Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Mai 2000 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Prof. Dr. Thode, Dr. Haß, Dr. Wiebel und Wendt
für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 24. Februar 1999 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

I.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten restlichen Werklohn in Höhe von 865.160 DM Zug um Zug gegen Beseitigung unterschiedlicher Mängel, die Rückerstattung einer Überzahlung von Miet- und Zinsausfallschäden in Höhe von 197.000 DM sowie Schadensersatz in Höhe von 130.000 DM aufgrund einer von der Beklagten zu Unrecht in Anspruch genommenen Gewährleistungsbürgschaft. Die Beklagte hat mit Gegenansprüchen in Höhe von insgesamt 196.071 DM aufgerechnet und im übrigen ein Zurückbehaltungsrecht wegen Baumängeln in Höhe von 1.060.000 DM geltend gemacht. Gegenstand der revisionsrechtlichen Beurteilung ist die Schadensersatzforderung über 130.000 DM.

II.

Die Beklagte beauftragte die Klägerin im September 1991 mit der Errichtung eines Laden- und Dienstleistungszentrums in H. zu einem Pauschalpreis von 4.880.000 DM netto. Die Vergütung wurde durch eine ergänzende vertragliche Vereinbarung vom April 1992 auf 4.980.000 DM netto erhöht. Die VOB/B ist vereinbart.

Durch Zusatzvereinbarung vom 18. Februar 1993 vereinbarten die Parteien einen Sicherheitseinbehalt in Höhe von 480.000 DM. 130.000 DM des Bareinbehalts sollte zur Mängelbeseitigung einbehalten werden. Der Beklagten war das Recht eingeräumt, den Sicherheitseinbehalt durch drei Bürgschaften jeweils in Höhe von 250.000 DM, 100.000 DM und 130.000 DM abzulösen.

Zur Ablösung des Sicherheitseinbehalts übergab die Klägerin der Beklagten drei Bürgschaften der Commerzbank N. in der vereinbarten Höhe. Die Beklagte zahlte die Gewährleistungseinbehalte trotz einer Mahnung nicht aus. Die Bürgschaften über 250.000 DM und 100.000 DM gab sie zurück. Die Bürgschaft über 130.000 DM nahm sie in Anspruch. Die Bürgin belastete daraufhin das Konto der Klägerin mit der ausgezahlten Summe.

III.

Das Landgericht hat der Klage durch Teilurteil hinsichtlich der Schadensersatzforderung in Höhe von 130.000 DM stattgegeben. Die Berufung der Beklagten gegen dieses Urteil ist erfolglos geblieben. Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung des zuerkannten Teils der Klage.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision der Beklagten hat keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zu Recht zurückgewiesen.

II.

Das Landgericht hat zulässigerweise über die Forderung in Höhe von 130.000 DM nebst Zinsen durch Teilurteil entschieden. Die Forderung war unabhängig von den übrigen mit der Klage verfolgten Ansprüchen entscheidungsreif. Das Teilurteil betrifft einen von den anderen Forderungen abgrenzbaren Teil des Rechtsstreits, dessen Entscheidung keinen Einfluß auf die Entscheidung über die restlichen Ansprüche des Rechtsstreits hat, weil die Beklagte gegenüber dem Anspruch auf 130.000 DM weder mit Gegenforderungen aufrechnen noch ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen kann.

III.

1. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten mit folgenden Erwägungen zurückgewiesen:

a) Der Klägerin stehe ein Schadensersatzanspruch aus § 160 Abs. 2 i.V.m. § 160 Abs. 1 BGB zu. Die Beklagte habe durch ihr Verhalten, die Inanspruchnahme der Bürgschaft bei gleichzeitiger Verweigerung der Auszahlung des Bareinbehalts, die Rückgewähr der Gewährleistungsbürgschaft an die Klä-

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

gerin schuldhaft vereitelt. Deshalb habe die Beklagte statt der nicht mehr möglichen Rückgabe der Bürgschaft Schadensersatz in Höhe von 130.000 DM zu leisten.

b) Gegenüber dem Klaganspruch könne die Beklagte keine Gegenrechte geltend machen. Durch die rechtswidrige Inanspruchnahme der Bürgschaft habe sich die Beklagte eine unzulässige Doppelsicherung verschafft. Der Auftraggeber, der sich durch die unzulässige Inanspruchnahme der Austauschbürgschaft einen weiteren Bareinbehalt beschafft habe, könne nicht bessergestellt sein, als der Auftraggeber, der seiner Verpflichtung nachkommt und die Austauschbürgschaft herausgibt. Deshalb könne die Beklagte sich nach Treu und Glauben nicht auf Gegenrechte berufen.

c) Die Frage sei nicht anders zu beurteilen, weil die Klägerin sich in Liquidation befinde. Der Sicherheitseinbehalt diene nicht dazu, der Beklagten im Falle der Verschlechterung der Liquidität ihres Auftragnehmers die Möglichkeit zu eröffnen, sich einen zusätzlichen Vermögensvorteil zu beschaffen.

2. Die Erwägungen des Berufungsgerichts sind im Ergebnis revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Klägerin steht ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 130.000 DM zu (a). Die Beklagte kann gegenüber diesem Anspruch weder mit Gegenforderungen aufrechnen noch ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen (b).

a) Der Schadensersatzanspruch ist aus positiver Forderungsverletzung begründet, weil die Beklagte dadurch gegen die Sicherungsabrede verstoßen hat, daß sie die Gewährleistungsbürgschaft verwertet hat, obwohl sie verpflichtet war, die Verwertung der Bürgschaft zu unterlassen und die Bürgschaft an die Klägerin herauszugeben.

(1.) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Auftraggeber verpflichtet, die ihm als Austausch für einen Bareinbehalt gestellte Bürgschaft herauszugeben, wenn er die Auszahlung des Bareinbehalts verweigert. Gegenüber dem Herausgabeanspruch steht dem Auftraggeber kein Zurückbehaltungsrecht zu (BGH, Urteil vom 3. Juli 1997 - VII ZR 115/95, BGHZ 136, 195 = ZfBR 1997, 298 = BauR 1997, 1026; Urteil vom 19. Februar 1998 - VII ZR 105/97, ZfBR 1998, 185 = BauR 1998, 544). Die Pflicht zur Herausgabe der Bürgschaft besteht unter diesen Voraussetzungen unabhängig davon, ob der Sicherungsnehmer die Auszahlung des Bareinbehalts zu Recht oder zu Unrecht verweigert. Der Anspruch auf Herausgabe der Bürgschaft ist aus der Sicherungsabrede begründet.

(2.) Die Voraussetzungen für die Verpflichtung zur Herausgabe der Bürgschaft waren spätestens zu dem Zeitpunkt eingetreten, als die Beklagte auf die Mahnung der Klägerin die Bürgschaft nicht herausgab.

(3.) Durch die vertragswidrige Verwertung der Bürgschaft hat die Beklagte einen Anspruch der Klägerin aus positiver Forderungsverletzung begründet, weil sie nach der Sicherungsabrede nicht berechtigt war, die Bürgschaft zu verwerten.

Vereinbaren die Parteien im Rahmen einer Gewährleistungssicherheit das Recht des Sicherungsgebers, den Bareinbehalt gegen eine Bürgschaft auszutauschen, hat der Sicherungsnehmer nur Anspruch auf eine Sicherheit. Übt der Sicherungsgeber sein Austauschrecht aus, ist der Sicherungsnehmer im Hinblick auf das durch die Sicherungsvereinbarung geschützte Liquiditätsinteresse des Sicherungsgebers verpflichtet, den Bareinbehalt auszuzahlen (BGH, Urteil vom 3. Juli 1997 - VII ZR 115/95, BGHZ 136, 195 = ZfBR 1997, 298 = BauR 1997, 1026). Nimmt der Sicherungsnehmer die ihm gestellte Aus-

tauschsicherheit entgegen und verletzt er seine Verpflichtung aus der Sicherungsabrede dadurch, daß er den Bareinbehalt nicht auszahlt und die Bürgschaft nicht herausgibt, sondern verwertet, dann steht dem Sicherungsgeber ein Anspruch auf Schadensersatz aus positiver Forderungsverletzung zu.

b) Gegenüber dem Anspruch auf Schadensersatz ist der Sicherungsnehmer nicht berechtigt, mit Gegenansprüchen aufzurechnen oder ein Zurückbehaltungsrecht geltend zu machen, selbst wenn die Gegenansprüche vom Sicherungszweck der Sicherungsabrede und der Bürgschaft erfaßt werden.

Ein interessengerechter Ausgleich für die Beeinträchtigung des geschützten Liquiditätsinteresses und ein effektiver Schutz des Sicherungsgebers davor, daß der Sicherungsnehmer eine Doppelsicherung erhält, die ihm nach der Sicherungsvereinbarung nicht zusteht, kann nur dadurch gewährleistet werden, daß der Sicherungsnehmer verpflichtet ist, die erlangte Bürgschaftssumme auszuzahlen.

c) Der Umstand, daß die Klägerin sich in Liquidation befindet, rechtfertigt keine andere rechtliche Beurteilung. Das Bonitätsrisiko der einen Partei trägt grundsätzlich die andere Vertragspartei, soweit sie dieses Risiko nicht durch eine Sicherungsvereinbarung abgesichert hat.

d) Der Einwand der Beklagten, die Klägerin habe sich selbst treuwidrig verhalten, weil sie den Sicherheitseinbehalt als Teil ihrer Werklohnklage geltend macht, ist unbegründet. Der Auftragnehmer ist grundsätzlich nicht daran gehindert, die in Höhe des Sicherheitseinbehalts nicht erfüllte Werklohnforderung gegen den Auftraggeber geltend zu machen. Gegenüber diesem Teil der Werklohnforderung kann sich der Auftraggeber uneingeschränkt mit der Auf-

rechnung etwaiger Gegenforderungen oder mit einem Zurückbehaltungsrecht verteidigen.

Ullmann Thode Haß

Wiebel Wendt