

# Bundesgerichtshof

Im Namen des Volkes

## Urteil

§§ 307 Abs 1 S 1, 765, 770 Abs 2 BGB

- 1. Eine in einem Vertrag über Bauleistungen formularmäßig vereinbarte Sicherungsabrede, die es dem Auftragnehmer auferlegt, zur Ablösung eines Gewährleistungseinhalts eine Bürgschaft mit einem gegenüber dem Bürgen unzulässigen Regelungsinhalt (hier: formularmäßiger Ausschluss der Einrede der Aufrechenbarkeit, der auch unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen des Hauptschuldners umfasst) zu stellen, benachteiligt den Auftragnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.**
- 2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt ein in einem Vertrag über Bauleistungen formularmäßig vereinbarter Sicherungseinhalt 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.**
- 3. Für die Teilbarkeit einer solchen Klausel kommt es darauf an, ob die Sicherungsvereinbarung - hier die Ablösung eines Einhalts 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, Urteil vom 24.10.2017 Az. : XI ZR 600/16

### **Tenor:**

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 12. Oktober 2016 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

### **Tatbestand:**

1

Die Klägerin nimmt die beklagte Versicherung aus einer Gewährleistungsbürgschaft in Anspruch.

2

Die Klägerin beauftragte die G. GmbH (im Folgenden: Hauptschuldnerin) durch Vertrag vom 13./22. Februar 2007 mit der Lieferung und dem Einbau einer Lüftungsanlage in ein in ihrem Eigentum stehendes Gebäude. Bestandteile dieses Vertrages waren u.a. die zusätzlichen Vertragsbedingungen (ZVB) für die Ausführung von Bauleistungen der Klägerin in der Fassung 03/2006, die VOB, Teile B und C, sowie ein Bürgschaftsmuster der Klägerin. Der Vertrag enthielt folgende Regelung:

"Als Sicherheit für Gewährleistungsansprüche wird eine Sicherheitsleistung in Höhe von 5% auf die Schlussrechnungssumme über den gesamten Zeitraum der Gewährleistungsfrist einbehalten. Der 5%-ige Gewährleistungseinbehalt kann durch eine unbefristete Bankbürgschaft abgelöst werden (siehe Ziffer II.12.2 der ZVB)."

In Ziffer 12 ZVB der Klägerin heißt es:

"12. Zu § 14 VOB/B - Abrechnung

...

12.2 Dem AG verbleibt für die Sicherstellung der Gewährleistung einschließlich Schadenersatz für die Dauer der Gewährleistungszeit gemäß Ziffer 11.1 ein Sicherheitseinbehalt in Höhe von 5 v.H. der Brutto- Schlussrechnungssumme. Der Sicherheitseinbehalt kann frühestens mit der Fälligkeit der Schlusszahlung - Zug um Zug - gegen Stellung einer Gewährleistungssicherheit nach § 17 Nr. 2 VOB/B ausgezahlt werden. Wenn der AN Sicherheit durch Bürgschaft erbringen will, muss er diese in Form einer unbefristeten selbstschuldnerischen Bürgschaft einer deutschen Bank oder eines deutschen öffentlich-rechtlichen Kreditinstituts stellen. Die Bürgschaft hat im Übrigen der Anl. 7 zu entsprechen. ..."

3

Das in Bezug genommene Bürgschaftsmuster, das die Regelung: "Wir verzichten auf die Rechte aus den §§ 770, 772 und 776 BGB" enthält, war dem Vertrag bei Unterzeichnung durch die Vertragsparteien nicht beigelegt.

4

Am 30. November 2007 nahm die Klägerin die Werkleistungen der Hauptschuldnerin ab. Am 10. Oktober 2008 stellte die Hauptschuldnerin eine Schlussrechnung über brutto 240.623,67 €, von der ein Gewährleistungseinbehalt in Höhe von 12.021,18 € vorgenommen wurde. Mit Schreiben der Hauptschuldnerin vom 5. Mai 2009 erhielt die Klägerin die von der Rechtsvorgängerin der Beklagten (im Folgenden: Beklagte) am 29. April 2009 ausgestellte Bürgschaftsurkunde, in der die Beklagte eine selbstschuldnerische Gewährleistungsbürgschaft bis zu einem Höchstbetrag von 12.021,18 € übernahm. Der in der Bürgschaft vereinbarte Verzicht auf die Einrede der Aufrechenbarkeit galt nicht für unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Gegenforderungen der Hauptschuldnerin.

5

Unter dem 23. August 2011 zeigte die Klägerin der Hauptschuldnerin vermeintliche Mängel der Werkleistung an und forderte sie unter Fristsetzung zur Beseitigung auf. Die Hauptschuldnerin lehnte eine Nachbesserung ab. Nach mehrmaliger ergebnisloser Fristsetzung zur Nachbesserung beauftragte die Klägerin ein Drittunternehmen mit der Ersatzvornahme. Dieses stellte der Klägerin 3.940,50 € in Rechnung. Außerdem entstanden der Klägerin Gutachterkosten in Höhe von 5.997,90 €. Der Rechtsstreit, in dem die Klägerin die Hauptschuldnerin auf Zahlung von 9.938,72 € in Anspruch nimmt, ist durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Hauptschuldnerin unterbrochen. Unter dem 13. Februar

2015 nahm die Klägerin die Beklagte als Bürgin auf Zahlung dieses Betrages in Anspruch.

6

Die Klage auf Zahlung von 9.938,72 € nebst Zinsen ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter.

### **Entscheidungsgründe:**

7

Die Revision ist unbegründet.

I.

8

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

9

Der Anspruch der Klägerin gemäß § 765 Abs. 1 BGB sei gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, §§ 821, 768 BGB einredebehaftet, weil die Sicherungsabrede zwischen der Klägerin und der Hauptschuldnerin unwirksam sei und die beklagte Bürgin sich darauf berufe. Die durch den uneingeschränkten Verzicht auf die Aufrechnungseinrede des § 770 Abs. 2 BGB bedingte Unwirksamkeit des Bürgschaftsversprechens führe zur Unwirksamkeit der Sicherungsabrede. Das von der Klägerin unstreitig als Allgemeine Geschäftsbedingung verwendete Muster eines Bürgschaftsversprechens sei gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, soweit der dort geregelte Einwendungsausschluss bzgl. Aufrechnungen auch unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen umfasse. Das Bürgschaftsmuster sei in den Vertrag zwischen der Klägerin und der Hauptschuldnerin wirksam einbezogen worden. Dem stehe nicht entgegen, dass das Muster dem Vertrag nicht beigelegt gewesen sei, dass es der Hauptschuldnerin nicht zur Kenntnis gelangt sei und dass die von der Beklagten gestellte Bürgschaft dem Muster bzgl. des Aufrechnungsausschlusses nicht entsprochen habe. Im kaufmännischen Geschäftsverkehr würden Allgemeine Geschäftsbedingungen auch dann Vertragsinhalt, wenn der Kunde sie nicht kenne, sondern nur die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme habe, davon aber keinen Gebrauch mache. Von dieser Möglichkeit einer Kenntnisnahme sei das Landgericht mangels entgegenstehenden Vortrags der Klägerin ausgegangen. Soweit die Klägerin im Berufungsverfahren sinngemäß behauptete, das Bürgschaftsmuster habe bei Vertragsschluss nicht mehr existiert, sei dieses Vorbringen gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO ausgeschlossen.

10

Die in der obergerichtlichen Rechtsprechung umstrittene Frage, ob der formularmäßig vereinbarte Verzicht auf die Einrede der Aufrechenbarkeit die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede zur Folge habe, wenn der Einredeausschluss auch unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen umfasse, sei für den hier zu entscheidenden Fall eines unwirksamen Aufrechnungsverzichts in einer Gewährleistungsbürgschaft zu bejahen. Die Vereinbarung eines an sich unzulässigen Bareinbehalts in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers sei nur wirksam, wenn dem Auftragnehmer ein angemessener Ausgleich zugestanden werde. Die Befugnis zur Ersetzung des Bareinbehalts durch eine Bürgschaft, die unwirksame Regelungen enthalte, stelle aber keinen angemessenen Ausgleich für den Auftragnehmer dar.

11

Die Sicherungsabrede lasse sich auch nicht teilweise aufrechterhalten. Die Einräumung des Sicherheitseinbehalts und die Möglichkeit seiner Ablösung durch eine Bürgschaft stellten eine geschlossene Konzeption mit untrennbarer Verknüpfung dar. Hinzu komme, dass das Bürgschaftsversprechen nach dem Muster der Klägerin auch deshalb unwirksam sei, weil es einen unwirksamen unbeschränkten Verzicht auf die Rechte gemäß § 776 BGB regele. Das Zusammentreffen einer Unwirksamkeit der Gewährleistungsbürgschaft wegen des Verzichts auf die Rechte gemäß § 770 Abs. 2 BGB und zugleich auf die Rechte gemäß § 776 BGB rechtfertige erst recht die Feststellung einer hierdurch bedingten Unwirksamkeit der Sicherungsabrede.

II.

12

Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Prüfung im Ergebnis stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist.

13

Die Klägerin kann die Beklagte aus der Gewährleistungsbürgschaft nicht nach § 765 Abs. 1 BGB in Anspruch nehmen. Rechtsfehlerfrei nimmt das Berufungsgericht an, dass die Beklagte der Inanspruchnahme aus der von ihr übernommenen Gewährleistungsbürgschaft mit Erfolg dauerhaft die Einrede nach § 768 Abs. 1 Satz 1, § 821 BGB entgegenhalten kann.

14

1. Dem Bürgen stehen gemäß § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB die Einreden des Schuldners aus der Sicherungsabrede mit dem Gläubiger zu. Hat der Bürge eine Sicherung gewährt, obwohl die Sicherungsabrede zwischen Hauptschuldner und Gläubiger unwirksam ist, so kann er sich nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gegenüber dem Leistungsverlangen des Gläubigers dauerhaft auf die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede und auf die Einrede des Hauptschuldners berufen, dass der Gläubiger die Inanspruchnahme des Bürgen zu unterlassen hat (BGH, Urteile vom 23. Januar 2003 - VII ZR 210/01, BGHZ 153, 311, 316 f. mwN, 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 und damit der Verpflichtung der Hauptschuldnerin zur Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft steht dieser gegenüber dem Begehren der Klägerin auf Stellung einer solchen Bürgschaft die dauerhafte Einrede aus § 821 BGB zu; sie hat nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB einen Anspruch auf Rückgewähr der Bürgschaftsurkunde gegen die Klägerin (BGH, Urteil vom 8. März 2001 - IX ZR 236/00, BGHZ 147, 99, 105 mwN). Die Beklagte kann sich gegenüber der Klägerin bei Inanspruchnahme aus der Bürgschaft gemäß § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB ebenfalls nach § 821 BGB darauf berufen, dass diese ohne Rechtsgrund gestellt worden ist.

15

2. Die Sicherungsabrede zwischen der Klägerin und der Hauptschuldnerin gemäß Ziffer 12.2 ZVB in Verbindung mit dem Bürgschaftsmuster 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, d.h. die Hauptschuldnerin, unangemessen.

16

a) Die Klausel in Ziffer 12.2 ZVB, bei der es sich nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts um von der Klägerin gestellte Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, wurde wirksam in den Bauvertrag einbezogen. Es ist zwischen Unternehmern unschädlich, dass das Bürgschaftsmuster aus Anlage 7 dem Vertrag nicht beigelegt war (BGH, Urteile vom 3. Februar 1982 - VIII ZR 316/80, WM 1982, 486, 487 und vom 12. Februar 1992 - VIII ZR 84/91, BGHZ 117, 190, 198). Es genügt, dass dieses ausdrücklich einbezogen wurde und die Hauptschuldnerin die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme, etwa durch Anfordern des Musters bei der Klägerin, hatte, hiervon indes keinen Gebrauch gemacht hat (vgl. BGH, Urteil vom 12. Februar 1992 aaO).

17

Das Berufungsgericht hat diese Voraussetzungen rechtsfehlerfrei festgestellt. Die Revision wendet hiergegen ohne Erfolg ein, nach den Feststellungen des Landgerichts habe die Beklagte nicht behauptet, der Hauptschuldnerin sei die Möglichkeit verschafft worden, in zumutbarer Weise von dem Bürgschaftsmuster Kenntnis zu nehmen. Das Landgericht ist mangels abweichenden Vortrags der Parteien davon ausgegangen, dass der Hauptschuldnerin diese Möglichkeit der Kenntnisnahme eingeräumt worden ist. Den erstmals in der Berufungsinstanz gehaltenen, abweichenden Vortrag der Klägerin hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO zurückgewiesen.

18

b) Die Klausel in Ziffer 12.2 ZVB ist als Allgemeine Geschäftsbedingung 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.

19

c) Das benachteiligt den Werkunternehmer, d.h. 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.

20

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.

21

§ 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.).

22

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.).

23

bb) Eine Sicherungsabrede, die es dem Auftragnehmer auferlegt, zur Ablösung eines Gewährleistungseinbehalts 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).

24

(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.

25

(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 Sicherheitseinhalts 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 der Klägerin verwendete und der Hauptschuldnerin vorgegebene Klausel in Ziffer 12.2 ZVB in Verbindung mit dem Bürgschaftsmuster verwehrt 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.

26

(3) Demgegenüber kann sich die Klägerin 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 Ziffer 12.2 ZVB sieht vor, dass die betreffende Bürgschaft der von der Klägerin gestellten Anlage 7 zu entsprechen hat. Die Hauptschuldnerin war daher verpflichtet, die Klausel über den Verzicht auf die Einreden aus § 770 Abs. 2 BGB gegenüber einem möglichen Bürgen zu stellen, sodass von einer Kontrolle der entsprechenden Klausel in der Bürgschaftsurkunde nach den §§ 305 ff. BGB auszugehen war. Insoweit ist es unerheblich, dass die Klägerin der Hauptschuldnerin die Verwendung des Formulars aus Anlage 7 nicht verbindlich vorgegeben hat. Der Inhalt des zu stellenden Einredeverzichts war genau vorgegeben und für eine Vorformulierung genügt es bereits, wenn die Vertragsbedingung zum Zwecke künftiger wiederholter Einbeziehung in Vertragstexte "im Kopf des Verwenders" gespeichert ist (Senatsurteil vom 13. Mai 2014 - XI ZR 170/13, WM 2014, 1325 Rn. 20 mwN). Davon ist vorliegend auszugehen. Überdies besteht insoweit auch kein Raum für eine Individualvereinbarung im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB. Für ein Aushandeln nach dieser Norm ist es erforderlich, dass der Verwender die betreffende Klausel inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und sich deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung der Klausel bereit erklärt (BGH, Urteile vom 22. November 2012 - VII ZR 222/12, NJW 2013, 856 Rn. 10 mwN und vom 20. März 2014 - VII ZR 248/13, BGHZ 200, 326 Rn. 27). Da die Klägerin der Hauptschuldnerin den zu vereinbarenden Einredeverzicht jedoch genau vorgegeben hat, kann der Inhalt der entsprechenden Klausel durch diese nicht ernsthaft zur Disposition gestellt werden. Ein Aushandeln im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB scheidet von vornherein aus.

27

Dass die tatsächlich von der Beklagten gestellte Bürgschaft den beanstandeten Einredeverzicht in dieser Form nicht enthielt, 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).

28

d) 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.

29

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).

30

Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bildet eine Vereinbarung zur Sicherung von Gewährleistungsansprüchen mit der Ablösungsmöglichkeit durch eine Gewährleistungsbürgschaft - hier Ziffer 12.2 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.

31

bb) Auch eine ergänzende Auslegung der Sicherungsvereinbarung dahingehend, dass eine Bürgschaft ohne umfassenden Verzicht auf die Einrede der Aufrechenbarkeit zu stellen ist, um den Sicherungseinbehalt abzulösen, kommt mit dem Berufungsgericht 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).

32

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).

33

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. Da die Klägerin im Werkvertrag die zu einer Bürgschaft alternative Hinterlegung ausschließt, gibt sie zu erkennen, dass sie besonderen Wert auf eine Sicherheitsleistung durch Bürgschaft in der von ihr vorgegebenen Form legt. Sie will den Sicherheitseinbehalt nur im Austausch mit genau der von ihr vorgegebenen Sicherheit auszahlen. Dem Auftragnehmer soll ausdrücklich kein Wahlrecht zukommen. Vor diesem

Hintergrund ist offen, ob die Vertragsparteien aus der Vielzahl denkbarer Gestaltungsmöglichkeiten gerade die Ablösung eines Sicherheitseinbehalts durch eine selbstschuldnerische Bürgschaft ohne den (umfassenden oder teilweisen) Verzicht auf die Rechte aus den §§ 770, 772 und 776 BGB gewählt hätten, da eine solche für die Klägerin aufgrund der zahlreichen Einredemöglichkeiten des Bürgen wesentlich weniger "wert" gewesen wäre. Stattdessen wären etwa auch eine Verringerung des Einbehalts, die Verkürzung der Einbehaltsfrist oder die Wahl eines anderen der in § 17 VOB/B genannten Sicherungsmittel in Betracht gekommen (vgl. 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).

34

e) An diesem Ergebnis ändert auch die von der Revision angeführte Regelung im Werkvertrag vom 13./22. Februar 2007 nichts, wonach der Gewährleistungseinbehalt in Höhe von 5% der Schlussrechnungssumme durch eine unbefristete Bankbürgschaft abgelöst werden kann. Nach der revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Auslegung des Berufungsgerichts wird die konkrete Höhe des Sicherheitseinbehalts (Brutto- oder Nettoschlussrechnungssumme) und die Ablösungsmöglichkeit durch eine Bürgschaft im Werkvertrag selbst nicht geregelt, sondern insoweit auf die Klausel in Ziffer 12.2 der ZVB der Klägerin verwiesen, in der die konkrete Höhe der Sicherheitsleistung sowie die Details zu den Ablösungsmöglichkeiten geregelt sind.

35

f) Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, sie habe auf die Wirksamkeit der Sicherungsabrede vertraut. Dem Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen, die sich aufgrund einer Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung als unwirksam erweisen, ist im Allgemeinen kein Vertrauensschutz zuzubilligen (BGH, Urteil vom 5. März 2008 - VIII ZR 95/07, NJW 2008, 1438 Rn. 20 mwN). Anhaltspunkte, die eine Ausnahme von dieser Regel rechtfertigen könnten, sind weder ersichtlich noch vorgetragen.

36

3. Da die Sicherungsabrede bereits aus diesem Grund unwirksam ist, bedarf es keiner Entscheidung, ob sie auch wegen des in dem Bürgschaftsmuster vorgesehenen unbeschränkten Verzichts auf die Rechte gemäß § 776 BGB unwirksam ist.