



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

VII ZR 182/01

Verkündet am:  
7. März 2002  
Heinzelmann,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. März 2002 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Prof. Dr. Thode, Dr. Kuffer, Prof. Dr. Kniffka und Bauner

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 13. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 25. April 2001 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

I.

Die Klägerin verlangt gegen Stellung einer Austauschbürgschaft die Auszahlung eines Sicherheitseinbehalts in Höhe von 22.300 DM.

II.

1. Der Beklagte beauftragte die Klägerin im Juli 1996 mit Aluminium-Dacharbeiten. Eine Klausel der von dem Beklagten gestellten vorformulierten Vertragsbedingungen sieht vor, daß die Sicherheitsleistung in Höhe von 5 % der Auftragssumme nach Ablauf von fünf Jahren nach Abnahme der Lei-

stungen oder vorher gegen Übergabe einer Gewährleistungsbürgschaft ausbezahlt werden soll.

2. Im Februar 1997 nahm der Beklagte die Leistung der Klägerin ab. Von der Bruttosumme der Schlußrechnung behielt er 22.300 DM als Sicherheit ein.

Im September 1997 übersandte die Klägerin dem Beklagten eine Gewährleistungsbürgschaft in Höhe des Sicherheitseinbehalts und forderte den Beklagten auf, den Sicherheitseinbehalt auszuzahlen. Der Beklagte zahlte den Sicherheitseinbehalt trotz mehrmaliger Mahnung nicht aus, sondern sandte am 17. November 1997 die Bürgschaftsurkunde unter Hinweis auf Baumängel an der von der Klägerin erstellten Hauptentwässerungsrinne zurück.

### III.

1. Das Landgericht hat der Klägerin einen Zuschußanspruch für die Beseitigung der Mängel an der Hauptentwässerungsrinne mit der Begründung zuerkannt, der Beklagte hafte in Höhe von 2/3 der Mängelbeseitigungskosten, weil er sich die Planungsfehler seines Architekten zurechnen lassen müsse. Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, an die Klägerin 22.300 DM Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung hinsichtlich der Hauptentwässerungsrinne Zug um Zug gegen Zahlung weiterer 34.482,83 DM durch den Beklagten an die Klägerin zu zahlen.

2. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht den Beklagten verurteilt, an die Klägerin 22.300 DM nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe der Bürgschaftsurkunde zu zahlen. Mit seiner zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision des Beklagten hat keinen Erfolg.

Auf das Schuldverhältnis der Parteien ist das Bürgerliche Gesetzbuch in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung anwendbar (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

II.

1. Das Berufungsgericht hat den Anspruch der Klägerin auf Auszahlung der Sicherheitsleistung Zug um Zug gegen Rückgabe der Bürgschaftsurkunde wie folgt begründet:

a) Die Frage, ob dem Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht an dem Sicherheitseinbehalt hinsichtlich der Bürgschaftsurkunde zustehe, könne offenbleiben, weil die Klägerin mit ihrer Berufung nur Zahlung gegen Rückgabe der Bürgschaftsurkunde verlange.

b) Ein Zurückbehaltungsrecht wegen etwaiger Mängel stehe dem Beklagten nicht zu. Der Auftraggeber könne einem Austauschverlangen des Auftragnehmers kein Zurückbehaltungsrecht wegen mangelhafter Leistungen entgegenhalten. Mit dem Sinn und Zweck des Austauschrechts des Auftragnehmers sei es unvereinbar, daß der Auftraggeber die Entgegennahme der Bürgschaft und die Auszahlung des Sicherheitseinhalts verweigere.

Das Austauschrecht diene dem Liquiditätsinteresse des Auftragnehmers. Es würde diesem vom Auftraggeber durch die Vereinbarung des Aus-

tauschrechts anerkannten Interesse widersprechen, wenn der Auftraggeber berechtigt wäre, den Austausch unter Hinweis auf Mängelbeseitigungsansprüche zu verweigern.

2. Diese Erwägungen sind revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

a) Die Sicherungsabrede ist als allgemeine Geschäftsbedingung wirksam. Der Senat sieht sich an einer erstmals von der Revision geforderten Inhaltskontrolle der Sicherungsabrede als Allgemeiner Geschäftsbedingung gehindert (§ 561 ZPO i.V.m. § 26 Nr. 7 EGZPO). Die tatsächlichen Voraussetzungen für eine derartige Inhaltskontrolle sind vom Berufungsgericht nicht festgestellt worden. Die Revision hat insoweit keine Verfahrensrüge erhoben.

b) Der Beklagte ist aufgrund der Sicherungsvereinbarung verpflichtet, den Sicherheitseinbehalt an die Klägerin auszuzahlen, weil die vereinbarten Voraussetzungen für einen Austausch der Sicherheiten vorliegen.

(1.) Mit Stellung der Bürgschaft erlangte die Klägerin gegen den Beklagten einen Anspruch auf Auszahlung des Sicherheitseinhalts. Denn das Austauschrecht schließt aus, daß ein Auftraggeber eine ordentlich ersetzte Sicherheit behält. Eine Barsicherheit hat er alsbald auszuzahlen, wenn er die Bürgschaft als zum Austausch gestellte und geeignete Sicherheit entgegengenommen hat. Das Austauschrecht ist ein vertragliches Gestaltungsrecht des Auftragnehmers. Dieser ist berechtigt, die Art der Sicherungsgewährung in dem vereinbarten Rahmen zu bestimmen und zu verändern (BGH, Urteil vom 13. September 2001 - VII ZR 467/00, BauR 2001, 1893 = ZfBR 2002, 48 = NZBau 2001, 679).

(2.) Dem Beklagten steht kein Zurückbehaltungsrecht als Gegenrecht zu. Ein etwaiger Nachbesserungsanspruch berechtigt den Beklagten nicht, die Bar-

sicherheit 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.

Eine ausdrückliche Vereinbarung der Parteien über den Sicherungsfall fehlt. Der Vertrag erfordert deshalb eine an den Interessen beider Parteien orientierte 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 verwenden. Das Berufungsurteil enthält keine Feststellungen, daß der Sicherungsfall eingetreten sei. Auch die Revision bringt hierzu nichts vor. Selbst wenn zu unterstellen wäre, daß der Sicherungsfall bei Stellung der Bürgschaft Mitte September bereits vorgelegen habe, verbliebe es bei dem Austauschrecht der Klägerin, da der Beklagte sich gegenüber der Klägerin nicht unverzüglich (vgl. BGH, Urt. v. 13. September 2001 - VII ZR 467/00 aaO), sondern erst nach zwei Monaten erklärt hat, er nehme die Bürgschaft nicht in Anspruch.

Ullmann

Thode

Kuffer

Kniffka

Bauner