

IBRRS 2017, 1468

Entscheidung im Volltext

Bausicherheiten

Sicherungsklausel 4.1 BVB i.V.m. 22.1 ZVB Bund 2008 ist unwirksam!

Siehe auch: **Zugehörige Dokumente**

OLG Celle

Urteil

vom 06.04.2017

8 U 204/16

BGB §§ 307, 765, 768, 821

1. Kumulieren sich die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgegebene Mängelsicherheit und eine Vertragserfüllungsbürgschaft, die "sämtliche Ansprüche" und somit neben den Vertragserfüllungs- auch die Mängelansprüche nach Abnahme sichern soll (z. B. EFB-Sich 1), auf mehr als 6%, führt dies zu einer unangemessenen Übersicherung der Mängelansprüche nach Abnahme und somit zur Nichtigkeit der Sicherungsklausel.

2. Die Sicherungsabrede lässt sich auch nicht teilweise durch Streichung der unzulässigen Passagen aufrechterhalten, denn durch die Beschränkung des Sicherungszwecks auf Ansprüche vor Abnahme oder auf ohne bei Abnahme vorbehaltene Mängel erhalte die Klausel einen vom ursprünglichen Inhalt grundsätzlich abweichenden Regelungsgehalt.

OLG Celle, Urteil vom 06.04.2017 - 8 U 204/16

vorhergehend:

LG Hannover, 13.03.2017 - 12 O 345/15

In dem Rechtsstreit

(###)

hat der 8. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Celle auf die mündliche Verhandlung vom 13. März 2017 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht ###, den Richter am Oberlandesgericht ### und die Richterin am Oberlandesgericht ###

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Klägerin gegen das am 2. November 2016 verkündete Urteil des Einzelrichters der 12. Zivilkammer des Landgerichts Hannover wird zurückgewiesen.

2. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin.

3. Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin wird gestattet, die Vollstreckung der Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe eines die vollstreckbare Forderung um 10% übersteigenden Betrages abzuwenden, soweit nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

A.

Die Klägerin nimmt die Beklagte aus einer Gewährleistungsbürgschaft auf Kostenvorschuss zur Beseitigung von nach Abnahme aufgetretenen Baumängeln in Anspruch, die die mittlerweile insolvente ### GmbH in Leinefelde als Auftragnehmerin der Klägerin verursacht und nicht beseitigt hat.

Am 2. Juli 2010 erhielt die ### GmbH den Zuschlag, das Gewerk Fassadenarbeiten für den Neubau des kulturwissenschaftlichen Zentrums in Göttingen durchzuführen. Die Auftragssumme belief sich insgesamt auf 2.562.729,05 Euro. Gegenstand des Bauvertrags waren unter anderem Gewerke an der Haupteingangsanlage. Dem Vertragsverhältnis lagen die Bestimmungen in den Besonderen Vertragsbedingungen (Anlage K1, Bl. 1 ff. Anlagenband Klägerin) und den Zusätzlichen Vertragsbedingungen (Anlage K2, Bl. 4 ff. Anlagenband Klägerin) zugrunde. Im Übrigen lagen dem Vertragswerk zwischen der Klägerin und der ### GmbH die VOB/B in der Fassung des Jahres 2006 zu Grunde.

In den Besonderen Vertragsbedingungen findet sich in Nr. 4 unter der Überschrift "Sicherheitsleistung (§ 17 VOB/B)" folgende Regelung:

4.1 Stellung der Sicherheit

Satz 1. Sicherheit für die Vertragserfüllung (Zusätzliche Vertragsbedingungen 215 Nr. 22.1) ist in Höhe von 5,0 v. H. der Auftragssumme zu leisten. sofern die Auftragssumme mindestens 250.000 Euro beträgt.

Satz 2: Die für Mängelansprüche zu Leistende Sicherheit (Zusätzliche Vertragsbedingungen 215 Nr. 22.2) beträgt 3.0 v. H. der Auftragssumme einschließlich aller Nachträge.

Satz 3: Für die Vertragserfüllung und die Mängelansprüche kann Sicherheit wahlweise durch Ein-behalt oder Hinterlegung von Geld oder durch Bürgschaft (Zusätzliche Vertragsbedingungen 215 Nr. 23) geleistet werden.

Satz 6: Stellt der Auftragnehmer die Sicherheit für die Vertragserfüllung binnen 18 Werktagen nach Vertragsabschluss (Zugang des Auftragsschreibens) weder durch Hinterlegung noch durch Vorlage einer Bürgschaft. so ist der Auftraggeber berechtigt, Abschlagszahlungen einzubehalten. bis der Sicherheitsbetrag erreicht ist.

Satz 7: Nach Abnahme und Erfüllung aller bis dahin erhobenen Ansprüche einschließlich

Schadensersatz kann der Auftragnehmer verlangen, dass die Sicherheit für die Vertragserfüllung in eine Mängelanspruchesicherheit umgewandelt wird.

Satz 8: Rückgabezeitpunkt (§ 17 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B): n. Ablauf d. Verjährungsfrist f. Mängelansprüche.

Die Zusätzlichen Vertragsbedingungen weisen in Nr. 22 unter der Überschrift "Sicherheitsleistung (§ 17)" folgende Regelung auf:

22.1 Die Sicherheit für Vertragserfüllung erstreckt sich auf die Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen aus dem Vertrag, insbesondere für die vertragsgemäße Ausführung der Leistung einschließlich Abrechnung, Mängelansprüche und Schadensersatz.

22.2 Die Sicherheit für Mängelansprüche erstreckt sich auf die Erfüllung der Mängelansprüche einschließlich Schadensersatz und Ansprüche aus der Abrechnung.

Unter Nr. 23 "Bürgschaften (§§ 16 und 17)" der Zusätzlichen Vertragsbedingungen findet sich folgende Regelung:

23.3 Die Bürgschaftsurkunden enthalten folgende Erklärungen des Bürgen:

"Der Bürge übernimmt für den Auftragnehmer die selbstschuldnerische Bürgschaft nach deutschem Recht.

Auf die Einreden der Anfechtbarkeit und der Aufrechenbarkeit sowie der Vorausklage gemäß §§ 770, 771 BGB wird verzichtet. Der Verzicht auf die Einrede der Aufrechenbarkeit gilt nicht für unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Gegenforderungen des Hauptschuldners." ...

23.4 Die Bürgschaft ist über den Gesamtbetrag der Sicherheit in nur einer Urkunde zu stellen.

Die ### GmbH überließ der Klägerin einen von der Beklagten unterzeichneten Bürgschein, mit der sich diese für die vertragsgemäße Leistung (Lieferung/Bauarbeit) selbstschuldnerisch unter Verzicht auf die Einreden der Anfechtung, der Aufrechnung und der Vorausklage bis zum Betrag von 125.929,53 Euro verbürgte. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Bürgschein vom 9. Dezember 2010 (Anlage K3, Bl. 8 Anlagenband Klägerin) Bezug genommen. Dieser Bürgschein verblieb bei der Klägerin, auch nachdem diese die Leistungen der ### GmbH am 13. Juni 2012 abgenommen hatte.

Nach der Abnahme zeigten sich erhebliche Mängel an den von der ### GmbH erbrachten Gewerken, so unter anderem an den Türanlagen des Windfangs der Haupteingangsanlage. Die Mängelbeseitigungskosten beliefen sich unter Berücksichtigung des Angebots des günstigsten Anbieters, der ### Projektmanagement GmbH in ###, auf 89.374,93 Euro brutto.

Die Klägerin forderte von der Beklagten mit anwaltlichen Schreiben vom 13. November 2015, 30. November 2015 sowie 7. Dezember 2015 aus der vorgenannten Bürgschaft die Zahlung von 76.881,87 Euro (3% der Auftragssumme). Dies lehnte die Beklagte unter Hinweis auf eine aus ihrer Sicht bestehende Unwirksamkeit der Sicherungsvereinbarung infolge einer hierdurch begründeten Besicherung von Mängelansprüchen in Höhe von 8% der Abrechnungssumme ab, weswegen die Klägerin nunmehr im Klagewege gegen die Beklagte vorgeht.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, dass die vereinbarte Sicherungsabrede wirksam vereinbart worden sei. Auch unter Berücksichtigung der "kundenfeindlichsten Auslegung" bestehe im Streitfall nicht die Gefahr, dass die Vertragserfüllungssicherheit und die Gewährleistungssicherheit einen zeitlich überlappenden Zeitraum absicherten und die Klägerin deswegen beide Sicherheiten zeitgleich nebeneinander beanspruchen könne.

Anders als in dem vom Bundesgerichtshof durch Urteil vom 22. Januar 2015 - **VII ZR 120/14** entschiedenen Fall bestehe hier allein schon deswegen keine unangemessene Benachteiligung der Beklagten unter dem Gesichtspunkt der Kumulation von Vertragserfüllungs- und Gewährleistungssicherheit, weil der Auftragnehmer - die #### GmbH - gemäß § 17 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 VOB/B die Möglichkeit gehabt habe, die nicht verwertete Sicherheit für die Vertragserfüllung nach Abnahme und Stellung der Sicherheit für die Mängelansprüche zurückzuverlangen. Denn anders als bei dem der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zugrunde liegenden Sachverhalt sei vorliegend keine von den Bestimmungen der VOB/B abweichende Rückgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft vereinbart worden. Die im letzten Absatz von Ziffer 4.1 der Besonderen Vertragsbedingungen vorgesehene Rückgabe nach Ablauf der Verjährungsfrist für Mängelansprüche beziehe sich lediglich auf die Gewährleistungssicherheit. Unter Maßgabe der Bestimmung von § 17 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B liege jedoch - wie der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 10. Juni 2016 - **VII ZR 28/13** - ausdrücklich klargestellt habe - kein Fall einer Übersicherung der Mängelrechte durch Zusammenwirken der Sicherungsabreden für Vertragserfüllungs- und Gewährleistungssicherheit vor.

Zudem erstrecke sich nach dem Klauselwerk der Klägerin die Vertragserfüllungsbürgschaft auch nicht auf die "Gewährleistung", sondern lediglich auf "Mängelansprüche" im Sinne von § 4 Nr. 7 VOB/B. Dies folge bereits aus dem hier maßgeblichen Rückgabezeitpunkt gemäß § 17 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B; denn eine Absicherung von Gewährleistungsansprüchen durch die Vertragserfüllungsbürgschaft mache keinen Sinn, wenn diese bereits zurückzugeben sei, bevor überhaupt Gewährleistungsansprüche entstanden seien. Angesichts dessen fehle es nicht nur an einer zeitlichen, sondern auch an einer inhaltlichen Überschneidung der unterschiedlichen Sicherungsrechte.

Dass der Auftraggeber hier die Klägerin den Teil der Vertragserfüllungssicherheit, der sich aus der nicht vertragsgerechten Erfüllung des Auftragnehmers ergebe, zurückhalten dürfe, stehe jedenfalls mit § 17 Nr. 8 Abs. 1 Satz 2 VOB/B in Einklang.

Eine unangemessene Benachteiligung durch die Sicherungsabrede begründe sich auch nicht aus anderen Gründen, beispielsweise durch den Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit in Nr. 23.3 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen oder durch das in Nr. 23.4 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen vorgesehene Verbot der Stückelung der Bürgschaften.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Ihrer Auffassung nach fehle es an einer wirksamen Sicherungsabrede, weil die Sicherungsklausel aufgrund einer unangemessenen Übersicherung der Mängelansprüche insgesamt nichtig sei. Denn die insoweit maßgebliche kundenfeindlichste Auslegung der Sicherungsklausel führe dazu, dass bei der hier vorliegenden Kombi-Bürgschaft durch die Vertragserfüllungsbürgschaft über 5% auch Mängelansprüche abgesichert würden, so dass die zu stellenden Sicherheiten (einschließlich der Bürgschaft für die Mängelansprüche über 3%) insgesamt über einen nicht unerheblichen Zeitraum nach Abnahme auf insgesamt 8% kumulieren könnten. Dies begründe nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

(Urteil vom 22. Januar 2015 - VIII ZR 120/14) eine unangemessene Übersicherung der Mängelansprüche.

Eine Nichtigkeit der Sicherungsabrede begründe sich darüber hinaus auch aus dem Umstand, dass in den AGB der Klägerin vom Auftragnehmer - hier der ### GmbH - verlangt werde, dass der Bürge uneingeschränkt auf die Einrede der Anfechtbarkeit verzichte.

Das Landgericht hat durch Urteil vom 2. November 2016 die Klage abgewiesen.

Die Klägerin habe keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung eines Kostenvorschusses aus der von der ### GmbH gestellten Gewährleistungsbürgschaft, weil es an einer wirksamen Sicherungsabrede fehle.

Da hier nach der kundenfeindlichsten Auslegung die Gefahr bestehe, dass Gewährleistungsansprüche bis zu einer Höhe von 8% der Auftragssumme gesichert würden, sei die Sicherungsklausel unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH nichtig.

Denn nach Nr. 4.1 der Besonderen Vertragsbedingungen könne der Auftragnehmer erst nach Abnahme und Erfüllung aller bis dahin erworbenen Ansprüche einschließlich Schadensersatz die Umwandlung der Vertragserfüllungsbürgschaft in eine Mängelanspruchesicherheit verlangen; somit habe es die Klägerin in der Hand, durch die Geltendmachung von Ansprüchen die Umwandlung der Vertragserfüllungsbürgschaft für längere Zeit zu verzögern.

Angesichts dessen bestehe die Gefahr, dass für einen längeren Zeitraum die Vertragserfüllungsbürgschaft neben die Mängelanspruchesicherheit trete. Denn nach den Besonderen Vertragsbedingungen habe der Auftragnehmer eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 5% der Auftragssumme und eine Sicherheit für Mängelansprüche in Höhe von 3% der Auftragssumme zu stellen.

Die Gefahr einer Übersicherung bestehe im Übrigen auch nach Umwandlung der Vertragserfüllungsbürgschaft in eine Mängelanspruchesicherheit. Denn da nach dem Wortlaut der Klausel die Möglichkeit bestehe, dass die Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 5% der Auftragssumme in eine Mängelanspruchesicherheit in gleicher Höhe umgewandelt werde, drohe auch hier eine Sicherung der Mängelrechte - nämlich zusammen mit der ursprünglich geleisteten Mängelanspruchesicherheit in Höhe von 3% - in unzulässiger Höhe. Auch ein Rückgriff auf die VOB/B schließe eine Auslegung von Nr. 4.1 der Besonderen Vertragsbedingungen dergestalt, dass die Klägerin über einen längeren Zeitraum auf eine Sicherheit von 8% zurückgreifen könne, nicht aus.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung, mit der sie ihr erstinstanzliches Begehren vollumfänglich weiterverfolgt.

Mit dieser rügt sie, dass das Landgericht zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass die Sicherungsabrede unwirksam sei.

Allein das Nebeneinander von Vertragserfüllungssicherheit und Gewährleistungssicherheit führe nicht zu einer Unwirksamkeit der Sicherungsklausel, da bei Abnahme des Werks durch den Auftraggeber im Falle einer Schlechtleistung des Auftragnehmers diesem sowohl ein Anspruch auf ein (teilweises) Behaltendürfen der Erfüllungssicherheit als auch ein Anspruch auf die vereinbarte Mängelsicherheit

zustünde. Entsprechendes sehe auch § 17 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B ausdrücklich vor.

Unzulässig sei nach der Rechtsprechung des BGH lediglich eine zeitliche und inhaltliche Überschneidung von Vertragserfüllungs- und Gewährleistungssicherheit. Ein solcher Fall sei vorliegend jedoch entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht gegeben.

Da der Zeitpunkt der Rückgabe der Vertragserfüllungssicherheit in dem hier relevanten Vertragsverhältnis nicht durch eine eigenständige Bestimmung festgelegt sei, komme insoweit ein Rückgriff auf § 17 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B in Betracht. Schon deshalb stehe fest, dass die Klägerin als Auftraggeberin nicht gleichzeitig auf beide Sicherheiten zurückgreifen könne. Denn die Vertragserfüllungsbürgschaft sei hier mit Abnahme und Stellung der Sicherheit für die Mängelansprüche zurückzugeben, so dass es infolgedessen an einer zeitlichen Überschneidung fehle.

Auch eine inhaltliche Überschneidung sei nicht gegeben, da - wie bereits erstinstanzlich vorgetragen - im Streitfall anders als in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall durch die Vertragserfüllungssicherheit lediglich "Mängelansprüche" im Sinne von § 4 Nr. 7 VOB/B, nicht aber "Gewährleistungsansprüche" gesichert würden.

Insoweit handele es sich bei der Bestimmung in Nr. 4.1 der Besonderen Vertragsbedingungen um ein dem Auftragnehmer gewährtes zusätzliches Recht. Dieser könne entweder nach § 17 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B verfahren und nach Abnahme und Stellung der Sicherheit für Mängelansprüche die Vertragserfüllungssicherheit zurückverlangen; oder aber er mache von der Möglichkeit Gebrauch, die Vertragserfüllungssicherheit in eine Mängelanspruchesicherheit "umzuwandeln". Für die letztere Vorgehensweise habe sich die #### GmbH im Streitfall entschieden, indem sie der Klägerin eine sog. Kombi-Bürgschaft übergeben habe. Eine solche Bürgschaft sei jedoch von vorneherein auf 5% "gedeckelt" und reduziere sich im Fall der Umwandlung auf 3%.

Schon vor diesem Hintergrund sei die Annahme des Landgerichts unrichtig, dass nach Umwandlung der Vertragserfüllungsbürgschaft in eine Mängelanspruchesicherheit die Klägerin eine Sicherung von 8% der Auftragssumme erhalten könne. Denn die Klausel gehe erkennbar davon aus, dass zum Zeitpunkt des seitens des Auftragnehmers gestellten Umwandlungsverlangens eine Gewährleistungssicherheit noch nicht gestellt worden sei. Entsprechendes folge auch aus der in Nr. 4.1 der Besonderen Vertragsbedingungen enthaltenen Bestimmung, dass die für Gewährleistungsansprüche zu leistende Sicherheit 3% der Auftragssumme einschließlich aller erteilten Nachträge betrage. Damit sei klar, dass im Fall der Umwandlung eine Enthftung erfolge, soweit die Vertragserfüllungssicherheit betragsmäßig oberhalb der geschuldeten Gewährleistungssicherheit liegen sollte.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 76.881,87 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Dezember 2015 Zug um Zug gegen Rückgabe des Originals des Bürgscheins gemäß Anlage K3 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung unter teilweiser Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.

Anders, als die Klägerin meine, werde die Kumulation der Mängelansprüchesicherheiten nach Abnahme nicht durch § 17 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B ausgeschlossen. Da im Streitfall nach Nr. 4.1 der Besonderen Vertragsbedingungen der Auftragnehmer erst "nach Abnahme und Erfüllung aller bis dahin erhobenen Ansprüche einschließlich Schadensersatzansprüche" die Rückgabe der nicht verwerteten Vertragserfüllungssicherheit verlangen könne, greife die Auffangbestimmung des § 17 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B nicht; denn diese sehe vor, dass die Vertragserfüllungssicherheit nur dann "*spätestens nach Abnahme und Stellung der Sicherheit für Mängelansprüche zurückzugeben*" sei, wenn kein anderer Zeitpunkt vereinbart worden sei. Hier sei aber in Nr. 4.1 der Besonderen Vertragsbedingungen die Rückgaberegulierung des § 17 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B durch die Umwandlungsregelung ersetzt worden. Aus der kundenfeindlichsten Auslegung dieser Bestimmung folge jedoch, dass damit die Vertragserfüllungsbürgschaft vom Auftraggeber so lange behalten werden dürfe, bis die Höhe der dem Auftragnehmer zustehenden Forderung feststehe. Zudem greife die Bestimmung von § 17 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B ohnehin nicht im Fall einer Kombi-Bürgschaft, da diese Bestimmung nur die Rückgabe einer Vertragserfüllungssicherheit regele.

Im Übrigen wäre - wollte man mit der Klägerin eine Anwendbarkeit von § 17 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B bejahen - die Bestimmung in Nr. 4.1 der Besonderen Vertragsbedingungen dann jedenfalls wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam.

Anders als die Klägerin meine, bestehe hier auch ein zeitliches und inhaltliches Nebeneinander von beiden Sicherheiten. Insbesondere würden vom Sicherungsumfang der Vertragserfüllungsbürgschaft auch "Mängelansprüche" aus der Zeit nach der Abnahme umfasst. Dies ergebe sich bereits daraus, dass "sämtliche Verpflichtungen aus dem Vertrag" hierdurch gesichert werden sollten.

Im Übrigen ergebe sich eine Unwirksamkeit der Sicherungsklausel auch - wie bereits erstinstanzlich dargetan - aus der Vereinbarung des uneingeschränkten Ausschlusses der Einrede der Anfechtbarkeit sowie des Verbots der Stückelung der Bürgschaften.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Einzelnen und Übrigen sowie der von ihnen erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf die zur Akte gereichten Schriftsätze samt Anlagen sowie das angefochtene Urteil verwiesen.

B

Die Berufung der Klägerin ist zulässig, aber unbegründet. Die angefochtene Entscheidung beruht weder auf einem Rechtsfehler (§§ 513 Abs. 1, 1. Alternative, 546 ZPO), noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO der Entscheidung zugrunde zu legenden Tatsachen eine abweichende rechtliche Wertung (§ 513 Abs. 1, 2. Alt. ZPO).

Zu Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, dass der Klägerin kein Anspruch auf Zahlung aus der von der #### GmbH gestellten Gewährleistungsbürgschaft gegen die Beklagte zusteht, weil die

Sicherungsabrede gemäß Nr. 4.1 der Besonderen Vertragsbedingungen in Verbindung mit Nr. 22 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen wegen unangemessener Benachteiligung der ### GmbH als Auftragnehmerin gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam ist.

Im Einzelnen:

Die Beklagte kann der Inanspruchnahme aus der von ihr übernommenen Gewährleistungsbürgschaft mit Erfolg die Einrede gemäß §§ 768 Abs. 1 Satz 1, 821 BGB entgegenhalten, die ### GmbH als Auftragnehmerin habe die Bürgschaft ohne rechtlichen Grund gestellt. Denn zu Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die der Bürgschaft zu Grunde liegende Sicherungsabrede unwirksam ist.

1. Der Beklagten stehen als Bürgin gemäß § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB die Einwendungen des Schuldners - vorliegend also der ### GmbH - aus der Sicherungsabrede mit dem Gläubiger - vorliegend der Klägerin - zu.

Gewährt der Bürge eine Sicherheit, obwohl die Sicherungsabrede zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger unwirksam ist, kann er sich gegenüber dem Leistungsverlangen des Gläubigers auf die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede und damit auf die Einrede des Hauptschuldners berufen, dass der Gläubiger die Inanspruchnahme des Bürgen zu unterlassen habe. Dies ist Ausfluss aus dem Akzessorietätsgedanken, durch den sichergestellt werden soll, dass der Bürge grundsätzlich nicht mehr zu leisten hat als der Hauptschuldner (BGH, Urteil vom 1. Oktober 2014 - VII ZR 164/12 m.w.N.).

2. Zu Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die Sicherungsabrede gemäß Nr. 4.1 der Besonderen Vertragsbedingungen in Verbindung mit Nr. 22 der zusätzlichen Vertragsbedingungen unwirksam ist, weil sie den Auftragnehmer unter dem Gesichtspunkt der Übersicherung unangemessen benachteiligt, § 307 Abs. 1 BGB.

a) Eine zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer getroffene Sicherungsabrede, nach der letzterer eine Vertragserfüllungsbürgschaft zu stellen hat, stellt eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB dar und ist unwirksam, wenn der Verwender missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne die Interessen des Vertragspartners hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (BGH, Urteil vom 16. Juni 2016 - VII ZR 29/13 m.w.N.).

b) Diese Voraussetzungen sind bei der streitgegenständlichen Sicherungsabrede erfüllt.

aa) Zwar ist die Verpflichtung des Auftragnehmers zur Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 5% der Auftragssumme - wie im Streitfall in Nr. 4.1 Satz 1 der Besonderen Vertragsbedingungen vorgesehen - für sich genommen nicht zu beanstanden; denn das Verlangen von Vertragserfüllungssicherheiten in einer Größenordnung von bis zu 10% der Auftragssumme ist nicht als missbräuchliche Durchsetzung der Interessen des Verwenders anzusehen (BGH, Urteil vom 16. Juni 2016 - VII ZR 29/13; derselbe, Urteil vom 7. April 2016 - VII ZR 56/15).

bb) Auch die Verpflichtung zur Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft in Höhe von 3% der Auftragssumme (zuzüglich erteilter Nachträge) - wie vorliegend gemäß Nr. 4.1 Satz 2 der Besonderen Vertragsbedingungen vereinbart begegnet keinen Bedenken. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entsprechen Sicherheiten in Form von Gewährleistungsbürgschaften bis zur Höhe von 5% der Auftragssumme der Praxis der privaten Bauwirtschaft zur Absicherung der dem Auftraggeber

nach Abnahme zustehenden Gewährleistungsansprüche und sind nicht zu beanstanden (BGH, Urteil vom 1. Oktober 2014 - VII ZR 163/12 m.w.N.). Angesichts dessen begründet sich durch die im Streitfall vereinbarte Sicherheit für Mängelansprüche in Höhe von 3% der Auftragssumme für sich genommen selbst unter Berücksichtigung der in die Auftragssumme einzubeziehenden Nachträge ebenfalls keine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers.

cc) Eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers durch die AGB des Auftraggebers ist allerdings dann gegeben, wenn die Forderung nach der Hergabe einer Vertragserfüllungsbürgschaft einerseits, einer Gewährleistungsbürgschaft andererseits dazu führt, dass sie in Kumulation dem Auftraggeber eine Sicherheit von mehr als 6% verschaffen (vgl. BGH, Urteil vom 1. Oktober 2014 - VII ZR 163/12; ders. Urteil v. 25. März 2004 - **VII ZR 453/02**) und durch die Vertragsgestaltung nicht sichergestellt ist, dass die eine Bürgschaft die andere ablöst, sondern beide nebeneinander bestehen können, sich also zeitlich und inhaltlich überschneiden.

Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Auftragnehmer dem Auftraggeber auch über den Zeitraum der Abnahme hinaus wegen Mängelansprüchen eine überhöhte, also 7% oder mehr der Abrechnungssumme betragende Sicherheit zu leisten hat, weil durch die Vertragserfüllungssicherheit auch Gewährleistungsansprüche abgesichert werden und es dem Auftraggeber deshalb möglich ist, die Vertragserfüllungssicherheit noch längere Zeit nach der Abnahme zu behalten (BGH, Urteil vom 23. Januar 2015 - **VII ZR 120/14** m.w.N.).

c) So verhält es sich auch im hier zu entscheidenden Fall.

Bei Zugrundelegung der insoweit maßgeblichen kundenfeindlichsten Auslegung der Vertragsbedingungen der Klägerin (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 5. Mai 2011 - **VII ZR 179/10**) tritt für die Zeit nach der Abnahme der Werkleistung eine Kumulation von Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaft ein, die in der Summe der Klägerin als Auftraggeberin eine Sicherheit von bis zu 8% und damit eine das Maß des Angemessenen überschreitende Sicherung gewährt.

aa) Entgegen der Auffassung der Klägerin besteht bei "kundenfeindlichster Auslegung" der von ihr verwendeten Vertragsbedingungen eine inhaltliche Überschneidung beider Bürgschaftsformen mit der Folge, dass der Auftraggeber beide Sicherheiten nebeneinander beanspruchen kann.

aaa) Unter Berücksichtigung des Wortlauts von Nr. 22 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen werden durch die Vertragserfüllungsbürgschaft nämlich keineswegs lediglich dem Erfüllungsanspruch des Auftraggebers zuzurechnende, vor Abnahme erkannte Mängel gesichert, sondern auch Gewährleistungsansprüche aus der Zeit nach der Abnahme. Dies ergibt sich schon aus dem Umstand, dass nach Nr. 22.1 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen die Vertragserfüllungssicherheit "sämtliche Verpflichtungen" aus dem Vertrag sichern soll.

Soweit die Klägerin demgegenüber meint, dass mit "Mängelansprüchen" gemäß Nr. 22.1 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen lediglich Mängelansprüche im Sinne von § 4 Nr. 7 VOB/B, nicht aber Gewährleistungsansprüche im Sinne von § 634 BGB bzw. § 13 Nr. 5 VOB/B gemeint seien, kann dieser Ansicht unter Berücksichtigung des Wortlauts der klägerischen Vertragsbedingungen nicht gefolgt werden.

Denn auch in der die Mängelansprüchesicherheit regelnden Bestimmung gemäß Nr. 22.2 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen, die sich eindeutig auf Gewährleistungsansprüche bezieht, ist von

"Mängelansprüchen" die Rede. Anhaltspunkte dafür, dass dem Begriff der "Mängelansprüche" in beiden Bestimmungen jeweils eine unterschiedliche Bedeutung beigemessen werden müsse, sind weder von der Klägerin aufgezeigt worden noch anderweitig ersichtlich.

Soweit die Klägerin meint, dass sich ein anderes Verständnis aus der nach ihrer Auffassung anwendbaren Bestimmung des § 17 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B ergebe, unterliegt sie insoweit einem Zirkelschluss. Denn die Anwendbarkeit dieser Bestimmung will sie gerade aus dem Umstand herleiten, dass (vermeintlich) Gewährleistungsansprüche von der Vertragserfüllungssicherheit nicht umfasst seien.

Im Übrigen gehen etwaige Zweifel bei der Auslegung gemäß § 305c Abs. 2 BGB ohnehin zu Lasten der Klägerin als Verwenderin der Vertragsbedingungen (vgl. BGH, Urteil vom 20. Mai 2014 - VII ZR 248/13 m.w.N.).

Gemessen daran sichert die Vertragserfüllungssicherheit damit bei "kundenfeindlichster Auslegung", solange sie noch nicht zurückgegeben ist, auch erst nach Abnahme entstehende Gewährleistungsansprüche mit ab. Da andererseits die - jedenfalls spätestens mit der Abnahme zu stellende - Sicherheit für Mängelansprüche sowohl solche Mängel mit absichert als auch zusätzlich Mängel aus dem Ausführungsstadium, die sich der Bauherr bei der Abnahme vorbehalten hat und die deshalb nunmehr als Mängelrechte nach § 13 Nr. 5 VOB/B fortbestehen, besteht damit eine zumindest teilweise inhaltliche Überdeckung von Vertragserfüllungs- und Gewährleistungssicherheit.

bbb) Bei dieser zumindest teilweisen inhaltlichen Überdeckung handelt es sich, anders als die Klägerin meint, auch nicht um eine mit der Intention von § 17 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1, Halbs. 2, Satz 2 VOB/B in Einklang stehende Regelung.

Danach ist zwar ein Nebeneinanderbestehen von Vertragserfüllungs- und Gewährleistungssicherheiten grundsätzlich zulässig. Dies gilt aber nur für den Fall, dass sich die einbehaltene Vertragserfüllungssicherheit allein auf Mängelansprüche im Sinne von § 4 Nr. 7 VOB/B, also Vertragserfüllungsansprüche aus der Zeit vor der Abnahme bezieht, die Gewährleistungssicherheit dagegen auf nach Abnahme erkennbar gewordene Mängel, so dass eine Überschneidung des Sicherungszwecks gerade nicht eintritt. Unter Maßgabe der klägerischen Vertragsbedingungen erstrecken sich jedoch - wie vorstehend ausgeführt - beide Sicherheiten auf Gewährleistungsansprüche für die Zeit nach der Abnahme. Somit liegt hier also gerade kein - rechtlich unbedenklicher - Fall von § 17 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1, Halbs. 2, Satz 2 VOB/B vor.

ccc) Soweit die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat schließlich darauf abgestellt hat, dass eine inhaltliche Überschneidung beider Sicherheiten nach ihren Vertragsbedingungen jedenfalls dann nicht eintreten könne, wenn wie im Streitfall - der Auftragnehmer eine Kombinationsbürgschaft gewählt habe, weil dem Auftraggeber dann kein Recht zum Einbehalt aus der Schlussrechnung oder auf Gestellung einer weiteren Sicherung zustehe, kann auch dem nicht gefolgt werden.

Denn da gemäß Nr. 4.1 Satz 3 der Besonderen Vertragsbedingungen zwei Sicherheiten zu leisten sind, reicht die Stellung der Kombi-Bürgschaft nicht aus, wenn der Auftraggeber daraus bereits gemäß Nr. 4.1 Satz 7 der Besonderen Vertragsbedingungen Ansprüche erhebt, die vom Auftragnehmer noch nicht erfüllt worden sind; für diesen Fall liefe nämlich das dem Auftragnehmer eingeräumte Umwandlungsrecht ins Leere mit der Folge, dass ein nahtloser Übergang von einer Vertragserfüllungssicherheit zu einer Mängelansprüchesicherheit gerade nicht gewährleistet wäre. Gleiches würde im Übrigen gelten, wenn zwar bei Abnahme keine noch nicht erledigten vorbehaltenen Mängel vorhanden wären, aber stattdessen

Ansprüche wegen verwirkter Vertragsstrafen aufgrund Verzugs bei Fertigstellung oder überzahlter Abschläge. Auch in einem solchen, für den Auftragnehmer ungünstigsten Fall, von dem unter Zugrundelegung der "kundenfeindlichsten Auslegung" jedoch ausgegangen werden muss, dürfte der Auftraggeber wegen der Regelung in Nr. 4.1 Satz 7 der Besonderen Vertragsbedingungen die Vertragserfüllungssicherheit noch behalten und zugleich daneben die Mängelgewährleistungssicherheit verlangen.

bb) Anders als die Klägerin meint, führt die "kundenfeindlichste Auslegung" der von ihr verwendeten Vertragsbedingungen auch zu einer zeitlichen Überschneidung beider Sicherungsrechte; denn hiernach kann der Auftraggeber beide Sicherheiten zeitgleich nebeneinander beanspruchen.

aaa) Dabei erscheint schon fraglich, ob nach den Vertragsbedingungen der Klägerin die Gewährleistungssicherheit vom Auftragnehmer tatsächlich erst mit Abnahme zu stellen ist, wie die Klägerin meint. Die Bestimmung eines vom Wortlaut des § 17 Nr. 7 VOB/B abweichenden Zeitpunkts für die Gestellung der Mängelanspruchssicherheit, die danach wie auch die Vertragserfüllungssicherheit bereits 18 Tage nach Vertragsschluss zu leisten wäre, lässt sich den streitgegenständlichen Vertragsbedingungen jedenfalls nicht entnehmen. Vor diesem Hintergrund läge daher schon unter dieser Maßgabe eine zeitliche Überlappung von Vertragserfüllungs- und Gewährleistungssicherheit vor, die der Klägerin eine unzulässige Sicherung von mehr als 6% verschaffte.

bbb) Selbst dann aber, wenn mit der Klägerin davon auszugehen wäre, dass die Sicherheit für Mängelansprüche gemäß Nr. 4.1 Satz 2 der Besonderen Vertragsbedingungen tatsächlich erst mit Abnahme zu leisten wäre, läge gleichwohl bei entsprechend "kundenfeindlichster Auslegung" eine zeitliche Überdeckung mit der Vertragserfüllungssicherheit vor.

(1) Eine Regelung dahingehend, dass die Vertragserfüllungssicherheit nur bis zur Abnahme festgestellte Mängel sichern, während die Gewährleistungssicherheit - zeitlich nachfolgend - nur den Zeitraum der Gewährleistungshaftung abdecken soll, beinhalten die Vertragsbedingungen der Klägerin nicht.

Stattdessen ergibt sich nach Maßgabe von Nr. 4.1 Satz 7 der Besonderen Vertragsbedingungen in Verbindung mit Nr. 22 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen, dass die Vertragserfüllungssicherheit keineswegs spätestens bei Abnahme und Gestellung der Sicherheit für Mängelansprüche zurückzugeben ist, wie dies § 17 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 VOB/B vorsieht. Vielmehr kann nach Nr. 4.1 Satz 7 der Besonderen Vertragsbedingungen der Auftragnehmer erst nach Abnahme und Erfüllung aller bis dahin erhobenen Ansprüche einschließlich Schadensersatz die Umwandlung der Vertragserfüllungssicherheit in eine Mängelanspruchssicherheit verlangen und der Auftraggeber die Vertragserfüllungsbürgschaft so lange behalten, weil durch diese gemäß Nr. 22.1 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen u. a. auch Mängelansprüche gesichert werden.

Damit umfasst die Vertragserfüllungssicherheit auch erst nach Abnahme entstehende, dem Gewährleistungsstadium zuzurechnende Ansprüche, so dass infolgedessen - auch - eine zeitliche Überschneidung mit der geschuldeten Gewährleistungssicherheit besteht, die jedenfalls spätestens ab Abnahme und Beginn des Gewährleistungszeitraums zu leisten ist.

(2) Daran ändert auch der Umstand nichts, dass es sich bei dem Umwandlungsrecht gemäß Nr. 4.1 Satz 7 der Besonderen Vertragsbedingungen um ein Recht des Auftragnehmers handelt; denn dieses Recht kann er nach dem vorstehend Gesagten erst zu einem Zeitpunkt ausüben, zu dem eine Gewährleistungssicherheit bereits gestellt worden sein muss.

Dass der Auftraggeber die Gestellung einer Mängelansprüchesicherheit im Sinne von Nr. 4.1 Satz 2 der Besonderen Vertragsbedingungen solange nicht verlangen können soll, wie die Vertragserfüllungssicherheit fortbesteht, lässt sich dem Klauselwerk der Klägerin nämlich nicht entnehmen. Dies ergibt sich insbesondere auch nicht aus § 17 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B. Insoweit ist schon zweifelhaft, ob diese Bestimmung bei einer Vertragserfüllungssicherheit im weiteren Sinn - wie sie hier vorliegt -, überhaupt anwendbar ist (vgl. insoweit Jousen, in: Ingenstau/Korbion, VOB, 20. Aufl., § 17 Nr. 8 VOB/B, Rz. 2). Selbst wenn dies der Fall wäre, bestünde jedenfalls keine Rückgabepflicht der geleisteten Sicherheit, soweit von der Sicherheit für Mängelansprüche nicht umfasste Ansprüche betroffen sind.

Durch deren Geltendmachung kann der Auftraggeber daher für eine vorab nicht absehbare Zeit (ggf. bis zur gerichtlichen Klärung) eine Gestellung beider Sicherheiten erreichen. Denn zum einen ist nach Nr. 4.1 Satz 7 der Besonderen Vertragsbedingungen die Umwandlung der Vertragserfüllungsbürgschaft in eine Mängelansprüchesicherheit erst nach Erfüllung der bis dahin erhobenen Ansprüche gestattet, und zwar - anders als bei § 17 Nr. 8 Satz 1 VOB/B - aller erhobenen Ansprüche, auch wenn diese ggf. nur einen Teil der gesicherten Summe aus der Vertragserfüllungssicherheit umfassen. Zum anderen wird die Umwandlung bzw. Rückgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft nicht von der Berechtigung der erhobenen Ansprüche abhängig gemacht. Angesichts dessen kann sich damit der Anspruch des Auftragnehmers auf Umwandlung in eine Gewährleistungsbürgschaft für einen nicht überschaubaren Zeitraum hinausschieben.

cc) Gemessen daran liegen die rechtlichen Gegebenheiten im Streitfall anders als in der von der Klägerin in Bezug genommenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 16. Juni 2016 (**VII ZR 29/13**), in der die Gefahr einer zeitgleichen Beanspruchung beider Sicherheiten durch den Auftraggeber wegen Eingreifens der Bestimmung von § 17 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B nicht bestand.

Anders als dort wird durch die Vertragsbedingungen der Klägerin nämlich bei objektiver, "kundenfeindlichster Auslegung" gerade nicht sichergestellt, dass eine Vertragserfüllungsbürgschaft (hier über 5% der Auftragssumme) nahtlos in eine Mängelansprüchesicherheit (hier in Höhe von 3%) abgeschmolzen wird.

Stattdessen kann nach den klägerischen Vertragsbedingungen keineswegs ausgeschlossen werden, dass vom Auftragnehmer zwei Sicherheiten nebeneinander zu stellen sind, die insoweit summenmäßig zu 8% kumulieren und damit das nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zulässige Höchstmaß überschreiten. Genau diesen Aspekt lässt der Bundesgerichtshof jedoch in seiner Entscheidung vom 22. Januar 2015 (**VII ZR 120/14**) bereits für eine unwirksamkeitsbegründende Übersicherung schon bei isolierter Betrachtung der dort mit den hiesigen Bestimmungen in Nr. 4.1 Sätze 1, 2 und 7 der Besonderen Vertragsbedingungen inhaltsgleichen Regelung ausreichen.

d) Eine Unwirksamkeit der Sicherungsabrede wegen einer unangemessenen Benachteiligung des Auftragnehmers aufgrund eines möglichen Nebeneinanders von Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaft lässt sich dabei auch nicht dadurch heilen, dass die Vertragsklausel in Nr. 4.1 Satz 7 der Besonderen Vertragsbedingungen bzw. in Nr. 22.1 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen jeweils in einen inhaltlich unzulässigen und einen inhaltlich zulässigen Teil zerlegt werden und Nr. 4.1 Satz 7 der Besonderen Vertragsbedingungen unter Streichung des Passus "*und Erfüllung aller bis dahin erhobenen Ansprüche einschließlich Schadensersatz*" sowie Nr. 22.1 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen in der Fassung "*Die Sicherheit für Vertragserfüllung erstreckt sich auf die Erfüllung*

der Verpflichtungen aus dem Vertrag" aufrechterhalten bleiben kann.

Zwar können nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs inhaltlich voneinander trennbare, einzeln aus sich heraus verständliche Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Gegenstand einer gesonderten Wirksamkeitsprüfung sein, auch wenn sie in einem äußeren sprachlichen Zusammenhang mit anderen unwirksamen - Regelungen stehen. Führt dies allerdings dazu, dass der als wirksam anzusehende Rest im Gesamtgefüge des Vertrags nicht mehr sinnvoll, insbesondere der als unwirksam beanstandete Klauselteil von so einschneidender Bedeutung ist, dass von einer gänzlich neuen, von der bisherigen völlig abweichenden Vertragsgestaltung gesprochen werden muss, ergreift die Unwirksamkeit der Teilklausel die Gesamtklausel (BGH, Urteil v. 22. Januar 2015 - VII ZR 12014).

So liegt der Fall auch hier. Durch eine Beschränkung des Sicherungszwecks der Vertragserfüllungsbürgschaft auf Erfüllungsansprüche aus der Zeit vor der Abnahme oder auf ohne bei Abnahme vorbehaltene Mängelansprüche erhalte die Sicherungsklausel einen von ihrem ursprünglichen Inhalt grundsätzlich abweichenden Regelungsgehalt, der zu einer der Intention der Klägerin als Klauselverwenderin entgegenstehenden abweichenden Vertragsgestaltung führen würde (vgl. BGH, a.a.O., Rz. 19 m.w.N.).

Vor diesem Hintergrund erweist sich die von der Klägerin im Streitfall gestellte Sicherungsklausel jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Übersicherung als unwirksam, so dass es im Ergebnis auf das Vorliegen etwaiger weiterer Unwirksamkeitsgründe - die Beklagte verweist insoweit auf den uneingeschränkten Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit und das Verbot der "Stückelung" von Bürgschaften in Nrn. 23.3 und 23.4 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen - nicht weiter ankommt.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ **97** Abs. 1 ZPO, der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ **708** Nr. 10, **711** ZPO.

Anlass, die Revision zuzulassen, hat der Senat nicht, § **543** Abs. 2 S. 1 ZPO.

Entgegen der Auffassung der Klägerin liegt kein Revisionszulassungsgrund vor.

Ob die hier vorliegenden Vertragsbedingungen aus AGB-rechtlichen Gründen wegen der Gefahr der Übersicherung des Auftraggebers unwirksam sind, ist keine klärungsbedürftige Rechtsfrage, weil bereits eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urteil v. 22. Januar 2015 - **VII ZR 120/14**) zu einer inhaltsgleichen Sicherungsklausel vorliegt.

Eine Revisionszulassung ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer Divergenz zu den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs oder anderer Obergerichte geboten.

Vielmehr schließt sich der Senat der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die zu vergleichbaren Sachverhaltskonstellationen ergangen sind, ausdrücklich an.