

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

VII ZR 105/97

Verkündet am:  
19. Februar 1998  
Seelinger-Schardt  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB/B § 17

- a) Hat der Auftragnehmer eine Bürgschaft zum Austausch eines Bareinbehaltes gestellt und verweigert der Auftraggeber dessen Auszahlung wegen Aufrechnung und Zurückbehaltung mit streitigen Gewährleistungsansprüchen, so kann der Auftragnehmer lediglich die Bürgschaft zurückfordern.
- b) Hinsichtlich der Bürgschaft kommt in diesem Falle die Geltendmachung von Zurückbehaltungsrechten nicht in Betracht.

BGH, Urteil vom 19. Februar 1998 - VII ZR 105/97 - OLG Köln

LG Aachen



-

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Februar 1998 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang sowie die Richter Prof. Quack, Prof. Dr. Thode, Dr. Wiebel und Dr. Kuffer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 27. Februar 1997 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von den Beklagten als Gesamtschuldnern die Auszahlung restlichen Werklohns in Höhe von 170.609,68 DM für Bauarbeiten, hilfsweise Rückgabe einer Bürgschaft. Bei der genannten Summe handelt es sich um einen Sicherheitseinbehalt gemäß einem Vertragsgrundlage gewordenen "Verhandlungsprotokoll", das unter 4.2 wie folgt lautet:

"Der Sicherheitseinbehalt für Gewährleistungsansprüche beträgt 5 v.H. der Brutto-Schlußrechnungssumme. Eine Ablösung des Gewährleistungseinhalts durch eine Bankbürgschaft gemäß Mustertext des Auftraggebers kann gestattet werden."

Der vereinbarte Werklohn ist bis auf den Sicherheitseinbehalt bezahlt.

Mit Schreiben vom 14. März 1995 übersandte die Klägerin den Beklagten eine Gewährleistungsbürgschaft der N. Sparkasse über den Betrag des Einhalts und verlangte im Gegenzug dessen Auszahlung. Die Beklagten verweigerten die Auszahlung und rechneten mit Schreiben vom 29. Oktober 1995 mit Schadensersatz- und Minderungsansprüchen in Höhe von rund 450.000 DM auf.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage ohne Prüfung der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen stattgegeben. Dagegen wendet sich die Revision der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

-

## I.

Das Berufungsgericht hält den Anspruch auf Barauszahlung des Sicherheitseinbehalts für begründet. Die Beklagten hätten die Bürgschaft zum Austausch angenommen und seien deshalb zur Barauszahlung verpflichtet. Aufrechnung und Zurückbehaltung gegen diesen Anspruch seien ihnen verwehrt. Beide Sicherungsrechte könnten sie nicht gleichzeitig behalten.

## II.

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Beklagten nicht Bürgschaft und Bareinbehalt gleichzeitig behalten durften. Vielmehr waren sie, nachdem sie die Bürgschaft zum Austausch angenommen hatten, gehalten, den Sicherheitseinbehalt alsbald auszuzahlen, und sie verstießen gegen diese vertragliche Verpflichtung, wenn sie statt dessen die Aufrechnung mit bestrittenen Gegenforderungen erklärten (Senatsurteil vom 3. Juli 1997 - VII ZR 115/95 = BauR 1997, 1026 = ZfBR 1997, 520).

2. Aus dieser Vertragsverletzung ergeben sich nach der Senatsrechtsprechung, die das Berufungsgericht noch nicht kennen konnte, andere Rechtsfolgen. Die ernstliche und vertragswidrige Verweigerung der Barauszahlung führt dazu, daß die auflösende Bedingung für die Bürgschaftsstellung eintritt. Weil sie statt der gebotenen Barauszahlung die Aufrechnung mit Gegenforderungen erklärten, sind die Beklagten um die Bürgschaft ungerechtfertigt bereichert und haben diese alsbald zurückzugeben. Ein Vorgehen aus der Bürgschaft ist ihnen verboten. Zurückbehaltungsrechte kommen insoweit nicht in Frage.

3. Da hinsichtlich des Bareinbehalts ein Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsverbot nicht besteht, kann der von der Klägerin in erster Linie verfolgte Anspruch auf Auszahlung des restlichen Werklohns somit durch Aufrechnung mit Gegenforderungen erloschen sein. Insoweit gelten die

-

allgemeinen Regeln.

-

### III.

Das Berufungsurteil kann somit nicht bestehenbleiben, es ist aufzuheben. Da Feststellungen zur Berechtigung der zur Aufrechnung gestellten Forderungen fehlen, ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Lang

Quack

Thode

Wiebel

Kuffer