

Bundesgerichtshof

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 765, 768, 821, 813 BGB

- 1. Die Verpflichtung, den Sicherheitseinbehalt für Mängelansprüche nur durch eine formularmäßige selbstschuldnerische Bürgschaft ablösen zu können, in der u.a. auf die Einrede der Aufrechenbarkeit nach § 770 Abs. 2 BGB verzichtet wird, benachteiligt den Werkunternehmer unangemessen und ist somit insgesamt nach § 307 I BGB unwirksam.**
- 2. Eine Sicherungsabrede, durch die der Hauptschuldner verpflichtet wird, eine Bürgschaft mit diesem gegenüber dem Bürgen unzulässigen Regelungsinhalt zu stellen, benachteiligt ihrerseits entgegen den Geboten von Treu und Glauben den Hauptschuldner unangemessen und ist somit nach § 307 I BGB unwirksam.**
- 3. Ein Bürge, dem wegen der Unwirksamkeit der Sicherungsvereinbarung nach § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB eine dauerhafte Einrede gegen den Gläubiger zustand, kann das von ihm dennoch Geleistete nach § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB vom Gläubiger zurückverlangen.**

BGH, Urteil vom 24.10.2017, Az.: XI ZR 362/15

Tenor:

Auf die Revision der Klägerin wird der Beschluss des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 8. Juni 2015 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Klage nachfolgend stattgegeben wird.

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Mainz vom 14. November 2014 dahin gehend abgeändert, dass der Beklagte verurteilt wird, an die Klägerin 27.480 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 5. April 2013 zu zahlen.

Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in den Tatsacheninstanzen werden gegeneinander aufgehoben, die Kosten des Revisionsverfahrens trägt der Beklagte.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin begehrt aus abgetretenem Recht von dem Beklagten Erstattung von Leistungen, die aufgrund einer Gewährleistungsbürgschaft von der Bürgin erbracht wurden.

Der Beklagte beauftragte die inzwischen insolvente Kl. GmbH (im Folgenden: Hauptschuldnerin) im Jahr 2004 mit Fliesen-, Ab-dichtungs- und Estricharbeiten im Rahmen des Baus eines Regionalbades. Die Hauptschuldnerin verpflichtete sich zur Ablösung eines entsprechenden Sicherheitseinbehalts, eine unbefristete selbstschuldnerische Gewährleistungsbürgschaft bis zu einer Höhe von 27.480 € zu stellen, bei der nach Ziff. 23.1 Nebenbestimmungen zum Bauvertrag EVM (B) ZVB/E (im Folgenden: ZVB) ein Formblatt des Beklagten verwendet werden sollte und die nach Ziff. 23.4 ZVB einen Verzicht des Bürgen auf die Einreden der Anfechtung und der Aufrechnung sowie der Vorausklage gemäß §§ 770, 771 BGB vorsehen musste. Die ... Versicherung AG (im Folgenden: Bürgin) übernahm eine Gewährleistungsbürgschaft, in der sie auf die Einreden der Anfechtung, der Aufrechnung sowie der Vorausklage verzichtete. Die Klägerin übernahm gegenüber der Bürgin eine Rückbürgschaft.

Mit Schreiben vom 14. Oktober 2008 nahm der Beklagte die Bürgin wegen angeblich mangelhafter Leistung der mittlerweile insolventen Haupt-schuldnerin in Anspruch. Die Bürgin bezahlte den Bürgschaftsbetrag in Höhe von 27.480 € an den Beklagten unter Vorbehalt aus und nahm bei der Klägerin als Rückbürgin Regress. Die Klägerin zahlte auf die Rückbürgschaft 27.480 €. Im Gegenzug trat die Bürgin ihre Ansprüche gegen den Beklagten aus ungerechtfertigter Bereicherung infolge der Inanspruchnahme aus der Bürgschaft an die Klägerin ab.

Die Klägerin hat von dem Beklagten die Rückzahlung von der Bürgin gezahlter 27.480 € nebst Zinsen aus eigenem und hilfsweise aus abgetretenem Recht der Bürgin sowie die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten verlangt. Sie beruft sich auf die Unwirksamkeit der zwischen der Haupt-schuldnerin und der Beklagten getroffenen Sicherungsabrede sowie auf die Mangelfreiheit der Leistung der Hauptschuldnerin.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin nach entsprechendem Hinweis durch einstimmigen Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Mit der vom Senat aufgrund der Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin lediglich hinsichtlich der Ansprüche aus abgetretenem Recht zugelassenen Revision verfolgt diese ihren ursprünglichen Antrag im zugelassenen Umfang weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin hat im Wesentlichen Erfolg. Sie führt mit Ausnahme eines Teils der Nebenforderung zur Aufhebung des Berufungsurteils und unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils zu einem Erfolg der Klage.

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung (OLG Koblenz, Beschluss vom 8. Juni 2015 i.V.m. Beschluss vom 18. März 2015 - 5 U 1480/14, juris), soweit für die Revision von Bedeutung, ausgeführt:

Der Klägerin stehe auch aus abgetretenem Recht der Bürgin kein Bereicherungsanspruch gegen den Beklagten zu. Die Unwirksamkeit der zwischen dem Beklagten und der Hauptschuldnerin im Bauvertrag getroffenen Sicherungsabrede führe nicht zur Nichtigkeit des zwischen dem Beklagten und der

Bürgin geschlossenen Bürgschaftsvertrags, sondern die Hauptschuldnerin habe lediglich das Recht gehabt, die Stellung der Bürgschaft zu verweigern. Davon habe die Hauptschuldnerin aber keinen Gebrauch gemacht. Werde sodann - wie hier - die Bürgschaft gestellt, bestehe lediglich ein Anspruch des Hauptschuldners gegen den Sicherungsnehmer, die erlangte Rechtsposition in vollem Umfang aufzugeben und die Sicherheit herauszugeben. Dem Bürgen hingegen stehe kein Herausgabeanspruch zu, den die Klägerin aus abgetretenem Recht hätte geltend machen können. Nichts anderes gelte, nachdem die Bürgschaftssumme vom Bürgen auf die Verpflichtung aus dem fortgeltenden Bürgschaftsvertrag gezahlt worden sei. Weggefallen sei mit der unwirksamen Sicherungsabrede nämlich lediglich die rechtliche Verpflichtung des Hauptschuldners zur Stellung einer Bürgschaft aus dem Bauvertrag, nicht aber die davon getrennt zu sehende rechtliche Verpflichtung des Bürgen aus dem Bürgschaftsvertrag. Eine von der Klägerin in Anspruch genommene Akzessorietät im Verhältnis des Bürgen zum Sicherungsnehmer sei nicht gegeben. Dass der Bürge im Zeitpunkt seiner Inanspruchnahme den Arglisteinwand hätte erheben können, führe nicht dazu, dass er nach seiner Leistung die Stellung eines Bereicherungsgläubigers erlange.

Es könne auch offenbleiben, ob die von dem Beklagten behaupteten Mängel tatsächlich vorgelegen hätten. Auch wenn diese nicht bestanden haben sollten und deswegen ein Anspruch auf Rückgewähr der Bürgschaftszahlung entstanden wäre, könne dieser Anspruch allenfalls der Hauptschuldnerin, aber nicht der Bürgin zustehen. Die förmlichen Voraussetzungen der Inanspruchnahme nach der Bürgschaftsurkunde hätten bei Zahlungsanforderung vorgelegen. Soweit um das Bestehen der Hauptschuld gestritten werde, sei dies im Rückforderungsprozess zwischen dem Hauptschuldner und dem Sicherungsnehmer zu klären.

II.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Nachprüfung in mehreren Punkten nicht stand.

1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann die Klägerin von dem Beklagten nach § 813 Abs. 1 Satz 1, § 398 BGB aus abgetretenem Recht der Bürgin deren Zahlung zurückfordern, da die Bürgin wegen der Unwirksamkeit der Sicherungsvereinbarung - die das Berufungsgericht angenommen hat und die vorliegend auch zu bejahen ist (siehe unten III. 1.) - trotz des Bestehens einer dauerhaften Einrede aus § 768 Abs. 1 Satz 1, § 821 BGB an den Beklagten zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeit aus der Gewährleistungsbürgschaft geleistet hat.

a) Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass eine Unwirksamkeit der Sicherungsabrede im Bauvertrag zwischen dem Beklagten und der Hauptschuldnerin nicht die Unwirksamkeit des zwischen dem Beklagten und der Bürgin geschlossenen Bürgschaftsvertrags bewirkt hat.

b) Im Anschluss übersieht das Berufungsgericht aber, dass ein Bürge, dem wegen der Unwirksamkeit der Sicherungsvereinbarung nach § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB eine dauerhafte Einrede gegen den Gläubiger zustand, das von ihm dennoch Geleistete nach § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB vom Gläubiger zurückverlangen kann.

aa) Ob dem Bürgen, der trotz Bestehens einer dauerhaften Einrede nach § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB an den Gläubiger aus der Bürgschaft leistet, nach § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB ein Kondiktionsanspruch gegen den Gläubiger zusteht, ist umstritten (eine Direktkondiktion des Bürgen gegen den Gläubiger bejahend: Palandt/Sprau, BGB, 76. Aufl., § 812 Rn. 83; MünchKommBGB/Habersack, 7. Aufl., § 768 Rn. 10; PWW/Brödermann, BGB, 12. Aufl., § 768 Rn. 9; Staudinger/Horn, BGB, Neubearb. 2012, § 768 Rn. 40; allgemein einen Direktanspruch des Bürgen gegen den Gläubiger

im Falle der rechtsgrundlosen Leistung aus der Bürgschaft bejahend: Palandt/Sprau, BGB, 76. Aufl., § 812 Rn. 83; Wendehorst in Bamberger/Roth, BeckOK BGB, Stand 15. Juni 2017, § 812 Rn. 220; Erman/Buck-Heeb, BGB, 15. Aufl., § 812 Rn. 30; Moufang/Koos in Ganten/Jansen/Voit, Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B, 3. Aufl., § 17 Abs. 4 Rn. 205; Hogrefe, VersR 2014, 1407, 1412; den Bürgen auf den Regress beim Hauptschuldner verweisend: Lorenz, JuS 1999, 1145, 1149; Staudinger/Lorenz, BGB, Neubearb. 2007, § 812 Rn. 47; MünchKommBGB/Schwab, 7. Aufl., § 812 Rn. 199; Tiedtke, JZ 2006, 940, 942; BeckOGK/Madaus, BGB, Stand 1. August 2017, § 765 Rn. 14).

bb) Die überwiegende Auffassung, die dem Bürgen gegen den Gläubiger einen Bereicherungsanspruch nach § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB zubilligt, wenn er trotz des Bestehens einer dauerhaften Einrede nach § 768 Abs. 1 Satz 1, § 821 BGB aus der Bürgschaft geleistet hat, ist zutreffend.

(1) Die Bürgschaft begründet eine von der Verpflichtung des Hauptschuldners zu unterscheidende, rechtlich selbstständige Verpflichtung, die ihren Rechtsgrund in sich selbst trägt und daher grundsätzlich unabhängig vom Bestand der Hauptschuld gültig ist (BGH, Urteile vom 24. Januar 1991 - IX ZR 174/90, BGHZ 113, 287, 288 mwN und vom 8. März 2001 - IX ZR 236/00, BGHZ 147, 99, 101). Den Bürgen trifft daher im Falle der Inanspruchnahme durch den Gläubiger eine eigenständige Zahlungspflicht gegenüber diesem. Zahlt der Bürge daraufhin an den Gläubiger, leistet er in der Regel zum Zwecke der Erfüllung dieser eigenen Verbindlichkeit (Palandt/Sprau, BGB, 76. Aufl., § 812 Rn. 83) und nicht zur Erfüllung der besicherten Hauptverbindlichkeit, da er diese nach § 774 Abs. 1 Satz 1 BGB erwerben will. Aus der maßgeblichen Sicht des Gläubigers liegt deshalb regelmäßig keine Leistung des Hauptschuldners, sondern eine Leistung des Bürgen vor. Bestand die Verpflichtung des Bürgen nicht oder nicht in der geleisteten Höhe, etwa mangels gesicherter Hauptverbindlichkeit (§ 767 Abs. 1 Satz 1 BGB), hat der Bürge an den Gläubiger ohne Rechtsgrund geleistet und die Tatbestandsvoraussetzungen des § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB sind erfüllt.

(2) Stand dem Anspruch des Gläubigers aus der Bürgschaft eine dauerhafte Einrede entgegen, kann der Bürge die zur Erfüllung seiner Bürgschaftsverbindlichkeit erbrachte Leistung nach § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB zurückfordern.

(a) § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB stellt die Leistung zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit, der eine dauerhafte Einrede entgegensteht, der Leistung ohne Rechtsgrund nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB gleich und gewährt dem Leistenden einen inhaltsgleichen Kondiktionsanspruch. Damit steht er auch dem Bürgen zu, der zur Erfüllung seiner Bürgenschuld an den Gläubiger geleistet hat, obwohl er diesem eine peremptorische Einrede des Hauptschuldners über § 768 BGB hätte entgegenhalten können. Weder der Wortlaut der Norm noch die Gesetzessystematik in § 813 BGB oder § 768 BGB bieten Anhaltspunkte für eine Differenzierung danach, ob eine peremptorische Einrede des Bürgen aus eigenem oder aus dem Recht des Hauptschuldners über § 768 BGB resultiert. Eine solche Differenzierung wird auch soweit ersichtlich in Rechtsprechung und Literatur nicht vertreten.

(b) Die insbesondere von Lorenz (JuS 1999, 1145, 1149; diese Argumentation aufgreifend: Tiedtke, JZ 2006, 940, 942 und MünchKommBGB/Schwab, 7. Aufl., § 812 Rn. 199) gegen die Anwendbarkeit des § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB im Verhältnis zwischen Bürge und Gläubiger im Falle der Unwirksamkeit der Sicherungsabrede zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger vorgebrachten Argumente überzeugen nicht. Weder führt die Zulassung einer Kondiktion aus § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB in diesen Fällen zu einer ungerechtfertigten Privilegierung des Bürgen noch zu einer unangemessenen Benachteiligung des Gläubigers.

Es ist zwar zutreffend, dass der Bürge nach Inanspruchnahme durch den Gläubiger wählen kann, ob er beim Hauptschuldner nach § 670 BGB bzw. über die *cessio legis* aus § 774 Abs. 1 Satz 1 BGB Regress nimmt oder beim Gläubiger kondiziert. Dies begründet aber keine nicht zu rechtfertigende Privilegierung des Bürgen. Die Wahlmöglichkeit ist den einschlägigen gesetzlichen Regelungen und dem Umstand geschuldet, dass der Bürge auch zwei Schuldverhältnisse eingegangen ist, nämlich eines mit dem Hauptschuldner in Form der Bürgschaftsgestellung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts und eines mit dem Gläubiger in Form der Bürgschaft selbst, und sich aus beiden im Falle der unberechtigten Inanspruchnahme nach dem Gesetz Ansprüche ergeben, die aber nur einmal geltend gemacht werden können.

Dass der Bürge im Falle der ungerechtfertigten Inanspruchnahme durch den Gläubiger auch von dessen eventuell besserer Bonität profitiert, ist folgerichtig. Es würde den Bürgen vielmehr übermäßig belasten, wenn er nicht nur in dem Fall der berechtigten Inanspruchnahme aus der Bürgschaft das insoweit bewusst übernommene Insolvenzrisiko des Hauptschuldners zu tragen hätte, sondern auch im Fall einer unberechtigten Inanspruchnahme, für die er sich gerade nicht verbürgt hat. Umgekehrt hat der Gläubiger die ihm drohende Gefahr einer Inanspruchnahme durch Hauptschuldner und Bürgen selbst heraufbeschworen. Zum einen hat er den Hauptschuldner unangemessen benachteiligende formularmäßige Bürgschaftsbedingungen verlangt und so die Möglichkeit einer dauernden Leistungsverweigerung geschaffen. Zum anderen hat er den Bürgen trotz des Bestehens dieser Einrede in Anspruch genommen. Er ist deswegen nicht schutzwürdig. Überdies können Hauptschuldner und Bürge lediglich einmal Rückzahlung des vom Bürgen Geleisteten verlangen. Denn der Anspruch des Hauptschuldners ist grundsätzlich auf Zahlung an den Bürgen gerichtet (BGH, Urteil vom 24. Oktober 2002 - IX ZR 355/00, BGHZ 152, 246, 252), sodass der Gläubiger im Ergebnis nicht doppelt belastet wird.

c) Das Berufungsgericht hat weiter übersehen, dass auf dieser Grundlage die Bürgin nach § 768 Abs. 1 Satz 1, § 821 BGB ihrer Inanspruchnahme aus der übernommenen Gewährleistungsbürgschaft eine solche dauerhafte Einrede entgegenhalten konnte.

Hat der Bürge die Haftung übernommen, obwohl die zugrunde liegende Sicherungsabrede zwischen Hauptschuldner und Gläubiger unwirksam ist, so kann er sich nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gegenüber einem Leistungsverlangen des Gläubigers dauerhaft auf die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede und damit auf die Einrede des Hauptschuldners berufen, dass der Gläubiger die Inanspruchnahme des Bürgen zu unterlassen hat. 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, Urteile vom 23. Januar 2003 - VII ZR 210/01, BGHZ 153, 311, 316 f., vom 12. Februar 2009 - VII ZR 39/08, BGHZ 179, 374 Rn. 9, vom 1. Oktober 2014 - VII ZR 164/12, WM 2015, 844 Rn. 15 und vom 22. Januar 2015 - VII ZR 120/14, WM 2015, 1076 Rn. 14).

Bei Unwirksamkeit der Sicherungsabrede stand der Hauptschuldnerin gegenüber dem Begehren des Beklagten auf Stellung der Bürgschaft die dauerhafte Einrede aus § 821 BGB bzw. nach Übernahme der Bürgschaft nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB ein Anspruch auf deren Rückgewähr zu (BGH, Urteil vom 8. März 2001 - IX ZR 236/00, BGHZ 147, 99, 105 mwN). Darauf kann sich nach § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB auch die Bürgin berufen. Da die Einrede nach § 821 BGB dauerhaft besteht, kann die Bürgin nach § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB ihre Leistung von dem Beklagten zurückfordern. Diesen Anspruch hat sie an die Klägerin abgetreten.

2. Das Berufungsgericht hat unabhängig davon verkannt, dass der Bürgin ein Rückforderungsanspruch aus Bereicherungsrecht auch dann zustehen würde, wenn

die gesicherte Hauptforderung nicht bestanden haben sollte. Es hätte deswegen das Bestehen einer Hauptforderung nicht offen lassen dürfen.

Ein Gläubiger darf den Bürgschaftsbetrag grundsätzlich nur anfordern, wenn die gesicherte Hauptverbindlichkeit besteht und der vereinbarte oder vorausgesetzte Sicherungsfall eingetreten ist (BGH, Urteil vom 28. September 2000 - VII ZR 460/97, WM 2000, 2373, 2374 mwN). Dies folgt zwingend aus der Akzessorietät der Bürgschaftsverbindlichkeit zur gesicherten Hauptverbindlichkeit nach § 767 BGB. Besteht die Hauptforderung nicht oder nicht in der vom Gläubiger beanspruchten Höhe, hat der Bürge, der auf die Bürgschaft gezahlt hat, insoweit ohne Rechtsgrund geleistet. In einem Rückforderungsprozess ist daher zu klären, ob dem Gläubiger ein von der Bürgschaft gesicherter Anspruch gegen seinen Schuldner zusteht (BGH, Urteile vom 24. Oktober 2002 - IX ZR 355/00, BGHZ 152, 246, 250 f. und vom 28. Juni 2007 - VII ZR 199/06, WM 2007, 1609 Rn. 14). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht ein solcher Rückforderungsanspruch dem Bürgen zu (BGH, Urteil vom 24. Oktober 2002 aaO).

III.

Das angefochtene Urteil ist daher im erkannten Umfang aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist entscheidungsreif (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die formularmäßige Sicherungsabrede, die der Senat selbst zu beurteilen hat, ist unwirksam, sodass der Bürgin ein an die Klägerin abgetretener Anspruch auf Erstattung auf die Bürgschaft erbrachter Leistungen zusteht. Der Klage ist danach - bis auf einen geringfügigen Teil der geltend gemachten Nebenforderungen - stattzugeben.

1. Die Regelung in Nr. 23 ZVB über die Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft ist insgesamt nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Die Verpflichtung, den Sicherheitseinbehalt für Mängelansprüche nur durch eine formularmäßige selbstschuldnerische Bürgschaft ablösen zu können, in der u.a. auf die Einrede der Aufrechenbarkeit nach § 770 Abs. 2 BGB verzichtet wird, benachteiligt den Werkunternehmer - hier die Hauptschuldnerin - unangemessen.

a) Die entsprechende Klausel in Nr. 23.1 und 23.4 ZVB, bei der es sich nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts um von dem Beklagten gestellte Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, ist nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden wird (st. Rspr.; siehe nur Senatsurteil vom 16. Juni 2009 - XI ZR 145/08, BGHZ 181, 278 Rn. 19 mwN). Diese objektive Auslegung, die der Senat wegen der offensichtlichen Verwendung der Klausel über den Bezirk eines Berufungsgerichts hinaus selbst vornehmen kann (vgl. Senatsurteil vom 16. Juni 2009, aaO Rn. 20 mwN), führt hinsichtlich des Verzichts auf die Einrede der Aufrechenbarkeit zu dem Ergebnis, dass diese Einrede ohne Einschränkung abbedungen werden soll. Insbesondere liefert der eindeutige und umfassende Wortlaut der Klausel keinen Anhalt dafür, dass die Einrede der Aufrechenbarkeit der Bürgin verbleiben sollte, wenn es sich um eine unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderung des Hauptschuldners gegen den Gläubiger handelt.

b) Das benachteiligt den Werkunternehmer - hier die Hauptschuldnerin - unangemessen, da dieser danach verpflichtet ist, zur Ablösung des Gewährleistungseinhalts eine - formularmäßige - Bürgschaft zu stellen, die einen gegenüber dem Bürgen unzulässigen Inhalt aufweist.

aa) Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteile vom 16. Januar 2003 - IX ZR 171/00, BGHZ 153, 293, 299 f., vom 14. Oktober 2003 - XI ZR 121/02, BGHZ 156, 302, 310 und vom 15. Januar 2004 - IX ZR 152/00,

WM 2004, 720, 723; siehe auch Senatsurteil vom 16. Juni 2009 - XI ZR 145/08, BGHZ 181, 278 Rn. 40) ist ein formularmäßiger Ausschluss der Einrede der Aufrechenbarkeit gemäß § 770 Abs. 2 BGB mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) und benachteiligt den Bürgen entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB), wenn davon auch unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen des Hauptschuldners umfasst werden.

§ 770 Abs. 2 BGB ist insoweit eine Ausprägung des allgemeinen Subsidiaritätsgrundsatzes, wonach der Bürge im Grundsatz erst dann in Anspruch genommen werden soll, wenn sich der Gläubiger nicht durch Inanspruchnahme des Hauptschuldners, etwa durch Aufrechnung, befriedigen kann. Ein formularmäßiger Ausschluss der Einrede des Bürgen nach § 770 Abs. 2 BGB ist vergleichbar mit einer durch § 309 Nr. 3 BGB verbotenen Bestimmung, die dem Vertragspartner des Klauselverwenders die Befugnis nimmt, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung aufzurechnen. Insoweit gibt die Regelung im Klauselverbot des § 309 Nr. 3 BGB ein allgemeines Grundverständnis von Treu und Glauben wieder (BGH, Urteil vom 16. Januar 2003 - IX ZR 171/00, BGHZ 153, 293, 299 f.).

Auf dieser Grundlage benachteiligt die streitige Klausel den Bürgen unangemessen. Denn nach der gesetzlichen Regelung des § 770 Abs. 2 BGB ist es dem Gläubiger zuzumuten, sich durch Aufrechnung mit der verbürgten Forderung von einer eigenen Schuld zu befreien, bevor er den Bürgen in Anspruch nimmt. Das gesetzlich geschützte Interesse des Bürgen, den Gläubiger auf die Aufrechnungsmöglichkeit verweisen zu können, wird nicht durch dessen Interesse aufgehoben, sich die Gegenforderung des Hauptschuldners als anderweitige Sicherheit dienen zu lassen (BGH, Urteil vom 16. Januar 2003 - IX ZR 171/00, BGHZ 153, 293, 299 f.).

bb) Eine Sicherungsabrede, die es dem Auftragnehmer auferlegt, zur Ablösung eines Gewährleistungseinhalts eine Bürgschaft mit diesem gegenüber dem Bürgen unzulässigen Regelungsinhalt zu stellen, benachteiligt ihrerseits den Auftragnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist damit nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam (vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2008, 767, 768; OLG Jena, Beschluss vom 17. November 2009 - 4 W 485/09, juris Rn. 18; LG Potsdam, Urteil vom 21. Oktober 2011 - 10 O 454/10, juris Rn. 31).

(1) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt ein in einem Vertrag über Bauleistungen formularmäßig vereinbarter Sicherheitseinbehalt dann nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung des Werkunternehmers, wenn ein fairer Ausgleich dafür vorgesehen ist, dass er den Werklohn nicht sofort ausgezahlt erhält, das Bonitätsrisiko des Bestellers für die Dauer der Gewährleistungsfrist tragen muss und ihm die Verzinsung des Werklohns vorenthalten wird (BGH, Urteile vom 5. Juni 1997 - VII ZR 324/95, BGHZ 136, 27, 31 f. und vom 13. November 2003 - VII ZR 57/02, BGHZ 157, 29, 31 f.; BGH, Beschluss vom 24. Mai 2007 - VII ZR 210/06, WM 2007, 1625 Rn. 6 mwN). Ausreichend ist es danach, dem Werkunternehmer das Recht einzuräumen, den Einbehalt durch Stellung einer selbstschuldnerischen, unbefristeten Bürgschaft abzulösen (BGH, Urteile vom 13. November 2003, aaO und vom 26. Februar 2004 - VII ZR 247/02, WM 2004, 718, 719 f.). Kein angemessener Ausgleich liegt vor, wenn eine Bürgschaft auf erstes Anfordern (BGH, Urteile vom 5. Juni 1997, aaO, S. 32 f. und vom 8. März 2001 - IX ZR 236/00, BGHZ 147, 99, 105; BGH, Beschluss vom 24. Mai 2007, aaO Rn. 7) oder eine solche, in der auf sämtliche Einreden aus § 768 BGB zu verzichten ist (BGH, Urteile vom 8. März 2001, aaO, S. 104 und vom 16. Juni 2009 - XI ZR 145/08, BGHZ 181, 278 Rn. 24), verlangt wird.

(2) Nach diesen Maßstäben stellt die Ablösungsmöglichkeit durch eine formularmäßige Bürgschaft, die den uneingeschränkten Verzicht auf die Einrede der Aufrechenbarkeit aus § 770 Abs. 2 BGB enthalten muss, keinen angemessenen

Ausgleich für die Vereinbarung eines Sicherheitseinbehalts dar. Denn damit verlangt der Auftraggeber die Ablösung durch eine Bürgschaft, die der Auftragnehmer - wie ausgeführt - nicht wirksam stellen kann, weil diese einen gegenüber dem Bürgen unzulässigen Regelungsinhalt hätte. Die von dem Beklagten verwendeten und der Hauptschuldnerin vorgegebenen Klauseln Nr. 23.1 und 23.4 ZVB verwehren es dieser, die nach § 17 Nr. 3 VOB/B bestehende Wahlmöglichkeit unter den verschiedenen Arten der Sicherheit wahrnehmen zu können, ohne dabei gegen Klauselverbote zu verstoßen. Damit erhält in der vorliegenden Sicherungsvereinbarung die Hauptschuldnerin nicht den nach der Rechtsprechung erforderlichen fairen Ausgleich für die Einbußen an Liquidität, das Bonitätsrisiko und die Zinsverluste, die mit dem Gewährleistungseinbehalt verbunden sind.

(3) Demgegenüber kann sich der Beklagte nicht darauf berufen, eine Regelung, die dem Bürgen den Schutz des § 770 Abs. 2 BGB umfassend nimmt, könne nur formularmäßig nicht wirksam vereinbart werden, während eine individualvertragliche Vereinbarung möglich bleibe (vgl. BGH, Urteil vom 25. April 2002 - IX ZR 254/00, WM 2002, 1179, 1181). Denn die Klausel in Nr. 23.1 ZVB sieht vor, dass die betreffende Bürgschaft unter Verwendung eines von dem Beklagten gestellten Formblatts zu stellen ist, sodass von einer Kontrolle der im Bürgschaftsformular verwendeten Klauseln nach den §§ 305 ff. BGB auszugehen ist. Ob der streitigen Bürgschaft letztlich dieses Formblatt des Beklagten zugrunde lag, ist ohne Bedeutung, da im Rahmen der Inhaltskontrolle auf die Umstände im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist (BGH, Urteile vom 3. November 1999 - VIII ZR 269/98, BGHZ 143, 103, 117 und vom 16. Juni 2009 - XI ZR 145/08, BGHZ 181, 278 Rn. 29).

c) Die Regelung kann nicht in der Weise aufrechterhalten werden, dass die Hauptschuldnerin berechtigt ist, den Sicherheitseinbehalt durch eine selbstschuldnerische, unbefristete Gewährleistungsbürgschaft ohne Verzicht des Bürgen auf die Einrede aus § 770 Abs. 2 BGB abzulösen.

aa) Für die Teilbarkeit einer solchen Klausel kommt es darauf an, ob die Sicherungsvereinbarung - hier die Ablösung eines Einbehalts durch eine selbstschuldnerische Bürgschaft unter Verzicht des Bürgen auf die Einrede nach § 770 Abs. 2 BGB - als konzeptionelle Einheit zu verstehen ist, was zu einer die wirtschaftlichen Interessen der Vertragsparteien berücksichtigenden Gesamtbeurteilung des Regelungsgefüges zwingt (BGH, Urteile vom 12. Februar 2009 - VII ZR 39/08, BGHZ 179, 374 Rn. 20 mwN und vom 16. Juni 2009 - XI ZR 145/08, BGHZ 181, 278 Rn. 34).

Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bildet eine Vereinbarung zur Sicherung von Gewährleistungsansprüchen mit der Ablösungsmöglichkeit durch eine Gewährleistungsbürgschaft - hier Nr. 23.4 ZVB - eine untrennbare Einheit (BGH, Urteile vom 8. März 2001 - IX ZR 236/00, BGHZ 147, 99, 106, vom 22. November 2001 - VII ZR 208/00, WM 2002, 133, 134, vom 9. Dezember 2004 - VII ZR 265/03, WM 2005, 268, 269 f., vom 12. Februar 2009 - VII ZR 39/08, BGHZ 179, 374 Rn. 20, vom 16. Juni 2009 - XI ZR 145/08, BGHZ 181, 278 Rn. 36 und vom 28. Juli 2011 - VII ZR 207/09, WM 2011, 1697 Rn. 14). Der unauflösbare wechselseitige Bezug dieser Teile der Klausel wird dadurch deutlich, dass die Sicherheitsleistung durch eine Bürgschaft für sich genommen den Auftragnehmer nicht unangemessen belastet. Ein unangemessener Nachteil entsteht erst dadurch, dass es sich dabei um die Ablösungsbefugnis für den Einbehalt von Entgelt handelt und der Auftragnehmer die vereinbarte Sicherheit stellen muss, um den davon betroffenen Teil des Werklohns zu erhalten.

bb) Auch eine ergänzende Auslegung der Sicherungsvereinbarung dahingehend, dass eine Bürgschaft ohne umfassenden Verzicht auf die Einrede der Aufrechenbarkeit zu

stellen ist, um den Sicherheitseinbehalt abzulösen, kommt nicht in Betracht (BGH, Urteile vom 16. Juni 2009 - XI ZR 145/08, BGHZ 181, 278 Rn. 37 ff. und vom 28. Juli 2011 - VII ZR 207/09, WM 2011, 1697 Rn. 14).

Um den Vorrang des dispositiven Gesetzesrechts nicht zu umgehen, setzt eine ergänzende Vertragsauslegung zur Schließung einer Lücke, die durch den Wegfall einer unwirksamen Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen entstanden ist, voraus, dass dispositives Gesetzesrecht nicht zur Verfügung steht und die ersatzlose Streichung der Klausel nicht zu einer angemessenen, den typischen Interessen Rechnung tragenden Lösung führt (BGH, Urteile vom 9. Juli 2008 - VIII ZR 181/07, BGHZ 177, 186 Rn. 18 und vom 16. Juni 2009 - XI ZR 145/08, BGHZ 181, 278 Rn. 38, jeweils mwN).

Vorliegend fehlt jeglicher Anhalt dafür, was die Parteien, wenn sie die Unwirksamkeit der Klausel gekannt hätten, bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen typischerweise bestehenden Interessen vereinbart hätten. Es ist offen, ob sie aus der Vielzahl denkbarer Gestaltungsmöglichkeiten gerade die Ablösung eines Sicherheitseinhalts durch eine selbstschuldnerische Bürgschaft ohne den Verzicht auf die Rechte des § 770 Abs. 2 BGB gewählt hätten. Stattdessen wären etwa auch eine Verringerung des Einhalts, die Verkürzung der Einhaltsfrist oder die Wahl eines anderen der in § 17 VOB/B genannten Sicherungsmittel in Betracht gekommen (vgl. dazu auch BGH, Urteile vom 8. März 2001 - IX ZR 236/00, BGHZ 147, 99, 106, vom 9. Dezember 2004 - VII ZR 265/03, WM 2005, 268, 270, vom 14. April 2005 - VII ZR 56/04, WM 2005, 1188, 1189 und vom 16. Juni 2009 - XI ZR 145/08, BGHZ 181, 278 Rn. 38).

2. Da die streitgegenständliche Sicherungsabrede schon aus diesem Grund unwirksam ist und die Klägerin sich nach § 768 BGB auf die entsprechende Einrede der Hauptschuldnerin aus § 821 BGB berufen konnte, bedarf keiner Entscheidung, ob die streitgegenständliche Sicherungsabrede zwischen dem Beklagten und der Hauptschuldnerin zusätzlich noch wegen Übersicherung unwirksam gewesen ist (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 1. Oktober 2014 - VII ZR 164/12, WM 2015, 844 Rn. 21 ff.).

IV.

Das Berufungsurteil ist mithin in dem erkannten Umfang aufzuheben und das Urteil des Landgerichts dahingehend abzuändern, dass der Beklagte zur Zahlung von 27.480 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 5. April 2013 verurteilt wird (§ 562 Abs. 1 ZPO). Einer Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht bedarf es nicht, weil die Sache entscheidungsreif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

Der Anspruch auf Zahlung von 27.480 € folgt aus § 813 Abs. 1 Satz 1, § 398 BGB, der Zinsspruch aus § 291 i.V.m. § 288 Abs. 1 BGB. Weitergehende Zinsansprüche sowie Ansprüche auf Ersatz der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten hat die Klägerin nicht schlüssig dargelegt. Bei dem geltend gemachten Bereicherungsanspruch handelt es sich nicht um eine Entgeltforderung nach § 288 Abs. 2 BGB in der gem. Art. 229 § 34 EGBGB bis zum 28. Juli 2014 geltenden Fassung (Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., § 288 Rn. 8).