



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 248/13

Verkündet am:
20. März 2014
Boppel,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

BGB § 305 Abs. 1 Satz 3, § 307 Bf

a) Die in einem Generalunternehmervertrag enthaltene Klausel des Auftraggebers

"Innerhalb von 14 Tagen nach Abruf der einzelnen Teilbauabschnitte hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber zur Sicherung sämtlicher Ansprüche aus diesem Vertrag bauabschnittsweise Vertragserfüllungsbürgschaften über 10 v.H. der unter § 6 vereinbarten Pauschalauftragssumme Zug um Zug gegen Stellung einer Zahlungsbürgschaft durch den Auftraggeber in gleicher Höhe auszuhändigen."

ist unwirksam, wenn auch Mängelansprüche gesichert werden.

- b) Der Verwender vorformulierter Klauseln kann sich zur Darlegung eines Aushandelns nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht ausschließlich auf eine individuelle Vereinbarung berufen, nach der über die Klauseln "ernsthaft und ausgiebig verhandelt wurde".

- c) Mit dem Schutzzweck der §§ 305 ff. BGB ist nicht zu vereinbaren, wenn Vertragsparteien unabhängig von den Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB die Geltung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen individuell ausschließen.

BGH, Urteil vom 20. März 2014 - VII ZR 248/13 - KG Berlin
LG Berlin

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Januar 2014 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, die Richterin Safari Chabestari und die Richter Dr. Eick, Dr. Kartzke und Prof. Dr. Jurgeleit

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Kammergerichts vom 8. März 2013 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der Kammer für Handelssachen 91 des Landgerichts Berlin in Berlin-Mitte vom 28. Februar 2012 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens trägt die Klägerin.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die klagende Bauträgerin nimmt die beklagte Bank als Bürgin für die Vertragserfüllung ihres mittlerweile insolventen Generalunternehmers in Anspruch.
- 2 Die Klägerin schloss mit dem Generalunternehmer am 12. Mai 2005 einen "Werkvertrag" (im Folgenden: Generalunternehmervertrag) über die Er-

richtung von 62 Townhäusern, 2 Torhäusern sowie einer zweigeschossigen Tiefgarage für eine Vergütung von 18.400.000 € zuzüglich Umsatzsteuer. Das Bauvorhaben sollte in insgesamt acht Bauabschnitten realisiert werden, die die Klägerin in beliebiger Reihenfolge abrufen konnte. Der Generalunternehmervertrag enthält unter § 12 folgende Regelungen:

Sicherheiten

(1) Innerhalb von 14 Tagen nach Abruf der einzelnen Teilbauabschnitte hat der AN (*Generalunternehmer*) dem AG (*Klägerin*) zur Sicherung sämtlicher Ansprüche aus diesem Vertrag bauabschnittsweise Vertragserfüllungsbürgschaften über 10 v.H. der unter § 6 vereinbarten Pauschalauftragssumme Zug um Zug gegen Stellung einer Zahlungsbürgschaft durch den AG in gleicher Höhe auszuhändigen. Die Vertragserfüllungsbürgschaft hat dem als Anlage beigefügten Muster zu entsprechen.

(2) Die Rückgabe der Vertragserfüllungs- und Zahlungsbürgschaften erfolgen bauabschnittsweise Zug um Zug.

(3) Der AG behält 5 % der anerkannten Brutto-Schlussrechnungssumme als Sicherheit für die Dauer des Gewährleistungszeitraumes ein.

3 Ebenfalls unter dem 12. Mai 2005 erstellten die Klägerin und ihr Generalunternehmer ein "Verhandlungsprotokoll zum GU-Vertrag vom 12. Mai 2005", in dem unter Ziffer 10. geregelt ist:

Der AN bestätigt ausdrücklich, dass im Rahmen der vergangenen Verhandlungen zum GU-Vertrag über jede Vertragsklausel ausgiebig und ernsthaft mit dem AG diskutiert und verhandelt wurde. Der AN ist sich daher mit dem AG darüber einig, dass es sich bei dem geschlossenen Generalunternehmervertrag um einen Individualvertrag handelt.

- 4 Nachdem die Klägerin den Bauabschnitt 5 mit einem anteiligen Auftragsvolumen von brutto 2.761.143,36 € abgerufen hatte, stellte der Generalunternehmer der Klägerin die Bürgschaftsurkunde der Beklagten vom 10. Oktober 2006 zur Verfügung.
- 5 Der Generalunternehmer hat das Bauvorhaben nicht fertiggestellt. In 2007 kündigten beide Vertragsparteien den Werkvertrag. Der Generalunternehmer hat nach dem Abbruch der Arbeiten keine Restleistungen erbracht, keine Mängel beseitigt und ist mittlerweile insolvent.
- 6 Die Klägerin nimmt die Beklagte mit der Behauptung, die Bauleistungen des Generalunternehmers seien insgesamt mangelhaft, auf Zahlung der Bürgschaftssumme in Anspruch.
- 7 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, die Beklagte könne der Inanspruchnahme durch die Klägerin die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung entgegenhalten, weil die zwischen der Klägerin und dem Generalunternehmer getroffene Sicherungsvereinbarung in § 12 des Werkvertrages wegen unangemessener Benachteiligung des Generalunternehmers nach § 307 BGB unwirksam sei. Bei der Sicherungsvereinbarung in § 12 des Werkvertrages handele es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung. Der Werkvertrag stamme von der Klägerin und sei bereits nach seinem ersten Anschein ein Formularvertrag. Der Werkvertrag enthalte eine Vielzahl von formelhaften Klauseln, die typischerweise in Bauträgerverträgen enthalten seien. Die Regelungen zur Vertragserfüllungsbürgschaft seien nicht im Einzelnen ausgehandelt worden. Gemessen an § 307 BGB seien die Bedingungen zur Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft unwirksam, weil sie den Generalunternehmer unangemessen benachteiligten.

8 Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht das landgerichtliche Urteil aufgehoben und den Rechtsstreit an das Landgericht zurückverwiesen.

9 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

10 Die Revision der Beklagten führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Wiederherstellung der landgerichtlichen Entscheidung.

I.

11 Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

12 Die Regelungen des Generalunternehmervertrags vom 12. Mai 2005 seien entsprechend den Feststellungen des landgerichtlichen Urteils als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu bewerten, die die Klägerin dem Generalunternehmer gestellt habe. Da der Generalunternehmervertrag von dem die Klägerin beratenden Rechtsanwalt entworfen worden sei, komme es nicht darauf an, ob die Klägerin beabsichtigt habe, diesen Vertrag nur einmal zu verwenden. Die Klägerin und der Generalunternehmer hätten die Vertragsklauseln zur Stellung von Sicherheiten nicht im Einzelnen ausgehandelt. Es sei nicht ersichtlich, dass die Klägerin diese Klauseln zur Disposition gestellt habe. Ziffer 10 Satz 1 des

Verhandlungsprotokolls zum Generalunternehmervertrag vom 12. Mai 2005 sei rechtlich bedeutungslos, weil "ernsthafte Verhandeln" nichts darüber besage, in welchem Umfang einzelne Vertragsklauseln zur Disposition gestellt worden seien. Ziffer 10 Satz 2 des Verhandlungsprotokolls zum Generalunternehmervertrag vom 12. Mai 2005 enthalte zwar eine Vereinbarung darüber, dass es sich bei dem Generalunternehmervertrag um einen Individualvertrag handle. Diese Vereinbarung sei zudem als Individualabrede einzuordnen. Eine Vereinbarung, die §§ 305 ff. BGB abändere, sei aber unwirksam, da §§ 305 ff. BGB auch im kaufmännischen Verkehr zwingendes Recht seien.

- 13 Die in §§ 10, 12 Generalunternehmervertrag enthaltenen Sicherungsvereinbarungen seien aber nicht wegen unangemessener Benachteiligung des Generalunternehmers unwirksam, sondern hielten einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB stand. Nach § 10 Ziff. 3 Generalunternehmervertrag seien von den Zwischenrechnungen 5 % als "Gewährleistung" erst einzubehalten, wenn ein Leistungsstand von 95 % erreicht sei. Diese Regelung sei nicht zu beanstanden. Wie das Landgericht zu der Ansicht gelange, daraus ergebe sich eine Übersicherung von 15 %, sei nicht nachvollziehbar. Vielmehr entspreche die Regelung, die bei voller Auszahlung von Abschlagsforderungen eine Vertragserfüllungsbürgschaft von 10 % vorsehe, den Gepflogenheiten auf dem Bau und halte auch nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung einer Inhaltskontrolle stand.

II.

- 14 Das hält der rechtlichen Prüfung nicht stand. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Regelungen zur Vertragserfüllungsbürgschaft in § 12 Abs. 1,

Abs. 2 Generalunternehmervertrag enthielten keine unangemessene Benachteiligung des Generalunternehmers (§ 307 Abs. 1 BGB), ist von Rechtsfehlern beeinflusst.

15 1. a) Im Ansatz zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass eine Vertragserfüllungsbürgschaft zur Absicherung von Ansprüchen vor Abnahme des Werkes in Höhe von 10 % der Auftragssumme den Unternehmer nicht unangemessen gemäß § 307 Abs. 1 BGB benachteiligt. Als unangemessen im Sinne dieser Vorschrift wird nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Klausel angesehen, in der der Verwender missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne die Interessen des Vertragspartners hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (siehe nur BGH, Urteil vom 9. Dezember 2010 - VII ZR 7/10, BauR 2011, 677 Rn. 18 = NZBau 2011, 229). Auf dieser Grundlage ist die Vereinbarung zur Vertragserfüllungsbürgschaft nicht zu beanstanden, soweit sie die bis zur Abnahme entstandenen Ansprüche sichert. Die Höhe der Bürgschaft im Umfang von 10 % der Auftragssumme entspricht der bauvertraglichen Praxis und benachteiligt den Auftragnehmer nicht entgegen Treu und Glauben. Das Vertragserfüllungsrisiko verwirklicht sich insbesondere, wenn der Auftragnehmer vor der Fertigstellung seiner Werkleistung insolvent wird und der Auftraggeber deshalb einen Dritten mit der Vollendung des Bauvorhabens beauftragen muss. Der sich daraus ergebende finanzielle Mehraufwand wird vielfach 10 % der Auftragssumme erreichen oder sogar überschreiten (BGH, Urteil vom 9. Dezember 2010 - VII ZR 7/10, aaO, Rn. 19).

16 b) Die Regelungen zur Vertragserfüllungsbürgschaft benachteiligen den Generalunternehmer aber deshalb unangemessen, weil dieser der Klägerin

auch für einen Zeitraum über die Abnahme hinaus wegen Mängelansprüchen eine Sicherheit von 10 % der Auftragssumme zu stellen hat (vgl. BGH, Urteil vom 5. Mai 2011 - VII ZR 179/10, BauR 2011, 1324 Rn. 26 ff. = NZBau 2011, 410).

17 aa) Nach § 12 Abs. 1 Satz 1 Generalunternehmervertrag sichert die Vertragserfüllungsbürgschaft "sämtliche Ansprüche" aus dem Generalunternehmervertrag. Damit erfasst die Sicherungsvereinbarung auch die nach der Abnahme der Werkleistung des Generalunternehmers entstehenden Mängelansprüche gemäß § 11 Abs. 4 Generalunternehmervertrag.

18 bb) Soweit § 12 Abs. 2 Generalunternehmervertrag bestimmt, dass die Rückgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft Zug um Zug gegen Rückgabe der zugunsten des Generalunternehmers erteilten Zahlungsbürgschaft bauabschnittsweise erfolgt, ergibt sich daraus nicht, wie die Revisionserwiderung meint, dass die Vertragserfüllungsbürgschaft nur die bis zur Abnahme entstandenen Ansprüche sichert. Denn die Rückgabe der Zahlungsbürgschaft, von der die Rückgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft abhängt, wird nur erfolgen, wenn und soweit eine Abrechnung durch den Generalunternehmer erfolgt und kein Abrechnungsstreit zwischen den Parteien des Generalunternehmervertrags entsteht. Damit bleibt die Vertragserfüllungsbürgschaft bestehen, bis - nach der Abnahme - die Abrechnung geklärt ist. Die Rückgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft ist dementsprechend nicht von der Fertigstellung und Abnahme des Werks abhängig. Die Klägerin ist deshalb befugt, die Bürgschaft auch noch - gegebenenfalls für längere Zeit - nach der Abnahme zu behalten. Es ergibt sich deshalb noch ein unter Umständen erheblicher Zeitraum, in dem Mängelansprüche entstehen können, die durch die Bürgschaft auch abgesichert sind.

19 cc) Schließlich folgt nicht aus § 12 Abs. 3 Generalunternehmervertrag mit der für die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen notwendigen Klarheit, dass die in § 12 Abs. 1 Generalunternehmervertrag vorgesehene Vertragserfüllungsbürgschaft nur bis zur Abnahme entstandene Ansprüche sichert. Nach § 12 Abs. 3 Satz 1 Generalunternehmervertrag behält die Klägerin 5 % der anerkannten Bruttoschlussrechnung als Sicherheit für die Dauer des Gewährleistungszeitraums ein. Diese Regelung findet über § 11 Abs. 5 Satz 2 Generalunternehmervertrag auf Teilschlussrechnungen für fertiggestellte Bauabschnitte entsprechende Anwendung. Daraus könnte geschlossen werden, § 12 Abs. 3 Generalunternehmervertrag betreffe auch für Teilschlussrechnungen Mängelansprüche und § 12 Abs. 1 Generalunternehmervertrag ausschließlich Ansprüche, die bis zur Abnahme entstanden sind. Ausgehend vom Wortlaut des § 12 Abs. 1 Generalunternehmervertrag ist aber ebenso die Auslegung möglich, dass die "Vertragserfüllungsbürgschaft" auch Ansprüche erfasst, die nach der Abnahme entstehen. In diesem Fall würden sowohl die Vertragserfüllungsbürgschaft als auch die Gewährleistungsbürgschaft Ansprüche nach § 634 BGB sichern. Dieser Zweifel in der Auslegung geht nach § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten der Klägerin als Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingung. Der Inhaltskontrolle ist deshalb die kundenfeindlichste Auslegung zugrunde zu legen, da diese eher zur Unwirksamkeit der Klausel führen kann (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juli 2013 - VII ZR 249/12, BGHZ 198, 23 Rn. 19). Es verbleibt deshalb bei der aus dem Wortlaut von § 12 Abs. 1 Generalunternehmervertrag entwickelten Auslegung, dass die Vertragserfüllungsbürgschaft auch Mängelansprüche sichert.

20 dd) Wie der Bundesgerichtshof bereits entschieden hat, liegt eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers vor, wenn die vom Auftraggeber gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen dazu führen, dass der Auf-

tragnehmer für einen jedenfalls erheblichen Zeitraum über die Abnahme hinaus wegen Gewährleistungsansprüchen eine Sicherheit von 10 % der Auftragssumme zu leisten hat. Eine Sicherheit von 10 % für die Gewährleistung übersteigt unter Berücksichtigung der beiderseitigen Vertragsinteressen das angemessene Maß. Der Praxis in der privaten Bauwirtschaft entspricht es, eine Gewährleistungsbürgschaft von höchstens 5 % der Auftragssumme zu vereinbaren. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass das Sicherungsinteresse des Auftraggebers nach der Abnahme deutlich geringer ist als in der Vertragserfüllungsphase (BGH, Urteil vom 5. Mai 2011 - VII ZR 179/10, BauR 2011, 1324 Rn. 28 = NZBau 2011, 410).

21 2. Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, da nach den vom Berufungsgericht festgestellten Tatsachen die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

22 a) Die Würdigung des Berufungsgerichts, dass die Vereinbarungen zur Vertragserfüllungsbürgschaft als von der Klägerin gestellte und für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Allgemeine Geschäftsbedingungen zu bewerten sind, die nicht im Einzelnen ausgehandelt wurden (§ 305 Abs. 1 BGB), ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

23 aa) Die Klägerin hat nach den Feststellungen des Landgerichts, auf die das Berufungsgericht Bezug nimmt, die Einbeziehung der Vertragsbedingungen angeboten und deshalb im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB gestellt (vgl. BGH, Urteil vom 17. Februar 2010 - VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259 Rn. 10, 11). Sie ist deshalb Verwender der Vertragsbedingungen.

24 Soweit die Revisionserwiderung geltend macht, das Berufungsgericht hätte sich nicht hinreichend mit dem Bestreiten der Klägerin auseinandergesetzt, ist das unzutreffend. Zwar ist das Argument des Berufungsgerichts, Bau-träger arbeiteten erfahrungsgemäß mit Formularverträgen, deren Bedingungen sie einseitig vorgäben (vgl. BGH, Urteil vom 14. Mai 1992 - VII ZR 204/90, BGHZ 118, 229, 238 für einen zwischen einem Bau-träger und einem Verbraucher geschlossenen Vertrag), im Verhältnis der Klägerin zu dem Generalunternehmer, einer GmbH & Co. KG, nicht tragfähig. Ein Erfahrungssatz dahingehend, ein Bau-träger könne Unternehmen, die in großem Umfang als Generalunternehmer tätig sind, seine Vertragsbedingungen vorgeben, besteht nicht. Zutreffend ist aber, dass das Vertragswerk umfassend aus der Sicht der Klägerin als Auftraggeber formuliert ist und Klauseln enthält, die für den Generalunternehmer nachteilig sind. Das erzeugt den Anschein, dass die Bedingungen durch die Klägerin gestellt worden sind (vgl. BGH, Urteil vom 14. Mai 1992 - VII ZR 204/90, BGHZ 118, 229, 240; BGH, Urteil vom 17. Februar 2010 - VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259 Rn. 14). Diesen Anschein hat die Klägerin nicht widerlegt. Die von der Revisionserwiderung in Anspruch genommene Nähe von Teilen der Vertragsbedingungen zur VOB/B ändert daran nichts. Für die Frage, wer die Einbeziehung der Vertragsbedingungen angeboten hat, ist schließlich unerheblich, ob diese im Einzelnen ausgehandelt wurden (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB). Unerheblich ist entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung auch, die Einigung der Parteien darauf, dass es sich bei dem Generalunternehmervertrag um einen Individualvertrag handelt, vgl. unten dd).

25 bb) Die Instanzgerichte gehen zu Recht davon aus, dass nach dem ersten Anschein die von der Klägerin gestellten Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert wurden. Das folgt aus dem Inhalt und der Gestaltung des Generalunternehmervertrags (vgl. BGH, Urteil vom 20. August 2009

- VII ZR 212/07, BauR 2009, 1736 Rn. 42 = NZBau 2010, 47; Urteil vom 27. November 2003 - VII ZR 53/03, BGHZ 157, 102, 106). Diesen Anschein hat die Klägerin nicht erschüttert. Soweit die Revisionserwiderung rügt, der Vortrag der Klägerin, das Vertragswerk anderweitig nicht verwendet zu haben, sei vom Berufungsgericht übergangen worden, dringt sie damit nicht durch. Für die Beantwortung der Frage, ob eine Vorformulierung für eine Vielzahl von Fällen erfolgte, ist der Umstand, die Vertragsbedingungen später nicht mehr benutzt zu haben, unerheblich.

26 cc) Des Weiteren nimmt das Berufungsgericht zutreffend an, dass die Vereinbarungen zur Vertragserfüllungsbürgschaft in § 12 Abs. 1, Abs. 2 Generalunternehmervertrag nicht im Einzelnen ausgehandelt wurden und deshalb keine Individualabreden im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB vorliegen.

27 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfordert Aushandeln mehr als Verhandeln. Von einem Aushandeln in diesem Sinne kann nur dann gesprochen werden, wenn der Verwender zunächst den in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt, also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen, inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. Er muss sich also deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit erklären (BGH, Urteil vom 22. November 2012 - VII ZR 222/12, BauR 2013, 462 Rn. 10). Die entsprechenden Umstände hat der Verwender darzulegen (BGH, Urteil vom 3. April 1998 - V ZR 6/97, NJW 1998, 2600, 2601). Dieser Darlegungslast ist die Klägerin nicht nachgekommen. Dem Vortrag der Klägerin kann nicht entnommen

werden, ob und inwieweit sie bereit gewesen wäre, die Vereinbarungen zur Vertragserfüllungsbürgschaft zu ändern. Der allgemeine Hinweis, alle Vertragsbedingungen hätten zur Disposition gestanden, enthält nicht die notwendige Konkretisierung hinsichtlich der Kerngehalte der einzelnen Klauseln, insbesondere zur Sicherheitsleistung. Deshalb ist auch Ziffer 10 Satz 1 des Verhandlungsprotokolls vom 12. Mai 2005, in dem der Generalunternehmer bestätigte, über die Vertragsklauseln sei "ausgiebig und ernsthaft verhandelt worden", zur Darlegung eines Aushandelns bedeutungslos. Könnte der Verwender allein durch eine solche Klausel die Darlegung eines Aushandelns stützen, bestünde die Gefahr der Manipulation und der Umgehung des Schutzes der §§ 305 ff. BGB (Soergel/Stein, BGB, 12. Aufl., § 1 AGBG Rn. 30 a.E.; Erman/Roloff, BGB, 13. Aufl., § 305 Rn. 58; Staudinger/Schlosser, BGB, Neubearbeitung 2013, § 305 Rn. 53; a.A. Ulmer/Habersack in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl., § 305 Rn. 65).

28 dd) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben sich die Klägerin und der Generalunternehmer zwar in § 10 Satz 2 des Verhandlungsprotokolls vom 12. Mai 2005 individualrechtlich darauf geeinigt, "dass es sich bei dem Generalunternehmervertrag um einen Individualvertrag handelt". Dieser Erklärung kommt aber keine rechtserhebliche Bedeutung zu, wie das Berufungsgericht zu Recht annimmt, da die §§ 305 ff. BGB selbst im unternehmerischen Rechtsverkehr nicht der Disposition der Vertragsparteien unterliegen, sondern zwingendes Recht sind.

29 Zwingendes, der Vertragsfreiheit Grenzen ziehendes Recht ist anzunehmen, wenn Sinn und Zweck des Gesetzes einer privatautonomen Gestaltung entgegenstehen. Der Zweck der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach §§ 305 ff. BGB besteht darin, zum Ausgleich ungleicher

Verhandlungspositionen und damit zur Sicherung der Vertragsfreiheit Schutz und Abwehr gegen die Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht durch den Verwender zu gewährleisten (BGH, Urteil vom 10. Oktober 2013 - VII ZR 19/12, BauR 2014, 127 Rn. 27 = NZBau 2014, 47; MünchKommBGB/Basedow, 6. Aufl., vor §§ 305 ff., Rn. 4 ff.). Deshalb findet eine Inhaltskontrolle vertraglicher Vereinbarungen nicht statt, wenn die Vertragsbedingungen im Einzelnen ausgehandelt worden sind (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB). In diesem Fall befinden sich die Vertragsparteien in einer gleichberechtigten Verhandlungsposition, die es ihnen gestattet, eigene Interessen einzubringen und frei zu verhandeln.

30 Mit diesem Schutzzweck ist es nicht zu vereinbaren, wenn die Vertragsparteien unabhängig von den Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB die Geltung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen individualrechtlich ausschließen. Dadurch wird die Prüfung verhindert, ob eine gleichberechtigte Verhandlungsposition bestanden hat. Diese kann nicht allein aus dem Umstand abgeleitet werden, dass individualrechtlich die Geltung der §§ 305 ff. BGB ausgeschlossen wurde. Eine solche Vereinbarung kann vielmehr auf der wirtschaftlichen Überlegenheit einer Vertragspartei beruhen, die unter Umgehung der gesetzlichen Bestimmungen zur Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen ihre Gestaltungsmacht einseitig verwirklicht. Dem will das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen entgegenwirken, indem es nur unter den Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB von einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB absieht.

31 Das aus dem Normzweck der §§ 305 ff. BGB abgeleitete Ergebnis ist zudem verfassungsrechtlich abgesichert. Zwar ist die Vertragsfreiheit über Art. 2 Abs. 1 GG geschützt, aber nicht schrankenlos. Solche Schranken sind unentbehrlich, weil Privatautonomie auf dem Prinzip der Selbstbestimmung be-

ruht, also voraussetzt, dass auch die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben sind. Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, dass er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung. Wo es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt, ist mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten. Gesetzliche Vorschriften, die sozialem und wirtschaftlichem Ungleichgewicht entgegenwirken, verwirklichen die objektiven Grundentscheidungen der Grundrechte und damit zugleich das grundgesetzliche Sozialstaatsprinzip (BVerfGE 81, 242, 255). Diese verfassungsrechtliche Vorgabe hat der Gesetzgeber mit den Regelungen der §§ 305 ff. BGB umgesetzt. Durch § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB wird sichergestellt, dass nur durch ein Aushandeln im Sinne dieser Vorschrift die Anwendung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden kann. Im Übrigen verbleibt es bei dem Schutz des Gegners des Vertragspartners des Verwenders.

- 32 b) Die Beklagte kann daher als Bürgin die dem Generalunternehmer zustehende Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 768 Abs. 1 Satz 1, §§ 821, 812 Abs. 1 Satz 1 1. Fall BGB) geltend machen, die zur Abweisung der Klage führt (BGH, Urteil vom 12. Februar 2009 - VII ZR 39/08, BGHZ 179, 374 Rn. 9).

III.

33 Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

Kniffka

Safari Chabestari

Eick

RiBGH Dr. Kartzke ist
infolge Urlaubs an der
Unterschrift gehindert.

Jurgeleit

Kniffka

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 28.02.2012 - 91 O 137/10 -

KG Berlin, Entscheidung vom 08.03.2013 - 7 U 40/12 -