stelle der vereinbarten Gewährleistungsbürgschaft eine Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern treten sollte. Die Klägerin hat die von ihr als Garantien bezeichneten Bürgschaften, die dem Formular der Beklagten entsprachen, mit Anschreiben vom 11. Juni 1997 an die Beklagte zur Prüfung übersandt. Unter diesen Bürgschaften befand sich unter anderem die Bürgschaft, deren Herausgabe die Klägerin in diesem Verfahren verlangt. Mit diesem Anschreiben hat die Klägerin der Beklagten kein Angebot zur Änderung der Sicherungsvereinbarung gemacht, sondern sie aufgefordert zu überprüfen, ob die Bürgschaften der vertraglichen Vereinbarung entsprachen.

3. Da die Vertragsparteien die ursprüngliche Sicherungsvereinbarung des Nachunternehmervertrages nicht geändert haben, ist diese Sicherungsvereinbarung die Grundlage für die Beurteilung der Frage, ob die Herausgabe- und Unterlassungsklage begründet ist.

Der Senat kann nicht abschließend über die Klage entscheiden, weil das Berufungsgericht zwar in seiner die Entscheidung nicht tragenden Beurteilung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten ausgegangen ist, dazu aber keine Feststellungen getroffen hat.

a) Sollte die Sicherungsabrede in Nr. 8 des Nachunternehmervertrags individuell vereinbart worden sein, wäre die Klage auf Herausgabe unbegründet. Die Klägerin könnte jedoch verlangen, daß sich die Beklagte ihr gegenüber und gegenüber der Bürgin schriftlich verpflichtet, sie werde die Bürgin nicht auf erstes Anfordern, sondern nur aus der selbstschuldnerischen Bürgschaft in Anspruch nehmen.

aa) Nach der Sicherungsvereinbarung hat die Beklagte einen Anspruch auf eine selbstschuldnerische Gewährleistungsbürgschaft (§ 17 Nr. 4 VOB/B) nach deutschem materiellem Recht.

(1) Die der Beklagten gestellte Bürgschaft ist eine Gewährleistungsbürgschaft nach deutschem Recht. Auf den Bürgschaftsvertrag zwischen der Bürgin und der Beklagten ist das deutsche materielle Recht anwendbar.

Das für die Bürgschaft einer Bank mit Sitz im Ausland maßgebliche Recht bestimmt sich nach dem deutschen internationalen Schuldvertragsrecht (vgl. Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht, Rn. 393 m.w.N.). Eine ausdrückliche Rechtswahlvereinbarung zugunsten des deutschen Rechts haben die Vertragsparteien des Bürgschaftsvertrages nicht getroffen. Das deutsche materielle Bürgschaftsrecht ist für das Bürgschaftsverhältnis berufen, weil die Vertragsparteien das deutsche materielle Recht konkludent gemäß Art. 27 Abs. 1 Satz 2 EGBGB vereinbart haben. Der Text der Bürgschaftsurkunde enthält hinreichende Anhaltspunkte für die konkludente Wahl des deutschen Rechts. Der Text der Urkunde ist orientiert an dem deutschen Bürg-

schaftsrecht, es enthält die Rechtsbegriffe des deutschen Rechts und nennt Regelungen des deutschen Bürgschaftsrechts.

(2) Die der Beklagten tatsächlich gestellte Bürgschaft ist eine selbstschuldnerische Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern. Diese Bürgschaft entspricht nur insoweit nicht der Sicherungsvereinbarung, als sie der Beklagten als Gläubigerin des Bürgschaftsvertrages das Recht auf erstes Anfordern einräumt. Die Bürgschaft auf erstes Anfordern ist kein Sicherungsmittel eigener Art, sondern lediglich eine besondere Form der Bürgschaftsverpflichtung, die den Gläubiger privilegiert (Urteil vom 25. Februar 1999 - IX ZR 24/98, NJW 1999, 2361, 2363; Urteil vom 4. Juli 2002 - VII ZR 502/99, BGHZ 151, 229; Urteil vom 4. Juli 2002 - IX ZR 97/99, BGHZ 151, 236 = NJW 2002, 3170; Urteil vom 24. Oktober 2002 - IX ZR 355/00, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

Stellt der Bürge dem Gläubiger eine selbstschuldnerische Bürgschaft auf erstes Anfordern, obwohl der Gläubiger als Sicherungsnehmer aufgrund der Sicherungsvereinbarung mit dem Sicherungsgeber die selbstschuldnerische Bürgschaft nicht in der ihn privilegierenden Form hätte verlangen können, ist der Bürge im Zweifel dem Gläubiger aus der selbstschuldnerischen Bürgschaft verpflichtet (vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 1999 - IX ZR 24/98, NJW 1999, 2361, 2363; Urteil vom 4. Juli 2002 - IX ZR 97/99, BGHZ 151, 236 = NJW 2002, 3170; Urteil vom 24. Oktober 2002 - IX ZR 355/00, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; Urteil vom 23. Januar 2003 - VII ZR 210/01, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

(3) Mit der Bürgschaft hat die Klägerin die von ihr aufgrund der Sicherungsvereinbarung nach materiellem Bürgschaftsrecht geschuldete Bürgschaft gestellt, die lediglich hinsichtlich der den Gläubiger privilegierenden Form nicht

geschuldet war. Nur diese Privilegierung durch die Verpflichtung der Bürgin, auf erstes Anfordern zu zahlen, steht der Beklagten aufgrund der Sicherungsvereinbarung nicht zu. Die Sicherungsvereinbarung berechtigt die Beklagte gegenüber der Klägerin nicht, das ihr in der Bürgschaft eingeräumte Recht auf erstes Anfordern gegenüber der Bürgin geltend zu machen. Sie kann die Bürgin, soweit die materiellrechtlichen Voraussetzungen des Anspruchs gegeben sind, aus der selbstschuldnerischen Bürgschaft in Anspruch nehmen.

bb Da durch die gestellte Bürgschaft das Risiko begründet ist, daß die Beklagte die Bürgin auf erstes Anfordern in Anspruch nimmt, kann die Klägerin von der Beklagten verlangen, daß sie sich ihr und der Bürgin gegenüber schriftlich verpflichtet, daß sie die Bürgschaft nicht auf erstes Anfordern, sondern nur als selbstschuldnerische Bürgschaft geltend machen wird.

Mit den schriftlichen Erklärungen ist dem Interesse der Klägerin daran, daß die Bürgschaft nicht auf erstes Anfordern in Anspruch genommen wird, ausreichend Rechnung getragen. Nach dem Empfang der Erklärung darf die Bürgin, auch mit Rücksicht auf die vertragliche Verpflichtung gegenüber der Klägerin, nicht mehr auf erstes Anfordern auszahlen.

e) Sollte die Sicherungsabrede nach Nr. 8 des Nachunternehmervertrages eine von der Beklagten gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung sein, so würde diese einer Inhaltskontrolle nach § 9 Abs. 1 AGBG nicht standhalten.

Die Sicherungsvereinbarung sieht einen Einbehalt von 5 % von dem Nettobetrag der Schlußrechnungen vor. Der Zeitraum für den Einbehalt ist nicht geregelt. Dem Auftragnehmer ist lediglich das Recht eingeräumt, den Bareinbehalt durch eine befristete Gewährleistungsbürgschaft abzulösen. Die Befristung soll nach Vorgabe des Auftraggebers erfolgen.

Diese Vertragsklausel ist unangemessen. Sie ermöglicht dem Auftraggeber, die Bürgschaft nach seinem Belieben zu befristen. Für eine Begrenzung des Bestimmungsrechts auf die Dauer der Gewährleistungsfrist gibt die Klausel nichts her. Wäre dies gewollt gewesen, hätte dies zum Ausdruck gebracht werden müssen.

Dressler

Thode

Kuffer

Kniffka

Bauner