

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

VOB/B § 17 Nr. 8 Satz 2; BGB § 768

a) Der Zurückhaltung einer Sicherheit im Sinne des § 17 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B steht nicht entgegen, daß zu dem Zeitpunkt, in dem die Sicherheit nach § 17 Nr. 8 Satz 1 VOB/B herauszugeben wäre, die Gewährleistungsansprüche verjährt und damit nicht mehr durchsetzbar sind.

b) Ein gemäß § 17 Nr. 8 Satz 2 VOB/B bestehendes Zurückhaltungsrecht an einer Bürgschaftsurkunde führt zur Abweisung der auf Herausgabe der Urkunde gerichteten Klage, wenn die gesicherten Ansprüche auf Zahlung gerichtet sind. Eine Zug-um-Zug-Verurteilung kommt dann nicht in Betracht.

c) Dient eine Bürgschaft auch zur Sicherung verjährter Gewährleistungsansprüche, kann sich der Bürge nicht auf die dem Auftragnehmer zustehende Einrede der Verjährung berufen.

BGH, Urteil vom 21. Januar 1993 - VII ZR 221/91 - OLG München
LG Augsburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 221/91

Verkündet am:
21. Januar 1993
Henco
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Januar 1993 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang und die Richter Bliesener, Dr. Thode, Dr. Haß und Dr. Wiebel

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 27. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 15. Mai 1991 im Kostenpunkt - jedoch mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Drittwiderbeklagten - und insoweit aufgehoben, als es die Berufung bezüglich der Klagen auf Herausgabe der Bürgschaftsurkunden zurückgewiesen hat.

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

Von Rechts wegen

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Klägerinnen verlangen die Herausgabe zweier Bürgschaftsurkunden. Sie haben gemeinschaftlich für die Beklagte eine Autobahnbrücke errichtet. In dem zugrundeliegenden Werkvertrag ist die Geltung der VOB/B vereinbart. Die Klägerinnen stellten der Beklagten nach Abnahme der Gewerke vereinbarungsgemäß Gewährleistungsbürgschaften in Höhe von 127.800 DM und 14.200 DM. In der Folge beanstandete die Beklagte Feuchtigkeiterscheinungen im Bauwerk. Nach vergeblicher Aufforderung zur Mängelbeseitigung hat die Beklagte die nach ihrer Auffassung notwendigen Sanierungsarbeiten anderweitig ausführen lassen.

Die Beklagte hält sich zur Herausgabe der Bürgschaftsurkunden nicht für verpflichtet, weil die Fahrbahnisolierung der Brücke mangelhaft hergestellt sei. Widerklagend hat sie Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 606.485,68 DM zuzüglich Zinsen geltend gemacht. Dagegen haben die Klägerinnen die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Landgericht hat den Klagen stattgegeben und die Widerklage abgewiesen, weil die Gewährleistungsansprüche verjährt seien. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Der Senat hat hinsichtlich der Widerklage die Revision der Beklagten nicht angenommen. Danach verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage wegen der Herausgabe der Bürgschaftsurkunden weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

I.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Anspruch der Klägerinnen auf Rückgabe der Bürgschaftsurkunden ergebe sich aus § 17 Nr. 8 VOB/B. Der Anspruch sei fällig, weil Gewährleistungsansprüche der Beklagten verjährt und Sicherheiten zurückzugeben seien, wenn nach Ablauf der Gewährleistungsfrist durchsetzbare Ansprüche nicht mehr bestünden.

II.

Damit hat das Berufungsgericht die Voraussetzungen verkannt, unter denen die Herausgabe der Bürgschaftsurkunden verlangt werden kann.

1. Die Klägerinnen haben der Beklagten Gewährleistungsbürgschaften als Sicherheit im Sinne des § 17 Nr. 1 VOB/B gestellt. Besondere Vereinbarungen dazu, wann die Bürgschaften wieder herauszugeben sind, haben die Parteien nicht getroffen. Die Verpflichtung zur Herausgabe ergibt sich deshalb allein aus § 17 Nr. 8 VOB/B.

Danach ist eine nicht verwertete Sicherheit zum vereinbarten Zeitpunkt, spätestens nach Ablauf der Verjährungsfrist für die Gewährleistung zurückzugeben, § 17 Nr. 8

Satz 1 VOB/B. Soweit jedoch zu diesem Zeitpunkt die Ansprüche des Auftraggebers noch nicht erfüllt sind, darf er einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurückhalten, § 17 Nr. 8 Satz 2 VOB/B. Der Zurückhaltung steht also nicht entgegen, daß zu dem Zeitpunkt, in dem die Sicherheit nach § 17 Nr. 8 Satz 1 VOB/B herauszugeben ist, die Gewährleistungsansprüche verjährt und damit nicht mehr durchsetzbar sind. Das ist vielmehr Voraussetzung für die Anwendung des § 17 Nr. 8 Satz 2 VOB/B. Das Recht zur Zurückhaltung hat der Auftraggeber allerdings nur dann, wenn er die Mängel, auf denen die geltend gemachten Ansprüche beruhen, in unverjährter Zeit gerügt hat. Das ergibt sich, wie der Senat in seinem Urteil vom 21. Januar 1993 - VII ZR 127/91 (zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt) näher ausgeführt hat, sowohl aus dem Wortlaut als auch aus dem Sinn und Zweck des § 17 Nr. 8 VOB/B. Dabei ist es nicht notwendig, daß der Auftraggeber die Ursache des Mangels richtig benennt. Vielmehr reicht es nach der ständigen Rechtsprechung des Senats aus, wenn der Auftraggeber mit hinreichend genauer Beschreibung von zutage getretenen Erscheinungen den Fehler, der der Werkleistung insgesamt anhaftet und der die aufgetretenen Mangelerscheinungen verursacht hat, zum Gegenstand seiner Rüge macht (zuletzt Urteil vom 26. März 1992 - VII ZR 258/90 = ZfBR 1992, 206 = BauR 1992, 503).

Ist der Auftraggeber nach § 17 Nr. 8 Satz 2 VOB/B wegen solcher Gewährleistungsansprüche zur Zurückhaltung der Sicherheit berechtigt, die auf Zahlung gerichtet sind, so ist die auf Herausgabe der Bürgschaftsurkunde gerichtete Klage des Auftragnehmers abzuweisen. Eine Zug-um-Zug-Verurteilung kommt dann nicht in Betracht (vgl. Heiermann/Riedl/Rusam,

VOB, 6. Aufl., B § 17 Rdn. 53, Ingenstau/Korbion, VOB, 11. Aufl., B § 17 Rdn. 106, B § 13 Rdn. 439 und Kaiser, Das Mängelhaftungsrecht in Baupraxis und Bauprozeß, 7. Aufl., Rdn. 228, 198). Der Auftraggeber ist berechtigt, sich aus der Sicherheit zu befriedigen (vgl. Senatsurteil vom 21. Januar 1993 - VII ZR 127/91).

2. Für das Revisionsverfahren ist mangels anderweitiger Feststellungen davon auszugehen, daß der Beklagten die geltend gemachten Gewährleistungsansprüche zustehen. Diese Ansprüche sind jedoch verjährt. Das hat das Berufungsgericht zutreffend entschieden. Der Senat hat deshalb die Revision der Beklagten nicht angenommen, soweit sie sich gegen die Abweisung der Widerklage richtete. Die Beklagte hat die angeblichen Mängel der Fahrbahnisolierung vor Ablauf der Gewährleistungsfrist für dieses Teilgewerk am 18. Dezember 1983 gerügt. Die auf diesen Mangel zurückzuführenden Feuchtigkeiterscheinungen wurden sowohl im Schreiben vom 30. September 1982 als auch im Schreiben vom 1. Dezember 1983 bemängelt. Das reichte als Mängelrüge aus, weil die aus dem Mangel abgeleiteten Mangelerscheinungen hinreichend deutlich beschrieben waren.

Die angeblichen Mängel sind mittlerweile auf Veranlassung der Beklagten beseitigt worden. Deshalb muß nach den dargestellten Grundsätzen die Klage abgewiesen werden, sofern die Gewährleistungsansprüche bestehen.

3. Etwas anderes gälte allerdings, wenn die Berufung der Beklagten auf das aus § 17 Nr. 8 Satz 2 VOB/B abgeleitete Zurückhaltungsrecht mißbräuchlich wäre. Hierfür fehlen

jedoch Anhaltspunkte. Dabei kann offenbleiben, ob ein Mißbrauch anzunehmen wäre, wenn der Auftragnehmer sich aus einer Gewährleistungsbürgschaft im Verhältnis zum Bürgen nicht mehr befriedigen kann. Nach dem Inhalt der vom Berufungsurteil in Bezug genommenen Bürgschaftsurkunden kann die Beklagte die Bürginnen gegebenenfalls noch in Anspruch nehmen. Die bürgenden Banken können die Inanspruchnahme insbesondere nicht dadurch abwenden, daß sie die den Klägerinnen zustehende Einrede der Verjährung erheben.

a) Nach den Bürgschaftsverträgen haben die Banken jeweils für die Klägerinnen die selbstschuldnerische Bürgschaft übernommen. Sie haben sich verpflichtet, die Bürgschaftssumme an die Beklagte zu zahlen, sofern die Klägerinnen Gewährleistungsansprüche aus dem in den Bürgschaftsurkunden bezeichneten Werkvertrag nicht fristgerecht erfüllen. Die Verträge enthalten auch einen Hinweis darauf, daß die Klägerinnen der Beklagten die Bürgschaften nach den Bedingungen des Werkvertrages als Sicherheit für die Erfüllung der Gewährleistungsansprüche stellen.

Die Bürgschaften sind unbefristet und erlöschen erst mit Rückgabe der Bürgschaftsurkunde.

b) Übernimmt der Gewährleistungsbürge die Verpflichtung, den Auftraggeber auch wegen solcher Ansprüche zu sichern, die dieser wegen der eingetretenen Verjährung nicht gegen den Auftragnehmer durchsetzen kann, so kann er sich regelmäßig nicht auf die an sich nach § 768 BGB zulässige Einrede berufen, der Gewährleistungsanspruch sei verjährt. Der Grundsatz, daß dem Bürgen die Verteidigungsmittel des

Hauptschuldners zustehen, findet seine Begrenzung in dem durch die Bürgschaftsvereinbarung zum Ausdruck gekommenen Sicherungszweck. Dem Gewährleistungsbürgen ist deshalb die Berufung auf solche Rechtsbehelfe versagt, gegen deren Tatbestände die Bürgschaft den Auftragnehmer gerade schützen soll (Staudinger/Horn, BGB, 12. Aufl., § 768 Rdn. 4). Der für die Bürgschaft geltende Akzessorietätsgrundsatz wird dadurch nicht in Frage gestellt (vgl. RGZ 153, 338, 346; Staudinger/Horn aaO Rdn. 20 f; RGRK/Mormann, 12. Aufl., § 768 Rdn. 6).

c) Wieweit der Sicherungszweck reicht, ergibt sich aus den Bürgschaftsverträgen. Der Senat ist in der Lage, die Verträge selbst auszulegen, weil es sich um in mehreren Oberlandesgerichtsbezirken verbreitete Formularverträge handelt.

Die Bürginnen haben es nach dem Inhalt der insoweit gleichlautenden Bürgschaftsurkunden übernommen, die Bürgschaftssumme zu zahlen, wenn die Klägerinnen die Gewährleistungsansprüche nicht fristgerecht erfüllen. Durch die Bezugnahme auf den Werkvertrag und den ausdrücklichen Hinweis auf die Sicherungsabrede wird nach objektivem Verständnis klargestellt, daß die Bürginnen in demselben Umfang haften wollen, in dem die Beklagte nach ihren Vereinbarungen mit den Klägerinnen gesichert sein soll. Da die Bürgschaften danach auch den Zweck haben, die Beklagte unter den Voraussetzungen des § 17 Nr. 8 Satz 2 VOB/B für verjährte Ansprüche zu sichern, gehören diese zu den nicht fristgerecht erfüllten Gewährleistungsansprüchen im Sinne der Bürgschafts-

urkunden. Die Einrede, der Gewährleistungsanspruch der Beklagten sei verjährt, ist den Bürginnen deshalb verwehrt.

III.

Nach allem kann die Beklagte die Gewährleistungsbürgschaften gemäß § 17 Nr. 8 Satz 2 VOB/B zurückhalten, wenn die geltend gemachten Gewährleistungsansprüche bestehen. Da Feststellungen dazu fehlen, ist das Berufungsurteil im Umfang der Annahme aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Lang

Bliesener

Thode

Haß

Wiebel