

Handschriftliche Eintragungen in AGB-Formulare führen nicht zwingend zu einer Individualvereinbarung

- OLG Celle, Urteil vom 02.10.2019 - 14 U 94/19 -

Leitsatz des Gerichts:

Handschriftliche Zusätze (hier: Prozentsätze für Einbehalte), die in vorformulierte Vertragsmuster eingetragen werden, ändern jedenfalls dann nichts an der Einordnung der davon betroffenen Klausel als AGB, wenn sie auf den Vertragsinhalt und die gegenseitigen Pflichten keinen wesentlichen Einfluss haben.

(Abgrenzung zu BGH, Urt. v. 11.07.2019 - VII ZR 266/17)

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Einzelrichters der 14. Zivilkammer des Landgerichts Hannover – 14 O 188/18 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Klägerin zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin darf die Vollstreckung der Beklagten wegen der Kosten des Berufungsverfahrens durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Streitwert des Berufungsverfahrens: 92.000,00 EUR.

Gründe

I.

1

Die Klägerin begehrt Zahlung aus einer Vertragserfüllungsbürgschaft.

2

Die Beklagte hat diese Bürgschaft für die Fa. Fassadentechnik B. GmbH abgegeben. Zugrunde liegt ein Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin als Generalunternehmerin und der Fassadentechnik B. GmbH als Subunternehmerin, die im Rahmen der Errichtung eines Einkaufszentrums in Rheine Wand- und Fassadenarbeiten durchführen sollte. Diese Arbeiten waren nach dem Vortrag der Klägerin insgesamt mangelhaft und letztlich unbrauchbar. Für die Leistungen der B. GmbH übernahm die Beklagte eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10 % der pauschal vereinbarten Auftragssumme von 920.000,00 €, d.h. über 92.000,00 €. Diese 92.000,00 € sind die Klageforderung. Die Vertragserfüllungsbürgschaft bezieht sich insbesondere auf „sämtliche Ansprüche zur Vertragserfüllung einschließlich Überzahlung (Rückzahlung)“ (Anlage K3 im Anlagenband Klägerin).

3

In diesem Zusammenhang streiten die Parteien über die Wirksamkeit der Sicherungsabrede und die Auslegung folgender – hier nur auszugsweise wiedergegebenen – Klauseln aus dem Vertragswerk zwischen der Klägerin und der B. GmbH (Verhandlungsprotokoll Bauleistungen v. 10.8.2015, Anlage B1 im Anlagenband Beklagte, vereinbart gem. Ziff. 1 des Bauvertrags, Bl. 2 und 5 Anlage K1 AB Kl. – vorformulierter Text – die Prozentsätze sind handschriftlich eingetragen worden):

4

7. Zahlungsbedingungen

5

Ziff. 7.1 Abschlagszahlungen

90 % der erbrachten Nettoleistung

Einbehalte während Vertragserfüllung

10 % der Abschlagszahlungen bis maximal 10 % der Auftragssumme, ablösbar gegen Bürgschaft (Ziff. 14)

Schlusszahlung

95 % der geprüften Schlussrechnung nach Abnahme

Einbehalt während Gewährleistungszeit

5 % der Schlussrechnungssumme, ablösbar gegen Bürgschaft (Ziff. 14)

6

11.3 Die Abnahme der Leistung des AN erfolgt bei oder unverzüglich nach Abnahme der Gesamtleistung des AG durch den BH. ...

7

14. Sicherheiten

8

Mängelsicherheit i.H.v. 5 % der Schlussrechnungssumme, unbefristet

9

In den Vertragsbedingungen (vereinbart gem. Bl. 5 Anlage K1 AB Kl.) steht weiter (Anlage B2 im AB Bekl.):

10

16. Sicherheitsleistung

11

16.1. Der AN hat dem AG für die Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtung Sicherheit zu leisten. Werden keine abweichenden Vereinbarungen getroffen, gilt ein Bareinbehalt in Höhe von 10 % der Auftragssumme als vereinbart. ... Die Sicherheit ist dem AN nach Abnahme zurückzugeben/auszuzahlen, sofern nicht bei Abnahme festgestellte Mängel dem entgegenstehen.

12

16.2. Der AN hat dem AG eine Sicherheit in Höhe von 5 % der Abrechnungssumme für Mängelansprüche bis zum Ablauf der Verjährungsfrist zu leisten. ...

13

Die Klägerin legt ihrem Anspruch zugrunde, dass die Fa. B. ihre Leistungen nicht oder nur mangelhaft erbracht habe, eine Mangelbeseitigung sei erfolglos verlaufen bzw. gar nicht erst durchgeführt worden. Die Leistungen seien auch nicht abgenommen worden. Da die Kosten der Ersatzvornahme mit 134.501,00 € deutlich die mit der Bürgschaft gesicherte Summe überstiegen und zudem die Klägerin eine Rückzahlung der geleisteten Abschlagszahlungen verlangen könne, sei sie berechtigt, die Beklagte auf Zahlung aus der Vertragserfüllungsbürgschaft in voller Höhe in Anspruch zu nehmen.

14

Die Beklagte vertritt die Auffassung, die Sicherungsabreden seien insgesamt unwirksam, weil die Rückgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft letztlich davon abhängig sei, ob der Bauherr gegenüber der Klägerin die Abnahme der Gesamtleistung erklärt habe. Hierauf habe jedoch die Beklagte bzw. der Subunternehmer, die Fa. B., für die die Beklagte die Sicherheit gestellt habe, keinen Einfluss. Das benachteilige die Fa. B. und damit letztlich die Beklagte, die sich auf dieselben Einreden berufen könne, die dem Subunternehmer bzw. der Fa. B. zuständen, unangemessen.

15

Das Landgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Wegen der Gründe wird auf das angefochtene Urteil verwiesen.

16

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin. Sie vertritt weiterhin die Auffassung, die vereinbarten Regelungen seien je für sich genommen und auch in ihrer Gesamtbetrachtung wirksam. Es läge weder eine unangemessene Benachteiligung der Fa. B. und folglich der Beklagten vor noch eine – auch nur potentielle – Übersicherung. Wegen der Einzelheiten der Berufungsbegründung wird auf sie Bezug genommen (Bl. 137 f. d.A.).

17

Die Klägerin beantragt

18

die Verurteilung der Beklagten, an die Klägerin 92.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5-Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 18. Mai 2017 zu zahlen, Zug-um-Zug gegen Herausgabe der Bürgschaftsurkunde vom 14.10.2015 (Bürgschein-Nr.: B282-927764/13-15/1);

19

die Verurteilung der Beklagten, an die Klägerin weitere 2.217,45 € nebst Zinsen in Höhe von 5-Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;

20

hilfsweise: die Zulassung der Revision.

21

Die Beklagte beantragt

22

die Zurückweisung der Berufung.

23

Sie verteidigt das angefochtene Urteil (Berufungserwiderung Bl. 171 f. d.A.).

24

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird Bezug genommen auf den vorgetragenen Inhalt der zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 10.09.2019.

II.

25

Die Berufung hat keinen Erfolg. Das Urteil des Landgerichts ist jedenfalls im Ergebnis zutreffend.

26

1. Die im Streit stehenden Regelungen sind Allgemeine Geschäftsbedingungen.

27

a) Nach [§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB](#) sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt. Vorformuliert sind Vertragsbedingungen, wenn sie für eine mehrfache Verwendung schriftlich aufgezeichnet oder in sonstiger Weise fixiert sind. Die Vorformulierung setzt voraus, dass die Vertragsbestimmungen nicht für den konkreten Vertragsschluss entworfen, sondern als Grundlage oder Rahmen für gleichartige Rechtsverhältnisse aufgestellt sind (vgl. BGH, Urt. v. 26.09.1996 – [VII ZR 318/95](#), [BauR 1997, 123](#), juris-Rn. 8). In diesem Sinne sind Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen bereits dann vorformuliert, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ihre dreimalige Verwendung beabsichtigt ist, auch wenn es sich dabei nicht um verschiedene Vertragsparteien handelt (BGH, Urt. v. 11.12.2003 – [VII ZR 31/03](#), [BauR 2004, 674](#), juris-Rn. 17). Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen aber auch dann vor, wenn sie von einem Dritten für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind, selbst wenn die Vertragspartei, die die Klauseln stellt, sie nur in einem einzigen Vertrag verwenden will (BGH, Beschl. v. 23.06.2005 – [VII ZR 277/04](#), [BauR 2006, 106](#) – st. Rspr.).

28

Die in Rede stehenden Formulare als solche erfüllen eindeutig diese Voraussetzung (auch das Verhandlungsprotokoll Bauleistungen gem. Anlage B1 an sich, vgl. dort je am Seitenende „FB 4.5.1-04-Verhandlungsprotokoll Stand 23.02.2015“ – das Protokoll selbst datiert auf den 10.08.2015).

29

b) Die handschriftlichen Eintragungen der Prozentsätze ändern daran nichts.

30

Aus der Entscheidung des BGH vom 11.07.2019 ([VII ZR 266/17](#), [WM 2019, 1615](#)) ergibt sich keine andere Bewertung. Der BGH hat da für einen handschriftlich in ein Formular eingefügten Betrag (die Baukosten) eine AGB verneint (Rn. 32 des Urteils):

31

... ist § 5.3.1 Abs. 1 Satz 1 der Vertragsmuster nicht als Allgemeine Geschäftsbedingung zu qualifizieren. Zwar ist trotz der Notwendigkeit, in den Vertragsbedingungen den Betrag der Baukosten einzusetzen und anzukreuzen, ob die Baukosten „brutto“ oder „netto“ vereinbart sein sollen, von vorformulierten Vertragsbedingungen auszugehen (vgl. BGH, Urt. v. 23.08.2016 – [VIII ZR 23/16](#) Rn. 9, [NJW-RR 2017, 137](#)). Die so zu vervollständigende Vertragsbedingung bezieht sich indes nicht auf eine Vielzahl von Verträgen. Sie erhält vielmehr ihren Regelungsgehalt erst durch das Einsetzen der Baukostensumme, die für das jeweilige Bauvorhaben, d.h. individuell, bestimmt wird. Damit enthält § 5.3.1 Abs. 1 Satz 1 der Vertragsmuster eine Vertragsbestimmung, deren Verwendung nur für diesen Vertrag beabsichtigt ist.

32

Im Unterschied zum vorliegenden Fall handelt es sich bei den Baukosten aber um einen wesentlichen Vertragsinhalt, der Einfluss auf die gesamte Vertragsgestaltung hat. Die hier betroffenen Prozentsätze haben keine vergleichbare Bedeutung. Der Vertrag als solcher kann auch ohne die im Streit stehenden Klauseln bestehen bleiben.

33

Darüber hinaus ist unklar, von wem die Einträge stammen, insbesondere ob sie schon voringetragen waren und ob sie „ausgehandelt“ worden sind. Aushandeln ist jedoch individueller als Verhandeln (BGH, Urt. v. 20.03.2014 – [VII ZR 248/13](#), [NJW 2014, 1725](#), Rn. 27 – die Entscheidung betraf gleichfalls eine Vertragserfüllungsbürgschaft):

34

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfordert Aushandeln mehr als Verhandeln. Von einem Aushandeln in diesem Sinne kann nur dann gesprochen werden, wenn der Verwender zunächst den in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt, also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen, inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. Er muss sich also deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit erklären (BGH, Urt. v. 22.11.2012 – [VII ZR 222/12](#), [BauR 2013, 462](#) Rn. 10). Die entsprechenden Umstände hat der Verwender darzulegen (BGH, Urt. v. 03.04.1998 – [V ZR 6/97](#), [NJW 1998, 2600](#), 2601). Dieser Darlegungslast ist die Klägerin nicht nachgekommen. Dem Vortrag der Klägerin kann nicht entnommen werden, ob und inwieweit sie bereit gewesen wäre, die Vereinbarungen zur Vertragserfüllungsbürgschaft zu ändern. Der allgemeine Hinweis, alle Vertragsbedingungen hätten zur Disposition gestanden, enthält nicht die notwendige Konkretisierung hinsichtlich der Kerngehalte der einzelnen Klauseln, insbesondere zur Sicherheitsleistung. Deshalb ist auch Ziffer 10 Satz 1 des Verhandlungsprotokolls vom 12. Mai 2005, in dem der Generalunternehmer bestätigte, über die Vertragsklauseln sei „ausgiebig und ernsthaft verhandelt worden“, zur Darlegung eines Aushandelns bedeutungslos. Könnte der Verwender allein durch eine solche Klausel die Darlegung eines Aushandelns stützen, bestünde die Gefahr der Manipulation und der Umgehung des Schutzes der [§§ 305 ff. BGB](#).

35

c) Vortrag zu einem Aushandeln der Bedingungen ist nicht gehalten worden. Insbesondere die Klägerin geht von Allgemeinen Geschäftsbedingungen aus, die sie je für sich genommen und insgesamt für wirksam hält (vgl. die Berufungsbegründung Bl. 142 ff. d.A., sowie den Schriftsatz vom 30.08.2019, Bl. 184 ff. d.A.). Wenn die Klägerin die Klauseln dennoch für keine AGB gehalten hätte, weil sie (zumindest teilweise) Individualvereinbarungen der Parteien gewesen seien, hätte sie dazu Tatsachenvortrag halten müssen, den es jedoch nicht gibt (vgl. bereits erstinstanzlich die Schriftsätze der Klägerin vom 18.01.2019, Bl. 60 ff. d.A.; vom 07.02.2019, Bl. 83 ff. d.A.; vom 07.03.2019, Bl. 90 ff. d.A.).

36

Die im Streit stehenden AGB sind daher an den [§§ 305 ff. BGB](#) zu messen („zwingendes Recht“, vgl. dazu nur BGH, Urt. v. 20.03.2014 – [VII ZR 248/13](#), [NJW 2014, 1725](#), Rn. 28 ff. mwN).

37

2. Die Klauseln sind jedenfalls in ihrer Gesamtheit unwirksam, weil sie den Auftragnehmer unangemessen benachteiligen, worauf sich die Beklagte gem. [§ 768 Abs. 1 Satz 1 BGB](#) berufen kann. Die vertragliche Gestaltung führt zu einer Übersicherung der Beklagten.

38

a) Die Kombination von Verpflichtung des Auftragnehmers (Fa. B.), eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10 % der Auftragssumme zu stellen (Klausel Ziff. 16.1), mit der Verpflichtung, dass lediglich Abschlagszahlungen in Höhe von 90 % der erbrachten Nettoleistung seitens des Auftraggebers (Klägerin) bezahlt zu werden haben und 10 % der Abschlagszahlungen bis maximal 10 % der Auftragssumme einbehalten werden dürfen während der Vertragserfüllung (Ziff. 7.1), benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen. Das folgt schon aus der insoweit einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urt. v. 09.12.2010 – [VII ZR 7/10](#), [NJW 2011, 2125](#), LS und Rn. 24):

39

Die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers eines Bauvertrags enthaltene Klausel, dass der Auftragnehmer zur Sicherung der vertragsgemäßen Ausführung der Werkleistung eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10 % der Auftragssumme zu stellen hat, ist unwirksam, wenn in dem Vertrag zusätzlich bestimmt ist, dass die sich aus den geprüften Abschlagsrechnungen ergebenden Werklohnforderung des Auftragnehmers nur zu 90 % bezahlt werden.

40

Dies hat der Bundesgerichtshof im Einzelnen damit begründet, dass die belastende Wirkung einer für sich allein gesehen noch hinnehmbaren Klausel durch eine oder mehrere weitere Vertragsbestimmungen derart verstärkt werden kann, dass der Vertragspartner des Verwenders im Ergebnis unangemessen benachteiligt wird. Das könne sogar für den Fall gelten, dass die weitere Klausel für sich genommen bereits unwirksam sei (und damit ganz entfiele, dann bliebe nur die jeweils andere stehen). Wenn sich nämlich eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers erst aus der Gesamtwirkung zweier, jeweils für sich genommen nicht zu beanstandender Klauseln, ergebe, seien beide Klauseln unwirksam. Es sei nicht Sache des Gerichts, sich aussuchen, welche der beiden Klauseln bestehen bleiben solle (BGH – [VII ZR 7/10](#) aaO, Rn. 16 mwN).

41

Das im Streit stehende Klauselwerk entspricht dieser Konstellation. Der Umstand, dass während der Vertragserfüllung gem. Ziff. 7.1 Abs. 2 10 % der Abschlagszahlungen bis maximal 10 % der Auftragssumme einbehalten werden dürfen, ändert daran nichts, sondern führt gerade zur Benachteiligung. Denn selbst wenn man die Klausel gem. Ziff. 7.1 für sich genommen „halten“ könnte (wie auch die in 16.1), änderte das nichts daran, dass in der Kumulation zusätzlich zu den 90 % der

Abschläge, die lediglich gezahlt werden müssen, die Sicherheit in Höhe von 10 % der Auftragssumme zu stellen ist.

42

Nach ständiger Rechtsprechung ist Prüfungsmaßstab die kundenfeindlichste Auslegung (BGH, Urt. v. 20.03.2014 – [VII ZR 248/13](#), [NJW 2014, 1725](#), Rn. 19 mwN). Die Regelung zu den Abschlagszahlungen bewirkt, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer 10 % der an sich zustehenden Vergütung („der erbrachten Nettoleistung“) nicht auszahlen muss, sondern bis zur Prüfung und Bezahlung der Schlussrechnung einbehalten darf. Insoweit wird dem Auftragnehmer auch das Insolvenzrisiko des Auftraggebers überbürdet, was zum Ausfall von 10 % der für seine bereits erbrachten Leistungen anfallenden Werklohnforderung führen könnte. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Leistungen der Fa. B. mangelhaft waren oder nicht, weil dies erst eine weitere Prüfung im Rahmen der Abnahme etc. erforderte. Es geht zunächst um die Prüfung der Klausel als solcher. Zusätzlich hat der Auftraggeber Anspruch auf die Bürgschaft bzw. die Sicherheit oder einen Einbehalt in Höhe von 10 % der Auftragssumme.

43

Damit ist von vornherein eine Übersicherung intendiert. Gemessen am Gesamtvolumen des Vertrags und der vereinbarten Pauschalsumme von 920.000 € beliefe sich die maximale Höhe der Abschlagszahlung mit 90 % auf 828.000 €. Die gem. Ziff. 16.1 zu stellende Sicherheit beträgt 92.000 €. Während der Vertragserfüllung könnte gem. Ziff. 7.1 Abs. 2 ein Betrag von 10 % der Abschlagszahlung zurückgehalten werden, das wären (10 % von 828.000 € =) 82.800 €. Es ergäbe sich demnach eine Gesamtsicherheit von 82.800 + 92.000 = 174.800 €. Der Klägerin stände damit eine Gesamtsicherheit in Höhe von 19 % des vollen Werklohns, also fast eines Fünftels zu (174.800/920.000).

44

Nach Stellung der Vertragserfüllungsbürgschaft ergibt sich kein wesentlich anderes Bild:

45

Die Abschläge von 90 % der erbrachten Nettoleistungen summierten sich wiederum auf 828.000 Euro. Die Sicherheit betrüge 92.000 Euro (10 % von 920.000 €). Dazu käme die Vertragserfüllungsbürgschaft, mithin weitere 92.000 €. Zusammen sind das 184.000 €, d.h. 20 % des gesamten Werklohns, und zwar unabhängig von etwaigen Mängeln.

46

Der Bundesgerichtshof hat sich mit derartigen Vertragsgestaltungen befasst und eine Übersicherung bejaht, weshalb die Klauseln insgesamt unwirksam sind. Er hat dazu ausgeführt (BGH, Urt. v. 16.06.2016 – [VII ZR 29/13](#), Rn. 16 ff. mwN – Hervorhebungen nur hier):

47

Rechtsfehlerhaft nimmt das Berufungsgericht hingegen an, dass hinsichtlich der Abschlagszahlungsregelung gemäß § 13.1. des Vertrags i.V.m. den Zahlungsplänen und der Sicherungsabrede keine Gesamtschau vorzunehmen sei und daher eine Unwirksamkeit der Sicherungsabrede zur Vertragserfüllungsbürgschaft nicht angenommen werden könne.

48

Abschlagszahlungsregelungen, aufgrund derer der Auftraggeber trotz vollständig erbrachter Werkleistung einen Teil des Werklohns einbehalten darf, ohne dem Auftragnehmer hierfür eine Sicherheit leisten zu müssen, bewirken einerseits, dass dem Auftragnehmer bis zur Schlusszahlung Liquidität entzogen wird und er darüber hinaus in Höhe des Einbehalts das Risiko trägt, dass der Auftraggeber insolvent wird und er in Höhe des Einbehalts mit der für seine Leistung zu beanspruchenden Werklohnforderung ausfällt. Der Auftraggeber andererseits erhält durch die Einbehalte nicht nur eine Sicherung vor Überzahlungen, er kann vielmehr gegen die einbehaltenen Restforderungen des Auftragnehmers jederzeit mit sonstigen Forderungen aus dem Werkvertrag aufrechnen. Die Einbehalte stellen damit eine Sicherung sämtlicher vertraglicher Ansprüche des

Auftraggebers dar, also auch solcher, auf die sich die der Vertragserfüllungsbürgschaft zugrundeliegende Sicherungsabrede bezieht. Solche Abschlagszahlungsregelungen können daher zur Unwirksamkeit der Sicherungsabrede führen, wenn sie in Verbindung mit der Vertragserfüllungsbürgschaft bewirken, dass die Gesamtbelastung durch die vom Auftragnehmer zu stellenden Sicherheiten das Maß des Angemessenen überschreitet.

49

Dies lässt sich nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht verneinen. Der B. GmbH, die bereits mit den mit der Stellung der fünfprozentigen Vertragserfüllungsbürgschaft verbundenen Aufwendungen belastet war, sollte bei wortlautgetreuer Auslegung der Regelungen von § 13.1. des Vertrags i.V.m. den Zahlungsplänen betreffend die letzten drei Abschlagsforderungen Liquidität in Höhe von weiteren 15 % der vereinbarten Vergütung entzogen werden. Insoweit hätte sie das Risiko getragen, wegen Insolvenz der Klägerin mit ihrer Forderung auszufallen.

50

Nach dem Wortlaut der zwischen der Klägerin und der B. GmbH vereinbarten Zahlungspläne sollten die letzten drei Abschlagsforderungen abweichend von dem gesetzlichen Leitbild des [§ 632a BGB](#) a.F. erst nach einem gegebenenfalls längeren Zeitraum nach der mangelfreien Fertigstellung des Bauwerks fällig werden. Zudem sollte die Fälligkeit der letzten drei Abschlagsforderungen von Voraussetzungen abhängig sein, die außerhalb des Einflussbereichs der B. GmbH lagen. So wäre die drittletzte Abschlagsforderung in Höhe von 5 % der vereinbarten Vergütung erst nach „Fertigstellung und Übergabe an den Kunden des Auftraggebers“, das heißt erst nach der Übergabe sämtlicher 47 Wohneinheiten an die jeweiligen Erwerber, fällig geworden. Zwischen der mangelfreien Fertigstellung des Bauwerks und der Übergabe sämtlicher Wohneinheiten hätte, insbesondere wenn die Klägerin noch nicht für sämtliche Wohneinheiten Erwerber gefunden hatte, ein erheblicher Zeitraum liegen können, währenddessen die B. GmbH dem Insolvenzrisiko der Klägerin ausgesetzt gewesen wäre. Nichts anderes galt für die letzten beiden Abschlagsforderungen. Die vorletzte Abschlagsforderung sollte nach den Zahlungsplänen erst nach Beseitigung sämtlicher Mängel aus den Abnahmeprotokollen und Kundenunterschriften und die letzte Abschlagsforderung erst nach Fälligkeit der vorletzten fällig werden. Die Klägerin war danach berechtigt, die letzten beiden Abschlagszahlungen so lange einzubehalten, wie zwischen ihr und einem ihrer Kunden ein (Rechts-) Streit über die ordnungsgemäße Mängelbeseitigung bestand, aufgrund dessen der Kunde seine Unterschriftsleistung verweigert.

51

Bei diesem Verständnis von § 13.1. des Vertrags i.V.m. den Zahlungsplänen war die Klägerin berechtigt, trotz Fertigstellung des Bauwerks 15 % des Werklohns einzubehalten. Gegen die Restforderungen der B. GmbH hätte sie jederzeit mit sonstigen Forderungen aus dem Werkvertrag aufrechnen können. Die Einbehalte stellten damit eine Sicherung sämtlicher vertraglicher Ansprüche der Klägerin dar, also auch solcher, auf die sich die der Vertragserfüllungsbürgschaft zugrundeliegende Sicherungsabrede bezieht. Die trotz Fertigstellung des Bauwerks nach dem Vertrag von der B. GmbH danach zu tragende Gesamtbelastung durch die von ihr zu stellenden Sicherheiten in Höhe von bis zu 20 % der vereinbarten Vergütung überschreitet das Maß des Angemessenen. Sie lässt sich durch das Interesse der Klägerin an Absicherung nicht rechtfertigen.

52

Ob die Klauseln so „gemeint“ waren oder im Ernstfall so hätten verstanden werden müssen, bedarf dabei keiner Entscheidung, weil es bei der Auslegung genügt, dass ein solches Verständnis möglich ist (vgl. auch dazu BGH, Urt. v. 20.03.2014 – [VII ZR 248/13](#), insbesondere Rn. 19).

53

b) Die Unwirksamkeit der streitbefangenen Regelungen besteht ebenfalls in Anbetracht der Klausel gemäß Ziff. 16.2, wonach der Auftragnehmer dem Auftraggeber zusätzlich eine Sicherheit in Höhe

von 5 % der Abrechnungssumme „für Mängelansprüche“ bis zum Ablauf der Verjährungsfrist zu stellen hat.

54

Diese 5 % beziehen sich auf die Abrechnungssumme, d.h. die Schlussrechnungssumme. Da die „Mängelansprüche“ aber nicht weiter spezifiziert werden, betreffen sie letztlich alle Ansprüche, die im Zuge der Gewährleistung auftreten könnten. Auch die Vertragserfüllungsbürgschaft betrifft „sämtliche Ansprüche zur Vertragserfüllung“ (K3 im AB Kl.).

55

Hierzu hat das OLG Celle entschieden (OLG Celle, Urt. v. 06.04.2017 – [8 U 204/16](#), [NZBau 2018, 106](#)):

56

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, auf mehr als 6 %, führt dies zu einer unangemessenen Übersicherung der Mängelansprüche nach Abnahme und somit zur Nichtigkeit der Sicherungsklausel.

57

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

58

Da sich die Vertragserfüllungsbürgschaft – wie erwähnt – auf sämtliche vertraglichen Verpflichtungen bezieht (vgl. auch Ziff. 16.1. „für die Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen“) und die Mängelsicherheit auf sämtliche Mängelansprüche, beide zusammen aber zu einer Absicherung von weit über 10 % der Auftragssumme führen, weil die Sicherheit in Höhe von 5 % der Schlussrechnungssumme zusätzlich zu den schon erforderlichen 10 % der Auftragssumme hinzu käme, ist die Klausel auch unter diesem Gesichtspunkt unwirksam. Das OLG Celle hat dazu noch ausgeführt (vgl. juris-Rn. 72, 97): Wenn bei kundenfeindlichster Auslegung der Vertragsbedingungen eine inhaltliche Überschneidung beider Bürgschaftsformen mit der Folge bestände, dass der Auftraggeber beide Sicherheiten nebeneinander beanspruchen könne, so sei die Sicherungsklausel unter dem Gesichtspunkt der Übersicherung unwirksam. Die Unwirksamkeit lasse sich dann auch nicht durch eine Teilung in einen inhaltlich unzulässigen und einen inhaltlich zulässigen Teil heilen.

59

Das gilt im hier zu beurteilenden Sachverhalt entsprechend.

60

3. Die Sicherungsabrede benachteiligt den Auftragnehmer und damit die Beklagte schließlich auch deshalb unangemessen, weil die Rückgabe der Sicherheit von Voraussetzungen abhängig ist, die der Auftragnehmer nicht zu beeinflussen und zu erfüllen vermag, wie bereits vom Landgericht ausgeführt.

61

Gem. Ziff. 16.1 ist die vom Auftraggeber zu stellende Sicherheit dem Auftragnehmer erst nach Abnahme zurückzugeben bzw. auszuzahlen, und auch dies nur, sofern nicht „bei Abnahme festgestellte Mängel“ dem entgegenstehen.

62

Gem. Ziff. 11.3 erfolgt die Abnahme der Leistung des Auftragnehmers bei oder unverzüglich nach der Abnahme der Gesamtleistung des Auftraggebers durch den Bauherrn. In jedem Fall steht damit die Abnahmeleistung des Auftragnehmers in einem untrennbaren Zusammenhang mit der Abnahme der Gesamtleistungen des Auftraggebers – also der Klägerin – durch den Bauherrn. Die Klägerin als Auftraggeber hat es damit selbst in der Hand, die Abnahme im Verhältnis zum Gewerk des

Subunternehmers „zu steuern“ bzw. hinauszuzögern oder gar zu vereiteln. Soweit und solange ihre eigenen Leistungen nicht abgenommen sind, was auch an Umständen liegen kann, die außerhalb des Einflussbereiches des Auftraggebers bzw. der Klägerin liegen, sind die Leistungen des Auftragnehmers nicht abzunehmen.

63

Auch in dieser Regelung besteht eine einseitige und letztlich völlig unkalkulierbare Benachteiligung des Auftragnehmers bzw. des Subunternehmers, dem wiederum das Risiko des Ausfalls vollständig aufgebürdet wird.

64

Dazu kommt, dass in der Klausel Ziff. 16.1 in Bezug auf die Abnahme nicht differenziert wird zwischen den verschiedenen Abnahmen, also der Abnahme des Gewerks der Klägerin durch den Bauherrn und der Abnahme des Gewerks der Subunternehmerin bzw. Fa. B. durch die Klägerin. Zwar können die Abnahmen einheitlich erfolgen, von Rechts wegen sind sie aber zu trennen, weil sie vertraglich unterschiedlich zu betrachten sind. Die Fa. B. bzw. der Subunternehmer stellt der Klägerin die Sicherheit. In diesem Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und ihrem Subunternehmer ist dieser allein anspruchsberechtigt gegenüber der Klägerin. Gegenüber dem Bauherrn bestehen für ihn keine Ansprüche. Im Klauselwerk heißt es aber, dass die Sicherheit an den Auftragnehmer, d.h. die Fa. B., nach Abnahme erst dann zurückzugeben ist, wenn sich „nicht bei Abnahme festgestellte Mängel“ herausstellen. Das kann sich also auch beziehen auf die Gesamtabnahme einschließlich der über die Leistungen der Klägerin hinausgehenden Gewerke. Eine derartige Betrachtung wäre zwar nicht beidseits interessengerecht. Bei der erforderlichen kundenfeindlichsten Auslegung ist sie aber denkbar und daher maßstäblich. Dieses mit der Klausel verbundene Risiko lässt letztlich auf der Auftragnehmerin.

65

4. Die Klauseln sind im Zusammenhang und in Bezug auf die genannten Regelungen in einer Gesamtschau zu betrachten. Ziff.11.3, Ziff. 16.1 und Ziff. 16.2 der Besonderen Vertragsbedingungen im Zusammengang mit Ziff. 7.1 des Verhandlungsprotokolls – die (unstreitig) gemeinsam Vertragsbestandteil sind gem. Ziff. 1 des Bauvertrags – sind insgesamt für die Subunternehmerin nachteilig und kumulieren verschiedene Risiken einseitig und unangemessen. Ein Rechtsgrund dafür ist nicht ersichtlich. Die Beklagte kann sich über [§ 768 Abs. 1 Satz 1 BGB](#) auf die Unwirksamkeit der Regelungen berufen.

66

5. Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Klägerin vom 26.09.2019 (Bl. 205 ff. d.A.) offenbart erneut, dass die im Streit stehenden Regelungen für den Auftragnehmer unangemessen benachteiligend sind. Die Klägerin vertritt nunmehr die Ansicht, Ziff. 16.1 der Besonderen Vertragsbedingungen sei dahin zu interpretieren, dass die dort geregelte Verpflichtung zur Stellung einer Sicherheit – Vereinbarung als Bareinbehalt i.H.v. 10 % der Auftragssumme – nur vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung gelte, die jedoch in Ziff. 7 des Verhandlungsprotokolls getroffen worden sei.

67

Das trifft nicht zu. Zum einen übergeht die Klägerin, dass die von ihr gestellten Besonderen Vertragsbedingungen unterscheiden zwischen „Zahlungen“ (Ziff. 15) und „Sicherheitsleistung“ (Ziff. 16). Für die Zahlungen sieht Ziff. 15.1 vor, dass der Auftraggeber berechtigt ist, zur Sicherung auf Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen durch den Auftragnehmer jeweils 10 % der fälligen Abschlagszahlungen einzubehalten; zudem werden gem. Ziff. 15.2 als Sicherheit für Mängelansprüche 5 % von der festgestellten Schlussabrechnungssumme einbehalten. Ziff. 16.1 bestimmt – wie erwähnt – den Bareinbehalt von 10 % der Auftragssumme, der durch eine Bürgschaft abgelöst werden kann. Gem. Ziff. 16.2 hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber überdies eine Sicherheit i.H.v. 5 % der Abrechnungssumme für Mängelansprüche bis zum Ablauf der

Verjährungsfrist zu leisten, sofern nichts Abweichendes vereinbart ist

68

Ziff. 15 und Ziff. 16 der Besonderen Vertragsbedingungen werden in Ziff. 7 des Verhandlungsprotokolls („Zahlungsbedingungen“) wie folgt umgesetzt:

69

Ziff. 7.1 Abschlagszahlungen

90 % der erbrachten Nettogleistung

Einbehalte während Vertragserfüllung

10 % der Abschlagszahlungen bis maximal 10 % der Auftragssumme, ablösbar gegen Bürgschaft (Ziff. 14)

Schlusszahlung

95 % der geprüften Schlussrechnung nach Abnahme

Einbehalt während Gewährleistungszeit

5 % der Schlussrechnungssumme, ablösbar gegen Bürgschaft (Ziff. 14)

70

Die Klägerin ist demnach berechtigt, 10 % der Auftragssumme pauschal einzubehalten und – kumulativ – lediglich 90 % der erbrachten Nettogleistung durch Abschläge zu vergüten.

71

Die nachträgliche Interpretation der Klägerin findet in dieser Ausgestaltung keine Stütze. Wenn die Klägerin die Regelungen so, wie sie nun einwendet, hätte angewendet sehen wollen, wäre es ohne weiteres möglich gewesen, die Zahlungsbedingungen gem. Ziff. 7 eindeutig alternativ zu formulieren. Ziff. 7 des Verhandlungsprotokolls bringt jedoch mit keinem Wort und auch nicht andeutungsweise zum Ausdruck, dass „ein Nebeneinander zweier Einbehalte“ nicht gewollt gewesen sei (Bl. 206 d.A.) bzw. „Einbehalte einerseits und Bürgschaften andererseits ausschließlich alternativ als Sicherheiten zur Verfügung stehen sollten“ (so aber Bl. 207 d.A.). Die getroffenen Regelungen sind nicht missverständlich oder „doppeldeutig“. Etwaig verbleibende Zweifel im Anwendungsbereich des Bedingungswerks gingen zu Lasten des Verwenders, d.h. der Klägerin.

72

Die Kumulation der einseitig die Klägerin begünstigenden und die Beklagte unangemessen benachteiligenden Zahlungsbedingungen wird schließlich bestätigt durch Ziff. 14 des Verhandlungsprotokolls, der in Umsetzung von Ziff. 16 der Besonderen Vertragsbedingungen die „Sicherheiten“ regelt: Dort wird ausdrücklich nur eine Mängelsicherheit i.H.v. 5 % der Schlussrechnungssumme vereinbart. Dies entspricht Ziff. 16.2 der Vertragsbedingungen. Ziff. 16.1 findet dort keinen (weiteren) Niederschlag. Ob hier ein „redaktionelles Versehen“ (Bl. 207 d.A.) vorgelegen hat, begegnet (unabhängig davon, dass dieser Vortrag prozessual nicht berücksichtigungsfähig sein dürfte) durchgreifenden Zweifeln, weil in Ziff. 7.1 bereits eine eigenständige Regelung zu den Einbehalten während der Vertragserfüllung bis maximal 10 % der Auftragssumme (920.000 €), „ablösbar gegen Bürgschaft (Ziff. 14)“ getroffen wurde. Das ist die Bürgschaft, aus der die Klägerin ihre Klageforderung herleitet (K3 und Bl. 4/5 d.A.). Die Klägerin hat Ziff. 7.1 Abs. 2 des Verhandlungsprotokolls demnach selbst selbständig und kumulativ, nicht alternativ verstanden. Einer weiteren Regelung in Ziff. 14 bedurfte es daher auch nicht.

73

6. Entgegen der Ansicht der Klägerin lassen sich die Klauseln nicht trennen. Sie beziehen sich ihrem Wortlaut und ihrem Regelungsgehalt nach aufeinander. Eine (fiktive) Beschränkung des Sicherungszwecks der Vertragserfüllungsbürgschaft auf Erfüllungsansprüche aus der Zeit vor der Abnahme oder auf solche bei Abnahme vorbehaltenen Mängelansprüche würde die Sicherungsklausel einem von ihrem ursprünglichen Inhalt grundsätzlich abweichenden Regelungsgehalt zuführen, der zu einer der Intention des Klauselverwenders entgegenstehenden

abweichenden Vertragsgestaltung führte (ebenso OLG Celle, Urt. v. 06.04.2017 – [8 U 204/16](#), [NZBau 2018, 106](#), Rn. 97).

74

Die Unwirksamkeit der Teilklausel bzw. der Teilklauseln ergreift damit auch die Gesamtregelung im hier streitigen Bereich (vgl. BGH, Urt. v. 22.01.2015 – [VII ZR 120/14](#), [NJW 2015, 856](#), Rn. 19 mwN), weshalb der Klägerin kein Anspruch auf Zahlung aus der Vertragserfüllungsbürgschaft gegenüber der Beklagten zusteht.

III.

75

Die Nebenentscheidungen folgen aus [§§ 97](#) Abs. 1, [708 Nr. 10](#), 711 ZPO. Revisionszulassungsgründe gem. [§ 543 Abs. 2 ZPO](#) liegen nicht vor.