



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 467/00

Verkündet am:
13. September 2001
Heinzelmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: _____ ja

VOB/B § 17 Nr. 3

- a) Die Sicherungsabrede über einen Sicherheitseinbehalt ist vorbehaltlich abweichender Vereinbarung dahin auszulegen, daß der Auftraggeber berechtigt ist, den Sicherheitseinbehalt allein für die vom Sicherungszweck erfaßten geldwerten Gewährleistungsansprüche (Vorschuß auf Mangelbeseitigungskosten, Erstattung der Aufwendungen für Mängelbeseitigung, Schadensersatz, Minderung) zu verwenden.
- b) Stellt der Auftragnehmer eine Austauschbürgschaft zu einem Zeitpunkt, in dem der Sicherungsfall noch nicht eingetreten ist, ist der Auftraggeber verpflichtet, den Sicherheitseinbehalt auszuzahlen. Kommt er dem nicht unverzüglich nach, bleibt

er zur Auszahlung regelmäßig auch dann verpflichtet, wenn der Sicherungsfall später eintritt.

- c) Liegt der Sicherungsfall bei Stellung der Austauschbürgschaft bereits vor, steht es im Belieben des Auftraggebers, ob er die Bürgschaft annimmt oder den Einbehalt verwertet. Er ist verpflichtet, sich insoweit dem Auftraggeber gegenüber unverzüglich zu erklären. Andernfalls verbleibt es bei dem Austauschrecht des Auftragnehmers.

BGH, Urteil vom 21. Juni 2001 - VII ZR 467/00 - OLG Schleswig
LG Kiel

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Juni 2001 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Prof. Dr. Thode, Dr. Kuffer, Dr. Kniffka und Bauner

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 10. November 2000 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1. Der Kläger verlangt von dem Beklagten die Zahlung von Restwerklohn sowie die Auszahlung eines Sicherheitseinbehalts nach Stellung einer entsprechenden Bürgschaft zu dessen Ablösung. Nur dieser Teil der Klage ist Gegenstand des Revisionsverfahrens.

2. Der Kläger führte für den Beklagten aufgrund mehrerer VOB-Verträge Dachdecker- und Klempnerarbeiten aus. Nach Nr. 3 Abs. 1 Satz 2 dieser Verträge war der Beklagte berechtigt, von der Schlußrechnung 5 % als Gewährleistungssumme einzubehalten. Nach Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 konnte der Kläger die Gewährleistungssumme nach mängelfreier Abnahme bzw. nach Beseitigung der Mängel durch eine unbefristete Bankbürgschaft ablösen.

Der Beklagte nahm die Leistung ab. Die im Abnahmeprotokoll festgestellten Mängel sind behoben. Als Sicherheit behielt der Beklagte insgesamt 18.050,96 DM ein. Am 13. August 1999 ließ ihm der Kläger über diesen Betrag Bürgschaftsurkunden aushändigen und setzte eine Frist zur Auszahlung der einbehaltenen Beträge bis zum 25. August 1999. Mit Schreiben vom 27. September 1999 lehnte der Beklagte die Auszahlung ab. Er macht ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines Anspruchs auf Nachbesserung mehrerer vom Kläger bestrittener Mängel geltend.

3. Das Landgericht hat durch Teilurteil vom 25. November 1999 der Klage auf Auszahlung des Sicherheitseinbehalts stattgegeben. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Dagegen wendet sich seine zugelassene Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision hat keinen Erfolg.

II.

1. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung (OLGR Schleswig 2001, 2) im wesentlichen wie folgt begründet:

Der Beklagte könne wegen der von ihm behaupteten Mängel kein Zurückbehaltungsrecht gegen den Anspruch des Klägers auf Auszahlung des Sicherheitseinbehaltes geltend machen. Der Kläger habe mit der Stellung der Bürgschaft von seinem Gestaltungsrecht in eigenem Liquiditätsinteresse Gebrauch gemacht. Das Austauschrecht des Auftragnehmers nach § 17 Nr. 3 VOB/B würde gegenstandslos, wenn der Auftraggeber sich gegenüber dem Verlangen auf Auszahlung des Bareinbehalts auf die Mangelhaftigkeit der Werkleistung berufen könne. Es hänge damit allein von der Willkür des Auftraggebers ab, ob die Sicherheiten tatsächlich ausgetauscht würden.

2. Das hält im Ergebnis einer rechtlichen Nachprüfung stand. Der Beklagte ist verpflichtet, den Sicherheitseinbehalt an den Kläger auszusahlen.

a) Die vertraglichen Voraussetzungen für einen Austausch der Sicherheiten liegen vor.

b) Mit Stellung der Bürgschaften erlangte der Kläger gegen den Beklagten einen Anspruch auf Auszahlung des Sicherheitseinbehalts. Denn das Austauschrecht schließt aus, daß ein Auftraggeber eine ordentlich ersetzte Sicherheit behält. Eine Barsicherheit hat er alsbald auszusahlen, wenn er die Bürgschaft als zum Austausch gestellte und geeignete Sicherheit entgegengenommen hat. Denn das Austauschrecht ist ein vertragliches Gestaltungsrecht des Auftragnehmers. Dieser ist berechtigt, die Art der Sicherungsgewährung in dem vorgegebenen Rahmen zu bestimmen und zu verändern (BGH, Urteile vom 3. Juli 1997 - VII ZR 115/95, BGHZ 136, 195 = ZfBR 97, 298 = BauR 97, 1026 und vom 18. Mai 2000 - VII ZR 178/99, ZfBR 2000, 864 = BauR 2000, 1501).

c) Dem Beklagten stehen keine Gegenrechte zu, mit denen er diesen Anspruch zu Fall bringen kann.

aa) Der Nachbesserungsanspruch, von dessen Bestehen in der Revision auszugehen ist, berechtigt den Beklagten nicht, die Barsicherheit einzubehalten. Dies folgt aus der zwischen den Parteien getroffenen Sicherungsabrede.

Eine Sicherungsabrede umfaßt die Vereinbarung, daß eine Sicherheit für einen bestimmten Sicherungszweck in bestimmter Höhe und in einer bestimmten Art zu leisten ist und in welchem Zeitpunkt der Sicherungsfall eintritt, d.h. ab wann der Sicherungsnehmer berechtigt ist, die Sicherheit zu verwerten (Thode, ZfIR 2000, 165, 166; Weise, Sicherheiten im Baurecht, Rdn. 9).

Eine ausdrückliche Vereinbarung der Parteien über den Sicherungsfall fehlt. Der Vertrag bedarf daher der an den Interessen beider Parteien ausgerichteten Auslegung. Diese ergibt, daß der Sicherungsnehmer berechtigt ist, die Sicherheit allein für die vom Sicherungszweck erfaßten geldwerten Gewährleistungsansprüche (Vorschuß auf Mängelbeseitigungskosten, Erstattung der Aufwendungen für Mängelbeseitigung, Schadensersatz, Minderung) zu verwerten. Denn die Sicherheit besteht in einem Bardepot; ihre Verwertung ist auf Geld gerichtet. Der Sicherungsfall liegt noch nicht vor. Der Beklagte kann lediglich Nachbesserung verlangen.

bb) Selbst wenn man unterstellt, daß der Sicherungsfall eingetreten ist, wäre der Beklagte zur Auszahlung des Einbehalts verpflichtet.

Hinsichtlich der zeitlichen Abfolge von Sicherungsfall und Ausübung des Austauschrechts und der sich daraus ergebenden Folgen sind nämlich mehrere Fallgruppen zu unterscheiden:

(1) Bietet der Auftragnehmer dem Auftraggeber die Austauschbürgschaft zu einem Zeitpunkt an, in dem der Sicherheitseinbehalt bereits verwertet ist, ist für einen Austausch kein Raum mehr. Das Austauschrecht ist mit der Verwertung entfallen. Der Auftraggeber muß die Bürgschaft zurückweisen.

(2) Macht der Auftragnehmer von seinem Austauschrecht zu einem Zeitpunkt Gebrauch, in dem der Sicherungsfall noch nicht eingetreten ist, ist der Auftraggeber verpflichtet, die Bürgschaft entgegenzunehmen und den Sicherheitseinbehalt auszuzahlen. Kommt er dem nicht unverzüglich nach, verletzt er die Sicherungsabrede (BGH, Urteil vom 18. Mai 2000 - VII ZR 178/99 aaO). Auch wenn dann der Sicherungsfall eintritt, bleibt er zur Auszahlung verpflichtet. Den Anspruch auf eine Sicherheit verliert er dadurch nicht. Er muß sich mit der Austauschsicherheit begnügen.

Etwas anderes kann im Einzelfall gelten, wenn der Sicherungsfall unmittelbar bevorsteht, etwa weil eine zur Mängelbeseitigung gesetzte Frist kurz nach Eingang der zum Austausch übermittelten Bürgschaft abläuft.

(3) Liegt der Sicherungsfall bei Stellung der Bürgschaft dagegen bereits vor, steht es im Belieben des Auftraggebers, ob er die Bürgschaft als Austauschsicherheit annimmt oder den Bareinbehalt verwertet. Die Wahrnehmung des Austauschrechts hindert den Auftraggeber nicht, bereits entstandene geldwerte Gewährleistungsansprüche durch Zugriff auf das Bardepot zu befriedigen. Wählt er die Verwertung, ist für einen Austausch kein Raum mehr. Er darf die Bürgschaft nicht entgegennehmen. Entscheidet sich der Auftraggeber für die Bürgschaft, muß er den Sicherheitseinbehalt auszahlen.

Mit Rücksicht auf die Auftragnehmerinteressen ist der Auftraggeber gehalten, sich dem Auftragnehmer gegenüber unverzüglich zu erklären, ob er den

Sicherungseinbehalt verwertet. Der Auftragnehmer darf nicht hingehalten werden. Kommt der Auftraggeber dem Gebot sich unverzüglich zu erklären nicht nach, bleibt es bei dem Austauschrecht des Auftragnehmers. Der Auftraggeber muß den Sicherungseinbehalt auszahlen, die Bürgschaft kann er behalten.

So liegt der Fall hier. Dem Beklagten wurden am 13. August 1999 die Bürgschaftsurkunden übergeben. Zur Auszahlung des Sicherheitseinbehalts wurde ihm eine Frist bis 25. August 1999 gesetzt. Er hat erst mit Schreiben vom 27. September 1999 die Auszahlung abgelehnt. Das ist nicht mehr unverzüglich.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Ullmann

Thode

Kuffer

Kniffka

Bauner