



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

IX ZR 236/00

Verkündet am:  
8. März 2001  
Preuß  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

---

BGB §§ 765, 768, 273; AGBG § 9 Bm

- a) Aus einer Bürgschaft auf erstes Anfordern, die zur Erfüllung einer Sicherungsabrede zwischen Gläubiger und Hauptschuldner erteilt wurde, kann der Gläubiger keine Zahlung verlangen, wenn sich aus dem unstreitigen Sachverhalt oder dem Inhalt der Vertragsurkunden die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede ohne weiteres ergibt.
- b) Wird dem Besteller formularmäßig das Recht eingeräumt, 5 % der Auftragssumme bis zum Ablauf der Gewährleistungsfrist einzubehalten, und darf der Auftragnehmer den Einbehalt allein durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern ablösen, so ist der Einwand des Bürgen, die von den Partnern des Bauvertrages getroffene Abrede sei unwirksam, schon im Erstprozeß zu beachten.

- c) Ein genereller Ausschluß der Einreden aus § 768 BGB kann auch in einer Bürgschaft auf erstes Anfordern formularmäßig nicht wirksam vereinbart werden.
  
- d) Dem Gläubiger steht gegenüber dem Anspruch des Hauptschuldners, die Bürgschaftsurkunde wegen Unwirksamkeit der Sicherungsabrede herauszugeben, kein auf Gegenansprüche aus dem Hauptvertrag gegründetes Zurückbehaltungsrecht zu.

BGH, Urteil vom 8. März 2001 - IX ZR 236/00 - OLG Hamm

LG Münster

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. März 2001 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kreft und die Richter Stodolkowitz, Dr. Fischer, Dr. Zugehör und Raebel

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 25. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 15. März 2000 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin beauftragte die Streithelferin des beklagten Kreditinstituts in einem formularmäßig gestalteten Nachunternehmervertrag vom 15. Oktober 1996 mit der Herstellung des Stahlbetonbodens in einem näher bezeichneten Bauvorhaben zu einem Pauschalpreis von netto 338.500 DM. Der Vertrag enthält zu Ziffer 8 (Gewährleistung) die handschriftliche Eintragung "lt. VOB, jedoch verlängert auf fünf Jahre". Ziffer 11 lautet wie folgt:

"...

- 11.2. Der Einbehalt zur Sicherung der Gewährleistungsansprüche beträgt 5 % der Abrechnungssumme inkl. Mehrwertsteuer. Der Nachunternehmer ist berechtigt, diesen Sicherheitseinbehalt durch eine Bankbürgschaft abzulösen.

11.3. Die vorzulegende ... Gewährleistungsbürgschaft müssen lt. beiliegenden Mustern selbstschuldnerisch, unbefristet und auf erstes Anfordern von einem inländischen Kreditinstitut ausgestellt sein. Der Bürge muß auf die Einreden gemäß §§ 768, 770, 771, 776 BGB und die Hinterlegung verzichten.

..."

Am 21. Januar 1997 erteilte die Beklagte auf einem von der Klägerin gestellten Formular die Bürgschaft für deren Ansprüche aufgrund von Gewährleistungsverpflichtungen sowie eventuellen Überzahlungen aus dem Nachunternehmervertrag bis zu einer Gesamthöhe von 19.269,11 DM und verpflichtete sich, auf erstes Anfordern zu zahlen.

Die Klägerin forderte die Beklagte mit Schreiben vom 17. Februar 1999 zur Leistung der Bürgschaftssumme auf, weil ihr ein Anspruch auf Erstattung von Mängelbeseitigungskosten gegen die Auftragnehmerin in einer den Bürgschaftsbetrag übersteigenden Höhe zustehe. Die Beklagte hat die Leistung verweigert, weil die Hauptschuldnerin den geltend gemachten Anspruch bestreitet. Das Landgericht hat der Klage, mit Ausnahme eines Teils der Zinsen, stattgegeben. Gegen dieses Urteil hat die Auftragnehmerin, die dem Streit auf seiten der Beklagten beigetreten war, Berufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Zurückweisung der Berufung der Streithelferin.

### Entscheidungsgründe

Die Revision hat keinen Erfolg.

#### I.

Das Berufungsgericht - sein Urteil ist abgedruckt in NZBau 2000, 472 - hat die Klageabweisung wie folgt begründet: Das Recht des Gläubigers, aus der Bürgschaft auf erstes Anfordern sofortige Zahlung ohne Darlegung und Nachweis seiner Berechtigung zu verlangen, finde seine Grenze im Falle eines rechtsmißbräuchlichen Handelns. Dieses könne auch dann vorliegen, wenn der Gläubiger die Bürgschaft auf erstes Anfordern offenkundig ohne rechtlichen Grund erlangt habe. Das sei im Streitfall anzunehmen, weil die Bestimmung des Bauvertrages über den Sicherheitseinbehalt und dessen Ablösung nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGHZ 136, 27) gemäß § 9 AGBG unwirksam sei. Die Klägerin handele rechtsmißbräuchlich, weil sie trotz des Hinweises auf diese Rechtsprechung an ihrer Forderung festhalte.

#### II.

Diese Erwägungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Die gegen den Klageanspruch erhobenen Einwendungen haben - was das Berufungsgericht auch nicht verkannt hat - keinen Einfluß auf die Wirksamkeit des Bürgschaftsvertrages. Die Bürgschaft begründet eine von der Verpflichtung des Hauptschuldners verschiedene, rechtlich selbständige Verpflichtung, die ihren Rechtsgrund in sich selbst trägt und daher grundsätzlich unabhängig vom Bestand der Hauptschuld gültig ist (BGHZ 113, 287, 288; 139, 214, 217). Der Einwand, im Verhältnis zwischen Gläubiger und Hauptschuldner gebe es keine Rechtsgrundlage für die Gewährung einer solchen Sicherheit, wie sie der Bürge geleistet hat, bezieht sich allein auf die materielle Begründetheit des vom Gläubiger erhobenen Anforderungsbegehrens und beruht auf dem Akzessorietätsprinzip des § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB (BGH, Urt. v. 10. Februar 2000 - IX ZR 397/98, WM 2000, 715, 717, z.V.b. in BGHZ 143, 381).

2. Nach dem Inhalt der Bürgschaftsurkunde ist der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch durch die vom Bürgen übernommene Verpflichtung gesichert (vgl. dazu BGH, Urt. v. 25. Februar 1999 - IX ZR 24/98, WM 1999, 895, 897 f). Folglich muß der Bürge auf Anforderung grundsätzlich sofort zahlen. Alle Streitfragen werden in den Rückforderungsprozeß verlagert (st. Rspr.: vgl. BGH, Urt. v. 2. April 1998 - IX ZR 79/97, WM 1998, 1062, 1063 m.w.N.).

a) Einwände des Bürgen gegen den Anspruch sind jedoch ausnahmsweise schon im Erstprozeß beachtlich, sofern sich deren Berechtigung aus dem unstreitigen Sachverhalt oder dem Inhalt der Vertragsurkunden ohne weiteres ergibt (BGH, Urt. v. 10. Februar 2000, aaO). In solchen Fällen mißbraucht der Gläubiger, der sich gleichwohl auf die ihm durch die Bürgschaft auf erstes Anfordern eingeräumte formale Stellung beruft, seine vertraglichen Be-

fugnisse. Er verlangt etwas, was er im Rückforderungsprozeß sofort erstatten müßte. Ein solches Verhalten begründet den Arglisteinwand ("dolo facit ...") aus § 242 BGB (vgl. BGHZ 56, 22, 25; 74, 293, 300).

b) Diese Einschränkung der Gläubigerrechte bezieht sich nicht lediglich auf liquide Einwände gegen Bestand und Höhe der Hauptforderung. Sie ist vielmehr insbesondere dann geboten, wenn der Bürgschaftsvertrag nur der Erfüllung der Sicherungsabrede dient, die der Gläubiger mit dem Hauptschuldner getroffen hat, sich aus dieser jedoch kein wirksamer Anspruch auf Erhalt einer Bürgschaft auf erstes Anfordern ergibt. Die Einschränkung der Rechte des Gläubigers durch einen solchen, ebenfalls aus dem Akzessorietätsprinzip hergeleiteten Einwand (vgl. BGHZ 107, 210, 214; BGH, Urt. v. 10. Februar 2000, aaO) ist unter dem Gesichtspunkt eines den Geboten von Treu und Glauben entsprechenden Interessenausgleichs erforderlich. Die Bürgschaft auf erstes Anfordern gewährt dem Gläubiger Vorteile, die über seine aus dem Bauvertrag folgenden berechtigten Sicherungsinteressen hinausgehen, indem sie ihm die Möglichkeit einräumt, sich sofort liquide Mittel zu verschaffen, wenn der Bürgschaftsfall nach seiner Meinung eingetreten ist. Diese Sicherungsform begründet besonders dadurch, daß die Fälligkeit der gesicherten Forderung nicht einmal schlüssig dargelegt zu werden braucht, die Gefahr des Mißbrauchs. Wird der Anspruch aus der Bürgschaft erfüllt, trifft den Bürgen oder den Hauptschuldner das Risiko der Bonität des Gläubigers. Für eine solche Risikoverlagerung ist nach dem gesetzlichen System der werkvertraglichen Gewährleistung kein berechtigtes Interesse anzuerkennen (BGHZ 136, 27, 32 f). Infolgedessen müssen der Bürge und der Hauptschuldner in diesem Bereich vor einer den Geboten von Treu und Glauben widersprechenden Verwertung der Bürgschaft auf erstes Anfordern nach Möglichkeit geschützt wer-

den. Die daraus folgende Begrenzung der Gläubigerrechte schon im Erstprozeß beeinträchtigt die Funktionsfähigkeit der Bürgschaft auf ersten Anfordern nicht, wenn der Gläubiger von ihr in einer Weise Gebrauch macht, die dem Sinn und Zweck des Rechtsinstituts entspricht; denn gegenüber dem aus der Bürgschaft auf erstes Anfordern geltend gemachten Anspruch sind nur die Einwendungen des Bürgen beachtlich, die sich aus dem zur Entscheidung stehenden Sachverhalt ohne weiteres als begründet erweisen. In diesem Rahmen sind allerdings die durch die höchstrichterliche Rechtsprechung geklärten rechtlichen Streitpunkte von Anfang an zu beachten; denn vor einer eindeutigen Rechtslage darf der Richter zu keinem Zeitpunkt des Rechtsstreits die Augen verschließen.

c) Einen Einwand in dem beschriebenen Sinne hat die Beklagte im Streitfall erhoben. Sie macht geltend, die zwischen Gläubiger und Hauptschuldner in Ziffer 11.2. und 11.3. des Nachunternehmervertrages zum Sicherheitseinbehalt für Gewährleistungsansprüche vereinbarte Regelung sei insgesamt, also einschließlich der Beschränkung der Ablösungsbefugnis auf eine Bürgschaft auf ersten Anfordern, unwirksam. Ist dieser Auffassung schon nach dem Inhalt der Urkunde sowie dem unstrittigen Sachverhalt ohne weiteres zu folgen und ergibt sich daraus weiterhin, daß die Bürgschaft auf erstes Anfordern allein zur Erfüllung der zwischen der Klägerin und der Streithelferin vereinbarten Sicherungsabrede erteilt wurde, kann die Klägerin Zahlung der geltend gemachten Bürgschaftssumme nicht verlangen; denn sie müßte sie nach Erhalt ohne weiteres an die Bürgin oder - falls der Auftragnehmer die Aufwendungen der Beklagten erstattet hat - an die Streithelferin als unberechtigte Leistung zurückgewähren (so im Ansatz schon BGH, Urt. v. 10. Februar 2000, aaO).



d) In der Bürgschaft, die die Beklagte erteilt hat, sind allerdings die Einreden aus § 768 BGB formularmäßig ausgeschlossen; dies deckt sich mit der im Nachunternehmervertrag getroffenen Abrede, wonach der Sicherheitseinbehalt nur durch eine Bürgschaft, in der auf diese Einreden verzichtet wird, abgelöst werden kann. Diese Klausel ist jedoch nicht wirksam vereinbart worden.

Die bürgschaftsrechtliche Verpflichtung wird gekennzeichnet durch die Abhängigkeit der Haftung vom Bestehen der Hauptschuld. Bestimmungen, die diesen in § 768 BGB verankerten Akzessorietätsgrundsatz aushebeln, verändern die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses (BGHZ 95, 350, 356 f). Sie sind mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar und schränken Rechte des Bürgen, die sich aus der Vertragsnatur ergeben, in unangemessener Weise ein (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AGBG). Schon die das Akzessorietätsprinzip lockernde Rechtsform der Bürgschaft auf erstes Anfordern kann formularmäßig lediglich in sehr eingeschränktem Umfang, im wesentlichen allein von Unternehmen, zu deren Geschäftsbetrieb solche Erklärungen typischerweise gehören, vereinbart werden (BGH, Urt. v. 5. Juli 1990 - IX ZR 294/89, WM 1990, 1410; v. 2. April 1998 - IX ZR 79/97, WM 1998, 1062, 1063). Eine Regelung, die dem Bürgen den Schutz des § 768 BGB umfassend nimmt, also auch im Rückforderungsprozeß zu beachten wäre, kann deshalb generell formularmäßig nicht wirksam vereinbart werden.

3. Aufgrund der von den Parteien vorgetragenen Umstände ist offensichtlich, daß die Beklagte die Bürgschaft allein zur Erfüllung der in Ziffer 11.2. und 11.3. des Nachunternehmervertrages getroffenen Abrede erteilt hat. Die dort vereinbarte Regelung ist gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs benachteiligt eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bauvertrages, wonach der Besteller 5 % der Auftragssumme bis zum Ablauf der Gewährleistungsfrist als Sicherheit einbehalten darf und dieser Einbehalt ausschließlich durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern abgelöst werden kann, den anderen Teil entgegen den Geboten von Treu und Glauben im Sinne des § 9 Abs. 1 AGBG, weil das ihm gewährte Ablösungsrecht keinen angemessenen Ausgleich für die mit dem Sicherheitseinbehalt verbundenen besonderen Vorteile darstellt (BGHZ 136, 27, 30 ff; BGH, Urt. v. 2. März 2000 - VII ZR 475/98, WM 2000, 1299, 1300).

b) Eine inhaltsgleiche Klausel enthält der hier zu beurteilende Nachunternehmervertrag. Dies gilt selbst dann, wenn die in Ziffer 8 getroffene Abrede über die Dauer der Gewährleistung als Individualvereinbarung zu werten sein sollte; denn die Bestimmung über den Sicherheitseinbehalt und dessen Ablösung ist generell, ohne Berücksichtigung der jeweils geltenden Gewährleistungsfrist, getroffen worden.

Zu Unrecht meint die Revision, in diesem Punkt liege eine Streitfrage vor, deren Beantwortung sich nicht von selbst ergebe. Da die Klägerin und die Streithelferin die Regelung des § 17 VOB/B nicht in den Bauvertrag einbezogen haben, ist der Auftragnehmer zu einer Ablösung des Sicherheitseinhalts nur berechtigt, soweit ihm eine solche Befugnis im Vertrag eingeräumt wurde. Dazu schreiben Nr. 11.2. und 11.3. des Vertrages eindeutig vor, daß die Bankbürgschaft, mit der der Einbehalt allein abgelöst werden darf, auf erstes Anfor-

dem ausgestellt sein muß. Damit folgt schon aus dem Vertragstext zweifelsfrei, daß für den Auftragnehmer eine andere Alternative nicht zur Verfügung steht.

c) Nach der Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des BGH führt der Verstoß gegen § 9 AGBG dazu, daß die Klausel insgesamt unwirksam ist und dem Sicherungsgeber ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB auf Rückgewähr der Bürgschaftsurkunde gegen den Gläubiger zusteht (BGHZ 136, 27, 30; BGH, Urt. v. 2. März 2000, aaO S. 1301). Dem ist zuzustimmen; die Bestimmung kann nicht mit der Maßgabe aufrechterhalten werden, daß der Auftragnehmer den Sicherheitseinbehalt durch Beibringen einer einfachen Bürgschaft ablösen darf.

Die Klausel über den Sicherheitseinbehalt und dessen Ablösung bildet eine untrennbare Einheit. Das wird daran deutlich, daß die vereinbarte Ablösungsbefugnis für sich genommen den Unternehmer nicht belastet. Eine unzulässige Benachteiligung entsteht erst aus der Verknüpfung mit dem Sicherheitseinbehalt, daß dieser nämlich allein bei Stellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern herausverlangt werden kann (BGHZ 136, 27, 30). Der Verstoß der in Ziffer 11.2. und 11.3. des Nachunternehmervertrages enthaltenen Bestimmungen gegen § 9 AGBG ergibt sich, soweit es um die Ablösungsbefugnis geht, erst aus dem Gesamtgehalt der einheitlichen Regelung sowie dem Zusammenwirken der darin zusammengefaßten Abreden. Diese formularmäßige Bestimmung enthält damit keine inhaltlich voneinander trennbaren, einzeln aus sich heraus verständlichen Bestandteile und kann daher nicht teilweise aufrechterhalten werden (vgl. dazu BGHZ 107,185, 190 f; 132, 383, 389). Eine Einschränkung im Wege ergänzender Vertragsauslegung scheidet schon deshalb aus, weil die mit dem Wegfall der Klausel entstehende Lücke gemäß § 6

Abs. 2 AGBG durch das dispositive Gesetzesrecht des Werkvertrages geschlossen wird (vgl. BGHZ 90, 69, 77; 137, 153, 157). Davon abgesehen ist nicht erkennbar, welche Regelung Gläubiger und Hauptschuldner vereinbart hätten, wenn sie die Unwirksamkeit der Klausel erkannt hätten. Statt einer Ablösung des Sicherheitseinbehalts durch eine einfache Bürgschaft wären dann insbesondere eine Verringerung des Einbehalts, eine Verkürzung der Einbehaltsfrist oder die Wahl einer anderen in § 17 VOB/B genannten Sicherungsform in Betracht gekommen.

4. Die Klägerin hat sich darauf berufen, ihr stehe gegenüber einem Anspruch der Hauptschuldnerin auf Rückgabe der Bürgschaftsurkunde und auf Unterlassung der Inanspruchnahme des Bürgen gemäß § 273 BGB ein Zurückbehaltungsrecht zu, weil sie einen Vorschuß für die Kosten der Mängelbeseitigung verlangen könne. Ob ein Zurückbehaltungsrecht des Gläubigers gegenüber dem Anspruch des Hauptschuldners, mit dem der Bürge sich verteidigt, überhaupt geeignet sein kann, einer Klage aus der Bürgschaft zum Erfolg zu verhelfen, braucht nicht entschieden zu werden. Die Klägerin darf der Hauptschuldnerin gegenüber die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde nicht verweigern, weil nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses ein Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen ist (§ 273 Abs. 1 BGB).

a) Hat der Schuldner dem Gläubiger eine Sicherheit durch Hypothek oder Grundschuld gewährt, so ist der Gläubiger nicht berechtigt, nach Erlöschen der gesicherten Forderung die Erfüllung des Anspruchs auf Rückgabe der zur Beseitigung des Rechts notwendigen Urkunden unter Berufung auf andere Forderungen gegen den Schuldner zu verweigern; denn dies würde im wirtschaftlichen Ergebnis dazu führen, daß Ansprüche gesichert wären, für die

das bestellte Recht nach dem Inhalt der Sicherungsabrede nicht bestimmt war (BGHZ 71, 19, 22 f; BGH, Urt. v. 25. April 1988 - II ZR 17/87, NJW 1988, 3260, 3261; Beschl. v. 9. Mai 2000 - XI ZR 299/99, NJW 2000, 2499, 2500). Entsprechendes gilt, wenn die gesicherte Forderung gar nicht erst zur Entstehung gelangt (BGHZ 71, 19, 23; BGH, Beschl. v. 9. Mai 2000, aaO) oder das Sicherungsrecht nicht wirksam bestellt worden ist und dem Schuldner deshalb ein Anspruch aus § 894 BGB zusteht (BGH, Urt. v. 25. April 1988, aaO).

b) Vereinbaren die Parteien eines gegenseitigen Vertrages, für bestimmte Forderungen eine Bürgschaft beizubringen, kommt dem Inhalt der Sicherungsabrede in diesem Punkt die gleiche Bedeutung zu. Das OLG Karlsruhe hat deshalb im Grundsatz zutreffend dem Gläubiger gegenüber der Klage auf Rückgabe einer Erfüllungsbürgschaft ein Zurückbehaltungsrecht wegen Gewährleistungsansprüchen versagt (NJW-RR 1998, 533). Fehlt es, wie im Streitfall, schon an einer wirksamen Sicherungsvereinbarung, ist der Gläubiger erst recht nicht befugt, die Erfüllung des Rückgewähranspruchs des Sicherungsgebers unter Berufung auf ungesicherte Forderungen nach § 273 BGB zu verweigern.

5. Damit steht der Klägerin kein Anspruch aus der Bürgschaft auf erstes Anfordern gegen die Beklagte zu. Die erhobene Klage kann auch nicht aus anderen Gründen im Ergebnis erfolgreich sein.

Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats kann der auf eine Bürgschaft auf erstes Anfordern gestützte Anspruch, sofern diese besondere Sicherungsform aus der betreffenden Urkunde nicht zweifelsfrei hervorgeht, gleichwohl aus einer einfachen Bürgschaft begründet sein (BGH, Urt. v.

25. Februar 1999 - IX ZR 24/98, WM 1999, 895, 896). Die Bürgschaft auf erstes Anfordern stellt kein Sicherungsmittel eigener Art, sondern eine den Gläubiger besonders privilegierende Form der Bürgschaftsverpflichtung dar. Es entspricht im Zweifel dem Parteiwillen, den Vertrag, wenn die besondere Abrede über die Zahlung auf erstes Anfordern nicht wirksam geworden ist oder nicht in der erforderlichen Form nachgewiesen werden kann, dahin auszulegen, daß er eine einfache Bürgschaft umfaßt (Senatsurt. v. 25. Februar 1999, aaO S. 899). Es kann dahingestellt bleiben, ob sich diese Erwägungen auf eine Bürgschaft auf erstes Anfordern übertragen lassen, die wirksam geworden, aber in dieser Form wegen eines rechtlichen Mangels der Sicherungsabrede nicht durchsetzbar ist; denn hier greift dieser Einwand auch gegenüber einer gewöhnlichen Bürgschaft durch. Die Unwirksamkeit der Regelung in Ziffer 11.2. und 11.3. des Nachunternehmervertrages hat zur Folge, daß weder ein Sicherheitseinbehalt gültig vereinbart wurde noch der Hauptschuldner eine sonstige Sicherheit schuldet. Da der Bürgschaftsvertrag ausschließlich dazu dient, die genannte

Vereinbarung des Hauptvertrages zu erfüllen, steht der Beklagten in jedem Falle aus § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB der Einwand zu, daß die Sicherungsabrede nicht wirksam geworden ist (vgl. BGHZ 107, 210, 214; Senatsurt. v. 10. Februar 2000, aaO S. 717).

Kreft

Stodolkowitz

Fischer

Zugehör

Raebel