
Datum: 25.07.1997
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 3. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 U 138/96
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1997:0725.3U138.96.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 1 O 1/96

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten und die Anschlußberufung der Klägerin wird das am 20.9.1996 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Aachen (1 O 1/96) abgeändert und insgesamt neu gefaßt. Die Beklagte wird gemäß ihrem Anerkenntnis verurteilt, an die Klägerin 1.464 DM nebst 4% Zinsen seit dem 16.12.1995 zu zahlen. Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen trägt die Klägerin. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Auf die zulässigen Rechtsmittel der Parteien war das angefochtene Urteil zum einen abzuändern, soweit die Parteien den von der Berufung betroffenen Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt haben, zum anderen, soweit mit der im Rahmen der Anschlußberufung erfolgten Klageerhöhung die Zahlung von 1.464 DM nebst Zinsen begehrt wird, zu der die Beklagte gemäß ihrem Anerkenntnis zu verurteilen war. 1

Die Kosten des Rechtsstreits waren insgesamt der Klägerin aufzuerlegen. 2

Soweit sie die mit der Anschlußberufung verfolgte Klage betreffen, ergibt sich dies aus § 93 ZPO. Die Beklagte hat insoweit keine Veranlassung zur Klageerhebung gegeben. Der Forderungsbetrag ist in Verkennung der rechtlichen Situation von der Beklagten einbehalten worden, ohne daß die Klägerin diesem mit Schreiben des erstinstanzlichen Bevollmächtigten vom 17.1.1996 erklärten Vorgehen widersprochen hätte. 3

Die Aufforderung, den unberechtigt verrechneten Betrag auszuführen, erfolgte erst mit der Anschlußberufung. Die Beklagte hat den Anspruch im ersten Verhandlungstermin, und damit sofort im Sinne des § 93 ZPO anerkannt.

Auch soweit der Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt worden ist, waren unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes die Kosten der Klägerin aufzuerlegen. 6

Dies ergibt sich daraus, daß die Klage von Anfang an und mit den wechselnden Anträgen unbegründet gewesen ist, weil die jeweiligen Einzelforderungen nicht fällig waren beziehungsweise sind. 7

Vor Ablauf der für den Sicherheitseinbehalt vereinbarten Fristen bestand und besteht für die Beklagte keine Verpflichtung zur Auszahlung. 8

Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die Vereinbarung hinsichtlich des Sicherheitseinbehalts wirksam, wie sie in Ziff. 4.4 des Vertrages getroffen worden ist und die lautet: "Als Sicherheitsleistung wird der Einbehalt von 5% der Netto-Auftragssumme für die Dauer der Gewährleistungsfrist vereinbart. Der Auftragnehmer ist berechtigt, den Einbehalt durch Gestellung einer Bankbürgschaft abzulösen." 9

Die Klägerin beruft sich auf Rechtsprechung (OLG Hamm BauR 88, 731, KG BauR 89, 207 und OLG Karlsruhe BauR 89, 203), wonach eine derartige Vereinbarung nach § 9 AGB unwirksam sein soll. Diese Rechtsprechung vermag jedoch bezogen auf den vorliegenden Fall nicht zu überzeugen. 10

Die unangemessene Regelung soll nach der Vorstellung der Klägerin darin bestehen, daß sie nicht der des § 17 VOB/B entspricht, der für eine zu stellende Sicherheit drei Alternativen anbietet: Einbehalt, Hinterlegung und Bürgschaft. Die Abweichung besteht demzufolge vorliegend lediglich darin, daß die Hinterlegungsmöglichkeit nicht besteht. Das allein ist aber irrelevant, denn es macht wirtschaftlich keinen Unterschied, ob der eine zahlt oder der andere einbehält. 11

Bedeutsam kann die Frage nur werden in der Unterscheidung der Hinterlegung auf ein Sperrkonto mit gemeinsamer Verfügungsbefugnis und der Einbehaltung durch den Auftraggeber ohne Einzahlung auf ein Sperrkonto. 12

Die VOB sieht letzteres nicht vor, sondern verpflichtet den Auftraggeber in § 17 Nr. 6 Abs. 1, Satz 2 ff., der auch für den Fall des einmaligen Sicherheitseinbehalts bei der Schlußzahlung gilt (vgl. Korbion § 17, Rdn. 83), in gleicher Weise wie bei der Hinterlegung zur Einzahlung auf ein Sperrkonto. 13

Aus der Regelung der Ziff. 4.4 der AGB ergibt sich jedoch nicht, daß damit die Verpflichtung aus § 17 Nr. 6 Abs. 1, Satz 2 ff. abbedungen sein sollte, denn über die Art und Weise, wie die Sicherheit einzubehalten ist, läßt sich die Bestimmung nicht aus. Es hätte, da ja auch die Geltung der VOB/B vereinbart ist (Ziff. 2.1, c), im Gegenteil hierzu ausdrücklich etwas gesagt werden müssen, wenn insoweit eine von der VOB abweichende Regelung hätte gelten sollen (so auch OLG Hamm BB 1983, 406 in einem gleichgelagerten Fall). 14

Soweit das OLG Karlsruhe in der zitierten Entscheidung eines vergleichbaren Falles eine gegenteilige Auslegung vorgenommen hat, beruht dies auf der im Rahmen des § 13 AGB gebotenen kundenfeindlichen Auslegung (vgl. MüKo AGBG § 13 Rdn. 21) entgegen der sonst 15

nach § 5 AGBG vorgeschriebenen kundenfreundlichen Auslegung.

Aus dem Umstand, daß die Beklagte die Sicherheit zunächst nicht auf ein Sperrkonto eingezahlt hat, läßt sich keine andere Auslegung rechtfertigen, zumal § 17 Nr. 6 Abs.3 VOB/B den Fall der nicht sogleich erfolgten Einzahlung auf ein Sperrkonto regelt und dem Bauunternehmer nach Nr. 6 Abs. 3, Satz 2 VOB/B einen Auszahlungsanspruch nach vergeblicher Aufforderung mit Nachfristsetzung gemäß Nr. 6 Abs.3 zugesteht. 16

Auch der Einwand der Klägerin, der Auftraggeber erhalte einen ungerechtfertigten Zinsvorteil, führt zu keiner anderen Bewertung, denn dieser ist nicht ungerechtfertigt, wenn er, wie bei einem unverzinslichen Sicherheitseinbehalt, eben vereinbart worden ist. Daß sich daraus für den Auftraggeber ein Zinsvorteil ergibt, weiß wohl jeder Bauunternehmer, der derartige Vereinbarungen trifft und seine Preise kalkuliert. Wenn das OLG Hamm in seiner zitierten Entscheidung meint: "Dagegen kann nicht mit Erfolg eingewendet werden, daß der Auftraggeber mit einer solchen Klausel wirtschaftlich gesehen lediglich eine Herabsetzung der Vergütung erreicht. Eine solche soll offen und ehrlich ausgehandelt werden.", vermag der Senat dem nicht zu folgen. Im Vordergrund steht der Einbehalt *zur Sicherheit*. Der damit verbundene Zinseffekt ist ein den beteiligten Unternehmern regelmäßig bekanntes "Nebenprodukt", welches somit bewußt mitvereinbart ist. 17

Dem Wortlaut des § 17 VOB, den die zitierten Gerichte zum Maßstab nehmen, läßt sich (ebensowenig wie den §§ 232 ff. BGB) nicht entnehmen, daß die Verzinsung zugunsten des Sicherheitsgebers einem gesetzlichen Leitbild entspräche. 18

Soweit § 17 Nr.6, Abs. 1 VOB bei der Sicherheit die Einzahlung auf ein Sperrkonto vorsieht, dient dies allein zur Sicherung des Auftragnehmers. Von einer Verzinsung ist überhaupt nicht die Rede, anders als bei der Hinterlegung (Nr.5: "Etwaige Zinsen stehen dem Auftraggeber zu."). Diese Bestimmung ist sicherlich vor dem Hintergrund zu sehen, daß es sich bei der Hinterlegung um einen aus dem Vermögen des Auftragnehmers stammenden Betrag handelt. Gerade das Wort "etwaige" zeigt jedoch, daß jedenfalls keine Verpflichtung zur Verzinsung besteht. Das muß dann erst recht für die Sicherheit gelten. 19

Auch die in dem angefochtenen Urteil enthaltenen und weiteren von der Klägerin vertretenen konkursrechtliche Argumente rechtfertigen nicht die Annahme einer vorzeitigen Fälligkeit der Sicherheitsbeträge. 20

Soweit das Landgericht für seine Auffassung auf den Kommentar Kuhn/Uhlenbruck, dort § 17 KO Rdn. 4 verweist, begründet dieser Kommentar seine Meinung nicht, die allein auf die Entscheidung des OLG Hamburg (MDR 1988, 861) Bezug nimmt, welche aber nicht das beinhaltet, was in dem veröffentlichten Leitsatz zum Ausdruck gebracht wird. 21

In jenem Fall war die Frist für die Garantiesumme von einem Jahr bereits verstrichen, so daß es nur um die Frage ging, ob der Auftraggeber wegen des Konkurses des Bauunternehmers darüber hinaus zu einem weiteren Einbehalt bis zum Ablauf der Gewährleistungsfrist berechtigt ist. 22

Unabhängig von dieser Frage ist nach Auffassung des Senats für die vorliegende Fallkonstellation allein die bei Korbion § 17 Nr. 100 wiedergegebene Auffassung richtig, daß die Sicherheitsleistung auch beim Konkurs des Auftragnehmers bis zum Ende der vereinbarten Zeit beim Auftraggeber verbleiben muß, will man nicht den Sinn des Sicherungsgeschäfts in sein Gegenteil verkehren. 23

Gerade die Argumentation der Klägerin im Zusammenhang mit dem Sperrkonto, das den Bauunternehmer vor dem Konkurs des Auftraggebers schützen soll, muß doch im umgekehrten Fall wohl auch gelten.

Deshalb vermag der Senat auch der Argumentation der Klägerin nicht zu folgen, welche aus dem Wesen des Sicherheitseinhalts als uneigennützig Treuhand schlußfolgert, der Beklagten stünde lediglich ein Absonderungsrecht zu, was wegen § 127 Abs.1 KO zu einer Herausgabeverpflichtung an den Konkursverwalter führe. 25

Die Begründung verkennt zum einen, daß es nicht um einen dem Vermögen der Gemeinschuldnerin entnommenen Geldbetrag geht. Ungeachtet der Regelung in § 17 Nr. 6 VOB/B beinhaltet die Vereinbarung eines Sicherheitseinhalts ein Hinausschieben der Fälligkeit (BGH BauR 79, 525, 526). Der ggf. auf einem Sperrkonto liegende Betrag steht damit nicht materiell dem Bauunternehmer zu. Das Geld bleibt vielmehr im Vermögen des Auftraggebers. Zum anderen wäre auch nicht § 127 Abs. 1 KO einschlägig, weil die Verwertung idR gemäß § 127 Abs.2 KO dem Sicherungsnehmer überlassen ist. 26

Hier geht es aber ohnehin nicht um die Verwertung eines Gutes, sondern allein darum, ob der Auftraggeber nach der vereinbarten Zeit den Restwerkkohn zu zahlen hat oder (wegen zwischenzeitlich aufgetauchter Mängel) nicht. 27

Nach alledem kam auch hinsichtlich der Hauptsacheerledigung nur eine Kostenentscheidung zu Lasten der Klägerin in Betracht. 28

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr.1 und Nr. 10, 713 ZPO. 29

Streitwert des Berufungsverfahrens: 30

bis 2.3.1997: 11.318,68 DM, 31

(danach bis 30.6.1997: 7.594,30 DM,) 32

danach: 1.464 DM 33