



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 159/19

Verkündet am:
16. Juli 2020
Boppel,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 305c Abs. 2, § 307 Abs. 1 Satz 1 Bf, Cl

Ergibt sich aus den formularmäßigen Vertragsbestimmungen eines Bauvertrags - für sich oder in ihrem Zusammenwirken -, dass der Auftragnehmer für einen nicht unerheblichen Zeitraum über die Abnahme hinaus wegen möglicher Mängelansprüche des Auftraggebers eine Sicherheit stellen muss, die 8 % der Auftragssumme beträgt, führt dies nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu einer unangemessenen Benachteiligung des Auftragnehmers (Fortführung von BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - VII ZR 120/14, BauR 2015, 832 = NZBau 2015, 223; Urteil vom 1. Oktober 2014 - VII ZR 164/12, BauR 2015, 114 = NZBau 2014, 759; Urteil vom 5. Mai 2011 - VII ZR 179/10, BauR 2011, 1324 = NZBau 2011, 410).

BGH, Urteil vom 16. Juli 2020 - VII ZR 159/19 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

ECLI:DE:BGH:2020:160720UVIIZR159.19.0

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Juli 2020 durch den Vorsitzenden Richter Pamp, den Richter Prof. Dr. Jurgeleit sowie die Richterinnen Sacher, Borris und Dr. Brenneisen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 9. Juli 2019 aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin begehrt von der Beklagten die Herausgabe einer Bürgschaftsurkunde, Freistellung von Avalprovisionen und Ersatz außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten.
- 2 Die Beklagte beauftragte die Rechtsvorgängerin der Klägerin nach Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung mit Zuschlagsschreiben vom 23. April 2013 mit der Ausführung der Leistungen "Rohbau, Verkehrswege-, Entwässerungskanalbau und Straßentunnel offene Bauweise" beim Bauvorhaben "Verbindung am L. in S. ". Als Bestandteil des Vertrags wurden unter anderem die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) und die Besonderen Vertragsbedin-

gungen in der Fassung des Vergabehandbuchs des Bundes - Ausgabe 2008 - Stand Mai 2010 (BVB) vereinbart.

3 Unter der Überschrift "Sicherheitsleistung (§ 17 VOB/B)" enthält Ziff. 4 BVB folgende Regelungen:

"4.1 Stellung der Sicherheit

Sicherheit für die Vertragserfüllung ist in Höhe von 5 v.H. der Auftragssumme zu leisten, sofern die Auftragssumme mindestens 250.000 Euro beträgt.

Die für Mängelansprüche zu leistende Sicherheit beträgt 3 v.H. der Auftragssumme einschließlich erteilter Nachträge.

Rückgabezeitpunkt für eine nicht verwertete Sicherheit für Mängelansprüche (§ 17 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B):

Nach Ablauf der Verjährungsfrist für alle Mängelansprüche.

Stellt der Auftragnehmer die Sicherheit für die Vertragserfüllung binnen 18 Werktagen nach Vertragsabschluss (Zugang des Auftragschreibens) weder durch Hinterlegung noch durch Vorlage einer Bürgschaft, so ist der Auftraggeber berechtigt, Abschlagszahlungen einzubehalten, bis der Sicherheitsbetrag erreicht ist.

Nach Abnahme und Erfüllung aller bis dahin erhobenen Ansprüche einschließlich Schadensersatz kann der Auftragnehmer verlangen, dass die Sicherheit für die Vertragserfüllung in eine Mängelansprüchesicherheit umgewandelt wird.

4.2 Art der Sicherheit

Für die Vertragserfüllung und die Mängelansprüche kann Sicherheit wahlweise durch Einbehalt oder Hinterlegung von Geld oder durch Bürgschaft geleistet werden.

Der Auftragnehmer kann die einmal von ihm gewählte Sicherheit durch eine andere der vorgenannten ersetzen.

...

4.3 Sicherheitsleistung durch Bürgschaft

Wird Sicherheit durch Bürgschaft geleistet, ist für

- die Vertragserfüllung das Formblatt Vertragserfüllungs- und Mängelansprüchebürgschaft - 421,
- die Mängelansprüche das Formblatt Mängelansprüchebürgschaft - 422 und

- ...

zu verwenden.

..."

- 4 In dem unter Ziff. 4.3 BVB in Bezug genommenen Formblatt 421 heißt es unter anderem:

"Nach den Bedingungen dieses Vertrages hat der Auftragnehmer Sicherheit für die vertragsgemäße Ausführung der Leistung einschließlich Erfüllung der Mängelansprüche zu leisten. Er leistet Sicherheit in Form dieser Bürgschaft."

- 5 Unter Verwendung des Formblatts 421 übernahm die Kreissparkasse E. -

mit Bürgschaftsurkunde vom 28. Januar 2014 unter Bezugnahme auf den Vertrag vom 23. April 2014 eine selbstschuldnerische Bürgschaft bis zu einer Gesamthöhe von 2.064.178 €.

- 6 Mit der Begründung, die Sicherungsabrede in Ziff. 4 BVB sei als Allgemeine Geschäftsbedingung unwirksam, forderte die Klägerin die Beklagte unter dem 7. September 2016 erfolglos zur Rückgabe der Bürgschaft auf.

- 7 Am 17. März 2017 kündigte die Beklagte den Vertrag mit der Klägerin aus wichtigem Grund. Die Berechtigung zur Kündigung aus wichtigem Grund ist zwischen den Parteien streitig.

8 Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt, die Bürgschaftsurkunde vom 28. Januar 2014 an die Bürgin herauszugeben, die Klägerin von den Avalprovisionen der Bürgin für die Bürgschaft für den Zeitraum vom 24. September 2016 bis zur Rückgabe der Bürgschaftsurkunde freizustellen sowie außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 10.416,90 € nebst Zinsen zu zahlen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revision der Klägerin führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

10 Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung unter anderem in BauR 2020, 479 veröffentlicht ist, führt im Wesentlichen Folgendes aus:

11 Die Klägerin habe keinen Anspruch auf Herausgabe der Bürgschaftsurkunde gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Fall BGB, weil die der Bürgschaftsstellung zugrundeliegende Sicherungsabrede der Parteien wirksam sei. Sie könne deshalb auch nicht Freistellung von den Avalprovisionen und Erstattung der außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten verlangen.

- 12 Die von der Beklagten gestellte vertragliche Regelung in Ziff. 4 BVB betreffend die Verpflichtung zur Stellung einer Sicherheit für die Vertragserfüllung benachteilige die Klägerin weder für sich genommen noch in ihrem Zusammenhang mit der zugleich geregelten Verpflichtung zur Stellung einer Sicherheit für Mängelansprüche unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.
- 13 Die Verpflichtungen des Auftragnehmers zur Stellung einer Sicherheit für die Vertragserfüllung in Höhe von 5 % der Auftragssumme sowie zur Stellung einer Sicherheit für Mängelansprüche in Höhe von 3 % der Auftragssumme einschließlich erteilter Nachträge seien jeweils für sich genommen nicht zu beanstanden. Soweit nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers auch dann gegeben sein könne, wenn die Vertragsbedingungen in der Gesamtschau dazu führten, dass der Auftragnehmer für einen jedenfalls erheblichen Zeitraum über die Abnahme hinaus für mögliche Mängelansprüche des Auftraggebers eine Sicherheit in Höhe von 8 % der Auftragssumme zu leisten habe, liege ein solcher Fall hier nicht vor.
- 14 Nach Ziff. 4.1 BVB werde zwischen der Sicherheit für die Vertragserfüllung und der Sicherheit für Mängelansprüche unterschieden. Daraus folge weiter, dass die Sicherheit für die Vertragserfüllung nicht die Mängelansprüche und umgekehrt die Sicherheit für Mängelansprüche nicht die Vertragserfüllung sichern solle. Mit der Vertragserfüllung seien - wofür auch Ziff. 4.1 Abs. 5 BVB spreche - die bis zur Abnahme entstandenen Rechte des Auftraggebers und mit den Mängelansprüchen die Mängelrechte nach Abnahme gemeint. Wenngleich die Abgrenzung im Einzelnen streitig sein könne, ergebe sich aus den Vertragsbedingungen eindeutig, dass etwaige Ansprüche entweder von der Sicherheit für die Vertragserfüllung oder von der Sicherheit für Mängelansprüche, nicht jedoch von beiden zugleich gesichert würden. Auch wenn der Auftragge-

ber die Sicherheit für die Vertragserfüllung für einen Zeitraum lange nach Abnahme, gegebenenfalls bis zum Abschluss der Streitigkeiten über Ansprüche aus der Zeit bis zur Abnahme, behalten dürfe, führe dies nicht zu einer unangemessenen Übersicherung, weil die während dieser Zeit entstandenen Mängelansprüche durch diese Sicherheit nicht abgesichert würden. Darin liege der wesentliche Unterschied zu den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 1. Oktober 2014 (VII ZR 164/12) und vom 22. Januar 2015 (VII ZR 120/14).

15 Eine andere Beurteilung ergebe sich nicht aus Ziff. 4.3 BVB, nach der bei Stellung einer Sicherheit für die Vertragserfüllung durch Bürgschaft das Formblatt "Vertragserfüllungs- und Mängelansprüchebürgschaft - 421" zu verwenden sei. Auch unter Berücksichtigung der zu Lasten des Verwenders geltenden Auslegungsregel des § 305c Abs. 2 BGB sei Zweck dieser Klausel nicht, die Sicherungsabrede dahin zu erweitern, dass die Sicherheit für die Vertragserfüllung auch Mängelansprüche erfassen solle. Mit der in Ziff. 4.3 BVB vorgesehenen kombinierten Vertragserfüllungs- und Mängelansprüchebürgschaft erhalte der Auftraggeber vielmehr beide vom Auftragnehmer zu leistenden Sicherheiten auf einmal. Dies habe für den Auftraggeber den Vorteil, dass der lästige Austausch der Vertragserfüllungsbürgschaft in eine Mängelansprachesicherheit entfalle. Solange dem Auftraggeber eine solche "Kombibürgschaft" vorliege, stehe ihm daneben kein zusätzlicher Anspruch auf Stellung einer Sicherheit für Mängelansprüche zu. Werde die "Kombibürgschaft" in Höhe von 5 % der Auftragssumme gestellt, sei der Anspruch des Auftraggebers auf eine Sicherheit für Mängelansprüche mithin bereits vollständig abgedeckt und gegebenenfalls - abhängig vom Umfang der Nachträge - sogar mit 2 Prozentpunkten übererfüllt. Da eine Sicherheit für Mängelansprüche in Höhe von 5 % der Auftragssumme noch angemessen sei, liege keine Übersicherung vor. Nach Wegfall des Sicherungszwecks für die Vertragserfüllungssicherheit habe der Auftragnehmer ge-

mäß Ziffer 4.1 BVB die Möglichkeit, die Sicherheit auf 3 % der Auftragssumme (einschließlich erteilter Nachträge) zu reduzieren. Es komme in Bezug auf die Mängelansprüche daher nicht zu einer Überschneidung der beiden Sicherheiten mit der Folge einer unangemessen hohen Sicherung dieser Ansprüche in Höhe von 8 % der Auftragssumme.

- 16 Eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers liege auch dann nicht vor, wenn die Sicherheitsleistung nicht durch Bürgschaft erbracht werde. Mangels ausdrücklicher Regelung zur Fälligkeit der Sicherheit für Mängelansprüche in Ziff. 4.1 BVB sei diese - unter Berücksichtigung der Auslegungsregel gemäß § 305c Abs. 2 BGB - binnen 18 Werktagen nach Vertragsabschluss zu leisten, § 17 Abs. 7 Satz 1 VOB/B. Eine hiervon abweichende Fälligkeitsregelung ergebe sich jedenfalls nicht mit der erforderlichen Klarheit aus Ziff. 4.1 Abs. 5 BVB. Darin werde lediglich ein Umwandlungsrecht und damit eine Befugnis des Auftragnehmers geregelt. Zwar mache eine Umwandlung nur Sinn, wenn der Auftragnehmer nicht bereits zuvor vertragsgemäß eine Sicherheit für Mängelansprüche habe stellen müssen. Gegen die Annahme, diese Klausel enthalte (auch) eine Fälligkeitsregelung für die Sicherheit für Mängelansprüche, spreche jedoch, dass der Verwender dann in Bezug auf die nach Abnahme bestehenden Mängelansprüche über einen langen Zeitraum, unter Umständen sogar bis zum Ablauf der für diese Ansprüche geltenden Verjährungsfrist, ungesichert wäre, wenn die Klärung aller bis zur Abnahme erhobenen Ansprüche weit in die Gewährleistungszeit hinein andauere oder sogar über diese hinausgehe. Lege man dieses Verständnis zur Fälligkeit zugrunde, müsse der Auftragnehmer - wenn keine "Kombibürgschaft" gestellt werde - vor Abnahme und Erfüllung aller bis dahin erhobenen Ansprüche zwar Sicherheiten in Höhe von insgesamt 8 % der Auftragssumme stellen, nämlich in Höhe von 5 % der Auftragssumme für die Vertragserfüllung und in Höhe von 3 % der Auftragssumme (einschließlich erteilter Nachträge) für die Mängelansprüche. Dies sei

jedoch unbedenklich, weil insoweit lediglich 3 % der Auftragssumme der Sicherung der Mängelansprüche nach Abnahme dienen. In Anbetracht der für die private Bauwirtschaft geltenden Obergrenze eines berechtigten Sicherungsinteresses in Höhe von 10 % der Auftragssumme werde dem Auftragnehmer in diesem Fall auch insgesamt nicht über Gebühr Liquidität entzogen. Ein angemessener Ausgleich erfolge dadurch, dass der Auftragnehmer durch das Stellen einer "Kombibürgschaft" gemäß Ziffer 4.3 BVB die Höhe der Sicherheit auf 5 % der Auftragssumme reduzieren könne.

- 17 Eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers ergebe sich ferner nicht daraus, dass der Auftragnehmer nach Ziffer 4.1 Abs. 5 BVB die Umwandlung der Vertragserfüllungssicherheit in eine Sicherheit für Mängelansprüche erst verlangen könne, wenn alle bis zur Abnahme erhobenen Ansprüche - nach dem Wortlaut also auch unberechtigt erhobene Ansprüche - erfüllt seien. Denn es bestehe ein berechtigtes Sicherungsinteresse des Auftraggebers bis zum Abschluss von Rechtsstreitigkeiten über die erhobenen Ansprüche. Ein Verständnis der vorliegenden Klausel, dass auch als unberechtigt erkannte Ansprüche für die Umwandlung der Sicherheit erfüllt werden müssten, sei nicht möglich.
- 18 Da die Beklagte nicht zur Herausgabe der Bürgschaftsurkunde verpflichtet sei, bedürfe die Frage, ob ihr gegebenenfalls ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Herausgabeanspruch der Klägerin zustehe, keiner Entscheidung.

II.

19 Dies hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

20 Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Herausgabe der Bürgschaftsurkunde nicht verneint werden, denn die der Bürgschaft zugrundeliegende Sicherungsabrede ist nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.

21 1. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts, die Rechtsfehler nicht erkennen lassen, handelt es sich bei den Vertragsbestimmungen in Ziff. 4 BVB um von der Beklagten gestellte Allgemeine Geschäftsbedingungen, die nicht im Einzelnen ausgehandelt sind.

22 2. Ausgehend hiervon ist die Vereinbarung der Parteien betreffend die Verpflichtung der Klägerin zur Stellung einer Sicherheit für die Vertragserfüllung in Ziff. 4 BVB gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

23 a) Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ist eine formularmäßige Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Letzteres ist der Fall, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (vgl. BGH, Urteil vom 30. März 2017 - VII ZR 170/16 Rn. 17 m.w.N., BauR 2017, 1202 = NZBau 2017, 275). Dabei kann sich die unangemessene Benachteiligung nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch aus einer Gesamtwirkung mehrerer, jeweils für sich genommen nicht zu beanstandender Vertragsbestimmungen ergeben (vgl. BGH, Urteil vom 16. Juni 2016 - VII ZR 29/13 Rn. 15,

BauR 2016, 1475 = NZBau 2016, 556; Urteil vom 9. Dezember 2010 - VII ZR 7/10 Rn. 16, BauR 2011, 677 = NZBau 2011, 229, jeweils m.w.N.).

24 Das ist etwa der Fall, wenn sich aus den von dem Auftraggeber gestellten formularmäßigen Vertragsbestimmungen eines Bauvertrags - für sich oder in ihrem Zusammenwirken - ergibt, dass der Auftragnehmer als Vertragspartner des Verwenders für einen nicht unerheblichen Zeitraum über die Abnahme hinaus wegen möglicher Mängelansprüche des Auftraggebers eine Sicherheit leisten muss, die jedenfalls nicht unwesentlich über 5 % der Auftragssumme liegt. Eine solche, der Höhe nach unangemessene Sicherheit kann sich dabei insbesondere daraus ergeben, dass nach dem Klauselwerk eine Sicherheit für die Vertragserfüllung, die auch nach Abnahme bestehende Mängelansprüche des Auftraggebers sichern soll, noch längere Zeit nach Abnahme nicht zurückgegeben werden muss, während zugleich eine Sicherheit für Mängelansprüche verlangt werden kann, so dass es zu einer Überschneidung der beiden Sicherheiten kommt und dem Auftraggeber für etwaige Mängelansprüche sowohl die Sicherheit für die Vertragserfüllung als auch die Sicherheit für Mängelansprüche zur Verfügung steht (vgl. BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - VII ZR 120/14, BauR 2015, 832 = NZBau 2015, 223; Urteil vom 1. Oktober 2014 - VII ZR 164/12, BauR 2015, 114 = NZBau 2014, 759; Urteil vom 5. Mai 2011 - VII ZR 179/10, BauR 2011, 1324 = NZBau 2011, 410).

25 b) Nach diesen Grundsätzen, von denen auch das Berufungsgericht ausgeht, ist die Vereinbarung der Parteien über die Stellung einer Sicherheit für die Vertragserfüllung in Ziff. 4 BVB gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Denn entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt eine Auslegung der Klausel in Betracht, nach der die Klägerin für einen nicht unerheblichen Zeitraum über die Abnahme hinaus wegen möglicher Mängelansprüche

der Beklagten eine Sicherheit in Höhe von insgesamt 8 % der Auftragssumme leisten muss.

26 aa) Das vom Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegte Klauselverständnis von Ziff. 4 BVB unterliegt uneingeschränkter revisionsrechtlicher Nachprüfung. Zwar sind Allgemeine Geschäftsbedingungen keine Rechtsnormen, so dass ihre Auslegung grundsätzlich Sache des Tatrichters ist. Sie sind aber wie reversible Rechtsnormen zu behandeln und infolgedessen vom Revisionsgericht frei auszulegen, da bei ihnen ungeachtet der Frage, ob sie über den räumlichen Bezirk eines Berufungsgerichts hinaus Verwendung finden, ein Bedürfnis nach einheitlicher Handhabung besteht (BGH, Urteil vom 9. April 2014 - VIII ZR 404/12 Rn. 25, BGHZ 200, 362; Urteil vom 13. November 2012 - XI ZR 500/11 Rn. 15, BGHZ 195, 298; Urteil vom 8. Juni 2011 - VIII ZR 305/10 Rn. 20, NJW 2011, 2643; Urteil vom 9. Juni 2010 - VIII ZR 294/09 Rn. 11, NJW 2010, 2877).

27 bb) Als Allgemeine Geschäftsbedingungen sind die Regelungen in Ziff. 4 BVB gemäß ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind (vgl. nur BGH, Urteil vom 20. Juli 2017 - VII ZR 259/16 Rn. 19, BauR 2017, 1995 = NZBau 2018, 29; Urteil vom 12. Mai 2016 - VII ZR 171/15 Rn. 42, BGHZ 210, 206, jeweils m.w.N.). Dabei ist in erster Linie der Wortlaut der auszulegenden Klausel maßgebend (BGH, Urteil vom 5. November 2015 - VII ZR 59/14 Rn. 18 m.w.N., NJW 2016, 242). Sind danach mehrere Auslegungen rechtlich vertretbar, gehen Zweifel bei der Auslegung gemäß § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders. Außer Betracht bleiben Verständnismöglichkeiten, die zwar theoretisch

denkbar, praktisch aber fernliegend und nicht ernstlich in Erwägung zu ziehen sind (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juli 2017 - VII ZR 259/16 Rn. 19, BauR 2017, 1995 = NZBau 2018, 29; Urteil vom 5. November 2015 - VII ZR 59/14 Rn. 21 m.w.N., NJW 2016, 242). Nach diesen Grundsätzen ist auch im Individualprozess gemäß § 305c Abs. 2 BGB die kundenfeindlichste Auslegung zugrunde zu legen, wenn diese im Rahmen einer vorzunehmenden Inhaltskontrolle zur Unwirksamkeit der Klausel führt und dadurch den Vertragspartner des Verwenders begünstigt (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juli 2017 - VII ZR 259/16 Rn. 23, BauR 2017, 1995 = NZBau 2018, 29; Urteil vom 12. Mai 2016 - VII ZR 171/15 Rn. 42, BGHZ 210, 206, jeweils m.w.N.).

28 cc) Ziff. 4 BVB kann dahin verstanden werden, dass die mit dieser Klausel vereinbarte Sicherheit für die Vertragserfüllung auch nach Abnahme bestehende Mängelansprüche, die zugleich von der vereinbarten Sicherheit für Mängelansprüche erfasst werden, sichert. Ausgehend von diesem Verständnis ist die Klausel unwirksam. Ob noch andere Auslegungsmöglichkeiten bestehen, auf deren Grundlage keine Wirksamkeitsbedenken bestünden, kann auf sich beruhen, weil im Rahmen der Klauselkontrolle die zur Unwirksamkeit führende Auslegungsmöglichkeit maßgeblich ist.

29 (1) Allerdings hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, die Vereinbarung der Parteien eines Bauvertrags, nach der eine Vertragserfüllungsbürgschaft später durch eine Gewährleistungsbürgschaft ersetzt werden solle, spreche grundsätzlich dafür, dass die Vertragserfüllungsbürgschaft sich nicht auf die nach Abnahme entstehenden Gewährleistungsansprüche erstrecke (vgl. BGH, Urteil vom 24. Oktober 2002 - IX ZR 355/00, BGHZ 152, 246, juris Rn. 24). Eine solche klare Abgrenzung kann indes den Regelungen in Ziff. 4 BVB nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit entnommen werden.

30 Aus Ziff. 4.1 Abs. 1 und 2 BVB ergibt sich nur, dass der Auftragnehmer eine Sicherheit für die Vertragserfüllung und eine Sicherheit für Mängelansprüche zu leisten hat, ohne näher zu definieren, welche Ansprüche von der jeweiligen Sicherheit erfasst sein sollen. Weiter ist in Ziff. 4.1 Abs. 5 BVB geregelt, dass die Sicherheit für die Vertragserfüllung nach Abnahme in eine Mängelanspruchesicherheit umgewandelt werden kann, wenn alle bis dahin erhobenen Ansprüche erfüllt worden sind. Dies könnte dafür sprechen, dass mit der Sicherheit für die Vertragserfüllung nur die bis zur Abnahme entstandenen und geltend gemachten Ansprüche erfasst werden sollen. Eine eindeutige Auslegung dahin, dass nach Abnahme bestehende Mängelansprüche nicht von der Vertragserfüllungssicherheit erfasst sind, ist im Rahmen einer Gesamtschau der Klausel gemäß Ziff. 4 BVB dennoch nicht möglich.

31 Denn in Ziff. 4.3 BVB ist weiter geregelt, dass bei Sicherheitsleistung durch Bürgschaft die Sicherheit für die Vertragserfüllung unter Verwendung des Formblatts "Vertragserfüllungs- und Mängelansprüchebürgschaft - 421" zu leisten ist. In dem in Bezug genommenen Formblatt heißt es weiter, dass der Auftragnehmer Sicherheit für die vertragsgemäße Ausführung der Leistung einschließlich Erfüllung der Mängelansprüche zu leisten hat. Diese Formulierungen lassen aus Sicht eines durchschnittlichen Auftragnehmers den nicht nur theoretisch möglich erscheinenden Schluss zu, dass zur Vertragserfüllung auch die Erfüllung der Mängelansprüche gehört und die Vertragserfüllungssicherheit - unabhängig davon, in welcher Form sie geleistet wird - demgemäß auch Mängelansprüche sichern soll. Die Auffassung der Beklagten, das in Ziff. 4.3 BVB in Bezug genomme Formblatt 421 beziehe sich nur auf "Mängelansprüche" bis zur Abnahme, die in § 4 Abs. 7 VOB/B vorgesehen seien, ist nicht zwingend. Aus dem Wortlaut der Ziff. 4.3 BVB oder des in Rede stehenden Formblatts ergibt sich eine solche Unterscheidung nicht. Vielmehr wird der Ausdruck "Mängelansprüche" sowohl für die Vertragserfüllungs- als auch für die Mängel-

ansprüchebürgschaft ohne Differenzierung verwandt. Dies legt ein Verständnis nahe, dass die in § 13 VOB/B unter der Überschrift "Mängelansprüche" geregelten Mängelansprüche nach Abnahme grundsätzlich von beiden Sicherheiten erfasst sein sollten.

32 Auch das Berufungsgericht ist nicht davon ausgegangen, dass das in Ziff. 4.3 BVB in Bezug genommene Formblatt 421 mit Mängelansprüchen nur etwaige bis zur Abnahme entstandene Mängelansprüche meint. Es hat diesem Umstand lediglich in Bezug auf den vereinbarten Sicherungsumfang der Vertragserfüllungssicherheit keine ausschlaggebende Bedeutung zugemessen. Das Berufungsgericht hat Ziff. 4.3 BVB vielmehr dahin verstanden, dass bei Stellung der Vertragserfüllungssicherheit in Form einer Bürgschaft eine sogenannte "Kombibürgschaft" zu leisten sei, mit der zugleich der Anspruch auf die gemäß Ziff. 4.1 Abs. 2 BVB geschuldete Sicherheit für Mängelansprüche erfüllt werde. Diese Auslegung ist jedoch ebenfalls nicht zwingend, zumal sie vom Wortlaut der Ziff. 4.3 BVB nicht gestützt wird. Danach wird vielmehr für den Fall der Sicherheitsleistung in Form einer Bürgschaft für die beiden nach Ziff. 4.1 BVB in unterschiedlicher Höhe geschuldeten Sicherheiten lediglich die Verwendung bestimmter, näher bezeichneter Bürgschaftsformulare angeordnet. Hieraus muss ein durchschnittlicher Auftragnehmer keineswegs den Schluss auf die vom Berufungsgericht angenommene Erfüllungswirkung ziehen, vielmehr kann er angesichts der Regelung in Ziff. 4.3 BVB und der Ausgestaltung des in Bezug genommenen Formblatts - wie ausgeführt - zu dem nicht fernliegenden und deshalb gemäß § 305c Abs. 2 BGB maßgeblichen Verständnis gelangen, dass die nach Abnahme bestehenden Mängelansprüche vom Sicherungsumfang der Vertragserfüllungssicherheit erfasst sein sollen.

33

(2) Die Klausel lässt weiter ein Verständnis zu, nach der es zu einer zeitlichen Überschneidung der nach Ziff. 4.1 BVB geschuldeten Sicherheiten für die Vertragserfüllung und für die Mängelansprüche kommen kann.

34 Eine ausdrückliche Regelung zur Rückgabe der Sicherheit für die Vertragserfüllung ist in Ziff. 4 BVB nicht enthalten. In Ziff. 4.1 Abs. 5 BVB ist jedoch geregelt, dass die Sicherheit für die Vertragserfüllung in eine Mängelanspruchesicherheit umgewandelt werden kann, wenn alle bis dahin erhobenen Ansprüche erfüllt worden sind. Daraus folgt, dass die Sicherheit für die Vertragserfüllung vorher auch nicht zurückgegeben werden muss. Dies kann dazu führen, dass der Auftraggeber die Vertragserfüllungssicherheit für einen nicht unerheblichen Zeitraum nach Abnahme behalten kann. Denn er kann durch das Erheben von Ansprüchen, ohne dass deren Berechtigung feststünde, das Entstehen des Anspruchs des Auftragnehmers auf Umwandlung in eine Sicherheit für Mängelansprüche oder auf Rückgabe für einen erheblichen Zeitraum hinauschieben. In diesem Zeitraum werden auch die nach Abnahme bestehenden Mängelansprüche von der Vertragserfüllungssicherheit gesichert.

35 Da bei kundenfeindlichster Auslegung des Klauselwerks nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Mängelanspruchesicherheit bereits zu einem Zeitpunkt gestellt werden muss, bevor das in Ziff. 4.1 Abs. 5 BVB geregelte Umwandlungsrecht entsteht, kann es dazu kommen, dass der Auftragnehmer zur Sicherung von Mängelansprüchen Sicherheiten in Höhe von insgesamt jedenfalls 8 % der Auftragssumme stellen muss. Entgegen der Auffassung der Beklagten ergibt sich aus Ziff. 4.1 Abs. 5 BVB nicht, dass damit auch die Fälligkeit des Anspruchs auf Stellung einer Sicherheit für Mängelansprüche geregelt werden sollte. Nach dem Wortlaut dieser Klausel wird dem Auftragnehmer vielmehr nur ein Recht zur Umwandlung eingeräumt. Soweit die Beklagte argumentiert, es handele sich (auch) um eine Fälligkeitsregelung, weil eine Um-

wandlung nur Sinn mache, wenn die Mängelansprüchesicherheit noch nicht gestellt worden sei, greift dies letztlich nicht durch. Ein Interesse an einer Umwandlung kann grundsätzlich auch dann noch bestehen, wenn bereits eine Mängelansprüchesicherheit gestellt worden ist. Mangels ausdrücklicher Regelung der Fälligkeit des Anspruchs auf Stellung einer Sicherheit für Mängelansprüche in Ziff. 4 BVB kann ein durchschnittlicher Auftragnehmer daher den nicht nur theoretisch möglichen erscheinenden Schluss ziehen, dass diese - spätestens - mit Abnahme zu leisten ist.

- 36 dd) Erfasst die Sicherheit für die Vertragserfüllung - zumindest auf der Grundlage der gemäß § 305c Abs. 2 BGB maßgeblichen kundenfeindlichsten Auslegung - auch nach Abnahme bestehende Mängelansprüche, kann es daher dazu kommen, dass der Auftragnehmer für einen nicht unerheblichen Zeitraum über die Abnahme hinaus wegen möglicher Mängelansprüche eine Sicherheit jedenfalls in Höhe von 8 % der Auftragssumme leisten muss. Das ist durch das Sicherungsinteresse des Auftraggebers nicht mehr gedeckt und führt zu einer unangemessenen Benachteiligung des Auftragnehmers. Dies führt wegen der Unteilbarkeit der Regelungen der Sicherheitsabrede zu deren Gesamtnichtigkeit.

III.

37 Die Entscheidung des Berufungsgerichts kann danach keinen Bestand haben und ist aufzuheben. Der Senat kann über das Klagebegehren nicht abschließend entscheiden (vgl. § 563 Abs. 3 ZPO), weshalb die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist.

Pamp

Jurgeleit

Sacher

Borris

Brenneisen

Vorinstanzen:

LG Stuttgart, Entscheidung vom 23.11.2018 - 15 O 101/17 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 09.07.2019 - 10 U 247/18 -