

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

VOB/B § 17

- a) Bei dem Austauschrecht nach § 17 VOB/B handelt es sich um ein vertragliches Gestaltungsrecht des Auftragnehmers, mit dem er die Art der Sicherheitsgewährung in dem vorgegebenen Rahmen zu bestimmen und zu verändern berechtigt ist.
- b) Das Austauschrecht schließt es aus, daß der Auftraggeber eine ordnungsgemäß ersetzte Sicherheit behält.
- c) Die Gestellung einer Bürgschaft als Austauschsicherheit ist dahin auszulegen, daß sie unter der auflösenden Bedingung steht, der Auftraggeber werde seiner Verpflichtung zur effektiven Auszahlung eines Bareinbehalts alsbald nachkommen.
- d) Verweigert der Auftraggeber vertragswidrig die alsbaldige Barauszahlung, so tritt die auflösende Bedingung für die Gestellung der Bürgschaft ein.

BGH, Urteil vom 3. Juli 1997 - VII ZR 115/95 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 115/95

Verkündet am:
3. Juli 1997
Heinzelmann
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

H [REDACTED] H [REDACTED] B [REDACTED] GmbH, vertreten durch den
Geschäftsführer Helmut S [REDACTED], T [REDACTED], K [REDACTED]

Beklagte und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

Margrit M [REDACTED] K [REDACTED]straße [REDACTED], H [REDACTED]

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin von [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. April 1997 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang sowie die Richter Prof. Quack, Prof. Dr. Thode, Dr. Haß und Dr. Wiebel

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 29. März 1995 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Widerklage auf Herausgabe einer Bürgschaftsurkunde abgewiesen worden ist.

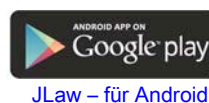
Die Klägerin wird verurteilt, die Bürgschaftsurkunde Nr. [REDACTED] 83 der H [REDACTED] Kreditversicherungs AG vom 5. Dezember 1989 über den Betrag von 23.200 DM herauszugeben.

Von den Kosten erster Instanz hat die Klägerin 4/10, die Beklagte 6/10 zu tragen, von den Kosten zweiter Instanz die Klägerin 3/10, die Beklagte 7/10. Die Kosten des Revisionsverfahrens trägt die Klägerin allein.

Von Rechts wegen



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



Tatbestand:

Die Beklagte hat als Generalunternehmerin für die Klägerin das Betriebsgebäude für eine Druckerei errichtet. Die VOB/B war Vertragsgrundlage. Die Klägerin hat eine Gewährleistungssicherheit in Höhe von 23.200 DM einbehalten. Zur Ablösung dieser Sicherheit hat die Beklagte eine entsprechende Bürgschaft geleistet. Die Klägerin hat jedoch den Sicherheitseinbehalt nicht bar ausgezahlt, vielmehr mit ihren bestrittenen Forderungen wegen Mängeln die Aufrechnung erklärt. Sie weigert sich, die Bürgschaftsurkunde herauszugeben.

Die Beklagte verlangt mit der Widerklage jetzt noch die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Widerklage insoweit abgewiesen. Dagegen wendet sich die Revision der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Beklagte könne die Bürgschaftsurkunde nicht zurückverlangen. Es könne gegenwärtig nicht davon ausgegangen werden, daß die Gewährleistungsansprüche der Klägerin voll erfüllt seien. Durch die Bürgschaft sei ein weiterer, derzeit keineswegs unwahrscheinlicher Nachzahlungsanspruch auf Vorschuß gesichert, und zwar wegen Mängeln, die bereits in unverjährter Zeit geltend gemacht worden seien.

Sicherungseinbehalt und Gewährleistungsbürgschaft seien grundsätzlich alternative Sicherungsmittel. Ihr Zweck sei jeweils, die vertragsgemäße Ausführung der Leistung und die Gewährleistung sicherzustellen. Stünden dem Auftraggeber Gewährleistungsansprüche zu, so könne er sich, je nachdem welche Sicherheit vereinbart sei, entweder durch Aufrechnung mit dem Sicherheitseinbehalt oder durch Inanspruchnahme des Bürgen befriedigen. Soweit die Sicherung zur Deckung seiner Ansprüche nicht ausreiche, sei er darauf verwiesen, die weitergehenden Ansprüche prozessual geltend zu machen. Insoweit trage er die Last der Rechtsverfolgung und Rechtsdurchsetzung.

Hier habe die Klägerin ihre Gewährleistungsansprüche klageweise geltend gemacht. Im vorliegenden Prozeß verfolge die Beklagte ihrerseits ihre restlichen Vergütungsansprüche im Wege der Aufrechnung und der Widerklage. Da somit das gesamte Rechtsverhältnis der Parteien zur gerichtlichen Entscheidung gestellt sei, hätten die Sicherungsmittel

nicht mehr die Funktion, Gewährleistungsansprüche ohne gerichtliche Inanspruchnahme sicherzustellen. Es gelte jetzt, die Ansprüche der Parteien insgesamt festzustellen und gegeneinander zu verrechnen. Insoweit sei der Sachverhalt anders gelagert als in den vom Oberlandesgericht Köln (Schäfer/Finnern/Hochstein, § 17 VOB/B Nr. 1 und 7) sowie vom Kammergericht (BauR 1982, 386) entschiedenen Fällen. Jedenfalls könne sich die Beklagte auf einen etwaigen Aufrechnungsausschluß deshalb nicht berufen, weil sie selbst im Rechtsstreit aufgerechnet habe.

II.

Dem kann aus Rechtsgründen nicht uneingeschränkt gefolgt werden. Das Berufungsurteil verkennt Inhalt und Tragweite des vertraglichen Austauschrechts, das § 17 VOB/B dem Auftragnehmer bei den Gewährleistungssicherheiten einräumt.

1. Das Austauschrecht des § 17 Nr. 3 VOB/B ist ein vertragliches Gestaltungsrecht des Auftragnehmers, mit dem er die Art der Sicherungsgewährung in dem vorgegebenen Rahmen zu bestimmen und zu verändern berechtigt ist. Das Austauschrecht schließt aus, daß der Auftraggeber eine ordentlich ersetzte Sicherheit behält. Der Auftraggeber ist verpflichtet, die ersetzte Sicherheit herauszugeben. Eine Barsicherheit hat er deshalb alsbald effektiv bar auszuzahlen, wenn er die Bürgschaft als zum Austausch gestellte und geeignete Sicherheit entgegengenommen hat. Verletzt er diese Pflicht, darf er die Bürgschaft nicht behalten.

Die Gestellung der Bürgschaft als Austauschsicherheit durch den Auftragnehmer ist dahin auszulegen, daß sie unter der auflösenden Bedingung steht, der Auftraggeber werde seiner Verpflichtung zur effektiven Auszahlung nachkommen. Nur unter dieser Voraussetzung ist es für den Auftragnehmer sinnvoll, sein Austauschrecht in Anspruch zu nehmen. Es ist nicht der Sinn des Austauschrechtes, den Auftragnehmer auf einen Rechtsstreit über die Pflicht zur Barauszahlung oder die Berechtigung der Aufrechnung zu verweisen. Die ihn zusätzlich, hier beispielsweise infolge des vertragswidrigen Verhaltens der Klägerin seit 1989, belastenden Avalzinsen der Bürgschaft, kann er vernünftigerweise nur für den Fall aufwenden wollen, daß er zur Verstärkung seiner Liquidität alsbald Bargeld erhält. Über diese Voraussetzung des Geschäftes kann auch der Auftraggeber sich nicht im unklaren sein. Er akzeptiert sie mit der Vereinbarung des Austauschrechtes nach § 17 VOB/B. § 17 VOB/B will dem Auftragnehmer durch die Entscheidung für die Bürgschaft und die damit verbundenen Aufwendungen eine effektive Erhöhung seiner Liquidität ermöglichen. Dem wird nur eine Auslegung gerecht, die den durch sie geschützten Liquiditätsinteressen des Auftragnehmers Rechnung trägt.

Weigert sich der Auftraggeber unter Verletzung seiner vertraglichen Pflicht die Barsicherheit auszuzahlen, so tritt die auflösende Bedingung ein, unter der die Bürgschaft als Sicherheit gestellt worden ist. Der Rechtsgrund für die Gestellung entfällt damit. Der Auftragnehmer kann die Bürgschaftsurkunde als ungerechtfertigte Bereicherung herausverlangen.

2. Es kann hier dahinstehen, welche allgemeinen Anforderungen an eine im Sinne des Bedingungseintritts relevante Weigerung zu stellen sind. Jedenfalls ist die hier erklärte Aufrechnung der Klägerin mit Gegenforderungen eine Weigerung im Sinn der vereinbarten auflösenden Bedingung. Denn mit dieser Erklärung gab die Klägerin zweifelsfrei und endgültig zu erkennen, daß sie sich nicht an ihre Verpflichtung zur Barauszahlung halten wolle.

Die Klägerin mußte also hier die Bürgschaftsurkunde spätestens herausgeben, als sie die Aufrechnung erklärte. Die von der Beklagten ihrerseits im Prozeß erklärte Aufrechnung konnte daran nichts mehr ändern.

III.

Das Berufungsurteil kann somit nicht bestehenbleiben, es ist aufzuheben. Da weitere Feststellungen nicht erforderlich sind, ist der Widerklage in dem Umfang, in dem sie in der Revision weiterverfolgt worden ist, stattzugeben.

Lang

Quack

Thode

Haß

Wiebel