

Bauherr muß bei Bürgschaftsübergabe Bareinbehalt auszahlen!

1. Übergibt der Unternehmer eine vertragsgemäße Bankbürgschaft zur Ablösung des vereinbarten Sicherheitseinbehaltes, ist der Besteller verpflichtet, die ersetzte Sicherheit alsbald effektiv bar auszuzahlen.

2. Zahlt er trotz Nachfristsetzung nicht, ist der Unternehmer berechtigt, die weitere Mängelbeseitigung bis zur Auszahlung zu verweigern. Berufet er sich hierauf, kann der Besteller mängelbedingte Gegenrechte dem Zahlungsanspruch nicht entgegenhalten.

LG Halle, Urteil vom 30.09.1997 - 13 O 94/97

VOB/B § 17 Nr. 3; BGB §§ 242, 273 Abs. 1; IBR 1998, 57

Problem/Sachverhalt

Bauherr (B) und Unternehmer (U) sind durch einen VOB/B-Bauvertrag verbunden, der für den schlüsselfertigen Neubau eines Wohn- und Geschäftshauses einen Gewährleistungseinbehalt in Höhe von 5 % der Auftragssumme, ablösbar durch Gewährleistungsbürgschaft gemäß Muster, beinhaltet. Nachdem B DM 350.000,- von der Schlußrechnung einbehalten hat, nimmt er die Gewährleistungsbürgschaft entgegen. Trotz Nachfristsetzung zahlt er den Einbehalt in Höhe von DM 350.000,- nicht aus und macht wegen Mängeln ein Zurückbehaltungsrecht geltend. Hinsichtlich der unstrittig vorhandenen Mängel geringeren Umfangs stellt der U seine Leistungen ein und klagt die ersetzte Sicherheit ein. Der B rechnet mit einem behaupteten Kostenvorschußanspruch zur Mängelbeseitigung in Höhe der Klageforderung von DM 350.000,- auf und erhebt hilfsweise Widerklage mit diesem Vorschußanspruch.

Entscheidung

Der B unterliegt in voller Höhe. Der U habe sein vertragliches Austauschrecht ausgeübt und könne deshalb die Auszahlung des 5 %-igen Einbehaltes verlangen, auch wenn Mängel bestünden. Ein Zurückbehaltungs- und Aufrechnungsrecht des B sei nach dem Sinn und Zweck des Austauschrechts ausgeschlossen. Anderenfalls begeben sich ein Unternehmer durch Bürgschaftsübergabe stets in die Gefahr, dem Besteller eine doppelte Sicherheit zu verschaffen, worauf dieser eben keinen Anspruch habe. Dem B stehe ein Vorschußanspruch in Höhe der behaupteten Mängelbeseitigungskosten nicht zu, denn ein etwaiger Mängelbeseitigungsanspruch sei bis zur Auszahlung des Sicherheitseinbehaltes weder fällig noch durchsetzbar und U habe deshalb die Mängelbeseitigung zu Recht verweigert.

Praxishinweis

Das Urteil weist erneut (ebenso OLG Schleswig, **IBR 96, 359** - Weyer und OLG Köln, **IBR 97, 144** - Schulze-Hagen) eine verbreitete Besteller-Unsitte zurück, sich von einem vertraglich ausdrücklich oder kraft Einbeziehung der VOB/B (§ 17 Nr. 3) vereinbarten Austauschrecht einseitig zu lösen, indem die Auszahlung trotz Bürgschaftsannahme von der vorherigen Mängelbeseitigung abhängig gemacht werden soll. In einem Fall, wo der Unternehmer nach verweigerter Auszahlung nicht diese, sondern erfolgreich die Herausgabe der zuvor überreichten Bürgschaft eingeklagt hatte (**IBR 97, 402** - Schulze-Hagen), wurde durch den Bundesgerichtshof auch die "alsbaldige" Auszahlungspflicht bestätigt. Bei unberechtigter Zahlungsverweigerung des Bestellers kann der Unternehmer also entweder hierauf oder auf Herausgabe der Bürgschaftsurkunde klagen.

RA Arndt Maas, Leipzig