



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VERSÄUMNISURTEIL

VII ZR 210/01

Verkündet am:
23. Januar 2003
Fahrner,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: _____ ja

BGB §§ 765, 768 Abs. 1 Satz 1, § 777; AGBG § 9 Abs. 1 Ch

- a) Ist eine Bürgschaft auf erstes Anfordern wirksam erteilt worden und hat der Bürge auf erstes Anfordern gezahlt, kann er diese Zahlung nicht allein deshalb zurückfordern, weil der Schuldner nach der ergänzenden Auslegung der Sicherungsabrede nur eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft zu stellen hatte. Eine Rückforderung scheidet aus, wenn der Gläubiger einen Anspruch auf Verwertung der Bürgschaft besitzt (im Anschluß an BGH, Urteil vom 24. Oktober 2002 - IX ZR 355/00, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).
- b) Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers enthaltene Vertragsstrafenklausel in einem Bauvertrag benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen, wenn sie eine Höchstgrenze von über 5 % der Auftragssumme vorsieht (Aufgabe von BGH, Urteil vom 25. September 1986 - VII ZR 276/84, BauR 1987, 92, 98 = ZfBR 1987, 35).

- c) Für vor dem Bekanntwerden dieser Entscheidung geschlossene Verträge mit einer Auftragssumme von bis zu ca. 13 Millionen DM besteht grundsätzlich Vertrauensschutz hinsichtlich der Zulässigkeit einer Obergrenze von bis zu 10 %. Der Verwender kann sich jedoch nicht auf Vertrauensschutz berufen, wenn die Auftragssumme den Betrag von 13 Millionen DM um mehr als das Doppelte übersteigt.

BGH, Urteil vom 23. Januar 2003 - VII ZR 210/01 - KG Berlin
LG Berlin

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Januar 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler und die Richter Dr. Haß, Hausmann, Dr. Wiebel und Prof. Dr. Kniffka

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 27. Zivilsenats des Kammergerichts vom 19. April 2001 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der Kammer für Handelssachen 103 des Landgerichts Berlin vom 12. Februar 1999 auch insoweit zurückgewiesen worden ist, als mit ihr ein Zahlungsanspruch in Höhe von 2.820.000 DM und 241.280,86 DM jeweils nebst Zinsen weiter verfolgt worden ist.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung des Berufungsurteils zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte beauftragte die T. GmbH (T. GmbH) mit der schlüsselfertigen Erstellung von 128 Wohneinheiten in vier Haustypen. Sie hat eine von der T. GmbH gestellte Bürgschaft der A. Bank (Bürgin) auf erstes

Anfordern in Anspruch genommen. Die Klägerin, die Muttergesellschaft der T. GmbH, hat die Rückbürgin befriedigt und verlangt mit der Behauptung, die Bürgschaft sei zu Unrecht in Anspruch genommen worden, in der Revision aus abgetretenem Recht der Bürgin und gepfändetem Recht der T. GmbH noch Zahlung der Bürgschaftssumme in Höhe von 2.820.000 DM sowie in Höhe von 241.280,86 DM Ersatz von Aufwendungen der T. GmbH anlässlich der Inanspruchnahme der Bürgschaft.

Die Beklagte beauftragte die T. GmbH mit Generalunternehmervertrag vom 1. April 1993 mit der Errichtung der Wohneinheiten zum Pauschalpreis von 28.200.000 DM. Die VOB/B wurde vereinbart. Der Fertigstellungszeitpunkt sollte der 29. April 1994 sein.

Der Vertrag enthielt u.a. folgende Regelungen:

"§ 10

Vertragsstrafe

Der Auftragnehmer verpflichtet sich, bei Überschreitung der vertraglich vereinbarten Fertigstellungstermine der Bauabschnitte gemäß Bauablaufplan (Anlage 7) eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,15 % des vereinbarten Pauschalpreises, bezogen auf den jeweiligen Bauabschnitt, gemäß § 4, für jeden Werktag der Verspätung zu zahlen, insgesamt aber höchstens 10 % des Pauschalpreises pro Bauabschnitt. Die Geltendmachung der Vertragsstrafe braucht sich der Auftraggeber noch nicht bei der Abnahme vorzubehalten. Er kann sie vielmehr bis zur Schlußzahlung geltend machen.

Verschiebt sich der Fertigstellungstermin aufgrund von Behinderungen oder Unterbrechungen, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat, so daß sich dadurch ein anderer Fertigstellungstermin ergibt, so wird die Vertragsstrafe bei Überschreitung dieses Fertigstellungstermins verwirkt.

§ 13

Bürgschaften

1. Der Auftragnehmer stellt dem Auftraggeber vor Beginn der Bauarbeiten, spätestens innerhalb von 14 Kalendertagen nach Vertragsschluß eine Bankbürgschaft über DM 2.820.000 als Sicherheit für die Erfüllung des Vertrages zur Verfügung.

Die Höhe der Bankbürgschaft reduziert sich nach Fertigstellung

des I. und II. Bauabschnitts jeweils um 352.500 DM

nach Fertigstellung des III., IV. und

V. Bauabschnitts jeweils um 705.000 DM

sofern alle bei der Abnahme festgestellten Mängel beseitigt sind und der jeweilige mängelfreie Schlußabnahmeschein vorliegt. Der Auftraggeber wird gegenüber der Bank für die jeweils zu reduzierende Bürgschaftssumme eine Verzichtserklärung abgeben.

Mit der Fertigstellung und Beseitigung aller bei der Abnahme festgestellten Mängel des letzten Bauabschnitts ist die Bürgschaft zurückzugeben.

...

3. Die in Ziff. 1 und 2 genannten Bürgschaften müssen von einem deutschen Kreditinstitut abgegeben worden sein. Die Bürgschaften müssen den Verzicht auf die Einrede der Anfechtbarkeit und der Vorausklage enthalten; und außerdem müssen sie unbefristet und unwiderruflich sein.

Des weiteren müssen die in Ziff. 1 und 2 genannten Bürgschaften den Verzicht auf das Recht zur Hinterlegung und die Verpflichtung zur Zahlung auf erstes Anfordern enthalten."

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte diese Regelungen mehrfach verwendet hat und darüber, ob sie im Einzelnen ausgehandelt worden sind.

Die Beklagte erhielt eine Vertragserfüllungsbürgschaft der Bürgin auf erstes Anfordern über 2.820.000 DM. 1993/1994 wurden die einzelnen Bauabschnitte fertiggestellt. In den jeweiligen Abnahmeprotokollen behielt sich die Beklagte die Geltendmachung der Vertragsstrafe vor. Am 3. Mai 1995 nahm die Beklagte die Vertragserfüllungsbürgschaft über 2.820.000 DM in Anspruch, nachdem sie am 14. Oktober 1994 die Inanspruchnahme wegen einer von der T. GmbH zu zahlenden Vertragsstrafe in dieser Höhe angekündigt hatte. Die Bürgin war durch Rückbürgschaft gesichert. Die Klägerin hat die letzte Rückbürgin befriedigt. Ihr sind eventuelle Ansprüche der Bürgin aus der Inanspruchnahme der Bürgschaft abgetreten worden. Mit Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen vom 4. und 7. Juli 1995 wurden die Ansprüche der T. GmbH gegen die Beklagte über 2.820.000 DM und 4.500.000 DM, insbesondere auf Werklohnzahlung, Behinderungskosten, Auszahlung des Sicherheitseinbehalts und auf Rückzahlung der Bürgschaftssumme gepfändet und der Klägerin zur Einziehung überwiesen. In Höhe von jedenfalls 1.501.054,71 DM gehen dem andere Pfändungen vor.

Die Klägerin hat aus den abgetretenen und gepfändeten Forderungen insgesamt 7.320.000 DM geltend gemacht. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung ist erfolglos geblieben. Nachdem der Senat die weitergehende Revision der Klägerin nicht angenommen hat, verfolgt diese noch die Ansprüche über 2.820.000 DM und 241.280,86 DM nebst Zinsen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils im angefochtenen Umfang und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Auf die Schuldverhältnisse finden die Gesetze in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung Anwendung (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Klägerin stehe aus abgetretenem Recht der Bürgin kein Anspruch auf Zahlung von 2.820.000 DM zu. Die Sicherungsabrede sei wirksam, sie unterliege nicht der Kontrolle nach dem AGB-Gesetz. Die Klägerin habe den Vortrag, die Klauseln des Generalunternehmervertrages seien zur Disposition gestellt und damit ausgehandelt worden, nicht ausreichend bestritten.

Die Vertragsstrafe sei von der Bürgschaft erfaßt. Die Bürgschaft habe die ordnungsgemäße Erfüllung von Ansprüchen der Beklagten sichern sollen. Dazu gehöre auch der Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe. Daß die Bürgschaft nach mängelfreier Herstellung der jeweiligen Abschnitte freizugeben sei, bedeute nicht, daß sie ausschließlich Ansprüche wegen Mängeln sichere. Denn insoweit werde nur eine Vereinbarung über die Verpflichtung zur Reduzierung getroffen, nicht über den Inhalt der Bürgschaft.

Die Vertragsstrafenvereinbarung sei wirksam. Auch sie unterliege nicht der Kontrolle nach dem AGB-Gesetz, weil die Beklagte ausreichend dargelegt habe, daß sie ausgehandelt gewesen sei.

Die Vertragsstrafe sei bis zur Höchstgrenze von 2.820.000 DM verwirkt. Die T. GmbH habe die vereinbarten Fertigstellungstermine überschritten. Eine von ihr nicht zu vertretende Verzögerung habe sie nicht ausreichend dargetan. Die Beklagte habe sich die Ansprüche bei der Abnahme vorbehalten.

Die Klägerin könne nicht Ersatz der Aufwendungen der T. GmbH wegen einer unberechtigten Inanspruchnahme der Bürgschaft verlangen. Denn die Bürgschaft sei zu Recht in Anspruch genommen worden.

II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten Stand.

A.

Die Klägerin macht aus abgetretenem Recht der Bürgin einen Rückzahlungsanspruch in Höhe von 2.820.000 DM geltend. Die von ihr vorgebrachten Gründe sind teilweise geeignet, den Anspruch zu rechtfertigen.

1. Die Klägerin macht zunächst geltend, die Sicherungsabrede sei unwirksam, weil es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung der Beklagten handle und in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers eine Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern nicht wirksam vereinbart werden könne. Sie könne die Zahlung zurückfordern, weil die T. GmbH keine Sicherheit geschuldet habe.

Damit hat sie keinen Erfolg.

a) Es kann in diesem Zusammenhang dahinstehen, ob die Sicherungsabrede als Allgemeine Geschäftsbedingung der Beklagten anzusehen ist, die nicht individuell ausgehandelt worden ist. In diesem Fall wäre zwar die Sicherungsabrede unwirksam, soweit eine Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern als Sicherungsmittel vereinbart war. Der Vertrag wäre jedoch ergänzend dahin auszulegen, daß die Stellung einer unbefristeten, selbstschuldnerische Bürgschaft vereinbart worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 18. April 2002 - VII ZR 192/01, BGHZ 150, 305 = BauR 2002, 1239, 1240 = NJW 2002, 2388; BGH, Urteil vom 4. Juli 2002 - VII ZR 502/99, NZBau 2002, 559, 560 = ZfBR 2002, 784) .

b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat der Bürge, der auf erstes Anfordern die Bürgschaftssumme an den Gläubiger zahlt, einen Rückforderungsanspruch, wenn und soweit der Gläubiger nach materiellem Bürgschaftsrecht keinen Anspruch auf die erhaltene Leistung hat (BGH, Urteil vom 28. September 2000 - VII ZR 460/97, BauR 2001, 109, 111 = NZBau 2001, 136 = ZfBR 2001, 31; BGH, Urteil vom 24. Oktober 2002 - IX ZR 355/00 m.w.N., WM 2002, 2498). Dem Bürgen stehen gemäß § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB die Einwendungen des Schuldners aus der Sicherungsabrede mit dem Gläubiger zu. Hat der Bürge eine Sicherung gewährt, zu deren Beibringung der Hauptschuldner sich nicht oder nicht wirksam verpflichtet hatte, so kann sich der Bürge gegenüber dem Leistungsverlangen des Gläubigers auf den Inhalt der Sicherungsabrede zwischen Gläubiger und Hauptschuldner berufen. Das folgt aus dem Sinn und Zweck des Akzessorietätsgedankens, der sicherstellen soll, daß der Bürge grundsätzlich nicht mehr zu leisten hat als der Hauptschuldner (BGH, Urteil vom 20. April 1989 - IX ZR 212/88, BGHZ 107, 210, 214; Urteil

vom 10. Februar 2000 - IX ZR 397/98, BGHZ 143, 381, 384; Urteil vom 08.03.2001 - IX ZR 236/00, BGHZ 147, 99, 102).

c) Die Bürgin kann sich danach grundsätzlich darauf berufen, daß die T. GmbH lediglich eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft schuldete, nicht jedoch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern. Mit diesem Einwand hätte die Bürgin die erste Anforderung zurückweisen können, sofern er liquide beweisbar gewesen wäre (BGH, Urteil vom 8. März 2001 - IX ZR 236/00, BGHZ 148, 99, 102). Der Einwand wirkt sich nach Zahlung auf erstes Anfordern jedoch nicht in der Weise aus, daß die ausgezahlte Bürgschaftssumme ungeachtet der Frage, ob nach der Sicherungsvereinbarung eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft geschuldet war, zurückzuzahlen wäre. Denn die Bürgschaft auf erstes Anfordern ist kein Sicherungsmittel eigener Art, sondern lediglich eine den Gläubiger besonders privilegierende Form der Bürgschaftsverpflichtung (BGH, Urteil vom 25. Februar 1999 - IX ZR 24/98, NJW 1999, 2361, 2363). Daraus folgt, daß ein Rückforderungsrecht des Hauptschuldners nach erfolgter Zahlung auf erstes Anfordern aus der Sicherungsabrede nur besteht, wenn der Sicherungsfall nicht eingetreten ist, dagegen nicht schon wegen Verletzung der bei der Anforderung der Bürgenleistung einzuhaltenden Förmlichkeiten (BGH, Urteil vom 24. Oktober 2002 - IX ZR 355/00, WM 2002, 2498). Daraus folgt aber auch, daß der Hauptschuldner die Rückzahlung nicht allein deshalb verlangen kann, weil nach der Sicherungsabrede die Bürgschaft nicht unter den privilegierenden Voraussetzungen hätte angefordert werden dürfen. Denn nach der Sicherungsabrede schuldete er eine Sicherung als unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft. Er hätte dem Gläubiger eine solche Bürgschaft stellen müssen, wobei davon auszugehen ist, daß mit der Bürgschaft auf erstes Anfordern im Zweifel gleichzeitig eine Bürgschaft gestellt ist, mit der sich der Bürge zur Zahlung auch dann verpflichten wollte, wenn eine erste Anforderung unzulässig war (BGH, Urteil vom 25. Februar 1999 - IX ZR

24/98, NJW 1999, 2361, 2363). Es wäre mit Treu und Glauben nicht zu vereinbaren, wenn der Gläubiger zur Rückzahlung der auf erstes Anfordern ausgezahlten Bürgschaftssumme verpflichtet würde, obwohl fest steht, daß der Gläubiger den Bürgen aus der selbstschuldnerischen Bürgschaft in Anspruch nehmen kann. Eine Rückforderung scheidet deshalb aus, wenn die selbstschuldnerische Bürgschaft den geltend gemachten Anspruch sichert und der Gläubiger einen fälligen Anspruch gegen den Bürgen hat. Der Umstand, daß die Bürgschaft abredewidrig auf erstes Anfordern geltend gemacht wurde, kann Schadensersatzansprüche gegen den Gläubiger oder den Bürgen auslösen, rechtfertigt allein jedoch nicht das Rückzahlungsverlangen (BGH, Urteil vom 24. Oktober 2002 - IX ZR 355/00, aaO).

2. Maßgeblich für den Erfolg der Klage auf Rückzahlung der Bürgschaftssumme ist daher allein, ob die Beklagte einen Anspruch auf Verwertung der Bürgschaft besitzt.

Insoweit rügt die Klägerin zunächst, daß die Vertragsstrafe nach der Sicherungsvereinbarung nicht gesichert gewesen sei.

Diese Rüge hat nur insoweit Erfolg, als nicht feststeht, ob die Vertragsstrafe rechtzeitig in Anspruch genommen worden ist. Der Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe ist durch die Bürgschaft abgesichert. Die Bürgschaftsverpflichtung ist jedoch zeitlich begrenzt durch die Zeitpunkte, in denen die Bürgschaft zu reduzieren bzw. zurückzugeben war.

a) Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Bürgschaft in dem Umfang übernommen werden sollte, wie sie nach der Sicherungsabrede zu stellen war. Das ergibt sich aus der Bürgschaftsurkunde vom 13. Juli 1993,

die sowohl auf den Generalunternehmervertrag als auch ausdrücklich auf die Regelung des § 13 Nr. 1 dieses Vertrages Bezug nimmt.

b) Nach der Sicherungsabrede hatte die T. GmbH eine Sicherheit für die Erfüllung des Vertrages zur Verfügung zu stellen. Die Vertragserfüllungsbürgschaft sichert vorbehaltlich abweichender Vereinbarung auch den Anspruch des Gläubigers auf Zahlung einer Vertragsstrafe (BGH, Urteil vom 7. Juni 1982 - VIII ZR 154/81, BauR 1982, 506, 507 = NJW 1982, 2305; Urteil vom 15. März 1990 – IX ZR 44/89, NJW-RR 1990, 811 = WM 1990, 841).

c) Der Sicherungsabrede läßt sich entgegen der Auffassung der Revision nicht entnehmen, daß die Bürgschaft nur die ordnungsgemäße Erfüllung von Ansprüchen auf Erbringung der Werkleistungen absichert. Das folgt nicht aus der Vereinbarung, daß sich die Bürgschaft um die vertraglich festgelegten Beträge reduziert, wenn die Bauabschnitte fertiggestellt und sofern alle bei der Abnahme festgestellten Mängel beseitigt sind und der jeweilige Schlußabnahmeschein vorliegt sowie der Vereinbarung, daß mit der Fertigstellung und Beseitigung aller bei der Abnahme festgestellten Mängel des letzten Bauabschnitts die Bürgschaft zurückzugeben ist. Diese Regelung hat nicht den Sinn, den Sicherungsumfang der Vertragserfüllungsbürgschaft zu beschränken. Die von der Revision gesehene Verknüpfung der für die Reduzierung bzw. Rückgabe maßgeblichen Umstände mit den gesicherten Ansprüchen besteht nicht. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, daß mit der Beseitigung aller Mängel und der Fertigstellung des Bauwerks auch die Sicherung solcher Ansprüche entfallen soll, die durch eine Vertragserfüllungsbürgschaft allgemein gesichert sind. Das würde z.B. bedeuten, daß die Sicherung auch für Ansprüche aus Mangelfolgeschäden entfällt, wenn der Mangel beseitigt ist. Eine derartige Auslegung wäre nicht interessengerecht. Die Erfüllungsbürgschaft bezweckt gerade bei fristgerechter Inanspruchnahme eine umfassende und bleibende Sicherung des

Gläubigers für während ihrer Geltung fällig gewordene vertragliche Ansprüche (vgl. BGH, Urteil vom 24.09.1998 - IX ZR 371/97, BGHZ 139, 325, 329).

Vielmehr enthält die Vereinbarung über die Reduzierung und Rückgabe der Bürgschaft eine von den genannten Bedingungen abhängige zeitliche Begrenzung der Verpflichtung aus der Bürgschaft. Die Vertragsparteien haben, differenziert nach Bauabschnitten, den Endzeitpunkt bestimmt, zu dem die Vertragserfüllungsbürgschaft in Anspruch genommen werden darf. Da eine Rückgabe der Bürgschaft erst nach Fertigstellung des letzten Bauabschnitts in Frage kam, war die Beklagte verpflichtet, zuvor Verzichtserklärungen abzugeben. Aus diesem Regelungszusammenhang ergibt sich, daß die Beklagte die Bürgschaft wegen der fälligen Ansprüche aus Vertragsverletzungen bei der Errichtung der einzelnen Bauabschnitte solange in Anspruch nehmen durfte, solange sie nicht verpflichtet war, eine Verzichtserklärung abzugeben bzw. letztlich die Bürgschaft zurückzugeben. Auf eine derartige Bürgschaftserklärung ist uneingeschränkt § 777 BGB anwendbar (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juni 1984 - IX ZR 83/83, BGHZ 91, 344, 351; Urteil vom 24. September 1998 - IX ZR 371/97, BGHZ 139, 325, 329; Erman/Seiler, BGB, 10. Aufl., § 777 Rdn. 2; Münch-Komm-Habersack, 3. Aufl., § 777 Rdn. 7).

d) Der Senat kann nicht entscheiden, ob eine bürgschaftsrechtliche Haftung für die Vertragsstrafe besteht. Die Vertragsstrafen waren für jeden Bauabschnitt gesondert vereinbart. Es kommt bei jedem Bauabschnitt darauf an, wann der Abschnitt fertiggestellt und die bei der Abnahme festgestellten Mängel beseitigt waren sowie die mängelfreie Schlußabnahme vorlag. In dem Zeitpunkt, in dem diese Voraussetzungen vorlagen, mußte die Bürgschaft zunächst reduziert und zuletzt zurückgegeben werden. Ein Anspruch aus der Bürgschaft ist nur gegeben, wenn die Beklagte bis zu diesem Zeitpunkt oder unverzüglich nach Fristablauf (§ 777 Abs. 1 Satz 2 BGB) dem selbstschuldnerisch haftenden

Kreditinstitut die Inanspruchnahme angezeigt hat (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juni 1984 - IX ZR 83/83, BGHZ 91, 344, 353 ff.). Dazu fehlen jegliche Feststellungen.

3. Unbegründet ist die Rüge der Klägerin, die Sicherungsvereinbarung sei als Allgemeine Geschäftsbedingung der Beklagten unwirksam, weil sie es ermögliche, die Bürgschaft wegen der Vertragsstrafe noch erhebliche Zeit nach der Abnahme des Bauvorhabens in Anspruch zu nehmen. Auch insoweit kommt es nicht darauf an, ob die Sicherungsabrede eine nicht im Einzelnen ausgehandelte Allgemeine Geschäftsbedingung der Beklagten ist. Es belastet den Auftragnehmer nicht unangemessen, wenn er eine Vertragserfüllungsbürgschaft stellen muß, die wegen eines Vertragsstrafenversprechens auch noch nach der Abnahme in Anspruch genommen werden kann. Häufig wird sich erst nach der Abnahme endgültig klären lassen, ob und in welchem Umfang die Voraussetzungen für die Vertragsstrafe vorliegen.

4. Die Klägerin macht weiter geltend, ein etwa doch abgesicherter Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe habe nicht bestanden. Die Vertragsstrafenvereinbarung in § 10 des Generalunternehmervertrages sei unwirksam. Es handele sich um eine nicht im Einzelnen ausgehandelte Allgemeine Geschäftsbedingung der Beklagten, die der Inhaltskontrolle nicht Stand halte.

Diese Rüge hat Erfolg, wenn § 10 des Generalunternehmervertrages eine Allgemeine Geschäftsbedingung der Beklagten ist.

a) Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob die Beklagte die Bedingung unter § 10 des Generalunternehmervertrages mehrfach verwendet. In der Revisionsinstanz ist deshalb davon auszugehen, daß insoweit eine Allgemeine Geschäftsbedingung der Beklagten vorliegt.

b) Das Berufungsgericht führt aus, die Klägerin habe den Vortrag der Beklagten, das Klauselwerk sei im Einzelnen ausgehandelt, nicht ausreichend bestritten. Die Beklagte habe dargelegt, daß sie sämtliche Klauseln zur Disposition gestellt habe, solange nur eine vertretbare Gesamtlösung herauskomme. Die Klägerin hätte darlegen müssen, woraus die T. GmbH geschlossen habe, daß die Bedingungen nicht zur Disposition gestanden hätten.

Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision mit Erfolg.

aa) Nach der Rechtsprechung 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 (BGH, Urteil vom 16. Juli 1998 - VII ZR 9/97, BauR 1998, 1094, 1095 = ZfBR 1998, 308; Urteil vom 26. September 1996 - VII ZR 318/95, BauR 1997, 123, 124 = ZfBR 1997, 33). Er muß sich also deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit erklären. In aller Regel schlägt sich eine solche Bereitschaft auch in erkennbaren Änderungen des vorformulierten Textes nieder. Allenfalls unter besonderen Umständen kann ein Vertrag auch dann als Ergebnis eines "Aushandelns" gewertet werden, wenn es schließlich nach gründlicher Erörterung bei dem gestellten Entwurf verbleibt (BGH, Urteil vom 3. November 1999 - VIII ZR 269/98, BGHZ 143, 104, 112).

bb) Nach diesen Grundsätzen ist die Klausel in § 10 des Generalunternehmervertrages nicht ausgehandelt worden.

Die Beklagte hat vorgetragen, daß die einzelnen Klauseln erörtert und gemeinsam gelesen worden seien. Es sei frühzeitig über die Terminsicherheit und Festschreibung der Vertragsstrafe gesprochen worden. Sie habe alle Klauseln zur Verhandlungsdiskussion gestellt und Änderungen akzeptiert, wenn eine vertretbare Gesamtlösung herausgekommen sei. Die T. GmbH habe hinsichtlich der Absicherung der Termine eine Garantievericherung vorgeschlagen, die jedoch deshalb nicht akzeptiert worden sei, weil diese Lösung in Deutschland für den verhandelten Erfüllungszeitpunkt nicht möglich gewesen sei. Danach hätten alle Verhandlungsführer eingesehen, daß es bei den achtenswerten Interessen der Beklagten zu bleiben habe, mit der Folge, daß der ansonsten nicht beanstandete Vertragstext verbleiben könne. Die T. GmbH habe die Höhe der Vertragsstrafe und ihre Gestaltung nicht beanstandet.

Dieser Vortrag ergibt nicht, daß § 10 ausgehandelt worden ist. Der Umstand, daß die Parteien die Klauseln erörtert haben und sie gemeinsam gelesen haben, ist kein Aushandeln im Sinne des Gesetzes. Aus dem Vortrag der Beklagten läßt sich nicht ihre Bereitschaft entnehmen, die Vertragsstrafenvereinbarung ernsthaft zur Disposition zu stellen. Das wird nicht schon dadurch belegt, daß sie den Vorschlag der T. GmbH erwogen, jedoch wegen seiner Nichtdurchführbarkeit verworfen habe. Daraus wird nur deutlich, daß die T. GmbH vergeblich versucht hat, die Vereinbarung zur Absicherung der Termine zu beeinflussen. Auch der Umstand, daß die T. GmbH zu einzelnen Paragraphen des Vertrages Änderungsvorschläge unterbreitet hat, belegt nicht die Bereitschaft der Beklagten, der T. GmbH eine eigenverantwortliche Gestaltungsmöglichkeit hinsichtlich der in Rede stehenden Klausel einzuräumen. Vielmehr zeigen die von der Beklagten vorgelegten internen Randbemerkungen, daß die Beklagte einzelne Änderungsvorschläge kategorisch ablehnte. Das betrifft insbesondere den Vorschlag, für den Sicherheitseinbehalt die VOB/B gelten zu lassen (Nr. 5 des Schreibens vom 18.3.1993) oder auch den Vorschlag einer Streichung der

die T. GmbH belastenden Regelung nach einer Teilkündigung (Nr. 8 des Schreibens vom 18.3.1993). Diese Stellungnahmen legen die Annahme nahe, daß die Beklagte auch nicht bereit war, der T. GmbH bei der Vereinbarung der Vertragsstrafe Gestaltungsmacht einzuräumen. Der Umstand, daß der Vertrag in anderen Teilen abgeändert worden ist, ist ohne Bedeutung.

c) § 10 Generalunternehmervertrag hält einer Inhaltskontrolle nicht stand. Die Klausel ist gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam, denn sie benachteiligt den Auftragnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen.

aa) Die Vertragsstrafenvereinbarung ist allerdings nicht schon deshalb unwirksam, weil der Auftraggeber die Vertragsstrafe noch bis zur Schlußzahlung geltend machen kann (BGH, Beschluß vom 13. Juli 2000 - VII ZR 249/99, BauR 2000, 1758 = ZfBR 2000, 551 = NZBau 2000, 509). Die Erwägungen der Revision dazu, daß der Auftragnehmer unangemessen lange im Unklaren darüber gelassen wird, ob die Vertragsstrafe beansprucht wird, lassen das Interesse des Auftraggebers an einer einheitlichen Prüfung und Abrechnung sowie auch den Umstand außer Acht, daß nach der Rechtsprechung des Senats der Vorbehalt der Vertragsstrafe jedenfalls dann anzubringen ist, wenn die Schlußzahlung endgültig verweigert wird.

bb) Die Vertragsstrafe ist auch nicht verschuldensunabhängig formuliert, wie die Klägerin geltend gemacht hat. Denn es gilt die Ergänzungsregelung des § 11 Nr. 2 VOB/B (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2001 - VII ZR 432/00, BGHZ 149, 283, 287). Das gilt sowohl für Abs. 1 als auch für Abs. 2 der Vertragsstrafenvereinbarung.

cc) Die Vertragsstrafe verstößt nicht gegen das Kumulierungsverbot (vgl. dazu BGH, Urteil vom 14. Januar 1999 - VII ZR 73/98, BauR 1999, 645, 646 = ZfBR 1999, 18; Kemper BauR 2001, 1015, 1018). Der Umstand, daß sich ei-

ne Verzögerung in allen Bauabschnitten auswirkt, führt nicht zu einer unangemessenen Kumulierung. Denn die Vertragsstrafe wird hinsichtlich der Verzögerung in den einzelnen Bauabschnitten nach den diesen zugeordneten Preisen berechnet. Setzt sich eine Verzögerung in einem nachfolgenden Bauabschnitt fort, führt das nicht dazu, daß sich der Tagessatz oder der Höchstsatz erhöhen. Erhöht wird lediglich die Vertragssumme. Das allein benachteiligt den Auftragnehmer nicht unangemessen, denn letztlich führt das dazu, daß der Tagessatz für eine bis zum Schluß fortwirkende Verzögerung nach dem Gesamtpreis berechnet wird. Das entspricht der Regelung in Vertragsstrafenvereinbarungen, denen keine Aufteilung in Bauabschnitte zugrunde liegt. Die Revision hat nicht dargetan, daß ein Fall vorliegt, der nach den Erwägungen des Senats im Urteil vom 14. Januar 1999 (a.a.O.) zu einem überhöhten Tagessatz führen kann, weil sich eine Verzögerung gleichzeitig auf mehrere Bauabschnitte auswirkt.

dd) Die Vertragsstrafenvereinbarung ist aber deshalb unwirksam, weil der Höchstsatz von 10 % den Auftragnehmer unangemessen benachteiligt.

(1) Der Senat entscheidet in ständiger Rechtsprechung, daß eine Vertragsstrafenvereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch die Interessen des Auftragnehmers ausreichend berücksichtigen muß. Eine unangemessen hohe Vertragsstrafe führt zur Nichtigkeit der Vertragsklausel nach § 9 Abs. 1 AGBG. Eine geltungserhaltende Reduktion findet nicht statt (vgl. BGH, Urteil vom 12. März 1981 - VII ZR 293/79, BauR 1981, 374, 375 = NJW 1981, 1509; Urteil vom 18. November 1982 - VII ZR 305/81, BGHZ 85, 305, 312 f.; Urteil vom 19. Januar 1989 - VII ZR 348/87, BauR 1989, 327, 328 = ZfBR 1989, 103; Urteil vom 20. Januar 2000 - VII ZR 46/98, BauR 2000, 1049 = NZBau 2000, 327 = ZfBR 2000, 331).

Die Vertragsstrafe ist einerseits ein Druckmittel, um die termingerechte Fertigstellung des Bauwerks zu sichern, andererseits bietet sie die Möglichkeit einer erleichterten Schadloshaltung ohne Einzelnachweis (BGH, Urteil vom 18. November 1982, aaO.; Urteil vom 20. Januar 2000 - VII ZR 46/98, aaO.). Die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarte Vertragsstrafe muß auch unter Berücksichtigung ihrer Druck- und Kompensationsfunktion in einem angemessenen Verhältnis zu dem Werklohn stehen, den der Auftragnehmer durch seine Leistung verdient. Die Schöpfung neuer, vom Sachinteresse des Auftraggebers losgelöster Geldforderungen ist nicht Sinn der Vertragsstrafe (BGH, Urteil vom 18. November 1982, aaO. S. 313 f.). Aus diesem Grund hat der Senat bereits zur Höchstgrenze des Tagessatzes hervorgehoben, daß eine Vertragsstrafe unangemessen ist, wenn durch den Verzug in wenigen Tagen typischer Weise der Gewinn des Auftragnehmers aufgezehrt ist (BGH, Urteil vom 17. Januar 2002 - VII ZR 198/00, BauR 2002, 790, 792 = NZBau 2002, 385 = ZfBR 2002, 471). Der Senat hat in diesem Urteil auch herausgestellt, daß die Angemessenheitskontrolle von Vertragsbedingungen über Vertragsstrafen nach einer generalisierenden Betrachtungsweise zu erfolgen hat (so schon BGH, Urteil vom 20. Januar 2000 - VII ZR 46/98, BauR 2000, 1049 = NZBau 2000, 327 = ZfBR 2000, 331; BGH, Urteil vom 19. Januar 1989 - VII ZR 348/87, BauR 1989, 327, 328 = ZfBR 1989, 103). Das bedeutet, daß auch die Obergrenze der Vertragsstrafe sich daran messen lassen muß, ob sie generell und typischerweise in Bauverträgen, für die sie vorformuliert ist, angemessen ist. Dabei ist, soweit sich aus der Vorformulierung nicht etwas anderes ergibt, eine Unterscheidung zwischen Bauverträgen mit hohen oder niedrigen Auftragssummen wegen der damit verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten nicht vorzunehmen.

(2) Nach diesem Maßstab ist in Bauverträgen eine Vertragsstrafe für die verzögerte Fertigstellung, deren Obergrenze 5 % der Auftragssumme überschreitet, unangemessen.

Nach der Rechtsprechung muß sich die Vertragsstrafe innerhalb der voraussichtlichen Schadensbeträge halten. Dabei kommt es darauf an, ob allgemein bei Verträgen der von den Parteien geschlossenen Art Nachteile zu erwarten sind, welche die Ausgestaltung der Vertragsstrafe angemessen erscheinen lassen. Fälle einer besonders ungünstigen Schadensentwicklung müssen unberücksichtigt bleiben. Insoweit ist der Auftraggeber ausreichend durch die Möglichkeit geschützt, den Schadensersatzanspruch gesondert zu verfolgen (BGH, Urteil vom 20. Januar 2000 - VII ZR 46/98, BauR 2000, 1049 = NZBau 2000, 327 = ZfBR 2000, 331).

Die Orientierung am Schaden bietet ohne Berücksichtigung der Druckfunktion keinen verlässlichen Anhaltspunkt für die Obergrenze einer Vertragsstrafe. Sie rechtfertigt jedenfalls allein nicht die in vielen Bauverträgen geregelte Obergrenze von 10 % der Auftragssumme. Entscheidende Bedeutung kommt der Druckfunktion der Vertragsstrafe zu. Diese muß berücksichtigen, welche Auswirkungen die Vertragsstrafe auf den Auftragnehmer hat und sich in wirtschaftlich vernünftigen Grenzen halten (BGH, Urteil vom 20. Januar 2000 - VII ZR 46/98, BauR 2000, 1049 = NZBau 2000, 327 = ZfBR 2000, 331). Gemessen daran ist eine Vertragsstrafe von über 5 % der Auftragssumme zu hoch. Der Auftragnehmer wird typischer Weise durch den Verlust von über 5 % seines Vergütungsanspruchs unangemessen belastet. In vielen Fällen verliert er dadurch nicht nur seinen Gewinn, sondern erleidet einen spürbaren Verlust. Bereits der generell nicht einkalkulierte Verlust von über 5 % einer Auftragssumme kann sich ganz erheblich auf die Liquidität des Auftragnehmers auswirken.

Eine Vertragsstrafe in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers mit solchen Wirkungen ist jedenfalls dann nicht zu rechtfertigen, wenn mit einer niedrigeren Vertragsstrafe die Druck- und Kompensationsfunktion ausreichend erfüllt wird. Davon kann bei einer Vertragsstrafe von bis zu 5 % der

Auftragssumme generell ausgegangen werden. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, daß der auf den Auftragnehmer durch diese Vertragsstrafe ausgeübte Druck nicht ausreicht, eine rechtzeitige Fertigstellung des Bauwerks zu bewirken. Dem Senat ist bekannt, daß in vielen Bauverträgen, insbesondere mit höheren Auftragssummen, Vertragsstrafen mit einer Obergrenze von 5 % vereinbart werden. Auch bei niedrigeren Auftragssummen erscheint diese Obergrenze generell ausreichend, zumal der Auftragnehmer unabhängig von der anzurechnenden Vertragsstrafe der Gefahr ausgesetzt sein kann, vom Auftraggeber wegen einer vom Auftragnehmer zu vertretenden Verzögerung der Fertigstellung mit erheblichen, konkret dargelegten Schadensersatzansprüchen überzogen zu werden.

Sollte die Höchstgrenze von 5 % der Auftragssumme im Einzelfall nicht ausreichen, bleibt es den Parteien unbenommen, individuell eine höhere Obergrenze zu vereinbaren. Eine derartige individuelle Vereinbarung führt dem Auftragnehmer deutlicher als eine vorformulierte Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen die mit einem Verzug verbundene Gefahr vor Augen.

(3) Im Hinblick darauf, daß der Senat die Obergrenze von 10 % für Verträge mit Auftragsvolumen mit bis zu ca. 13 Millionen DM bis zuletzt unbeanstandet hingenommen hat (vgl. auch BGH, Urteil vom 18. Januar 2001 - VII ZR 238/00, BauR 2001, 791, 792; 20. Januar 2000 - VII ZR 46/98, BauR 2000, 1049 = ZfBR 2000, 331 = NJW 2000, 2106), ist es allerdings unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes nicht zu rechtfertigen, Vertragsstrafen in bis zum Bekanntwerden dieser Entscheidung geschlossenen Verträgen bei vergleichbaren oder niedrigeren Größenordnungen deshalb für unwirksam zu halten, weil diese Obergrenzen von bis zu 10 % der Auftragssumme enthalten (vgl. zum Vertrauensschutz BGH, Urteil vom 11. Mai 1989 - VII ZR 305/87, BauR 1989, 459, 460 = ZfBR 1989, 209).

(4) Diesen Vertrauensschutz kann die Beklagte nicht in Anspruch nehmen. Der Senat hat in der Entscheidung vom 25. September 1986 (VII ZR 276/84, BauR 1987, 92, 98, = ZfBR 1987, 35) bei einer Auftragssumme von 13.202.203, 90 DM eine Vertragsstrafe von 10 % nicht beanstandet, sondern ausgeführt, sie liege noch in vertretbarem Rahmen. Diese Formulierung deutet darauf hin, daß bei höheren Auftragssummen eine ebenso hohe Obergrenze nicht hingenommen werden kann. Jedenfalls bei Verträgen mit mehr als doppeltem Auftragsvolumen ist diese Vertragsstrafenobergrenze überhöht. Die Beklagte konnte angesichts der zurückhaltenden Formulierung in der Entscheidung vom 25. September 1986 kein schützenswertes Vertrauen darauf entwickeln, daß ihre Geschäftsbedingung als wirksam angesehen wird. Daran ändert auch nichts, daß sie die Vertragsstrafen auf vier Bauabschnitte aufgeteilt hat. Denn das verhindert nicht, daß der Auftragnehmer letztlich in unangemessener Höhe von 10 % der Gesamtauftragssumme in Anspruch genommen werden kann.

5. Das Berufungsurteil kann nach allem keinen Bestand haben, soweit es die Klage auf Rückzahlung der Vertragsstrafe in Höhe von 2.820.000 DM abgewiesen hat.

B.

Das Berufungsgericht verneint einen Anspruch der Klägerin aus abgetretenem oder gepfändetem Recht auf Erstattung der Kosten in Höhe von 241.280,86 DM nebst Zinsen, die der T. GmbH dadurch entstanden sein sollen, daß sie die von der Rückbürgin beanspruchten Kosten und Zinsen sowie die Notarkosten für die Einräumung einer Hypothek übernommen habe. Der An-

spruch bestehe nicht, weil die Bürgschaft zu Recht in Anspruch genommen worden sei.

Mit dieser Begründung kann das Urteil nicht aufrecht erhalten bleiben. Da jegliche Feststellungen zu dem geltend gemachten Anspruch und der Aktivlegitimation der Klägerin fehlen, ist die Sache insoweit aufzuheben und an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

III.

Für die erneute Verhandlung weist der Senat auf folgendes hin.

1. Hinsichtlich des Anspruchs auf Rückzahlung der Bürgschaftssumme wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob Allgemeine Geschäftsbedingungen der Beklagten vorliegen. Sollte das der Fall sein, besteht kein Vertragsstrafenanspruch, weil § 10 des Generalunternehmervertrages unwirksam ist. Die erneute Verhandlung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit zu prüfen, ob noch andere Ansprüche der Beklagten bestehen, die durch die Bürgschaft abgesichert sind.

2. Sollte sich herausstellen, daß keine Allgemeine Geschäftsbedingungen der Beklagten vorliegen, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob die Bürgschaft am 3. Mai 1995 noch wegen der Vertragsstrafe in Anspruch genommen werden durfte. Ist das der Fall, wird das Berufungsgericht erneut zu prüfen haben, ob die Voraussetzungen für die Vertragsstrafe vorliegen.

Seine Ausführungen zur Überschreitung der Fertigstellungsfristen sind revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Dagegen entspricht die Berechnung

der Vertragsstrafe nicht den vertraglichen Voraussetzungen. Das Berufungsgericht folgt der Berechnung der Beklagten. Diese errechnet die Verzögerungstage und multipliziert sie mit dem Tagessatz von 0,15 %. Sie bildet daraus die Summe für die einzelnen Bauabschnitte und läßt diese durch die Höchstbegrenzung kappen. Nach der vertraglichen Vereinbarung ist jede der Einzelpauschalen auf 10 % begrenzt. Geht man davon aus, ergibt sich eine deutlich geringere Gesamtsumme.

Ferner wird darauf hingewiesen, daß das Berufungsgericht bezüglich des fünften Bauabschnitts die Verwirkung der Vertragsstrafe allein daran knüpft, daß der um 12 Werkzeuge verlängerte Fertigstellungstermin überschritten ist. Dabei läßt es unberücksichtigt, daß Voraussetzung für die Vertragsstrafe Verzug der Klägerin ist. Dieser kann grundsätzlich nur durch Mahnung eingetreten sein, da der Kalendertermin fortgefallen ist (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 1999 - VII ZR 73/98, BauR 1999, 645, 648 = ZfBR 1999, 188). Zu einer Mahnung fehlen Feststellungen. Liegen die Voraussetzungen des Verzugs nicht vor, entfällt aus der Aufstellung BU 58 der Betrag von 687.375 DM.

3. Soweit es um den abgetretenen Anspruch der T. GmbH auf Erstattung der Aufwendungen für die Inanspruchnahme der Bürgschaft geht, kann es darauf ankommen, ob eine Bürgschaft auf erstes Anfordern geschuldet war oder nicht. Der Senat teilt nicht die Auffassung des Berufungsgerichts, die Verpflichtung zur Stellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern sei individuell ausgehandelt worden. Auf die Ausführungen zum Aushandeln der Vertragsstrafenklausel wird Bezug genommen. Diese gelten auch für das Aushandeln von § 13 des Generalunternehmervertrages. Insoweit hat zwar nach der Behauptung der Beklagten in der Vertragsverhandlung eine handschriftliche Änderung hinsichtlich des Sicherungseinbehalts von 5 % und dessen Ablösbarkeit durch Gewährleistungsbürgschaft stattgefunden. Das besagt jedoch nichts dazu, daß die

Beklagte bereit gewesen wäre, eine andere Bürgschaft als eine solche auf erstes Anfordern zu akzeptieren. Dieser Punkt ist von einem derartigen Gewicht, daß dazu ein substantiiertes Vortrag notwendig gewesen wäre. Denn er führt zu einer wesentlich intensiveren Sicherung des Auftraggebers und einer dementsprechend größeren Belastung des Auftragnehmers als eine einfache Bürgschaft.

Liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen der Beklagten vor, kann unter der Voraussetzung einer schuldhaften Pflichtverletzung ein Schadensersatzanspruch der T. GmbH in Betracht kommen.

Dressler

Haß

Hausmann

Wiebel

Kniffka