BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 152/05

Verkündet am:
22. September 2005
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 648 a Abs. 2

Verlangt der Unternehmer vom Besteller Sicherheit nach § 648 a BGB, so stellt die Abtretung der durch Bürgschaft gesicherten Werklohnforderung des Bestellers gegen seinen Auftraggeber an den Unternehmer keine hinreichende Sicherheitsleistung dar.

BGH, Urteil vom 22. September 2005 - VII ZR 152/05 - OLG München
LG Landshut

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. September 2005 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler, die Richter Hausmann, Dr. Kuffer, Bauner und die Richterin Safari Chabestari

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 21. Januar 2003 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin fordert Restwerklohn. Sie ist Gesamtrechtsnachfolgerin der Gesellschaft bürgerlichen Rechts "ARGE K.", der sie als frühere Klägerin zu 2 zusammen mit der früheren Klägerin zu 1 als geschäftsführende Gesellschafterin angehört hatte. Das über das Vermögen der früheren Klägerin 1 eröffnete Insolvenzverfahren hat nach dem Gesellschaftsvertrag zur Vollbeendigung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts "ARGE K." mit der Folge geführt, dass die Klägerin Gesamtsrechtsnachfolgerin dieser Gesellschaft geworden ist. Dementsprechend hat der Senat das Rubrum berichtigt.

Die Beklagte beauftragte die früheren Klägerinnen zu 1 und 2 als "ARGE" durch Generalunternehmervertrag vom 2. Juli 1999 mit der Errichtung einer Wohnanlage zum Pauschalpreis von 11.950.000 DM. Die früheren Klägerinnen stellten der Beklagten jeweils hälftig Vertragserfüllungsbürgschaften der Z. AG in Höhe von 6 % des Werklohnanspruchs, die sich ab Gewährleistungsbeginn um 1 % ermäßigen und in Gewährleistungsbürgschaften umwandeln sollten. Im August 2001 wurde die Wohnanlage abgenommen und am 18. Oktober 2001 Schlussrechnung gelegt. Die Beklagte korrigierte diese auf 12.234.839,57 DM.

Nachdem die Beklagte mehrere Mängel gerügt hatte, forderten die früheren Klägerinnen die Beklagte am 14. Januar 2002 auf, bis zum 31. Januar 2002 als Sicherheit gemäß § 648 a BGB eine Bürgschaft über 300.000 DM zu stellen. Die Beklagte kam dem nicht nach. Sie verwies statt dessen auf eine von ihr an die früheren Klägerinnen im August 2000 abgetretene Bürgschaft der H.-Bank über einen Betrag von 1 Mio. DM, die sie als Sicherheit von ihrer Auftraggeberin zur Sicherung ihrer Werklohnforderung erhalten hatte.

Die Klägerin begehrt 324.824,58 DM (= 166.018,17 €); dieser Betrag ergibt sich unstreitig aus der Differenz der korrigierten Schlussrechnung und den geleisteten Abschlagszahlungen. Die Beklagte hat Aufrechnung, Minderung und Leistungsverweigerungsrechte wegen Mängeln eingewandt; sie hat Klageabweisung in Höhe von 66.884,53 € und im Übrigen eine Zug-um-Zug-Verurteilung gegen Beseitigung gerügter Mängel begehrt. Die Instanzgerichte haben der Klage uneingeschränkt stattgegeben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Begehren weiter.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Entscheidungsgründe:

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

Das für das Schuldverhältnis maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Gesetzen (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts, dessen Urteil in BauR 2003, 899 abgedruckt ist, ist es der Beklagten verwehrt, gegen die Werklohnforderung Zurückbehaltungsrechte wegen behaupteter Mängel geltend zu machen, wegen streitiger Gegenansprüche aufzurechnen und die Werklohnforderung wegen streitiger Mängel zu mindern, weil sie die geforderte Sicherheit nach § 648 a BGB nicht geleistet habe. Die von ihr an die früheren Klägerinnen abgetretene Bürgschaft, die sie von ihrer Auftraggeberin erhalten habe, stelle keine geeignete Sicherheit im Sinne des § 648 a Abs. 2 BGB dar. Die Beklagte verhalte sich obendrein treuwidrig.

II.

Das hält der revisionsrechtlichen Überprüfung im entscheidenden Punkt nicht stand. Die Beklagte ist nicht mit den behaupteten Gegenansprüchen und Mängelrechten, von denen im Revisionsverfahren mangels gegenteiliger Feststellungen auszugehen ist, aus den vom Berufungsgericht angestellten Überlegungen ausgeschlossen.

1. Das Berufungsgericht nimmt zutreffend an, dass die Rechtsvorgängerin der Klägerin, die "ARGE K.", auch nach Abnahme des Werkes Sicherheit gemäß § 648 a Abs. 1 BGB verlangen konnte, nachdem die Beklagte mit ihrer Aufforderung zur Mängelbeseitigung noch Erfüllung des Vertrages forderte. Richtig ist ferner, dass die "ARGE K." die Beseitigung der behaupteten Mängel verweigern durfte, weil die Beklagte dem berechtigten Sicherheitsverlangen nicht nachgekommen war (BGH, Urteil vom 22. Januar 2004 - VII ZR 183/02, BGHZ 157, 335).

Die "ARGE K." brauchte sich nicht auf die von der Beklagten im August 2000 abgetretene Bürgschaft der H.-Bank als Sicherheit verweisen zu lassen. Zum einen ist die Abtretung der Rechte aus einer Bürgschaft ohne eine Abtretung der Hauptforderung unwirksam (BGH, Urteil vom 19. September 1991 - IX ZR 296/90, BGHZ 115, 177, 180). Zum anderen liegt, sofern die vom Berufungsgericht unterlassene Auslegung der Erklärung der Beklagten eine Abtretung von Hauptforderung und Bürgschaft ergeben sollte, keine ausreichende Sicherheit nach § 648 a BGB vor. Eine hinreichende Sicherheitsleistung nach den §§ 232 ff. BGB ist nicht gegeben. Gleiches gilt für § 648 a Abs. 2 BGB. Im Sinne dieser Vorschrift muss sich aus einer Garantie oder einem sonstigen Zahlungsversprechen ein unmittelbarer Zahlungsanspruch des Unternehmers gegen das Kreditinstitut oder den Kreditversicherer ergeben (BGH, Urteil vom 9. November 2000 - VII ZR 82/99, BGHZ 146, 24, 34). Dieser Zahlungsanspruch muss unmittelbar den Werklohnanspruch dieses Unternehmers sichern. Dies ist nicht der Fall, wenn ihm (als Nachunternehmer) der Werklohnanspruch seines Auftraggebers (Hauptunternehmers) gegen dessen Auftraggeber abgetreten wird, auch wenn dieser Anspruch durch eine Bürgschaft im Sinne des § 648a BGB gesichert ist. Denn in einem solchen Fall könnte der Bürge dem Nachunternehmer Einwendungen entgegensetzen, die der abgetretenen Werklohnforderung entgegenstehen und aus einem Vertragsverhältnis resultieren, an

dem der Nachunternehmer nicht als Vertragspartei beteiligt ist und auf das er keinen rechtlichen Einfluss hat. Der Nachunternehmer hätte zudem für seine vertraglichen Ansprüche keine Sicherung mehr, wenn der Auftraggeber des Hauptunternehmers die Forderung anerkennt und der Bürge mit befreiender Wirkung (§ 407 BGB) an den Hauptunternehmer zahlt (vgl. § 648a Abs. 2 BGB).

Nach diesen Grundsätzen stellt selbst eine wirksame Abtretung der durch Bürgschaft gesicherten Ansprüche der Beklagten gegen ihre Auftraggeberin von August 2000 keine hinreichende Sicherheit im Sinne von § 648a Abs. 2 BGB dar.

2. Rechtsfehlerhaft ist dagegen die Auffassung des Berufungsgerichts, der Klägerin stehe nach ihrem berechtigten, jedoch vergeblichen Sicherheitsverlangen der Werklohn uneingeschränkt zu. Die Beklagte ist mit ihren Gegenrechten nicht ausgeschlossen. Vielmehr kann sie zunächst, auch wenn sie die geforderte Sicherheit nicht geleistet hat, dem von der Klägerin geltend gemachten Anspruch ihr gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht entgegenhalten (BGH, Urteile vom 13. Januar 2005 - VII ZR 28/04, BauR 2005, 749 = ZfBR 2005, 360 = NZBau 2005, 280 und vom 22. Januar 2004 - VII ZR 183/02 aaO). Das gilt gleichermaßen für Aufrechnungs- und Minderungsansprüche. Da das Berufungsgericht zu den Voraussetzungen der Gegenrechten keine Feststellungen getroffen hat, ist in der Revisionsinstanz zugunsten der Beklagten von ihrem Bestehen auszugehen.

3. Die Erwägungen des Berufungsgerichts, das Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten könne nach Treu und Glauben ausgeschlossen sein, weil die Beklagte hinreichend durch Bürgschaften gesichert sei, versteht der Senat als nicht tragfähiges obiter dictum, da ansonsten für die Zulassung der Revisi-

on, die erkennbar auf den zwischenzeitlich geklärten Fragen zu § 648 a BGB beruht, kein Anlass bestanden hätte. Die Gegenrüge der Klägerin, nach ihrem Vortrag verhalte sich die Beklagte treuwidrig, weil sie den vertraglich vereinbarten Sicherheitseinbehalt trotz Vorliegens einer Gewährleistungsbürgschaft nicht auszahle, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Sofern ein Anspruch auf Auszahlung bestehen sollte, ist es der Klägerin unbenommen, ihn geltend zu machen (vgl. BGH, Urteil vom 13. September 2001 - VII ZR 467/00, BGHZ 148, 151).

Dressler Hausmann Kuffer

Bauner Safari Chabestari