Oberlandesgericht Frankfurt

Im Namen des Volkes

Urteil

§§ 307 Abs 2 Nr 1 BGB, 770 Abs 1 BGB

Der formularmäßig vereinbarte Verzicht auf die Einrede der Anfechtbarkeit nach § 770 Abs. 1 BGB in einer vom Unternehmer zu stellenden Gewährleistungsbürgschaft führt jedenfalls dann zu keiner unangemessenen Benachteiligung des Unternehmers im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, sofern die Bürgschaft der Ablösung eines wirksam vereinbarten Sicherheitseinhalts dient.

OLG Frankfurt, Urteil vom 14.05.2020 Az. : 21 U 74/19

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Wiesbaden vom 5. September 2019 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das angefochtene Urteil sowie das Berufungsurteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht zuvor die Klägerin Sicherheit in gleicher Höhe geleistet hat.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

1

Die Parteien streiten um H die Auszahlung einer Gewährleistungsbürgschaft.

2

Die Klägerin hatte die A GmbH mit Vertrag vom 15. Februar 2013 auf der Grundlage der Angebote vom 11. Januar 2012 und 28. Januar 2013 mit Arbeiten an einer Lüftung - Kälteanlage beauftragt. Die Werkleistung wurde am 26. November 2013 abgenommen und die Schlussrechnung vollständig bezahlt. Den zwischen den Vertragsparteien vereinbarten Gewährleistungseinbehalt über 5 % der Bausumme löste die A GmbH mit Vorlage der Bürgschaft Nr. ... / ... X vom 21. Januar 2015 über 18.970,03 € ab. Bürge ist die Beklagte, die sich in der von der Beklagten selbst gestellten Bürgschaftsurkunde für die vertragsgemäße Erbringung der Bauarbeiten der A GmbH bis zu einem Betrag von 18.970,03 € verbürgte (Anlage K8). Die Beklagte verzichtete - dem von der Klägerin der A GmbH vorgeschriebenen Bürgschaftsformular EFB - Sich 2 der Finanzbauverwaltung entsprechend (Anlage

B1) - auf die Einreden der Vorausklage, der Anfechtung und der Aufrechenbarkeit, wobei von dem Verzicht auf die Einrede der Aufrechenbarkeit unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Gegenforderungen des Hauptschuldners ausgenommen waren.

3

Bei einer Begehung mit dem Sachverständigen B stellte die Klägerin diverse Mängel an den Leistungen der A GmbH fest, deren Beseitigung der Sachverständige unter Anrechnung von Sowieso - Kosten in Höhe von 118.000 € mit weiteren 405.720 € veranschlagte. Die Klägerin forderte mit Schreiben vom 8. November 2011 unter Vorlage der Stellungnahme des Sachverständigen die A GmbH zur Mängelbeseitigung auf. Eine Mängelbeseitigung erfolgte nicht.

4

Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten die Auszahlung der Bürgschaftssumme. Sie hat mit ihrer am 14. Februar 2019 (Bl. 14 d. A.) zugestellten Klageschrift beantragt,

5

die Beklagte zu verurteilen, an sie 18.970,03 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit Rechtshängigkeit zu zahlen, wobei die Zahlung Zug um Zug gegen Rückgabe ihrer Bürgschaft Nr. ... / ... X zu erfolgen hat.

6

Die Beklagte hat beantragt,

7

die Klage abzuweisen.

8

Sie vertritt die Auffassung, die Sicherungsabrede sei unwirksam, weil in der von der A GmbH zu stellenden Bürgschaft auf die Einrede der Anfechtbarkeit habe verzichtet werden müssen.

9

Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil der Klage stattgegeben (Bl. 49 ff. d. A.). Zur Begründung hat die Kammer ausgeführt, der Klägerin stehe der geltend gemachte Anspruch aus §§ 765, 767 BGB zu. Dem Anspruch stehe nicht die geltend gemachte Einrede gemäß §§ 821, 768 BGB entgegen, da der Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit der zutreffenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGHZ 95, 350, zit. nach juris Rn. 35 f.) zufolge nicht unangemessen sei. Dabei sei entgegen der Auffassung der Beklagten auch kein Abrücken des Bundesgerichtshofs von seiner zitierten Rechtsprechung erkennbar.

10

Gegen das dem Prozessvertreter der Beklagten am 27. September 2019 (Bl. 58 d. A.) zugestellte Urteil hat die Beklagte mit am 18. Oktober 2019 (Bl. 61 d. A.) beim Landgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und das Rechtsmittel mit weiterem am 18. November 2019 (Bl. 70 d. A.) eingegangenen Schriftsatz unter Wiederholung und Vertiefung ihrer bereits erstinstanzlich geäußerten Rechtsauffassung begründet.

11

Die Beklagte beantragt,

12

das mit der Berufung angefochtene erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Wiesbaden vom 05.09.2019 abzuändern und die Klage abzuweisen.

13

Die Klägerin beantragt,

14

die Berufung zurückzuweisen.

15

Sie verteidigt das angefochtene Urteil unter Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen. Der Senat hat gemäß § 128 Abs. 2 ZPO mit Zustimmung der Parteien am 6. April 2020 (Bl. 108 d. A.) das schriftliche Verfahren angeordnet, woraufhin die Beklagte nochmals abschließend mit Schriftsatz vom 5. Mai 2020 zur Rechtslage Stellung genommen hat (Bl. 114 ff. d. A.).

16

Ergänzend wird auf die weiteren Schriftsätze der Parteien im Berufungsverfahren sowie die ihnen beigefügten Anlagen Bezug genommen.

II.

17

Der zulässigen Berufung bleibt der Erfolg versagt. Das Landgericht hat zu Recht und mit zutreffender Begründung die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 18.970,03 € nebst Zinsen hieraus Zug um Zug gegen Rückgabe ihrer Bürgschaftsurkunde zu zahlen.

18

1. Die Klägerin hat unstreitig einen Anspruch gegen die Beklagten in der geltend gemachten Höhe aus §§ 765, 767 BGB. Der von der Bürgschaftserklärung gesicherte Hauptanspruch der Klägerin gegen die A GmbH wegen Mangelhaftigkeit der Werkleistung in Höhe von insgesamt 405.720 € wird von der Beklagten nicht in Abrede gestellt.

19

Der Wirksamkeit des Bürgschaftsvertrags steht keine Unwirksamkeit des Einredeverzichts wegen unangemessener Benachteiligung des Bürgen gemäß §§ 305, 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB entgegen, da die von der Beklagten unterschriebene Bürgschaft auf einem Bürgschaftsformular der Beklagten erfolgte, mithin es sich hierbei nicht um eine allgemeine Geschäftsbedingung der Klägerin im Sinne von § 305 BGB handelt. Eine den Verwendungsgegner begünstigende Klausel ist aber nicht gemäß § 307 BGB unwirksam (vgl. BGH, Urteil vom 09.03.2006 - VII ZR 268/04, juris; Rodemann, BauR 2020, 519).

20

Dem Zahlungsanspruch der Klägerin steht ferner nicht die Einrede nach §§ 821, 768 BGB entgegenstehen. Zwar kann gemäß § 768 BGB der Bürge dem Gläubiger die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden entgegenhalten. Dem Hauptschuldner der Klägerin, der A GmbH, könnte wiederum gegen die Klägerin die Einrede aus § 821 BGB entgegenstehen. Hiernach kann der Bereicherungsschuldner dem Bereicherungsgläubiger die Erfüllung der Verbindlichkeit verweigern, sofern die Verbindlichkeit ohne rechtlichen Grund eingegangen wurde. Denkbar ist, dass die A GmbH sich gegenüber der Klägerin ohne rechtlichen Grund zur Stellung der

konkreten Bürgschaft verpflichtet hat. Dies wiederum wäre der Fall, wenn sich der in der von der A GmbH zu stellenden Bürgschaft vorgesehene Verzicht auf die Einrede der Anfechtbarkeit als eine unangemessene Benachteiligung der A GmbH im Sinne von §§ 305, 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB erweisen würde, wobei die Vorschriften Anwendung finden, da es sich bei den von der Klägerin der A GmbH in § 11.3 des Vertrages vorgeschriebenen Anforderungen an die zu stellende Bürgschaft, nämlich einer Bürgschaft entsprechend dem Bürgschaftsformular EFB - Sich 2 der Finanzbauverwaltung (Anlage B1) unstreitig um eine von der Klägerin verwandte allgemeine Geschäftsbedingung handelt.

21

Allerdings ist der in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin vorgesehene Verzicht des Bürgen auf die Einrede der Anfechtung weder isoliert betrachtet noch im Zusammenspiel mit den weiteren, hier vorliegenden Anforderungen an die zu stellende Bürgschaft unwirksam.

22

Ob der formularmäßig vorgesehene Verzicht des Bürgen auf die Einrede der Anfechtung eine unangemessene Klausel für den Hauptschuldner darstellt, ist in der Literatur und der Rechtsprechung umstritten (keine Unwirksamkeit BGHZ 95, 350, zit. nach juris Rn. 35, Förster WM 2010, 1677, 1680; Staudinger/Horn, BGB, 2013, § 770 Rn. 17; BeckOGK/Madaus, BGB, 2019, § 770 Rn. 33; Palandt/Sprau, BGB, 2020, § 770 Rn. 7a; BeckOK BGB/Rohe, 2019, § 770 Rn. 4; Unwirksamkeit: OLG München, Beschluss vom 24.09.2018 - 9 U 1903/18, juris; Windorfer, NZBau 2017, 460, 462; Tiedke, JZ 2016, 940, 948; Habersack/Schürnbrand, JZ 2003, 848, 849; MüKo/Habersack, BGB, 2017, § 770 Rn. 3; Unwirksamkeit bei Erstreckung auf das Anfechtungsrecht des Hauptschuldners Soergel/Gröschler, BGB, 2016, § 770 Rn. 16; kritisch ferner Nossek NJW 2015, 1985, 1987 f.).

23

Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1986 (BGHZ 95, 350) eine Unwirksamkeit der Klausel abgelehnt. Bei der Einrede der Anfechtbarkeit im Sinne von § 770 Abs. 1 BGB handele es sich - insoweit anders als die Beklagte im hiesigen Verfahren meint - nicht um einen Ausdruck der Akzessorietät der Bürgschaft. Das Bestehen eines Anfechtungsrechts bleibe, solange der Hauptschuldner es noch nicht ausgeübt habe, ohne Einfluss auf die Wirksamkeit der Hauptverbindlichkeit (vgl. BGHZ 95, 350, zit. nach juris Rn. 35). Zudem liege der Ausschluss im Interesse des Gläubigers, ohne den Schuldner unangemessen zu benachteiligen. Die Einrede der Anfechtbarkeit gewinne ohnehin nur für den Fall Bedeutung, dass der Bürge in Anspruch genommen werde, der Hauptschuldner die Anfechtung aber noch nicht erklärt habe, da nach erfolgter Anfechtungserklärung der Bürge sich auf § 768 BGB berufen könne. Insofern sei die Einrede im Rahmen einer Anfechtung nach § 119 BGB ohne Belang, da diese Anfechtung unverzüglich zu erfolgen habe. Der Einredeverzicht könne daher nur im Fall der Anfechtung nach § 123 BGB Bedeutung erlangen, bei dem die Anfechtungsfrist gemäß § 124 BGB ein Jahr betrage. Wenn aber der Gläubiger die sich daraus ergebenden Nachteile dem Bürgen aufbürde, könne darin kein Verstoß gegen Treu und Glauben gesehen werden, zumal dem Bürgen die Arglisteinrede nach §§ 853, 768 Abs. 1 Satz 1 verbleibe, wenn der Gläubiger bei Abschluss des Hauptvertrags eine unerlaubte Handlung begangen habe (vgl. BGHZ 95, 350, zit. nach juris Rn. 36).

24

Diese aus Sicht des Senats überzeugende Auffassung hat der Bundesgerichtshof entgegen der Ansicht der Beklagten nicht in dem Urteil vom 16. September 1993 (NJW 1993, 3264, zit. nach juris) aufgegeben. Dieses Urteil hat keine Bürgschaft,

sondern eine Zahlungsgarantie zum Gegenstand. Zudem setzt sich der dort erkennende VII. Zivilsenat in keiner Weise mit der zeitlich vorangegangenen Argumentation des III. Zivilsenats auseinander. Schließlich hätte der VII. Zivilsenat bei einem Abweichen die Frage dem großen Senat zur Entscheidung vorlegen müssen. Zwar hat - worauf Habersack zu Recht hinweist (vgl. Habersack/Schürnbrand, JZ 2003, 848, 849) - in einer weiteren Entscheidung der IX. Zivilsenat die Auffassung des III. Zivilsenats ausdrücklich als nicht unbedenklich bezeichnet (vgl. BGH, Urteil vom 26.04.2001 - IX ZR 337/98, juris Rn. 33). Allerdings hat er dabei insgesamt den formularmäßigen Verzicht auf die Rechte aus §§ 770 und 776 BGB als nicht unbedenklich eingestuft und sich nicht konkret auf die Einrede der Anfechtbarkeit nach § 770 Abs. 1 BGB beschränkt. Mit Blick auf § 770 Abs. 2 BGB und § 776 BGB wurde die Rechtsprechung des III. Zivilsenats bereits korrigiert, so dass die Einschätzung, der IX. Zivilsenat habe auch die Rechtsprechung des III. Zivilsenats allein mit Blick auf den formularmäßigen Verzicht auf die Einrede der Anfechtbarkeit als kritikwürdig angesehen, jedenfalls nicht zwingend ist.

25

Dieser aus den vorgenannten Gründen entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts München (Beschluss vom 24.09.2018 - 9 U 1903/18, juris Rn. 16) fortbestehenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann jedenfalls vorliegend nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, dass nicht jede Anfechtbarkeit nach § 123 BGB zugleich mit einer unerlaubten Handlung bei Abschluss des Hauptvertrags einhergehen müsse und es kaum der Billigkeit entsprechen könne, dem Gläubiger auch im Fall der arglistigen Täuschung einen Anspruch auf Auszahlung der Bürgschaftssumme zu belassen. Dies sei nämlich mit einem Rückgriff des Bürgen beim Hauptschuldner verbunden, so dass der arglistig getäuschte Hauptschuldner zur Zahlung verpflichtet sei (vgl. etwa Windorfer, NZBau 2017, 460, 462). Denn die dem Argument zugrundeliegende Situation, in der ein arglistig Getäuschter (vorübergehend) bewusst von der Anfechtung absieht, ohne mit dem Gläubiger einen zumindest zeitweisen Verzicht der Inanspruchnahme des Bürgen zu vereinbaren, dürfte - wie auch vorliegend - kaum jemals praktische Bedeutung erlangen.

26

Zudem ist vorliegend in Betracht zu ziehen, dass die Bürgschaft als Ablösung des vertraglich vereinbarten Gewährleistungseinbehalts dient. Zwar führt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein in einem Vertrag über Bauleistungen formularmäßig vereinbarter Sicherheitseinbehalt nur dann nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung des Werkunternehmers, wenn ein fairer Ausgleich dafür vorgesehen ist, dass der Werkunternehmer 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 (vgl. 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). Vor diesem Hintergrund könnte die Stellung einer Bürgschaft mit dem Verzicht auf die Einrede der Anfechtbarkeit als nicht angemessener Ausgleich angesehen werden, was wiederum dann auch den Sicherheitseinbehalt unwirksam macht, aber ggf. anders zu beurteilen wäre, wenn zusätzlich die praktisch nicht relevante Hinterlegung des Betrags als weitere Abwendungsmöglichkeit vorgesehen wäre (vgl. OLG Hamburg BauR 1997, 668; Kniffka/Koebeler, Kompendium des Baurechts, 2014, 10. Teil Rn. 84). Allerdings ist diese Argumentationskette schon aufgrund der hiermit verbundenen, vielen kumulativ notwendigen Bedingungen wenig überzeugend. Naheliegender ist es, die Bürgschaftsverpflichtung schon deshalb vorliegend für wirksam zu erachten, weil sie ohnehin nur der Abwendung eines

Sicherheitseinbehalts dient. Auch ohne die Bürgschaftsvereinbarung müsste dann der arglistig getäuschte Hauptschuldner vorübergehend bis zur Erklärung der Anfechtung und der Durchsetzung des hieraus resultierenden Rückgewähranspruchs auf Liquidität verzichten. Das fortbestehende Wahlrecht entlastet den Hauptschuldner und beschwert ihn nicht.

27

Demgegenüber hat der Gläubiger ein berechtigtes Interesse an der Stellung einer Bürgschaft, in der auf die Einrede der Anfechtbarkeit verzichtet wird, da auch das im Ergebnis zu Unrecht erfolgte Berufen auf die Einrede zu einer gegebenenfalls erheblichen Verzögerung der Zahlung führen kann und damit einen vorübergehenden Verzicht auf Liquidität beinhaltet. Dass sowohl die Hauptschuldnerin als auch die Bürgin für die Anfechtung darlegungs- und beweispflichtig sind, hindert das Verzögerungspotential kaum.

28

Letztlich sind mithin das Interesse der Gläubigerin, nicht mit einer Zahlungsverzögerung wegen des unberechtigten Berufens auf eine Anfechtbarkeit nach § 123 BGB konfrontiert zu werden, und das gegenläufige Interesse der Hauptschuldnerin, trotz Anfechtbarkeit der Forderung im Wege des Rückgriffs seitens des Bürgen verpflichtet zu sein, gegeneinander abzuwägen. Hierbei überwiegen nach Auffassung des Senats jedenfalls im hier gegebenen Fall der Einräumung eines Wahlrechts zwischen Sicherheitseinbehalt und zu stellender Bürgschaft mit Einredeverzicht die Interessen der Gläubigerin. Denn der A GmbH stand es frei, den Sicherheitseinbehalt durch die Stellung der Bürgschaft abzulösen oder hiervon abzusehen. Zudem hätte sie im Fall einer im Raume stehenden arglistigen Täuschung der Klägerin als deren Hauptschuldnerin die Möglichkeit gehabt, die Anfechtung zu erklären oder alternativ eine Stillhaltevereinbarung mit der Gläubigerin herbeizuführen. Überdies hätte die Beklagte als Bürgin im Fall der arglistigen Täuschung der Klägerin als Gläubigerin sich regelmäßig auch auf die Einrede nach § 853 BGB berufen können.

29

Diesem Abwägungsergebnis steht auch nicht das ohnehin vorliegend nicht einschlägige Beispiel der Beklagten entgegen, wonach der arglistig getäuschte Mieter einer Gewerbeimmobilie gegebenenfalls vom Bürgen aus der gestellten Mietkautionsbürgschaft in Anspruch genommen wird. Sollten Mieter und Vermieter ernsthaft wegen einer im Raume stehenden arglistigen Täuschung des Vermieters in Verhandlung treten, werden sie für den Zeitraum der Verhandlungen eine Nichtinanspruchnahme der Mietkautionsbürgschaft vereinbaren, andernfalls der Mieter die Anfechtung erklärt. Die von der Beklagten angeführte, aus ihrer Sicht zu Recht bestehende starke Verhandlungsposition des arglistig getäuschten Mieters einer Gewerbeimmobilie aufgrund der Möglichkeit einer Mietminderung für den Zeitraum der Verhandlungen bliebe in vollem Umfang erhalten. Lässt sich der Vermieter hierauf aber auch vorübergehend nicht ein, spricht viel dafür, dass eine arglistige Täuschung von dem Mieter zwar behauptet wird, aber tatsächlich nicht vorliegt. Dann aber besteht auch kein Grund, dem Mieter gleichwohl eine starke Verhandlungsposition einzuräumen.

30

Soweit man der Gegenauffassung folgt, kommt das Problem hinzu, dass der Gläubiger in diesem Fall in der Regel jegliche Sicherheit verliert, was in Anbetracht der Üblichkeit des Einredeverzichts bei Gewährleistungsbürgschaften zu erheblichen Verwerfungen im Rechtsverkehr führen dürfte. Soweit einige Autoren dem damit zu begegnen versuchen, dass sie die Unwirksamkeit auf den Einredeverzicht

beschränken und die Gestellung einer selbstschuldnerischen Bürgschaft weiterhin für wirksam halten (vgl. etwa Windorfer, NZBau 2017, 460, 462 f.), ist diese Lösung nicht zielführend, da diese Konstruktion der geltungserhaltenden Reduktion einer unwirksamen Klausel gleichkäme (vgl. auch BGH, Urteil vom 24.10.2017 - XI ZR 600/16, juris Rn. 28 ff.; OLG München, Beschluss vom 24.09.2018 - 9 U 1903/18, juris Rn. 17 ff.).

31

Vorliegend kann auch dadurch kein interessengerechtes Ergebnis erzielt werden, dass in § 9 des Werkvertrages der Schlussbehalt mit dem Ablöserecht geregelt ist und in § 11 Nr. 3 des Vertrages die Art der Gewährleistungsbürgschaft beschrieben wird, mit der Folge, dass nur § 11 Nr. 3 in Verbindung mit dem Formular als unwirksam angesehen werden könnte, damit aber die Verpflichtung der A GmbH zur Stellung einer (einfachen) Bürgschaft bestehen bliebe. In diesem Fall könnte nämlich gleichwohl die Hauptschuldnerin die konkret gestellte Bürgschaft zurückverlangen, worauf sich wiederum die Beklagte über § 821 BGB berufen könnte. Die Klägerin hätte dann zwar einen vertraglichen Anspruch gegen die A GmbH auf Stellung einer einfachen Bürgschaft ohne Einredeverzicht. Dies wiederum würde ihr allerdings in der konkreten Situation nicht weiterhelfen, da der der klägerischen Forderung zugrundeliegende Gewährleistungsanspruch bereits jetzt fällig ist und es mithin der Sicherstellung einer Forderungserfüllung in der Zukunft nicht mehr bedarf, die Beklagte wiederum in Anbetracht der Situation die ersatzweise Stellung einer einfachen Bürgschaft verständlicher Weise ohnehin ablehnen würde.

32

2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

33

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

34

Die Revision ist zuzulassen. Die Frage nach dem formularmäßigen Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit hat trotz der hierzu ergangenen Entscheidung des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1985 grundsätzliche Bedeutung aufgrund der hiergegen gerichteten zahlreichen kritischen Stimmen in der Literatur sowie der unterschiedlichen Einordnung zeitlich nachfolgender Entscheidungen anderer Senate des Bundesgerichtshofs.