

15

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB §§ 765, 768

Bei einer nach dem Wortlaut der Urkunde unbefristeten Bürgschaft mit der Klausel "auf erste Anforderung zu zahlen" wird der vom Gläubiger bestrittene Einwand des Bürgen, seine Verpflichtung sei zeitlich begrenzt, erst im Rückforderungsverfahren geprüft (Fortführung von BGHZ 74, 244).

BGH, Urt.v. 31. Januar 1985 - IX ZR 66/84 - OLG Frankfurt a.M.
LG Frankfurt a.M.

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 66/84

URTEIL

Verkündet am

31. Januar 1985

Pohl

Justizamtsinspektor

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

1. Bernd Achim R [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED], [REDACTED] H [REDACTED],
2. Dr. Jürgen S [REDACTED], L [REDACTED] Str. [REDACTED],
[REDACTED] K [REDACTED]/Ts.,

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

V [REDACTED] H [REDACTED] eG, vertreten durch die Mitglieder ihres Vorstands Hans R [REDACTED] und Wolfgang B [REDACTED],
H [REDACTED]straße [REDACTED], [REDACTED] F [REDACTED] ([REDACTED]),

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Streithelfer der Beklagten:

Firma Wilhelm R [REDACTED] & Söhne GmbH, S [REDACTED] B [REDACTED]straße
[REDACTED], [REDACTED] F [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und [REDACTED] -

- 2 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 31. Januar 1985 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Henkel, Fuchs, Gärtner und Dr. Graßhof

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Kläger werden das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 22. März 1984 aufgehoben und das Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main vom 5. Mai 1983 geändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger 66 000 DM nebst 12 v.H. Zinsen seit 23. November 1982 zu zahlen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits mit Ausnahme der Kosten der Streithilfe, die der Streithelferin auferlegt werden.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Kläger nehmen die Beklagte aus einer Bürgschaftsurkunde vom 3. März 1981 in Anspruch.



Sie hatten im März 1979 der Firma R■■■■ & Söhne GmbH, der Streithelferin der Beklagten, für ein Bauvorhaben den Auftrag für die Erd-, Kanal-, Maurer- und Stahlbetonarbeiten erteilt. Dessen Bestandteil sind "Besondere Vertragsbedingungen" (im folgenden BesVB). Sie bestimmen unter

III 6: Es gilt als vereinbart, daß eine Sicherheitsleistung für die Dauer von einem Jahr einbehalten wird. Die Höhe derselben richtet sich nach der Gesamtabrechnungssumme und beträgt 5 v.H. der Summe der Endrechnung. Der einbehaltene Betrag wird nach Ablauf von einem Jahr ausbezahlt, soweit er nicht zur Beseitigung etwaiger Mängel in Anspruch genommen wurde. Die Sicherheitsleistung kann nach VOB, Teil B, § 17 (4) auch durch eine Bankbürgschaft abgelöst werden.

§ 17 Ziff. 3, 6, 7 und 8 der VOB, Teil B, wird hiermit ausdrücklich ausgeklammert.

...

VII 7: ...
Die Gewährleistungsfrist beträgt für alle Gewerke 5 Jahre laut BGB und beginnt mit dem Tag der Übergabe an den Käufer.

Am 13. Oktober 1980 erstellte die Streithelferin die Schlußabrechnung über 1 422 856,48 DM. In der Schlußzahlungsvereinbarung vom 6. März 1981 wurde die Schlußsumme einschließlich Mehrwertsteuer einvernehmlich auf 1 327 901,11 DM festgestellt. Weiter heißt es:

"Mit der heutigen Übergabe der beiden Schecks... über DM 42 605,01 ...und... über DM 7 072,75 sind sämtliche Forderungen der Firma R■■■■ aus o.g. Bauvorhaben einvernehmlich abgegolten. Die Schlußzahlung ist hiermit geleistet.

Die Gewährleistungsbürgschaft wurde übergeben und in der vorliegenden Form von Herrn Dr. Sc[REDACTED] akzeptiert".

Die von der Beklagten am 3. März 1981 unter Verwendung eines Formulars ausgestellte Bürgschaft führt als

Sicherungsverpflichteten die Streithelferin,
Sicherungsempfänger die Kläger,
Bürgen die Beklagte

auf und lautet weiter:

"Sicherungsgrund: Vertrag zwischen dem Sicherungsverpflichteten und dem Sicherungsempfänger vom 26.3.1979 Nr. ... betreffend Erd-, Kanal-, Maurer- und Stahlbetonarbeiten Bauvorhaben Bad H[REDACTED], W[REDACTED] M[REDACTED]-Str. [REDACTED]

Art der Bürgschaft: Vertragsgewährleistungsbürgschaft

Haftungsbetrag: DM 66 000

...

Die Bürgschaft ist selbstschuldnerisch und unbefristet.

Der Bürge verzichtet auf die Einreden der Anfechtung, der Aufrechnung und der Vorausklage (§ 770/771 des Bürgerlichen Gesetzbuches) sowie auf das Recht aus § 776 des Bürgerlichen Gesetzbuches und ist bereit, auf erste Anforderung zu zahlen, ungeachtet aller Einwände und Einreden auch von dritter Seite.

..."

Die Kläger rügten erstmals mit Schreiben vom 9. August 1982 gegenüber der Streithelferin Mängel bei

der Verlegung der Kanäle. Die Streithelferin lehnte eine Haftung ab. Mit Schreiben vom 12. November 1982 verlangten die Kläger von der Beklagten aufgrund der Bürgschaft die umgehende Zahlung des Haftungsbetrages von 66 000 DM. Dabei legten sie ihre Gewährleistungsansprüche unter Berufung auf ein beigefügtes Sachverständigengutachten über den baulichen Zustand des Kanalsystems dar. Die Beklagte weigerte sich zu zahlen. Die Klage auf Zahlung von 66 000 DM nebst 12 v.H. Zinsen seit 18. November 1982 blieb in den Vorinstanzen erfolglos.

Mit der Revision verfolgen die Kläger ihren Antrag weiter. Die Beklagte bittet um deren Zurückweisung.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Verurteilung der Beklagten.

Das Berufungsgericht **ist der Auffassung, daß die** Bürgschaft die für die Dauer eines Jahres bestehende Forderung auf den 5 %igen Sicherheitseinbehalt als Hauptschuld habe sichern sollen. Auch die Bürgschaftsverpflichtung könne sich wegen ihrer Akzessorietät nicht über diesen zeitlichen Rahmen hinaus erstrecken. Da die Kläger die Beklagte nicht innerhalb dieser Frist in Anspruch genommen hätten, könnten sie aus der Bürgschaft keine Rechte mehr herleiten.

Das hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand. Die Revision rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht den Inhalt der Bürgschaftsurkunde vom 3. März 19 und den Vortrag der Kläger nicht ausgeschöpft hat.

Nach Wortlaut und Inhalt der Urkunde handelt es sich um eine Gewährleistungsbürgschaft. Das zieht die Beklagte nicht mehr in Zweifel. Sie hat sich verpflichtet, "auf erste Anforderung zu zahlen, ungeachtet aller Einwände und Einreden auch von dritter Seite". Gerade darauf berufen sich die Kläger. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist diese Klausel mit dem Wesen einer Bürgschaftsverpflichtung vereinbar (BGHZ 74, 244; dazu Anm. Hickl BauR 1979, 463 und Rehbein JR 1980, 17; Senatsurt. v. 24. November 1983 - IX ZR 2/83, ZJP 1984, 32 = NJW 1984, 923). Die Bürgschaft sichert eindeutig den Anspruch auf Gewährleistung aus dem Vertrage vom 26. März 1979. Nach dem Wortlaut der Urkunde ist sie unbefristet und entspricht damit Abschn. III Nr. 6 BesVB mit § 17 Nr. 4 VOB/B. Bei dieser Sachlage konnte sich die Erklärung, welche die Zahlungspflicht auslöst, auf die Angabe beschränken, daß Baumängel vorliegen, die einen Zahlungsanspruch aus Gewährleistung im Betrage von mindestens 66 000 DM begründen (vgl. zu den Anforderungen Senatsurt. v. 24. November 1983 aaO). Das Anwaltsschreiben der Kläger vom 12. März 1982 mit dem beigefügten Gutachten eines Bausachverständigen genügt diesen Anforderungen; es begründet schlüssig die Inanspruchnahme aus dieser Bürgschaft, zumal die Gewährleistungszeit (Abschn. VII Nr. 7 BesVB) unstreitig noch nicht abgelaufen war.

Einer weiteren Erläuterung oder gar Beweisführung

bedurfte es nach dem Wortlaut der Bürgschaft nicht. Die behauptete zeitliche Begrenzung der Bürgenverpflichtung auf ein Jahr entsprechend dem damit abgelösten Sicherheitseinbehalt von Geld ergibt sich nicht ohne weiteres aus der Bürgschaftsurkunde oder aus dem in Bezug genommenen Vertrag vom 26. März 1979 samt den BesVB und § 17 Nr. 4 VOB/B. Das zeigt schon der Streit der Parteien darüber mit aller Deutlichkeit. Deshalb gehört dieser Einwand ebenso in das Rückforderungsverfahren wie die Frage, ob die durch die Bürgschaft gesicherte Hauptforderung, ein Zahlungsanspruch aus Gewährleistung, überhaupt besteht. Nur die offensichtlich fehlende sachliche Berechtigung gibt den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB; vgl. Horn, NJW 1980, 2153, 2156; Hickl aaO S. 466; OLG Hamburg, VersR 1984, 170). Davon kann hier keine Rede sein:

Hauptschuld ist der Anspruch auf vertragsmäßige Ausführung der Leistung und die Gewährleistung. Denn nach § 17 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B, der nicht abbedungen ist (Abschn. III 6 Abs. 2 BesVB), dient die Sicherheit dazu, die vertragsmäßige Ausführung der Leistung und Gewährleistung sicherzustellen. Als Sicherheit vereinbarten die Kläger und die Streithelferin in erster Linie den Einbehalt von Geld (Abschn. III Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 BesVB, § 17 Nr. 2 VOB/B), gleichzeitig aber für den Auftragnehmer die Möglichkeit der Ablösung "nach VOB, Teil B, § 17 (4) auch durch eine Bankbürgschaft". Diese Bedingung lautet:

"Bei Sicherheitsleistung durch Bürgschaft ist Voraussetzung, daß der Auftraggeber den Bürgen als tauglich anerkannt hat. Die Bürgschaftserklärung ist schriftlich unter Ver-

zicht auf die Einrede der Vorausklage abzugeben (§ 771 BGB); sie darf nicht auf bestimmte Zeit begrenzt und muß nach der Vorschrift des Auftraggebers ausgestellt sein".

Die in § 17 Nr. 2 VOB/B vorgesehenen Sicherheiten sind gleichwertig. Ablösen bedeutet, die eine durch die andere ersetzen (BGHZ 74, 244). Die Bürgschaft der Beklagten entspricht § 17 Nr. 4 VOB/B. Da unbefristet, konnte sie über die ganze vereinbarte Gewährleistungszeit von fünf Jahren (vgl. Abschn. VII Nr. 7 BesVB am Ende) **als Gewährleistungsbürgschaft gehen. Unter dieser** Bezeichnung ist sie auch nach Vorschrift des Auftraggebers ausgestellt; nach der Schlußzahlungsvereinbarung vom 6. März 1981 wurde sie "als Gewährleistungsbürgschaft" übergeben und in der "vorliegenden Form" von dem Kläger zu 2) angenommen. Wortlaut und Inhalt der schriftlichen Vereinbarungen, **vor allen Dingen der** Bürgschaftsurkunde, bieten keinerlei Anhalt dafür, daß entgegen Abschn. III 6 Abs. 2 BesVB mit § 17 Nr. 1 Abs. 2, 2 und 4 VOB/B durch die Bürgschaft nur das Recht auf einen Sicherheitseinbehalt von 66 000 DM für ein Jahr habe gesichert werden sollen. Diese erheblichen, nicht ausgeräumten Zweifel gegen eine Befristung der Bürgschaft auf ein Jahr gehen zu Lasten der Beklagten. Sie muß deshalb entsprechend **ihrer Verpflichtung auf** die Anforderung der Kläger zahlen.

Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden.
Unter dem Gesichtspunkt der Bürgschaft zur Zahlung
auf erstes Anfordern ist die Sache zur Endentscheidung
reif. Die Höhe des Anspruchs ergibt sich aus der Bürg-
schaftsurkunde, der Ausspruch über die Zinsen ab
23. November 1982 aus §§ 284, 286, 288 BGB.

Merz

Henkel

Fuchs

Gärtner

Graßhof