BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 16/10

Verkündet am:
25. November 2010
Schick,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 401

Mit der Abtretung des Anspruchs auf Auszahlung des vom Auftraggeber eines Bauvertrags als Sicherheit für seine Mängelansprüche nach Abnahme einbehaltenen Restwerklohns geht das Recht, den Einbehalt durch Bürgschaft abzulösen, in entsprechender Anwendung des § 401 BGB auf den Zessionar über.

BGH, Urteil vom 25. November 2010 - VII ZR 16/10 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. November 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, den Richter Dr. Kuffer, die Richterin Safari Chabestari, den Richter Dr. Eick und den Richter Halfmeier

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 21. Dezember 2009 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin begehrt aus abgetretenem Recht die Auszahlung von Werklohn, den die Beklagte vereinbarungsgemäß als Gewährleistungssicherheit bei drei Bauvorhaben einbehalten hat.

2 Die Beklagte hat die I. Metalltechnik GmbH im Jahre 2006 mit Schlosserarbeiten an einem Hotel und einem Modehaus in M. sowie einem Wohn- und Geschäftshaus in B. beauftragt. Bei Zahlung der fälligen Schlussrechnungsbeträge behielt sie vereinbarungsgemäß jeweils 5 % der Nettoabrechnungssumme als Gewährleistungssicherheit, insgesamt 11.553,94 € (Hotel 3.382,25 €, Modehaus 3.039,05 €, Wohn- und Geschäftshaus

5.132,64 €) ein. Gemäß AGB 17.2 und 17.5 der Beklagten kann der Auftragnehmer, soweit der Sicherheitseinbehalt noch nicht verwertet ist, dessen Auszahlung gegen Stellung einer Bürgschaft verlangen. Gemäß AGB 8.8 der Beklagten ist eine Abtretung einer dem Auftragnehmer aus dem Vertrag zustehenden Forderung an Dritte ohne schriftliche Zustimmung des Auftraggebers nicht gestattet.

3 Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der I. Metalltechnik GmbH trat der Insolvenzverwalter die noch ausstehenden, als Gewährleistungssicherheit einbehaltenen Restvergütungsansprüche am 17. Juni 2008 an die Klägerin ab. In der Abtretungsanzeige vom selben Tag wies der Zedent die Beklagte unwiderruflich an, Zahlungen - auf Vorlage einer Bürgschaft einer europäischen Großbank - auch bereits vor Fälligkeit - nur noch auf das Konto der Klägerin zu leisten. Die Klägerin übersandte der Beklagten die Abtretungsanzeige und forderte sie mit Schreiben vom 24. Juni 2008 auf, ihr ein Bürgschaftsmuster zu übermitteln, da sie beabsichtige, die Gewährleistungseinbehalte abzulösen. Nachdem ihr die Beklagte mit Schreiben vom 24. Juli 2008 Bürgschaftsformulare hatte zukommen lassen, übersandte die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 26. August 2008 drei diesem Muster entsprechende Bürgschaften der R. Versicherung AG, in denen diese für Mängelansprüche der Beklagten gegen die I. Metalltechnik GmbH jeweils eine Bürgschaft bis zur Höhe des jeweiligen Sicherheitseinbehalts für die einzelnen Bauvorhaben übernahm. Die Beklagte akzeptierte sie nicht und sandte sie am 17. September 2008 zurück. Auch nach nochmaliger Übersendung mit Schreiben vom 19. September 2008 und 22. September 2008 verweigerte die Beklagte die im Austausch zur Gestellung der Bürgschaften geforderte Auszahlung der einbehaltenen Restvergütung.

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

4 Mit Schreiben vom 14. Januar 2008 hatte die Beklagte gegenüber dem Insolvenzverwalter gerügt, dass bei der Notausgangstüre im Tiefgeschoss des Hotels der Durchgreifschutz fehle. Der Aufforderung, diesen Mangel bis 23. Januar 2008 zu beseitigen, war der Insolvenzverwalter nicht nachgekommen. Mit weiterem Schreiben vom 8. Oktober 2008 zeigte die Beklagte dem Insolvenzverwalter an, dass sich bei dem Modehaus die Türe der Brandmeldeanlage aufgrund zu schwach ausgebildeter Scharniere senke und forderte ihn vergeblich zur Mängelbeseitigung bis zum 17. Oktober 2008 auf. Nach Behauptung der Beklagten kostet die Beseitigung der Mängel bei dem Modehaus 5.000 € und bei dem Hotel 1.500 €. Die Beklagte macht insoweit Ansprüche auf Zahlung eines Vorschusses für die Mängelbeseitigungskosten geltend. Mit diesen Ansprüchen hat sie in der Klageerwiderung hilfsweise gegen den Zahlungsanspruch der Klägerin aufgerechnet.

5 Die Klägerin hat erstinstanzlich beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie 11.553,94 € nebst Zinsen zu zahlen Zug um Zug gegen Aushändigung der Gewährleistungsbürgschaften für die drei Bauvorhaben. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt und auf einen in der Berufungsinstanz zusätzlich gestellten Antrag der Klägerin festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der drei Bürgschaftsurkunden in Verzug befinde. Die Revision hat es zur Klärung der Abtretbarkeit des Austauschrechts nach AGB 17.2 i.V.m. § 17 Abs. 3 VOB/B zugelassen. Die Beklagte verfolgt mit der Revision ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

6 Die zulässige Revision der Beklagten hat keinen Erfolg.

7 Auf das Rechtsverhältnis der Parteien ist § 354a HGB in der bis zum 18. August 2008 geltenden Fassung anzuwenden, Art. 64 EGHGB.

I.

8 Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Klägerin könne von der Beklagten die Auszahlung der Gewährleistungseinbehalte Zug um Zug gegen Übergabe der bereits mit Schreiben vom 26. August 2008 übersandten drei Bürgschaftsurkunden verlangen. Dem Feststellungsantrag der Klägerin sei stattzugeben, weil sich die Beklagte mit der Annahme der ihr mehrmals übersandten Bürgschaftsurkunden in Verzug befinde.

9 Die Ansprüche der I. Metalltechnik GmbH auf Auszahlung der Gewährleistungseinbehalte, bei denen es sich um die originären Vergütungsansprüche der Auftragnehmerin handele, seien mit Vertrag vom 17. Juni 2008 wirksam an die Klägerin abgetreten worden. Eine schriftliche Zustimmung der Beklagten gemäß deren AGB 8.8 sei dazu nicht erforderlich gewesen. Da die Bauverträge jeweils Handelsgeschäfte darstellten, sei die Klausel gemäß § 354a HGB unwirksam.

10 Das Austauschrecht der Insolvenzschuldnerin nach AGB 17.2 i.V.m. § 17 Nr. 3 VOB/B sei zusammen mit den abgetretenen Ansprüchen auf Auszahlung der Gewährleistungseinbehalte auf die Klägerin übergegangen. Das Austauschrecht diene der restlichen Erfüllung der originären Werklohnansprüche und sei somit ein Hilfsrecht zur Durchsetzung des Anspruchs auf Auszahlung der Ge-

währleistungseinbehalte. Es handele sich um ein unselbständiges Gestaltungsrecht, das entsprechend § 401 BGB zusammen mit der Forderung übergehe, zu deren Durchsetzung es erforderlich sei.

11 Die Beklagte könne gegenüber dem Austauschrecht der Klägerin bezüglich des Gewährleistungseinbehalts für das Hotel nicht einwenden, dass ihr zum Zeitpunkt der Übersendung der Bürgschaftsurkunden im August 2008 nach fruchtlosem Ablauf der mit Mängelanzeige vom 14. Januar 2008 zur Mängelbeseitigung gesetzten Frist ein Anspruch auf Vorschuss für die Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 1.500 € zugestanden habe. Das Bestehen eines solchen Anspruchs allein reiche nicht aus, um den Austausch der Sicherheit zu verweigern. Denn gemäß AGB 17.2 könne der Auftragnehmer den Austausch des Sicherheitseinbehalts durch Bürgschaft bis zur Verwertung der Sicherheit verlangen.

12 Die hilfsweise Aufrechnung mit den behaupteten Ansprüchen auf Vorschusszahlungen in Höhe von 1.500 € und 5.000 € greife nicht durch, weil die Beklagte nach Aufforderung zum Austausch der Sicherheiten nicht unverzüglich erklärt habe, dass sie diese Ansprüche durch Zugriff auf das Bardepot befriedigen wolle.

II.

13 Das hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

14 Das Berufungsgericht hat die Beklagte zu Recht zur Zahlung der abgetretenen Restwerklohnforderungen Zug um Zug gegen Übergabe der Bürgschaftsurkunden verurteilt und den Annahmeverzug der Beklagten festgestellt.

15 1. Entgegen der Auffassung der Revision war die Klage nicht deshalb teilweise abzuweisen, weil die Klägerin Leistungen nur an sich und nicht auch alternativ an die Insolvenzschuldnerin verlangt hat.

16 a) Das Berufungsgericht hat zutreffend entschieden, dass der Insolvenzverwalter die Ansprüche der Insolvenzschuldnerin auf Auszahlung des von der Beklagten als Gewährleistungssicherheit einbehaltenen Restwerklohns trotz der fehlenden Zustimmung der Beklagten wirksam an die Klägerin abgetreten hat, § 354 a HGB (vgl. BGH, Urteil vom 26. Januar 2005 - VIII ZR 275/03, NJW-RR 2005, 624; Urteil vom 13. November 2008 - VII ZR 188/07, BGHZ 178, 315, 317 f.). Dagegen wendet sich die Revision nicht. Die Klägerin ist damit infolge Abtretung alleinige Inhaberin der von der Beklagten einbehaltenen Restwerklohnforderungen der I. Metalltechnik GmbH geworden.

17 b) Entgegen der Auffassung der Revision ist die Klage nicht schon deshalb (teilweise) unbegründet, weil die Klägerin allein Zahlung an sich fordert. Zwar bleibt der Zedent gemäß § 354a Satz 2 HGB trotz der Abtretung weiter empfangszuständig (BGH, Urteil vom 13. November 2008 - VII ZR 188/07, aaO, S. 318) und der Schuldner kann mit befreiender Wirkung an ihn zahlen. Das bedeutet jedoch nicht, dass der Zessionar die an ihn abgetretene Forderung nur in der Weise verfolgen könnte, dass er Zahlung an sich oder an den Zedenten verlangt (so aber Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl., § 26 Rn. 21; Baumbach/Hopt, HGB, 33. Aufl., § 354a Rn. 2; Röhricht/Graf von Westphalen/Wagner, HGB, 3. Aufl., § 354a Rn. 11; Roth in: Koller/Roth/Morck, HGB, 6. Aufl., § 354a Rn. 3; Wagner, WM 1996 Beilage 1, S. 19). Denn der Zessionar ist allein forderungsberechtigt. Eine dementsprechende Verurteilung des Schuldners zur Zahlung an den Zessionar ändert nichts an der Empfangszuständigkeit des Zedenten. Der Schuldner ist daher weder durch die materielle Rechtskraft des Urteils, das ihn zur Zahlung an den Zessionar verurteilt, noch durch § 767 Abs. 2 ZPO

gehindert, dem § 354a S. 2 HGB entsprechende Erfüllungshandlungen gegenüber dem Zedenten vorzunehmen, die er auch bei einer alternativen Verurteilung zur Zahlung an den Zessionar oder den Zedenten hätte vornehmen können (vgl. K. Schmidt in Festschrift für Schimansky, S. 509, 515). Eine Klarstellung in dem Titel, den der Zessionar erwirkt, dass die Zahlung auch an den Zedenten erfolgen kann, ist nicht notwendig und weder materiell-rechtlich noch prozessual vorgesehen. Gleiches gilt für einen denkbaren Vorbehalt, dass dem Schuldner nachgelassen bleibt, an den Zedenten zu zahlen (K. Schmidt, aaO).

18 Eine Verkürzung des sich aus § 354a Satz 2 HGB ergebenden Schuldnerschutzes ist mit einer derartigen Verurteilung entgegen der Auffassung von Wagner (WM 1996, Beilage 1, S. 18) nicht verbunden. Dieser Schutz geht lediglich dahin, dass der Schuldner trotz wirksamer Abtretung der Forderung berechtigt bleibt, mit befreiender Wirkung an den Zedenten zu leisten. Der Senat hat bereits entschieden (Urteil vom 13. November 2008 - VII ZR 188/07, aaO, S. 319), dass mit dem Begriff "leisten" Erfüllungshandlungen im Sinne der §§ 362, 364 BGB gemeint sind, denen die Aufrechnung gleichsteht. Dagegen ist der Auffassung von Wagner (WM 1996 Beilage 1, S. 15) nicht zu folgen, § 354a S. 2 HGB ermögliche dem Schuldner trotz Kenntnis der Abtretung bei teleologischer Interpretation nicht nur die befreiende Leistung an den Zedenten, sondern - insoweit wie § 407 Abs. 1 BGB - auch die Berufung auf andere "Rechtsgeschäfte in Ansehung der Forderung", die er trotz offengelegter Abtretung mit oder gegenüber dem Zedenten vorgenommen habe, vor allem Erlass und Vergleich. Der sich aus § 354a HGB ergebende Schuldnerschutz wird daher dadurch, dass der Schuldner bei einer Verurteilung zur Zahlung allein an den Zessionar keine forderungsbezogenen Rechtsgeschäfte mehr mit dem Zedenten vornehmen kann, nicht beeinträchtigt. Die vom Schutzzweck des § 354a Satz 2 HGB erfassten Erfüllungshandlungen gegenüber dem Zedenten kann der Schuldner trotz Verurteilung zur Leistung an den Zessionar vornehmen.

Berechtigte Belange des Schuldners sind entgegen der Auffassung von Wagner (aaO) nicht dadurch beeinträchtigt, dass der Schuldner im Prozess mit dem Zessionar aufrechnen muss, um die Wirkungen des § 767 Abs. 2 ZPO zu vermeiden. Der Umstand, dass der Prozess mit dem Zessionar geführt wird, ist insoweit keine Verschlechterung der Schuldnerstellung. Auch in einem Prozess mit dem Zedenten hätte die Aufrechnung erklärt werden müssen. Darüber hinaus übersieht Wagner, dass die von ihm für notwendig erachtete Klage derart, dass die Zahlung an den Zessionar oder den Zedenten erfolgt, an der Präklusionswirkung nichts ändert. Soweit der VIII. Zivilsenat ohne nähere Begründung eine andere Auffassung vertreten hat (BGH, Urteil vom 26. Juni 2002 - VIII ZR 327/00, NJW 2002, 2865), sind diese Erwägungen nicht tragend gewesen.

19 2. Mit der Abtretung der jeweils als Gewährleistungssicherheit einbehaltenen Restwerklohnforderungen ist auch das Recht, den Einbehalt durch eine Gewährleistungsbürgschaft abzulösen, in entsprechender Anwendung des § 401 BGB auf die Klägerin übergegangen.

20 Das Austauschrecht ist ein vertragliches Gestaltungsrecht des Auftragnehmers (BGH, Urteil vom 13. September 2001 - VII ZR 467/00, BGHZ 148, 151, 154). Es dient allein dazu, dem Auftragnehmer die Möglichkeit zu eröffnen, die Auszahlung des einbehaltenen Restwerklohns vor Ablauf der Gewährleistungszeit zu erreichen. Dem Austauschrecht kommt daher eine wirtschaftliche Bedeutung nur in der Hand des Inhabers der einbehaltenen Restwerklohnforderung zu. Das Austauschrecht stellt damit, wie das Berufungsgericht zu Recht festgestellt hat, ein Hilfsrecht dar, das wie das Recht zur Fälligkeitskündigung (vgl. BGH, Urteil vom 22. März 2006 - IV ZR 6/04, NJW-RR 2006, 1091) der Verwirklichung der Werklohnforderung dient und damit dem Forderungsinhaber zusteht. Es geht deshalb in entsprechender Anwendung des § 401 BGB ohne

weiteres mit der Forderung auf den Zessionar über (vgl. Staudinger/Busche [2005], BGB § 403 Rn. 35; Knerr in: jurisPK-BGB, 5. Aufl., § 401 Rn. 13; vgl. auch BGH, Urteil vom 1. Juni 1973 - V ZR 134/72, NJW 1973, 1793).

21 3. Die Beklagte war nicht berechtigt, die ihr zum Austausch vorgelegten Bürgschaften zurückzuweisen und die Sicherungseinbehalte zurückzubehalten.

22 a) Die Klägerin hat zur Ablösung der Sicherungseinbehalte Bürgschaften vorgelegt, die nach Inhalt und Bürgschaftssumme die Anforderungen der Beklagten erfüllen.

23 b) Die Beklagte war nicht berechtigt, die zum Austausch vorgelegten Gewährleistungsbürgschaften zurückzuweisen. Sie beruft sich zu Unrecht darauf, der Sicherungsfall sei bereits eingetreten gewesen oder sie müsse wegen der Insolvenz so gestellt werden als stünde er unmittelbar bevor.

24 aa) Enthält der Bauvertrag keine ausdrückliche Vereinbarung über den Sicherungsfall, ist die Vereinbarung unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien ergänzend auszulegen (BGH, Urteil vom 28. September 2000 - VII ZR 460/97, BauR 2001, 109, 111 = NZBau 2001, 136 = ZfBR 2001, 31; Urteil vom 13. September 2001 - VII ZR 467/00, BGHZ 148, 151, 154; Urteil vom 7. März 2002 - VII ZR 182/01, BauR 2002, 1543, 1544). Danach liegt der Sicherungsfall erst vor, wenn dem Auftraggeber ein auf Geldzahlung gerichteter Gewährleistungsanspruch zusteht (BGH, Urteil vom 28. September 2000 - VII ZR 460/97, aaO; Urteil vom 7. März 2002 - VII ZR 182/01, aaO). Dementsprechend durfte die Beklagte die Gewährleistungsbürgschaft über 3.039,05 € nicht zurückweisen, da ihr bei deren Vorlage im August 2008 ein Vorschussanspruch noch nicht zustand. Denn zum damaligen Zeitpunkt hatte die Beklagte noch nicht einmal Mängel an dem Modehaus gerügt.

25 bb) Ist der Sicherungsfall im Zeitpunkt des Austauschbegehrens bereits eingetreten, steht es grundsätzlich im Belieben des Aufraggebers, ob er die Bürgschaft als Austauschsicherheit annimmt oder den Sicherungseinbehalt verwertet (BGH, Urteil vom 13. September 2001 - VII ZR 467/00, aaO, S. 155). Der Auftraggeber muss sich jedoch unverzüglich darüber erklären, ob er den Bareinbehalt verwertet. Geschieht dies nicht, muss er die angebotene Bürgschaft annehmen und den Sicherungseinbehalt auszahlen (BGH, Urteil vom 13. September 2001 - VII ZR 467/00, aaO). Zu Unrecht meint die Revision, die Beklagte habe durch Rücksendung der Bürgschaften deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie den Sicherungseinbehalt verwerte. Das ist nicht so, denn die Bürgschaften wurden zurückgesandt, weil die Beklagte grundsätzlich keine Bürgschaften akzeptieren wollte, die von der Klägerin zum Austausch angeboten werden. Die Beklagte hat sich zunächst nicht dazu erklärt, dass sie wegen der bereits gerügten Mängel den Sicherungseinbehalt in Anspruch nehme. Eine solche Erklärung war ungeachtet des Umstandes notwendig, dass über das Vermögen der I. Metalltechnik GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet worden war.

26 cc) Der Revision kann auch nicht darin gefolgt werden, dass die Beklagte schon deshalb berechtigt gewesen sei, die Bürgschaften zurückzuweisen, weil über das Vermögen der I. Metalltechnik GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet worden war. Das mag zwar Anlass zu der Vermutung geben, dass etwaige Gewährleistungsansprüche nicht mehr erfüllt werden, bedeutet jedoch nicht, dass deshalb der Sicherungseinbehalt entgegen der getroffenen Vereinbarung behalten und eine Bürgschaft zurückgewiesen werden darf. Dieser Fall steht in keinem Zusammenhang mit dem im Urteil vom 13. September 2001 - VII ZR 467/00, BGHZ 148, 151, 155 erwähnten Fall, dass die Bürgschaft möglicherweise auch dann zurückgewiesen werden darf, wenn der Sicherungsfall unmittelbar bevorsteht. Der Umstand, dass die Rechtsstellung des Auftragge-

bers wegen des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO verschlechtert ist und der Bürge einen Befreiungsanspruch unter den Voraussetzungen des § 775 Abs. 1 Nr. 1 BGB hat, ist für die Entscheidung ohne Belang.

27 4. Zutreffend und von der Revision nicht mit einer besonderen Begründung angegriffen hat das Berufungsgericht entschieden, dass die Aufrechnungen der Beklagten unbegründet sind.

III.

28 Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Kniffka Kuffer Safari Chabestari

Eick Halfmeier

Vorinstanzen:
LG Stuttgart, Entscheidung vom 11.03.2009 - 42 O 39/08 KfH -
OLG Stuttgart, Entscheidung vom 21.12.2009 - 10 U 35/09 -