

*Herausgeber:*

RA Dr. Bruno M. Kübler,  
Köln/Dresden/München  
(Geschäftsführender Herausgeber)

Prof. Roland Böttcher, Berlin

RA Peter Depré, Mannheim

Notar Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,  
Regen

Notar Christian Hertel, Weilheim i. OB

Prof. Dr. Wolfgang Lücke, Dresden

Richterin am BGH Prof. Dr. Johanna  
Schmidt-Räntsch, Karlsruhe

In Verbindung mit der  
Arbeitsgruppe Zwangsverwaltung  
der ARGE Insolvenzrecht  
und Sanierung im DAV

*Friedrich L. Cranshaw*

Durchsetzung von Ansprüchen der Eigen-  
tümerngemeinschaft nach dem WEG gegen  
Wohnungs- und Teileigentümer in Indivi-  
dualvollstreckung und Insolvenz

S. 461

*Maximilian Zimmer*

Die notarielle Abwicklung eines Kaufver-  
trags über versteigerungsbefangenen  
Grundbesitz

S. 478

*BGH, 26. 3. 2015*

Unwirksame AGB-Klausel zum Behalten  
einer Gewährleistungsbürgschaft in voller  
Höhe nach Ablauf vertraglich vereinbarter  
Gewährleistungsfrist  
(m. Anm. *Hildebrandt/Bouchon*)

S. 482

*BGH, 27. 2. 2015*

Unzulässigkeit der Klage nach Widerruf  
der einem Wohnungseigentümer zur Wahr-  
nehmung von Verwaltung Angelegenheiten  
der WEG erteilten Prozessführungsermäch-  
tigung (m. Anm. *Dötsch*)

S. 497

*BGH, 4. 12. 2014*

Kein gutgläubiger Erwerb unterteilten  
Wohnungseigentums bei Widerspruch  
zwischen (ursprünglicher) und (neuer)  
Teilungserklärung (m. Anm. *Böttcher*)

S. 492

## Anmerkungen

---

Thomas Hildebrandt, Hamburg  
Eva Bouchon, Berlin



BGH, Urt. v. 26. 3. 2015 – VII ZR 92/14 +  
Unwirksame AGB-Klausel zum Behalten einer Gewährleistungsbürgschaft in voller Höhe nach Ablauf vertraglich vereinbarter Gewährleistungsfrist

487

Roland Böttcher, Berlin



BGH, Urt. v. 4. 12. 2014 – V ZB 7/13

Kein gutgläubiger Erwerb unterteilten Wohnungseigentums bei Widerspruch zwischen (ursprünglicher) und (neuer) Teilungserklärung

495

Wolfgang Dötsch, Brühl



BGH, Urt. v. 27. 2. 2015 – V ZR 128/14

Unzulässigkeit der Klage nach Widerruf der einem Wohnungseigentümer zur Wahrnehmung von Verwaltungsangelegenheiten der WEG erteilten Prozessführungsermächtigung

500

## Rechtsprechung

---

### Vertragsrecht

---

BGH 26.3.2015 – VII ZR 92/14 +

Unwirksame AGB-Klausel zum Behalten einer Gewährleistungsbürgschaft in voller Höhe nach Ablauf vertraglich vereinbarter Gewährleistungsfrist (m. Anm. *Hildebrandt/Bouchon*)

482

### Sachen- und Grundbuchrecht

---

BGH 16.3.2015 – NotSt(Brfg) 2/14

Verstoß des Notars gegen Treuhandauftrag wegen Auszahlung hinterlegten Kaufpreises vor Löschung (noch) eingetragenen Zwangsversteigerungsvermerks

489

BGH 4.12.2014 – V ZB 7/13

Kein gutgläubiger Erwerb unterteilten Wohnungseigentums bei Widerspruch zwischen (ursprünglicher) und (neuer) Teilungserklärung (m. Anm. *Böttcher*)

492

### Wohnungseigentumsrecht

---

BGH 27.2.2015 – V ZR 128/14

Unzulässigkeit der Klage nach Widerruf der einem Wohnungseigentümer zur Wahrnehmung von Verwaltungsangelegenheiten der WEG erteilten Prozessführungsermächtigung (m. Anm. *Dötsch*)

497

## Rechtsprechung in Leitsätzen

---

### Vertragsrecht

---

OLG Koblenz 12.6.2015 – 10 U 755/14

Arglistige Täuschung seitens des Grundstücksverkäufers bei Verschweigen unzureichender Mängelbeseitigung und vom Mieter (weiterhin) ausgeübter Minderungsrechte

502

Zwangsversteigerung zusätzlich erschwert werden und sicher auch das eine oder andere Mal ganz scheitern, weil sich die Interessen von abzulösenden und finanzierenden Gläubigern nicht vereinbaren lassen. Lässt sich der Notar auf eine Abwicklung über Notaranderkonto ein, hat er nunmehr (nicht nur in der Zwangsversteigerung) neben den verschiedenen Treuhandaufträgen auch noch zu prüfen, wie die Dienstaufsicht diese Erklärungen wohl verstehen mag. Zum Haftpflichtrisiko kommt damit auch noch die Gefahr der Disziplinarstrafe. Die unvermeidbare Diskussion um die richtige Formulierung der Treuhandaufträge mit Finanzierungsgläubigern wird ein Übriges tun, um dem Notar die Entscheidung gegen die Abwicklung über Notaranderkonto zu erleichtern. Wer sich vom BGH und seiner gegen die Interessen aller an der Abwicklung über Notaranderkonto gerichteten Entscheidung dennoch nicht von der Hinterlegung auf Notaranderkonto abhalten lässt, muss nun darauf hinwirken, dass der Treuhandauftrag das klarstellt, was alle wissen, nämlich, dass die Auszahlung des hinterlegten Betrags erfolgen darf, wenn dem Notar alle zur Ablösung vorrangiger Grundpfandrechte erforderlichen Löschungsbewilligungen und -unterlagen vorliegen, alle weiteren Gläubiger, die sich der Zwangsversteigerung angeschlossen haben, Rücknahmeanträge vorgelegt haben, das Grundpfandrecht des Finanzierungsgläubigers im Grundbuch so eingetragen ist, und dass mit Rücknahme der Zwangsversteigerungsanträge und der Vorlage der Löschungsunterlagen die verlangte Rangstelle erhalten wird. Der Notar sollte aber auf jeden Fall klarstellen, das auch bei diesem Vorgehen damit keineswegs „sichergestellt“ werden kann, dass der Finanzierungsgläubiger auch den geforderten Rang (!) erhalten wird, auch wenn die Grundschuld an erster Rangstelle eingetragen ist. Bis

zu einem Verfahren zurückgekehrt werden kann, dass – bei der Zwangsversteigerung besonders wichtig – zeitnah brauchbare und von allen (auch für die Dienstaufsicht) annehmbare Treuhandaufträge enthält, wird sicher einige Zeit vergehen. Besser wäre es freilich, wenn Dienstaufsicht und BGH unter „Sicherstellung“ das verstehen würden, was die beteiligten Kreise – jedenfalls in der Notarpraxis – darunter verstehen. Auch wäre es hilfreich, wenn der BGH hier erläutern würde, warum der geforderte „Rang“ nicht erreicht sei. Dass der Notar hier bei der Verwendung des Begriffs „Sicherstellung“ sogar schuldhaft gehandelt haben soll,<sup>23)</sup> macht es noch schlimmer. Wahrscheinlich bleibt in der Praxis nur der Rat, auch hier von der Abwicklung über Notaranderkonto abzusehen. Vermutlich muss aber auch bei der Abwicklung über Direktzahlung der Notar auf die vom BGH aufgezeigten (angeblichen) Risiken hinweisen, so dass bei der vorzunehmenden Belehrung der Käufer vom Abschluss des Kaufvertrags Abstand nehmen wird.

#### V. Fazit

Für den vorliegenden Fall bleibt jedenfalls die Erkenntnis, dass der Notar – hätte er sich so verhalten, wie der BGH sich eine richtige Abwicklung vorstellt – beim Finanzierungsgläubiger (zu Recht) auf Unverständnis gestoßen wäre, mit der Folge, dass der Vertrag gescheitert wäre und den Beteiligten wohl ein Schaden entstanden wäre. Den hat nun der Notar in Form einer Geldbuße.

23) Vgl. *Diebn/Zimmer* (Fußn. 1), § 95 Rz. 4.

## Rechtsprechung

Tatbestand und Gründe der Entscheidungen werden regelmäßig ungekürzt veröffentlicht. Ausnahmsweise gekürzte oder von der Redaktion zum besseren Verständnis umformulierte oder selbst verfasste Tatbestände werden durch die Überschrift „Zum Sachverhalt“ kenntlich gemacht. Die Gründe (Entscheidungsgründe) werden ebenfalls nur ausnahmsweise gekürzt. Geringfügige Auslassungen werden jeweils durch Punkte (...) gekennzeichnet. Bei umfangreicheren Kürzungen wird den Gründen statt der Überschrift „Gründe“ oder „Entscheidungsgründe“ die Überschrift „Aus den Gründen“ vorangestellt. Hinzufügungen der Redaktion, insbesondere von ZfR-, ZIP- und EWIR-Fundstellen, sind *kursiv* gesetzt. Entscheidungen der unteren und mittleren Instanzen werden als „nicht rechtskräftig“ gekennzeichnet, wenn nach Kenntnis der Redaktion ein Rechtsmittel eingelegt wurde oder die Berufungs- oder Revisionsfrist noch nicht abgelaufen ist. Dies gilt auch in den Fällen, in denen ein Rechtsmittel möglicherweise ausgeschlossen ist. Entscheidungen, bei denen nach Kenntnis der Redaktion innerhalb der Rechtsmittelfrist – einerlei, ob überhaupt zulässig – kein Rechtsmittel eingelegt wurde, werden als „rechtskräftig“ gekennzeichnet. Entscheidungen, die mit einem „+“ versehen sind, sind für die Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung des betreffenden Gerichts vorgesehen.

### Rechtsprechung zum Vertragsrecht

**BGB §§ 133, 157; AGBG § 9 Abs. 1**

**Unwirksame AGB-Klausel zum Behalten einer Gewährleistungsbürgschaft in voller Höhe nach Ablauf vertraglich vereinbarter Gewährleistungsfrist**

BGH, Urt. v. 26. 3. 2015 – VII ZR 92/14 (OLG Frankfurt/M.) +

Leitsätze des Gerichts:

1. Die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bestellers eines Bauvertrages enthaltene Klausel über eine Gewährleistungsbürgschaft „Die Bürgschaft ist zurückzugeben, wenn alle unter die Gewährleistungsfrist fallenden Gewährleistungsansprüche nicht mehr geltend gemacht werden können“ benachteiligt den Unternehmer unangemessen und ist daher unwirksam.

**2. Bei Vereinbarung einer Gewährleistungsbürgschaft als Sicherheit für die vertragsgemäße und mängelfreie Ausführung der Leistungen hat der Besteller regelmäßig nach Ablauf der vereinbarten Frist eine Bürgschaft insoweit freizugeben, als zu diesem Zeitpunkt keine durchsetzbaren Gewährleistungsansprüche bestehen.**

**Tatbestand:**

[1] Die Klägerin verlangt Schadensersatz für Kosten im Zusammenhang mit einer von ihr gestellten Gewährleistungsbürgschaft.

[2] Die Rechtsvorgängerin der Klägerin (im Folgenden einheitlich: Klägerin) errichtete gemäß Generalunternehmervertrag vom 16. 2. 2000 sowie erstem Nachtrag hierzu vom 23. 3. 2000 für die Rechtsvorgängerin der Beklagten (im Folgenden einheitlich: Beklagte) ein Logistikzentrum mit fünf Lagerhallen, Bahnentladung, Büroflächen, Außenanlagen und Stellplätzen in G.

[3] § 2 des Vertrags („Vertragsgrundlagen“) lautet auszugsweise: „Zwischen den nachfolgend genannten Vertragsgrundlagen besteht im Falle des Widerspruchs und für eventuelle Vertragsauslegungen folgende Rangfolge:

(1) die Regelungen dieses Vertrages;

...

(4) die VOB Teil B in der bei Vertragsschluß gültigen Fassung;

(5) die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), ...“

[4] § 18 des Vertrags („Sonstiges“) lautet auszugsweise: „...“

(3) Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages ganz oder teilweise nichtig oder unwirksam sein, so bleibt die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen sowie des Vertrages insgesamt davon im Zweifel unberührt. Die Parteien verpflichten sich jedoch, die nichtige oder unwirksame Bestimmung durch eine ihr im wirtschaftlichen Ergebnis gleichkommende wirksame zu ersetzen. Das gleiche gilt, wenn dieser Vertrag eine Lücke haben sollte.“

[5] Für die Gewährleistungsansprüche galten nach § 10 (2) Satz 1 des Vertrags die Bestimmungen des Werkvertragsrechts nach dem BGB, vorbehaltlich nachfolgender Regelungen und Änderungen. In Satz 2 war die Gewährleistungsfrist für alle Bauleistungen mit Ausnahme bestimmter genannter Fälle auf fünf Jahre festgesetzt.

[6] § 13 des Ausgangsvertrags war in der Nachtragsvereinbarung durch einen neuen § 13 (Sicherheiten) ersetzt worden. Er lautet auszugsweise: „...“

(2) Als Sicherheit für die vertragsgemäße und mängelfreie Ausführung der Leistungen hat der AN vor Erteilung der Schlußrechnung Zug um Zug gegen Rückgabe der unter (1) genannten Vertragserfüllungsbürgschaft eine *Gewährleistungsbürgschaft* in Höhe von 5 % des Betrages der Schlußrechnung einschließlich Mehrwertsteuer zu erbringen. ... Die Bürgschaft ist zurückzugeben, wenn alle unter die Gewährleistungsfrist fallenden Gewährleistungsansprüche nicht mehr geltend gemacht werden können, frühestens fünf Jahre nach erfolgter förmlicher Schlußabnahme, soweit der AN für die Abdichtungsarbeiten (§ 10 Ziffer (2)(b) dieses Vertrages) eine Gewährleistungsbürgschaft in Höhe von DM 30.000,00 gestellt hat. ...“

[7] Die Abnahme erfolgte am 15. 12. 2000 und am 7. 2. 2001. Unter dem 19. 2. 2001 übernahm die D. AG als bürgende Bank (im Folgenden: Bürgin) die Gewährleistungsbürgschaft über einen Betrag i. H. v. 938.235,94 € zu Gunsten der Klägerin gemäß der genannten Sicherungsabrede.

[8] Wegen behaupteter Mängel am Flachdach leitete die Beklagte ein selbständiges Beweisverfahren ein, das über das Jahr 2007 hinaus andauerte. Inzwischen verfolgte die Beklagte ihre Gewährleistungsansprüche im Klageweg weiter. Mit Urteil des Landgerichts vom 30. 11. 2011 wurde die Klägerin unter Abweisung der weitergehenden Klage zur Zahlung eines Vorschusses zur Mängelbeseitigung i. H. v. 104.485,35 € verurteilt. Gegen dieses Urteil legte die Beklagte Berufung ein. Das Berufungsverfahren endete am 6. 12. 2012 durch einen

Vergleich, wonach es zur Abgeltung der streitgegenständlichen Ansprüche der Beklagten bei der Zahlung von 104.485,35 € entsprechend der landgerichtlichen Verurteilung verbleibe.

[9] Wegen behaupteter Mängel am Verbundpflaster reichte die Beklagte nach Abschluss eines weiteren selbständigen Beweisverfahrens und anschließender ergebnisloser Vergleichsverhandlungen im Jahre 2011 Klage gegen die Klägerin und gegen die Bürgin ein. Sie begehrte Zahlung von Vorschuss sowie Schadensersatz i. H. v. insgesamt 160.551,63 €. Mit rechtskräftig gewordenem Ur. v. 30. 10. 2012 wies das Landgericht die Klage wegen Verjährung ab.

[10] Die Beklagte erklärte am 14. 2. 2012 eine Teilenthftung der Bürgin auf die Hälfte der Bürgschaftssumme (469.117,97 €). Am 7. 12. 2012 gab sie die Bürgschaftsurkunde an die Klägerin zurück.

[11] Die Klägerin behauptet, sie habe monatlich eine Avalprovision i. H. v. 1,5 % der Bürgschaftssumme (14.073,48 € pro Jahr) an die H. GmbH gezahlt, welche für sie als Dienstleister das Sicherheiten – Management betreibe. Diese Provision sei marktüblich. Die H. GmbH habe an die Bürgin ebenfalls Avalkosten in dieser Höhe gezahlt. Die Klägerin verlangt als Schadensersatz Erstattung dieser Avalkosten insoweit, als sie auf einen Bürgschaftsbetrag entfallen, der über die von ihr als berechtigt angesehenen Gewährleistungsansprüche der Beklagten in Höhe von 104.485,35 € hinausgeht, zuletzt noch für einen Zeitraum vom 20. 9. 2007 bis zur Rückgabe der Bürgschaftsurkunde i. H. v. 60.578,76 € nebst Zinsen.

[12] Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Beklagte unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung der Klägerin verurteilt, an die Klägerin 54.449,83 € nebst Zinsen zu zahlen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision möchte die Beklagte die vollständige Zurückweisung der Berufung erreichen.

**Entscheidungsgründe:**

[13] Die Revision der Beklagten hat keinen Erfolg.

[14] I. Das Berufungsgericht hält einen Schadensersatzanspruch wegen Verzugs der Beklagten mit der Erfüllung eines Anspruchs auf teilweise Freigabe der Gewährleistungsbürgschaft aus § 280 Abs. 1, § 286 Abs. 1 und 2 BGB in der ausgerichteten Höhe für begründet. (*Wird ausgeführt.*)

[26] II. Das hält der revisionsrechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand.

[27] Auf das Schuldverhältnis der Parteien sind das Bürgerliche Gesetzbuch und das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Fassung anzuwenden, die für bis zum 31. 12. 2001 geschlossene Verträge gilt, Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB.

[28] 1. Zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass sich Umfang und Zeitpunkt der Verpflichtung der Beklagten zur Freigabe der Bürgschaft und Rückgabe der entsprechenden Urkunde nicht aus § 13 (2) Satz 4 des Generalunternehmervertrags in der Fassung der Nachtragsvereinbarung ergeben. Diese Bestimmung ist gem. § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.

[29] a) Bei der Klausel handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung i. S. v. § 9 Abs. 1 AGBG. Die Annahme des Berufungsgerichts, es handele sich um eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung, weil sie für eine Mehrfachverwendung schriftlich oder in sonstiger Weise aufgezeichnet worden sei, ist im Ergebnis richtig.

[30] aa) Zutreffend geht das Berufungsgericht im Ansatz davon aus, der erste Anschein spreche dafür, dass Klauseln zur Mehrfachverwendung vorformuliert sind, wenn in einem Bau-

vertrag Vertragsklauseln weitgehend allgemein und abstrakt gehalten sind (BGH, Urt. v. 26.2.2004 – VII ZR 247/02, ZIP 2004, 667 = ZfIR 2004, 369 = BauR 2004, 841, 842 f. = NZBau 2004, 323, dazu EWiR 2004, 683 (Blank)). Es kann dahinstehen, ob bereits die abstrakte Formulierung der Klausel über die Rückgabeverpflichtung der Bürgschaft ohne Berücksichtigung der weiteren Gestaltung des Vertrages diesen Schluss zulässt, was die Revision in Zweifel zieht. Denn das Berufungsgericht hat außerdem – in anderem Zusammenhang – festgestellt, dass bei dem Bauvorhaben T. in D., das von einer anderen Rechtsvorgängerin der Klägerin errichtet worden ist und das die Beklagte gleichfalls später erworben hat, ein Vertrag Verwendung gefunden hat, der in Aufbau und Gestaltung mit dem hiesigen Vertrag weitgehend identisch ist. Der inhaltliche Aufbau mit 19 Paragraphen gleicht sich. Die hier entscheidende Regelung über die Rückgabe der Bürgschaft ist dort ebenfalls in § 13 mit derselben Überschrift wortgleich enthalten. Außerdem hat das Berufungsgericht im Zusammenhang mit der Beweisaufnahme darüber, wer den Vertragsentwurf in die Vertragsverhandlungen eingebracht hatte, festgestellt, dass der Entwurf des Vertrags von einer von der Bauherrin beauftragten Anwaltskanzlei übersandt worden ist; der Text enthielt Auslassungen, die es ermöglichten, die vertraglichen Regelungen an einen individuellen Fall anzupassen, wobei die Regelung über die Rückgabe der Bürgschaft bereits identisch mit dem hier vorgelegten Vertragstext war. Diese Feststellungen werden von der Revision nicht angegriffen. Damit hat das Berufungsgericht auch festgestellt, dass der Vertrag zahlreiche formelhafte Klauseln enthielt, die nicht auf die individuelle Vertragssituation abgestimmt waren. Jedenfalls aus dem Inhalt und der Gestaltung der verwendeten Bedingungen insgesamt folgt deshalb ein nicht widerlegter Anschein dafür, dass sie zur Mehrfachverwendung vorformuliert worden waren (vgl. BGH, Urt. v. 27.11.2003 – VII ZR 53/03, BGHZ 157, 102, 106 f. = ZfIR 2004, 423 = ZIP 2004, 223, dazu EWiR 2004, 411 (Freiherr von Hoyningen-Huene)).

[31] Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht auch nicht übersehen, dass die Freigabeklausel in ihrem letzten Halbsatz insofern einen konkreten Bezug aufweist, als die Bürgschaftsrückgabe nur verlangt werden könne, soweit der Auftragnehmer für die Abdichtungsarbeiten eine Gewährleistungsbürgschaft i. H. v. 30.000 DM gestellt habe. Hierzu hat das Berufungsgericht vielmehr festgestellt, dass zwischen den Parteien unstreitig ist, dass die Regelungen über die Bürgschaft i. H. v. 5 % des Schlussrechnungsbetrags unabhängig davon gelten sollten, ob die weitere Bürgschaft wegen Abdichtungsarbeiten gestellt wird oder nicht. In revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise hat es deshalb angenommen, dass die Rückgabeverpflichtung durch diesen Zusatz nicht mit den Besonderheiten des Bauvorhabens verknüpft ist.

[32] bb) § 13 (2) Satz 4 des Generalunternehmervertrags in der Fassung der Nachtragsvereinbarung ist auch nicht im Sinne von § 9 Abs. 2 AGBG zwischen den Vertragsparteien ausgehandelt worden. Das ergibt sich entgegen der Auffassung der Revision nicht aus der Änderung des Vertrags durch die Nachtragsvereinbarung.

[33] (1) Nach der Rechtsprechung des BGH 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. 20.3.2014 – VII ZR 248/13, BGHZ 200, 326 = ZfIR 2014, 523 (m. Anm. Reichelt/Kruska, S. 526) = ZIP 2014, 924, Rz. 27, dazu EWiR 2014, 485 (Jaensch); v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12, BauR 2013, 462, Rz. 10). Die entsprechenden Umstände hat der Verwender darzulegen (BGH, Urt. v. 3.4.1998 – V ZR 6/97, ZIP 1998, 1049 = ZfIR 1998, 341 = NJW 1998, 2600, 2601, dazu EWiR 1998, 589 (Rieble)). In aller Regel schlägt sich eine solche Bereitschaft auch in erkennbaren Änderungen des vorformulierten Textes nieder. Allenfalls unter besonderen Umständen kann ein Vertrag auch dann als Ergebnis eines „Aushandelns“ gewertet werden, wenn es schließlich nach gründlicher Erörterung bei dem gestellten Entwurf verbleibt (BGH, Urt. v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12, BauR 2013, 462, Rz. 10; Versäumnisurt. v. 23.1.2003 – VII ZR 210/01, BGHZ 153, 311, 321 = ZfIR 2003, 411 (m. Anm. Schwenker, S. 417) = ZIP 2003, 908 m. w. N., dazu EWiR 2003, 699 (Freitag)). Selbst bei Änderungen des Textes verliert eine Klausel ihren Charakter als Allgemeine Geschäftsbedingung nur dann, wenn die nachträgliche Änderung in einer Weise erfolgt, die es rechtfertigt, sie wie eine von vornherein getroffene Individualvereinbarung zu behandeln. Das ist nicht der Fall, wenn der Verwender auch nach Vertragsschluss dem Vertragspartner keine Gestaltungsfreiheit eingeräumt und den gesetzesfremden Kerngehalt der Klausel nicht zur Disposition gestellt hat und die Parteien auf dieser Grundlage eine Einigung finden, mit der die nachteilige Wirkung der Klausel lediglich abgeschwächt wird (vgl. BGH, Urt. v. 7.3.2013 – VII ZR 162/12, BauR 2013, 946, Rz. 30 = NZBau 2013, 297).

[34] (2) Zu Recht hat das Berufungsgericht eine Darlegung der Beklagten dahin vermisst, inwiefern gerade die inhaltlich unverändert gebliebene Klausel zur Rückgabe der Bürgschaft zur Disposition gestellt worden sei. Die Revision zeigt keinen Vortrag der Beklagten auf, nach dem auch die hier in Rede stehende Regelung zur Rückgabeverpflichtung der Gewährleistungsbürgschaft im Rahmen der Nachtragsvereinbarung ernsthaft zur Disposition gestellt worden ist. Auch aus der Tatsache, dass die Parteien in der Nachtragsvereinbarung zunächst § 13 des Ausgangsvertrags insgesamt aufgehoben und an seine Stelle einen neuen § 13 gesetzt haben, folgt dies nicht.

[35] Aus der Vorbemerkung zu der Nachtragsvereinbarung ergibt sich, dass sie deshalb getroffen worden ist, weil die Parteien übereingekommen waren, von der zunächst vorgesehenen Vorfinanzierung des Bauvorhabens durch die Klägerin Abstand zu nehmen und stattdessen Abschlagszahlungen

nach Baufortschritt zu vereinbaren. Hierdurch war eine Reihe von Änderungen des Vertrags notwendig, auch zur Absicherung der nunmehr in anderer Form und Höhe bestehenden gegenseitigen Risiken. Daraus ergibt sich gerade nicht, dass die hiervon nicht betroffenen Regelungen wie die der Rückgabe der Gewährleistungsbürgschaft in der Weise betroffen waren, dass auch sie ernsthaft zur Disposition gestellt worden sind, noch folgt daraus, dass die Tatsache der unveränderten Übernahme dieser Regelung im Gegenzug zu anderweitigen Verbesserungen der Vertragsgestaltung zugunsten der Klägerin ausgehandelt worden sein sollten.

[36] **b)** Dass die Beklagte Verwenderin der Klauseln des Generalunternehmervertrags war, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler festgestellt.

[37] **c)** Im Ergebnis richtig geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Rückgabeklausel in § 13 (2) des Vertrags als Allgemeine Geschäftsbedingung gem. § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam ist. Sie benachteiligt die Klägerin entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, weil sie die „Rückgabe der Bürgschaft“ insgesamt davon abhängig macht, dass keine Gewährleistungsansprüche mehr geltend gemacht werden können, und eine teilweise Enthftung nicht vorgesehen ist.

[38] **aa)** Eine unangemessene Benachteiligung i. S. d. § 9 Abs. 1 AGBG ist dann gegeben, wenn der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen (st. Rspr.; z. B. BGH, Urt. v. 27. 5. 2010 – VII ZR 165/09, BauR 2010, 1219, Rz. 23 m. w. N. = NZBau 2010, 495).

[39] **bb)** So liegt der Fall hier.

[40] Nach der Vertragsgestaltung kann der Auftraggeber eine als Höchstbetragsbürgschaft gegebene Gewährleistungsbürgschaft auch nach Ablauf der für Gewährleistungsansprüche vereinbarten Verjährungsfrist von fünf Jahren unabhängig davon „behalten“, in welcher Höhe er zu diesem Zeitpunkt noch gesicherte Ansprüche hat, sofern solche nur überhaupt existieren. Das benachteiligt den Auftragnehmer entgegen Treu und Glauben schon deshalb unangemessen, weil es unabhängig vom Verhältnis des Werts der gesicherten Ansprüche zu der Höhe der gesamten Bürgschaft gilt. So würde etwa ein ganz geringer berechtigter Anspruch im Wert von 1.000 € ausreichen, um eine Bürgschaft in Höhe von nahezu 1 Mio. € zurückzuhalten, was zu entsprechend hohen Belastungen des Auftragnehmers führen würde, weil ein Bürge regelmäßig sowohl die Avalkosten als auch die Kreditlinie des Auftragnehmers danach berechnet, bis zu welchem Höchstbetrag er sich verbürgt hat. Dem steht allenfalls das Interesse des Auftraggebers gegenüber, den Auftragnehmer mit der Zurückhaltung der (höheren) Bürgschaft zur Erfüllung des berechtigten Anspruchs besonders unter Druck setzen zu können. Es kann dahinstehen, ob ein solches Interesse überhaupt aner kennenswert und schutzwürdig ist. Jedenfalls bei einem groben Missverhältnis zwischen dem berechtigten Anspruch und den entstehenden Nachteilen für den Auftragnehmer wird dieser hierdurch entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.

[41] Es entspricht einem allgemeinen Grundsatz, dass auch die Durchsetzung bestehender Rechte nicht ohne Rücksicht auf die Belange des Schuldners erfolgen und im Einzelfall als Ausprägung von Treu und Glauben beschränkt sein kann. So wird etwa das Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB insbesondere auch in Fällen der Unverhältnismäßigkeit nach § 320 Abs. 2 BGB eingeschränkt. Vergleichbares gilt für die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts (vgl. MünchKomm-Krüger, BGB, 6. Aufl., § 273 Rz. 72). Deshalb benachteiligt eine Klausel, die eine entsprechende Druckposition auch bei einem groben Missverhältnis begründet, den Gegner des Klauselverwenders unangemessen.

[42] Entgegen der Auffassung der Revision ist eine andere Beurteilung nicht deswegen geboten, weil die zu stellende Gewährleistungsbürgschaft ohnehin nur Ansprüche bis zur Höhe von 5 % des Auftragswerts absichert, was sich im Einzelfall als unzureichend erweisen kann. Die Möglichkeit der Zurückhaltung der unveränderten Bürgschaft auch bei unerledigten Mängelansprüchen geringerer Höhe wird nicht dadurch aufgewogen, dass auch bei unerledigten höheren Mängelansprüchen nur diese, Ansprüche in Höhe von 5 % der Auftragssumme absichernde, Bürgschaft zurückgehalten werden könnte. Zwischen diesen Situationen gibt es keinen Zusammenhang.

[43] 2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts beurteilt sich die Freigabeverpflichtung der Beklagten auch nicht nach § 17 Nr. 8 Satz 2 VOB/B (1996). Das Berufungsgericht hat die Anwendbarkeit dieser Regelung ohne weiteres aus der Vereinbarung der Parteien, die VOB/B gelte im Rang nach den Vertragsbestimmungen, abgeleitet. Diese Auslegung ist rechtsfehlerhaft. Das Berufungsgericht hat wesentlichen Auslegungstoff unberücksichtigt gelassen, weil es den Wortlaut des Vertrags nicht ausreichend berücksichtigt hat. Da weitere Feststellungen nicht zu erwarten sind, kann der Senat die gebotene neue Auslegung selbst vornehmen.

[44] § 2 des Vertrags bestimmt eine Rangfolge zwischen den „Regelungen des Vertrages“ und der VOB/B nur „im Falle des Widerspruchs und für eventuelle Vertragsauslegungen“. Beides liegt nicht vor. Der bestehende Widerspruch zwischen § 13 (2) Satz 4 des Generalunternehmervertrags und § 17 Nr. 8 Satz 2 VOB/B (1996) sollte gerade dahin aufgelöst werden, dass Ersteres gilt. Was im Fall der Unwirksamkeit der vorrangigen Bestimmung gilt, ist dort nicht geregelt. Hierzu findet sich vielmehr in § 18 (3) eine Klausel. Hiernach verpflichten sich die Parteien, eine unwirksame Bestimmung durch eine im wirtschaftlichen Ergebnis gleichkommende wirksame zu ersetzen. Ein Rückgriff auf § 17 Nr. 8 Satz 2 VOB/B (1996) scheidet damit aus, weil dort eine Teilenthftung vorgesehen ist.

[45] 3. Aus § 18 (3) des Vertrags lässt sich ebenfalls nichts für eine Freigabepflicht der Beklagten herleiten. Denn Klauseln, nach denen eine Regelung maßgebend sein soll, deren wirtschaftlicher Erfolg einer nach § 9 Abs. 1 AGBG unwirksamen Klausel (soweit wie möglich) entspricht, sind ihrerseits wegen Verstoßes gegen § 6 Abs. 2 AGBG nach § 9 AGBG nichtig (vgl. BGH, Urt. v. 22. 11. 2001 – VII ZR 208/00, ZIP 2002, 166; ZfIR 2002, 195 = BauR 2002, 463 unter II. 3. = NZBau 2002, 151, dazu EWiR 2002, 177 (Vogel); v. 8. 5. 2007 – KZR 14/04, NJW 2007, 3568, Rz. 24, dazu EWiR 2007, 547

(Emde); Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl., § 306 Rz. 15; H. Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl., § 306 BGB Rz. 39; jeweils m. w. N.).

[46] 4. Die Freigabeverpflichtung der Beklagten ergibt sich jedoch aus den gem. § 6 Abs. 2 AGBG maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften. Da das dispositive Recht keinen Anspruch des Bestellers auf eine Gewährleistungssicherheit vorsieht, existieren zwar keine ausdrücklichen Regelungen über die etwaige Rückgewähr solcher Sicherheiten. Jedoch kann auch eine nach §§ 133, 157 BGB vorzunehmende ergänzende Vertragsauslegung zur Schließung einer Lücke, die durch die Unwirksamkeit einer der Inhaltskontrolle nach dem Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterliegenden Klausel entstanden ist, heranzuziehen sein, wenn der Regelungsplan der Parteien infolge der Lücke einer Vervollständigung bedarf. Das ist dann anzunehmen, wenn dispositives Gesetzesrecht zur Füllung der Lücke nicht zur Verfügung steht und die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klausel keine angemessene, den typischen Interessen des AGB-Verwenders und seines Vertragspartners Rechnung tragende Lösung bietet (vgl. BGH, Urt. v. 3.11.1999 – VIII ZR 269/98, BGHZ 143, 103, 120 = ZIP 2000, 314, dazu EWiR 2000, 461 (Graf v. Westphalen); v. 4.7.2002 – VII ZR 502/99, BGHZ 151, 229, 234 = ZfR 2002, 717 (m. Bespr. Siegburg, S. 709) = ZIP 2002, 1690 (m. Anm. Schmitz/Vogel, S. 1693), dazu EWiR 2002, 785 (Schwenker); jeweils m. w. N.).

[47] a) So liegt der Fall hier.

[48] aa) Für nichtakzessorische fiduziarische Sicherheiten entspricht es ständiger Rechtsprechung, dass ihrer Bestellung auch ohne ausdrückliche Vereinbarung ein Treuhandverhältnis zu Grunde liegt. Hieraus ergibt sich – abgesehen vom Fall auflösend bedingter Sicherungsübertragungen – die Pflicht des Sicherungsnehmers, die Sicherheit schon vor Beendigung des Vertrags zurückzugewähren, wenn und soweit sie endgültig nicht mehr benötigt wird. Diese Pflicht folgt gem. § 157 BGB aus dem fiduziarischen Charakter der Sicherungsabrede sowie der Interessenlage der Vertragsparteien. Soweit Sicherheiten nicht nur vorübergehend nicht mehr benötigt werden, also eine endgültige Übersicherung vorliegt, ist ihr weiteres Verbleiben beim Sicherungsnehmer ungerechtfertigt. Dieser vertragliche Anspruch des Sicherungsgebers auf Rückgabe nicht mehr benötigter Sicherheiten besteht auch dann, wenn der Sicherungsvertrag eine ausdrückliche Freigaberegulation nicht oder nur eine unangemessen beschränkende und deshalb unwirksame Freigabeklausel enthält. Das Fehlen einer ausdrücklichen wirksamen Regelung des vertraglichen Freigabeanspruchs führt deshalb nicht zur Unwirksamkeit der Sicherheitenvereinbarung (BGH, Beschl. v. 27.11.1997 – GSZ 1/97, GSZ 2/97, BGHZ 137, 212, 218 ff. = ZIP 1998, 235 = ZBB 1998, 166 (m. Bespr. Saenger, S. 174) m. w. N., dazu EWiR 1998, 155 (Medicus)).

[49] bb) Entsprechende Erwägungen mit den folgenden Unterschieden gelten für die Vereinbarung der Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft in einem Bauvertrag: Wegen der Akzessorietät der Bürgschaft bedarf es einer Rückgewähr der Sicherheit selbst im engeren Sinne nach dem (teilweisen) Weg-

fall des Sicherungszwecks nicht. Ein Treuhandverhältnis liegt nicht vor. Gleichwohl verbleiben dem Unternehmer, wie oben (unter 1 c)) bereits dargestellt, Nachteile und auch dem Besteller in gewissem Umfang Vorteile (vgl. dazu BGH, Urt. v. 9.10.2008 – VII ZR 227/07, BauR 2009, 97 Rz. 10 f. = NZBau 2009, 116). Der Zweck der Sicherungsvereinbarung und die Interessenlage der Parteien erfordern es, dass der Besteller die erhaltenen Rechte und Vorteile aus einer geleisteten Sicherheit nach Wegfall des Sicherungszweckes nicht mehr behalten darf. In diesem Sinne können und müssen auch Rechte aus einer Bürgschaft zurückgegeben werden (BGH, Urt. v. 9.10.2008 – VII ZR 227/07, BauR 2009, 97 Rz. 10 f. = NZBau 2009, 116, Rz. 9-11). Zugleich muss verhindert werden, dass der Unternehmer Nachteile erleidet, ohne dass dies noch erforderlich ist.

[50] cc) Nach diesen Maßstäben führt auch der teilweise Wegfall des Sicherungszwecks zu einem Rückgabeanspruch des Unternehmers. Hiernach hat der Besteller regelmäßig nach Ablauf der vereinbarten Frist eine Bürgschaft insoweit freizugeben, als zu diesem Zeitpunkt keine durchsetzbaren Gewährleistungsansprüche bestehen.

[51] Allein die Sicherungsabrede entscheidet darüber, ob der Sicherungszweck entfallen ist (vgl. MünchKomm-Krüger, a. a. O., § 273 Rz. 59). Hierzu haben die Parteien in § 13 (2) des Vertrags nur vereinbart, dass die Klägerin eine Gewährleistungsbürgschaft als Sicherheit für die vertragsgemäße und mängelfreie Ausführung der Leistungen zu erbringen hat. Danach betrifft die Bürgschaft – auch hier wie regelmäßig nur auf Geld gerichtete – Gewährleistungsansprüche der Beklagten wegen Mängeln der Leistung der Klägerin. Sie soll absichern, dass die Beklagte mit ihren Gewährleistungsansprüchen nicht ausfällt. Das setzt tatsächlich bestehende Ansprüche voraus, denen keine dauerhafte Einrede entgegensteht.

[52] Ohne Erfolg macht die Revision geltend, der Sicherungszweck sei darüber hinaus insoweit noch nicht endgültig erledigt, als zu diesem Zeitpunkt aus wirtschaftlich vertretbarer ex ante-Sicht des Bestellers noch erhebliche weitere Ansprüche wegen weiterer rechtzeitig gerügter Mängel bestünden. Ein solches Interesse eines Bestellers, bis zur Klärung von ihm erhobener, aber tatsächlich unberechtigter Gewährleistungsansprüche hierfür eine Bürgschaft zu behalten, ist regelmäßig – ohne besondere Vereinbarung – nicht vom Sicherungszweck einer Gewährleistungsbürgschaft umfasst. Sie soll dem Besteller nicht das Risiko einer Fehleinschätzung über das Bestehen von Mängeln abnehmen. Eine andere Beurteilung ist nicht deshalb geboten, weil der Besteller andernfalls im Hinblick auf das Risiko, Ansprüchen wegen der Kosten der Sicherheit ausgesetzt zu sein, bewogen sein könnte, die Bürgschaft bereits zurückzugeben, obwohl sich später herausstellt, dass er mit berechtigten Forderungen ausfällt. Insoweit besteht kein Unterschied zur gesetzlichen Situation vor der (Schluss-)Zahlung des Werklohns. Hier sind Gewährleistungsansprüche des Bestellers dadurch gesichert, dass dem Besteller die Möglichkeiten eines Leistungsverweigerungsrechts oder der Aufrechnung mit auf Geld gerichteten Ansprüchen gegenüber der Werklohnforderung offen stehen. Das Risiko, sich zu Unrecht auf Mängel zu berufen, wird ihm dadurch nicht abgenommen. In diesem

Fall kommt er, vorbehaltlich einer möglichen Entschuldigung (§ 285 BGB, jetzt: § 286 Abs. 4 BGB n. F.; s. dazu unten 5.), auch mit der Zahlung des Werklohns in Verzug. Die bloße Vereinbarung einer Gewährleistungssicherheit für Mängel des Werks beinhaltet nicht stillschweigend eine weitergehende Absicherung. Sie enthält entgegen der Auffassung der Revision regelmäßig nicht die Abrede der Sicherung für jeden noch ungewissen Fall der nicht ordnungsgemäßen Vertragsdurchführung. Vielmehr sichert sie für den vereinbarten Zeitraum, häufig bis zum Ende der Verjährungsfrist, die Ungewissheit ab, ob und in welchem Umfang noch Mängel entdeckt werden. Sind am Ende dieser Frist Mängel im Streit, obliegt es dem Besteller, seine vermeintlichen Rechte durchzusetzen und zu klären; das Risiko, hierbei keinen Erfolg zu haben, verbleibt bei ihm und umfasst auch die Frage, ob er die gestellte Bürgschaft zu Recht behalten hat.

[53] Zu Unrecht beruft sich die Revision in diesem Zusammenhang auf die vor der Einführung des § 641 Abs. 3 BGB schon bestehende Rechtsprechung des Senats, dass die Höhe eines Leistungsverweigerungsrechts von den voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten abhängt. Diese Rechtsprechung betrifft nur den Umfang des Leistungsverweigerungsrechts, nicht aber dessen Voraussetzungen. Vergleichbare Bemessungsfragen stellen sich im Rahmen der teilweisen Freigabe einer Bürgschaft, die nur Zahlungsansprüche sichert, nicht. Soweit die Möglichkeit weiterer höherer Zahlungsansprüche als der Kostenvorschussansprüche besteht, hat das Berufungsgericht dem bei den tatsächlich bestehenden Ansprüchen durch einen Sicherheitszuschlag von 20 % Rechnung getragen. Dass dieser unzureichend sei, macht die Revision nicht geltend.

[54] b) Auf dieser Grundlage hat das Berufungsgericht den Teilfreigabeanspruch im Ergebnis auch in der Höhe nicht zum Nachteil der Beklagten falsch ermittelt.

[55] aa) Mängel im Verbundpflaster sind nicht zu berücksichtigen. Diesbezügliche Gewährleistungsansprüche der Beklagten gegen die Klägerin waren jedenfalls am 20. 9. 2007 verjährt.

[56] Die Bürgin konnte die Einrede der Verjährung der Hauptforderung erheben. § 17 Nr. 8 VOB/B war nicht vereinbart. Weder der Bürgschaftsvertrag noch die Sicherungsabrede im Bauvertrag enthalten eine Regelung dahin, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch verjährte Forderungen gesichert sein sollten.

[57] bb) Die Kosten für die Beseitigung der Mängel am Flachdach hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt. Die hiergegen erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet, § 564 Satz 1 ZPO.

[58] cc) Einen „Druckzuschlag“ musste das Berufungsgericht nicht berücksichtigen. Auch dieser ist vom Sicherungszweck regelmäßig nicht umfasst, wenn die Hingabe einer Bürgschaft zur Sicherung von auf Geld gerichteten Gewährleistungsansprüchen vereinbart ist. Denn er hat nichts mit der Sicherung der Durchsetzung berechtigter Zahlungsansprüche zu tun und wird hierfür nicht benötigt. Der von Revision angeführte Vergleich mit §§ 320, 641 Abs. 3 BGB lässt außerdem unberücksichtigt, dass das Leistungsverweigerungsrecht gerade über die Sicherung des Anspruchs hinaus bezweckt, Druck auf

den Unternehmer zur Nachbesserung auszuüben (vgl. etwa BGH, Urt. v. 16. 1. 1992 – VII ZR 85/90, BauR 1992, 401, 402). Im Übrigen kommt die direkte Anwendung dieser Vorschriften nicht in Betracht, weil es am Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen dem Freigabeanspruch und einem Nachbesserungsanspruch fehlt.

[59] 5. Auf dieser Grundlage war die Beklagte im vom Berufungsgericht angenommenen Umfang mit ihrer Freigabeverpflichtung in Verzug. Sie hat sich auch nicht nach § 285 BGB entlastet.

[60] Ob den Eintritt des Verzugs hindernde Umstände gegeben sind, unterliegt der Beurteilung im Einzelfall. Der Besteller kommt mit der Rückgabepflicht nicht in Verzug, wenn er einem nicht zu vertretenden Irrtum über das Bestehen oder den Umfang einer gesicherten Forderung unterlegen ist (vgl. BGH, Urt. v. 10. 2. 2011 – VII ZR 53/10, ZIP 2011, 559 = ZfIR 2011, 431 (LS) = BauR 2011, 828, Rz. 16 = NZBau 2011, 286 zur Leistungspflicht eines Bürgen, dazu EWiR 2011, 341 (Gladenbeck)). Rechtsfehlerfrei hat es das Berufungsgericht nicht ausreichen lassen, wenn die Beklagte bezüglich der Wärmedämmung aufgrund der Ausführungen des Sachverständigen K. mit wesentlich höheren Mängelbeseitigungskosten gerechnet hat. Die hiergegen erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet, § 564 Satz 1 ZPO.

[61] 6. Schließlich ist auch die Schadensschätzung des Berufungsgerichts revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die hiergegen ebenfalls erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet, § 564 Satz 1 ZPO.

### Anmerkung von Thomas Hildebrandt/Eva Bouchon

1. Die sehr gut begründete Entscheidung des Senats ist in keinem Punkt zu beanstanden und führt zur Rechtsicherheit bezüglich des Rückgabezeitpunkts von Mängelsicherheiten. Bereits aus den beiden Leitsätzen lassen sich die Folgen des Behaltens einer Sicherheit über den maßgebenden Rückgabezeitpunkt ablesen. Die streitgegenständliche Klausel, über die der Senat entschieden hat, ist dabei fast zweitrangig. Entscheidend ist vielmehr der vom Senat bestimmte Rückgabezeitpunkt im zweiten Leitsatz des Urteils. Danach ist die Sicherheit regelmäßig nach Ablauf der vereinbarten Frist jedenfalls insoweit zurück- oder freizugeben, als zu diesem Zeitpunkt keine durchsetzbaren Mängelansprüche mehr bestehen. Kommt der Besteller dem nicht nach, gerät er mit der Rückgabeverpflichtung in Verzug. Für das objektive Bestehen etwaiger Mängelansprüche trägt der Besteller die Beweislast sowie das prozessuale und wirtschaftliche Risiko. Seine subjektive ex-ante-Sicht ist irrelevant.

2.1 Zunächst geht der Senat in seinen Entscheidungsgründen detailliert auf die Frage ein, unter welchen Umständen es sich bei einer Klausel um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Schon das Berufungsgericht ging davon aus, dass die maßgebende Klausel zur mehrfachen Verwendung vorformuliert war, weil sie als Vertragsklausel im Bauvertrag weitgehend allgemein und abstrakt gehalten wurde (so auch BGH, Urt. v.



26.2.2004 – VII ZR 247/02, ZfIR 2004, 369 = ZIP 2004, 667 = BauR 2004, 841, 842 f., dazu EWiR 2004, 683 (*Blank*)).

Die verwandte Klausel enthielt auch nicht deshalb einen individuellen Bezug, weil die Bürgschaftsrückgabe nur verlangt werden könne, sobald der Auftragnehmer nach Fristablauf für die Abdichtungsarbeiten eine Mängelbürgschaft i. H. v. DM 30.000 gestellt habe. Die Regelung über die Bürgschaft i. H. v. 5 % des Schlussrechnungsbetrags sollte unabhängig davon gelten, ob die weitere Bürgschaft wegen Abdichtungsarbeiten gestellt wird. Auch der Senat hat deshalb richtigerweise angenommen, dass die Rückgabeverpflichtung durch diesen Zusatz nicht mit den Besonderheiten des konkreten Bauvertrags verknüpft wurde.

Entscheidend ist, dass der Senat im Ergebnis gemeinsam mit dem Berufungsgericht davon ausgeht, dass die vorrangige Rückgabeklausel in § 13 Abs. 2 des Vertrags als Allgemeine Geschäftsbedingung gem. § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam ist. Eine solche Klausel benachteiligt den Unternehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, weil sie die Rückgabe der Sicherheit insgesamt davon abhängig macht, dass keine Mängelansprüche mehr geltend gemacht werden können. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine unangemessene Benachteiligung nach der ständigen Rechtsprechung des BGH immer schon dann vorliegt, wenn der Verwender von AGB durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen (vgl. nur BGH, Urt. v. 27. 5. 2010 – VII ZR 165/09, ZfIR 2010, 478 (LS) = BauR 2010, 1219, dazu EWiR 2010, 703 (*Schwenker*)).

Richtigerweise geht der Senat davon aus, dass der Besteller nach dieser Klausel die Sicherheit auch über den Ablauf der Verjährungsfrist für Mängelansprüche von fünf Jahren hinaus in voller Höhe behalten kann, unabhängig davon, in welcher Höhe er zu diesem Zeitpunkt überhaupt noch gesicherte, durchsetzbare Ansprüche hat. Das vom Senat angeführte Rechenbeispiel verdeutlicht die unangemessene Benachteiligung sehr anschaulich. So würde etwa ein ganz geringer *berechtigter* Anspruch im Wert von € 1.000 ausreichen, um eine Bürgschaft i. H. v. 1 Mio € zurückzuhalten. Dabei wird das Interesse des Bestellers nicht übersehen, den Unternehmer mit der Zurückhaltung der (höheren) Bürgschaft zur Erfüllung des berechtigten Anspruches besonders unter Druck setzen zu können. Die Frage, ob ein solches Interesse anerkennenswert und schutzwürdig ist, lässt der Senat offen. Jedenfalls wird der Unternehmer bei einem solchen Missverhältnis zwischen einem berechtigten Anspruch und den entstehenden Nachteilen für ihn entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.

Dem stets vorgetragenen Einwand eines Bestellers, dass die Mängelsicherheit ohnehin nur auf 5 % der Abrechnungssumme oder des Auftragswerts beschränkt sei und deswegen eventuelle Mängelansprüche auch nur in dieser Höhe abgesichert werden, erteilt der Senat eine klare Absage. Zwischen dieser Argumentation und der Herausgabeverpflichtung einer Sicherheit bzw. deren Teilfreigabe bestehe, sofern nur noch geringfügige Ansprüche bestehen, kein inhaltlicher Zusammenhang. Die Möglichkeit der Zurückhaltung einer unveränderten

Bürgschaft auch bei unerledigten Mängelansprüchen geringerer Höhe werde nicht dadurch aufgewogen, dass auch bei unerledigten höheren Mängelansprüchen nur diese, Ansprüche i. H. v. 5 % der Auftragssumme absichernde, Bürgschaft zurückgehalten werden könnte (Rz. 42 der Entscheidung).

2.2 Richtigerweise korrigierte der Senat allerdings die Entscheidung des Berufungsgerichts, wonach sich die Freigabeverpflichtung des Bestellers nach § 17 Nr. 8 Satz 2 VOB/B (1996) richten sollte. Die Auslegung des Berufungsgerichts, wonach die Anwendbarkeit dieser Vorschrift aus der Vereinbarung der Parteien, die VOB/B gelte im Rang nach den Vertragsbestimmungen, abgeleitet wurde, ist falsch. Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag bestimmte unter § 2 vielmehr, dass eine Rangfolge zwischen den „Regelungen des Vertrages“ und der VOB/B nur im Falle eines Widerspruchs und für eventuelle Vertragsauslegungen gelten solle. Dies lag jedoch nicht vor. Der Widerspruch zwischen § 13 Abs. 2 des GU-Vertrags und § 17 Nr. 8 Satz 2 VOB/B sollte nach dem Willen der Parteien gerade dahin aufgelöst werden, dass die vertragliche Regelung, also § 13 Abs. 2 des GU-Vertrages, vorgehen sollte. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war dort auch nicht geregelt, was im Falle der Unwirksamkeit der vorrangigen Bestimmung gelten sollte. Dazu fand sich vielmehr in § 18 Abs. 3 des Vertrags eine entsprechende Klausel, nach der sich die Parteien verpflichten sollten, eine unwirksame Bestimmung durch eine im wirtschaftlichen Ergebnis gleichkommende wirksame zu ersetzen. Das bedeutete, dass ein Rückgriff auf § 17 Nr. 8 Satz 2 VOB/B (1996) ausschied, weil dort gerade eine Teilhaftung vorgesehen ist.

Allerdings ließ sich auch aus § 18 Abs. 3 des Vertrags nichts für die Freigabe herleiten. Nach ständiger Rechtsprechung wäre eine dem wirtschaftlichen Ergebnis gleichkommende Klausel ihrerseits wegen eines Verstoßes gegen § 6 Abs. 2 AGBG nach § 9 AGBG ohnehin nichtig (vgl. nur BGH, Urt. v. 22. 11. 2001 – VII ZR 208/00, ZfIR 2002, 195 = ZIP 2002, 166 = BauR 2002, 463, dazu EWiR 2002, 177 (*Vogel*)).

Aus diesem Grunde ergab sich die Freigabeverpflichtung der Beklagten aus den gem. § 6 Abs. 2 AGBG maßgebenden gesetzlichen Vorschriften. Da das Gesetz jedoch weder einen Anspruch des Bestellers auf Gewährung einer Mängelsicherheit und demzufolge auch keinen Anspruch auf Rückgewähr einer solchen Sicherheit vorsieht, musste der Senat schließlich eine nach §§ 133, 157 BGB ergänzende Vertragsauslegung vornehmen. Maßgebendes Ergebnis ist, dass es Sinn und Zweck einer Sicherungsabrede und die Interessenlage der Parteien erfordern, dass der Besteller die erhaltenen Rechte und Vorteile aus einer geleisteten Sicherheit nach Wegfall des Sicherungszwecks nicht mehr behalten darf (Rz. 49 der Entscheidung).

In diesem Sinne können und müssen auch Rechte aus einer Bürgschaft zurückgegeben werden (BGH, Urt. v. 9. 10. 2008 – VII ZR 227/07, BauR 2009, 97). Der Senat führt auch aus, dass nach diesen Maßstäben auch der teilweise Wegfall des Sicherungszwecks zu einem Rückgabeanpruch des Unternehmers führt. Jedenfalls hat der Besteller nach Ablauf der vereinbarten Frist eine Bürgschaft insoweit freizugeben, als zu diesem Zeitpunkt keine durchsetzbaren Mängelansprüche mehr bestehen. Sofern eine Mängelbürgschaft als Sicherheit für die vertrags-

gemäß und mangelfreie Ausführung der Leistungen zu stellen ist, betrifft sie nur auf Geld gerichtete Mängelansprüche des Bestellers wegen Mängeln der Leistung. Sie soll also absichern, dass der Besteller mit seinen Mängelansprüchen nicht ausfällt (Rz. 51 der Entscheidung).

Das setzt aber *tatsächlich bestehende* Ansprüche voraus, denen auch keine dauerhafte Einrede entgegensteht. Dies ist der entscheidende Punkt des vorliegenden Urteils. Der Besteller trug vor, dass der Sicherungszweck noch nicht endgültig erledigt war, sofern zu diesem Zeitpunkt aus seiner wirtschaftlich vertretbaren ex-ante-Sicht noch weitere Ansprüche wegen weiterer rechtzeitig gerügter Mängel bestünden. Dem erteilt der Senat eine klare Absage, weil ein solches Interesse bis zur Klärung vom Besteller erhobener, aber tatsächlich unberechtigter Mängelansprüche kein Recht zum Behalten einer Bürgschaft begründen, weil dies nicht vom Sicherungszweck erfasst ist. Behauptete Mängelansprüche stellen keine tatsächlich und rechtlich bestehenden Mängelansprüche dar. Unter keinen Umständen soll der Sicherungszweck einem Besteller das Risiko einer Fehleinschätzung über das Bestehen von Mängeln abnehmen.

Das Risiko des Bestellers, die Bürgschaft bereits herauszugeben, obwohl sich später herausstellt, dass er mit berechtigten Forderungen ausfällt, begründet auch keine andere Sichtweise. Der Besteller ist zum Rückgabezeitpunkt dem Anspruch des Unternehmers auf Zahlung der Avalprovision ausgesetzt. Er muss entscheiden, ob er seine möglicherweise unberechtigten Mängelansprüche weiterverfolgt und insofern den Anspruch des Unternehmers auf Zahlung der weiteren Avalprovision im Rahmen seines Verzugschadensersatzanspruchs befriedigen muss oder ob er die Sicherheit zurückgibt.

Der Senat zieht hier den Vergleich mit der gesetzlichen Situation vor der Schlusszahlung des Werklohns. Dabei sind Mängelansprüche des Bestellers dadurch gesichert, dass dem Besteller die Möglichkeit eines Leistungsverweigerungsrechts oder die Aufrechnung mit auf Geld gerichteten Ansprüchen gegenüber der Werklohnforderung zusteht. Das Risiko, sich zu Unrecht auf Mängel zu berufen, wird ihm dadurch nicht abgenommen, weil er in einem solchen Fall mit der Zahlung des Werklohns in Verzug gerät. Die Mängelsicherheit sichert nur für den vereinbarten Zeitraum die Ungewissheit ab, ob und in welchem Umfang noch Mängel entdeckt werden. Sind am Ende dieser Frist Mängel im Streit, obliegt es dem Besteller, seine vermeintlichen Rechte durchzusetzen und zu klären.

Das Risiko, hierbei keinen Erfolg zu haben, verbleibt bei ihm und umfasst auch die Frage, ob er die gestellte Bürgschaft zu Recht behalten hat (Rz. 52 der Entscheidung).

Für das Vorhandensein von Mängeln trägt der Besteller im Rahmen des Herausgabeanspruchs die volle Darlegungs- und Beweislast. Fordert der Unternehmer also die Sicherheit nach Ablauf der Frist heraus, gehört die Mangelfreiheit der Leistung nicht zu den anspruchsbegründenden Tatsachen. Es handelt sich vielmehr um eine Einwendung des Bestellers gegenüber dem Herausgabeanspruch des Unternehmers.

Schließlich drang im vorliegenden Fall die Revision auch nicht mit dem Argument durch, dass in vergleichbarer Weise die Höhe eines Leistungsverweigerungsrechts nach § 641 Abs. 3 BGB von den voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten abhängt. Dies betrifft nur den Umfang des Leistungsverweigerungsrechts, nicht aber dessen Voraussetzungen. Derartige Bemessungsfragen stellen sich im Rahmen der teilweisen Freigabe einer Bürgschaft, die nur Zahlungsansprüche sichert, nicht.

Allerdings ist die Sicherheit auch bei wirksamer Vereinbarung von § 17 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B nach Ablauf der Frist herauszugeben, wenn tatsächlich keine Mängelansprüche mehr bestehen. Auch hier trägt das Risiko und die Darlegungs- und Beweislast vom Vorhandensein etwaiger Mängel selbstverständlich der Besteller.

3. Das Fazit der Entscheidung liegt auf der Hand. Mängel, die unmittelbar vor Ablauf der Verjährungsfrist für Mängelansprüche entdeckt werden und einen Mängelanspruch begründen, sind von der Mängelsicherheit erfasst. Die Darlegungs- und Beweislast trägt der Besteller. In diesem Fall darf er die Sicherheit bis zur endgültigen Befriedigung der Mängelansprüche behalten. Stellt sich jedoch heraus, dass die behaupteten Mängel nicht vorliegen und keine Mängelansprüche bestehen, muss der Besteller die Sicherheit nach Ablauf der Frist herausgeben. Gibt er sie nicht heraus, befindet er sich ab diesem Zeitpunkt in Verzug. Das prozessuale und wirtschaftliche Risiko des Behaltens der Sicherheit wird sich in diesem Falle bei ihm realisieren.

*Dr. Thomas Hildebrandt, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht in Hamburg/  
Eva Bouchon, M.A., Rechtsanwältin und Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht in Berlin,  
beide Leinemann & Partner Rechtsanwälte mbB*

---

## Rechtsprechung zum Sachen- und Grundbuchrecht

---

BeurkG §§ 54b, 17; BNotO § 14 Abs. 1 Satz 2

**Verstoß des Notars gegen Treuhandauftrag wegen Auszahlung hinterlegten Kaufpreises vor Löschung (noch) eingetragenen Zwangsversteigerungsvermerks**

Leitsatz des Gerichts:

**Der Notar ist nicht berechtigt, ein nicht zweifelfreies Verständnis vom Inhalt einer Verwahrungsanweisung seinem Handeln zugrunde zu legen, ohne mit der Treugeberin ein Einvernehmen herbeigeführt zu haben.**