

Dokumentnummer: 13u48_09
letzte Aktualisierung: 5.10.2009

OLG Celle, 19.8.2009 - 13 U 48/09

BGB § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2

Bürgschaft des Bauherrn in AGB wirksam

Die Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftragnehmers „Der Bauherr ist verpflichtet, spätestens acht Wochen vor dem vorgesehenen Baubeginn dem Unternehmen eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft eines in Deutschland zugelassenen Kreditinstituts in Höhe der nach dem vorliegenden Vertrag geschuldeten Gesamtvergütung zur Absicherung aller sich aus dem vorliegenden Vertrag ergebenden Zahlungsverpflichtungen des Bauherrn vorzulegen“ ist nicht gemäß § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam (Aufgabe von Senat, Urteil vom 03. Juli 2008 – 13 U 68/08, BauR 2009, 103).

Gericht: OLG Celle, 13. Zivilsenat

Typ, AZ: Urteil, 13 U 48/09

Datum: 19.08.2009

Sachgebiet: Bürgerliches Recht

Normen: BGB § 307 Abs 1 Satz 1, BGB § 307 Abs 2 Nr 2

Leitsatz: Die Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftragnehmers

„Der Bauherr ist verpflichtet, spätestens acht Wochen vor dem vorgesehenen Baubeginn dem Unternehmen eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft eines in Deutschland zugelassenen Kreditinstituts in Höhe der nach dem vorliegenden Vertrag geschuldeten Gesamtvergütung (unter Berücksichtigung von aus Sonderwünschen resultierenden Mehr oder Minderkosten) zur Absicherung aller sich aus dem vorliegenden Vertrag ergebenden Zahlungsverpflichtungen des Bauherrn vorzulegen“,

ist nicht gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam (Aufgabe von Senat, Urteil vom 03. Juli 2008 – 13 U 68/08, BauR 2009, 103).

Volltext:

Oberlandesgericht Celle

Im Namen des Volkes

Urteil

13 U 48/09

18 O 229/08 Landgericht Hannover

Verkündet am

19. August 2009

S.

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

O. GmbH

Beklagte und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Dr. S.

gegen

B. - S. e.V.

Kläger und Berufungsbeklagter,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Dr. B.

hat der 13. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Celle durch den Vorsitzenden Richter am

Oberlandesgericht Dr. K., den Richter am Oberlandesgericht
B. sowie die Richterin am Oberlandesgericht R. aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 4. August
2009 für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Hannover vom 10.
Februar 2009 abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger bleibt nachgelassen, die Vollstreckung der Beklagten
durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages
abzuwenden, wenn nicht zuvor die Beklagte Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu
vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen, soweit die Berufung in Bezug auf die Streitgegenstände Ziffern I 1, 3 und
4 des Tenors des Urteils des Landgerichts vom 10. Februar 2009 (= nachstehende Gründe Ziffern II. 1.
und 2.) Erfolg hat. Im Übrigen (Ziffer I 2 des Tenors des Urteils des Landgerichts vom
10. Februar 2009 = nachstehende Gründe Ziffer II. 3.) wird die Revision nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (im Folgenden:
AGB).

Wegen der näheren Einzelheiten des Sach und Streitstandes erster Instanz und der darin gestellten
Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Das Gericht hat der Klage stattgegeben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass dem
Kläger ein Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte gemäß § 1 UKlaG auf Unterlassung der
Verwendung der streitgegenständlichen Geschäftsbedingungen zustehe. Die in § 4 der AGB enthaltene
Klausel sei unwirksam, da sie eine unangemessene Benachteiligung i. S. des § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2
Nr. 1 BGB darstelle. Die Regelung des § 4 der AGB konterkariere das in § 648 a Abs. 6 BGB alter und
neuer Fassung enthaltene Verbraucherprivileg, nach dem sich die gesetzlichen
Sicherungsmöglichkeiten bei Bauverträgen mit einem Verbraucher auf die Rechte des § 648 BGB
beschränken. Die Eintragung einer Sicherungsbürgschaft i. S. des § 648 a BGB sei danach nicht
möglich. Durch die Regelung in § 4 der AGB werde dieses gesetzliche Privileg ins Gegenteil verkehrt.
Dem Unternehmer werde entgegen der Vorschrift des § 648 a Abs. 6 BGB ein
Leistungsverweigerungsrecht i. S. des § 648 a BGB eingeräumt, ohne dass dafür ein legitimes
Sicherungsinteresse auf Seiten der Beklagten bestehe. Zum anderen ergebe sich der Verstoß gegen §
307 Abs. 1 und 2 BGB daraus, dass § 4 der AGB nicht ausdrücklich vorsehe, dass die Beklagte die
Kosten für die Bestellung der Sicherheit übernimmt und somit die Avalprovisionen für eine
Bankbürgschaft dem Besteller auferlege. Aus den vorgenannten Gründen seien auch die von der
Beklagten als Anlage zum Bauvertrag verwendete vorformulierte Abtretungserklärung, die Regelung
des § 6 Nr. 1 letzter Spiegelstrich der AGB sowie das in § 9 Nr. 3 c der AGB enthaltene
Kündigungsrecht der Beklagten unwirksam.

Mit der Berufung verfolgt die Beklagte ihren erstinstanzlichen Klageabweisungsantrag weiter. Die
Beklagte wiederholt insoweit ihr Vorbringen aus dem ersten Rechtszug.

Die Beklagte beantragt,

das am 10. Februar 2009 verkündete Urteil des Landgerichts Hannover, Az.: 18 O 229/08, aufzuheben
und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil unter Bezugnahme auf sein Vorbringen aus dem ersten Rechtszug. Ergänzend führt er aus, dass es sich bei dem von der Beklagten verwendeten Formular für die Abtretung der Auszahlungsansprüche gegen das baufinanzierende Kreditinstitut um einen von der Beklagten gestellten Text handele, den diese auch gegenwärtig noch im Rechtsverkehr mit ihren Kunden verwende. Die formularmäßigen Abtretungsverträge seien als Folgerechtsgeschäfte zu den Hausbauverträgen anzusehen. Die vorformulierten Abtretungserklärungen würden eine unzulässige Umgehung des gesetzlichen Verbots des § 648 a Abs. 6 Nr. 2 BGB darstellen.

Auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Die Berufung hat Erfolg. Dem Kläger steht gegen die Beklagte ein Unterlassungsanspruch gemäß § 1 UKlaG auf Unterlassung der Verwendung der streitgegenständlichen Geschäftsbedingungen nicht zu.

1. Die Verpflichtung des Bauherrn gemäß § 4 der AGB der Beklagten, spätestens acht Wochen vor dem vorgesehenen Baubeginn der Beklagten eine unbefristete selbstschuldnerische Bürgschaft zur Absicherung aller sich aus dem vorliegenden Vertrag ergebenden Zahlungsverpflichtungen zu stellen (Klageschrift Ziffer I 1), ist nicht gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam.

Eine formularmäßige Vertragsbestimmung ist unangemessen, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen. Die Anwendung dieses Maßstabs setzt eine Ermittlung und Abwägung der wechselseitigen Interessen voraus. Die Unangemessenheit ist zu verneinen, wenn die Benachteiligung des Vertragspartners durch höherrangige oder zumindest gleichwertige Interessen des AGBVerwenders gerechtfertigt ist (st. Rspr., vgl. z.B. BGH, Urteil vom 22. Oktober 2008 – VIII ZR 283/07, NJW 2009, 62. BGH, Urteil vom 1. Februar 2005 - X ZR 10/04, NJW 2005, 1774).

Nach dieser Maßgabe ist nicht von einer Unangemessenheit der Klausel auszugehen.

a) Für den jeweiligen Besteller ergeben sich bei Anwendung der vorliegenden Klausel Belastungen.

aa) Zum einen sieht § 4 der AGB der Beklagten nicht vor, dass diese die Kosten für die Bestellung der Sicherheit übernimmt. Die Avalprovisionen für die Bankbürgschaft wird damit, anders als es beispielsweise bei Anwendung des § 648 a BGB (bei dem es sich vorliegend allerdings nicht um eine „gesetzliche Regelung“ i.S.v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB handelt, vgl. auch BGH, Urteil vom 11. Mai 2006 – VII ZR 146/04, NJW 2006, 2475) nach dessen Absatz 3 der Fall wäre, dem Vertragspartner auferlegt.

bb) Zum anderen ist zu bedenken, dass gemäß § 648 a Abs. 4 BGB die Rechte aus § 648 BGB einerseits und § 648 a Abs. 1 BGB andererseits nur alternativ geltend gemacht werden können, während der Wortlaut der von der Beklagten verwendeten Klausel neben der Bürgschaft auch das Verlangen einer Sicherungshypothek zulässt.

Auch dies ist ein Nachteil, den der Senat in die Abwägung einzustellen hat. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass die Wahrscheinlichkeit, dass die Beklagte neben der Bürgschaft von diesem Recht aus § 648 BGB in der Praxis Gebrauch machen wird, möglicherweise gering ist. Entscheidend ist allein, dass nach der Klausel die rechtliche Möglichkeit als solche besteht. Im Übrigen ist dem Senat aus seiner Erfahrung bekannt, dass das Instrument der Bauhandwerkersicherungshypothek nach § 648 Abs. 1 BGB (im Wege einer einstweiligen Verfügung auf Eintragung einer Vormerkung) von Werkunternehmern mitunter auch als Druckmittel gegen den Besteller verwendet wird, die fälligen Teile der Werklohnforderung auszugleichen (vgl. dazu auch Staudinger/Peters/Jacoby, BGB (2008), § 648 Rdn. 6. MünchKommBGB/Busche, 5. Aufl., § 648 Rdn. 1).

b) Die Beklagte hat ein Interesse an der Verwendung der streitgegenständlichen Klausel.

Im Hinblick auf die Vorleistungspflicht des Werkunternehmers besteht für die Beklagte ein Sicherheitsbedürfnis. Der Auffassung des Klägers, dass der Unternehmer im Fall der Herstellung oder

Instandsetzung eines Einfamilienhauses für eine natürliche Person keiner besonderen Sicherung bedürfe, vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Zwar hat der Gesetzgeber in der Begründung zu § 648 a Abs. 6 Nr. 2 BGB ausgeführt, dass derartige Bauvorhaben in der Regel solide finanziert seien und die lebenslängliche Haftung des Bestellers genügend sicher gestellt sei (BTDRs.12/4526, Seite 11). Jedoch überzeugt dies nur bedingt, da das in einem derartigen Fall einzig verbleibende – gesetzliche - Sicherungsinstrument des § 648 BGB nur unzureichend geeignet ist, den Unternehmer abzusichern. Denn regelmäßig wird das Grundstück, auf dem das Bauwerk errichtet werden soll, bereits bei Baubeginn bis hin zur Grenze der Beleihungsfähigkeit und darüber hinaus belastet sein (vgl. MünchKommBGB/Busche, a. a. O., § 648 Rdn. 2. Staudinger/Peters/Jacoby, a. a. O., § 648 Rdn. 5).

c) Nach einer Gesamtschau der vorgenannten Umstände vermag der Senat – anders als er es noch in dem dem vorliegenden Hauptsacheverfahren vorangegangenen einstweiligen Verfügungsverfahren (Urteil vom 3. Juli 2008

13 U 68/08, BauR 2009, 103) beurteilt hat – nicht mit der erforderlichen Überzeugung zu erkennen, dass die Benachteiligung des Vertragspartners nicht durch zumindest gleichwertige Interessen der Beklagten gerechtfertigt ist (so auch Stern, IBR 2008, 511. Praun, jurisPRPrivBauR 11/2008, Anm. 2. Schmitz, Sicherheiten für die Bauvertragsparteien, in Ibronline, Rdn. 128). Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass die Kosten, die den jeweiligen Verwender infolge der Übernahme der Bürgschaft treffen, nach der Erfahrung des Senats im Vergleich zu dem jeweiligen Werklohnanspruch der Beklagten als eher unbedeutend anzusehen sind.

2. Auch die Klauseln zu § 6 Nr. 1 letzter Spiegelstrich sowie § 9 Nr. 3 c der AGB der Beklagten (Klageschrift: Ziffer I 3 und Ziffer I 7) sind nicht gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB bzw. § 308 Nr. 3 BGB unwirksam. Soweit der Kläger deren Unwirksamkeit unter Bezugnahme auf die behauptete Unwirksamkeit der Klausel gemäß § 4 der AGB reklamiert, wird auf die oben stehenden Ausführungen Bezug genommen. Andere Unwirksamkeitsgründe sind nicht ersichtlich und werden von dem Kläger auch nicht geltend gemacht.

3. Ein Unterlassungsanspruch nach § 1 UKlaG steht dem Kläger gegen die Beklagte auch hinsichtlich der Klausel zu Ziffer I 2 der Klageschrift nicht zu.

a) Es kann dahinstehen, ob es sich bei dem diesbezüglich von dem Kläger mit der Klage in Bezug genommenen Formular um allgemeine Geschäftsbedingungen i. S. von §§ 1 UKlaG, 305 Abs. 1 Satz 1 BGB handelt. Denn jedenfalls ist nicht ersichtlich, dass die - unterstellt - Klausel nach den §§ 307 - 309 BGB unwirksam ist.

b) Allerdings hat der Bundesgerichtshof eine formularmäßige Bankgarantie für Abschlagszahlungen privater Bauherren nach Baufortschritt, deren Inanspruchnahme lediglich einen Bautenstandsbericht des Bauunternehmers voraussetzt, als nach § 309 Nr. 2 BGB unwirksam angesehen. Die Begründung hierfür hat der Bundesgerichtshof darin gesehen, dass nach dieser Regelung die Bank bei Vorliegen der formellen Voraussetzungen zur Auszahlung verpflichtet sei, was den Ausschluss der Leistungsverweigerung und Zurückbehaltungsrechte der Bauherren bewirke (BGH, Urteil vom 21. April 1986 - II ZR 126/85, NJWRR 1986, 959).

Eine derartige Sachverhaltskonstellation ist vorliegend jedoch nicht gegeben. Zwar soll ausweislich des seitens des Klägers vorgelegten Formulars der Darlehensgeber Zahlungen an die Beklagte nach Maßgabe eines von dieser zu erbringenden Bautenstandsberichts leisten. Indes heißt es in der „Abtretungserklärung“ zusätzlich, dass „Auszahlungen nur mit schriftlicher Anweisung der Darlehensnehmer erfolgen“ können. Nach dieser Regelung ist der Darlehensgeber mithin zur Auszahlung des Darlehens an die Beklagte nur unter der weiteren Voraussetzung befugt, dass die Darlehensnehmer ihm die schriftliche Anweisung erteilt haben, eine Auszahlung vorzunehmen. Bei dieser Sachlage wird der Bauherr durch die streitgegenständliche Klausel in der Ausübung seiner Leistungsverweigerung und Zurückbehaltungsrechte in keiner Weise beeinträchtigt.

Soweit der Kläger nunmehr mit Schriftsatz vom 12. August 2009 geltend macht, dass die zuletzt genannte Regelung bei der vorzunehmenden Prüfung der – unterstellt – Klausel außen vor zu bleiben habe, da diese in dem Formular der Beklagten nicht enthalten sei, greift dies nicht. Allerdings hat der Kläger mit der Klageschrift (auch) ein Formular vorgelegt (Bl. 32 d. A.), das eine derartige Regelung nicht enthält. Der Kläger verkennt jedoch, dass der Text dieses Formulars nicht streitgegenständlich ist. Mit seinem Klageantrag (Bl. 3 d. A.) hat der Kläger nämlich nicht eine dem entsprechende Formulierung zur Überprüfung gestellt, sondern eine solche, die inhaltlich einem weiteren seitens des Klägers mit

der Klage vorgelegten Formular (Bl. 18 d. A.) entspricht, das die genannte Regelung enthält. Nur über die Wirksamkeit einer solchen – unterstellt – Klausel hatte der Senat daher zu entscheiden, § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

Insoweit bestand entgegen der Auffassung des Klägers auch kein Anlass, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen, § 156 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Eine Wiedereröffnung hätte – neben der weiteren Voraussetzung, dass der Senat den Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör verletzt haben müsste – jedenfalls zur Voraussetzung gehabt, dass der Kläger nunmehr, nachdem ihm in der mündlichen Verhandlung erläutert worden ist, dass der Senat – zwangsläufig – über den von ihm gestellten Antrag zu entscheiden hat, einen geänderten Klageantrag mit dem Inhalt der Regelung des Formulars Bl. 32 d. A. gestellt hätte. Das hat der Kläger jedoch nicht getan.

Im übrigen hat der Senat den Kläger auch bereits vor der mündlichen Verhandlung vom 4. August 2009 hinreichend auf die Unschlüssigkeit der Klage in Bezug auf das Formular der Beklagten hingewiesen. Bereits in der mündlichen Verhandlung vom 24. Juni 2008 in dem diesem Verfahren vorangegangenen einstweiligen Verfügungsverfahren (13 U 68/08) hat der Senat darauf aufmerksam gemacht, dass es ihm mangels jedweder Erläuterungen seitens des Klägers nicht möglich sei, nachzuvollziehen, was es mit dem entsprechenden Antrag des Klägers bzw. dem diesbezüglich in Bezug genommenen Formular in tatsächlicher Hinsicht überhaupt auf sich habe. Der Kläger hat daraufhin den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung in diesem Umfang zurückgenommen. Nachdem der Kläger ungeachtet dessen in dem vorliegenden Verfahren erneut einen diesbezüglichen Klageantrag gestellt und in der Begründung dazu wiederum jedwede tatsächliche Erläuterung in der vom Senat im einstweiligen Verfügungsverfahren vermissten Art unterlassen hat, hat der Senat den Kläger mit Beschluss vom 14. April 2009 erneut darauf hingewiesen, dass es an Darlegungen dazu fehle, worum es sich bei dem in Bezug genommenen Formular überhaupt handelt, mithin, in welcher Lebenssachverhaltskonstellation dieses verwendet wird. Diesbezüglich hat der Kläger bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nichts gemacht vorgetragen.

c) Andere Unwirksamkeitsgründe in Bezug auf die Klausel sind nicht ersichtlich.

III.

Die Nebenentscheidungen folgen aus den §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 11, 709, 711 ZPO.

Der Senat lässt die Revision nach § 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 ZPO zu, soweit die Berufung in Bezug auf die Streitgegenstände Ziffern I 1, 3 und 4 des Tenors des Urteils des Landgerichts vom 10. Februar 2009 (= oben stehende Gründe Ziffern II. 1. und 2.) Erfolg hat, da über die Wirksamkeit einer diesbezüglichen Klausel, soweit ersichtlich, höchstrichterlich bislang noch nicht entschieden worden ist. Im übrigen (Ziffer I 2 des Tenors des Urteils des Landgerichts vom 10. Februar 2009 = oben stehende Gründe Ziffer II. 3.) besteht kein Anlass, die Revision zuzulassen.

Dr. K. R. B.