

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 123/96

Verkündet am:
5. März 1998
F r e i t a g
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. März 1998 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Rinne, die Richter Dr. Werp, Dr. Wurm, Dörr und die Richterin Ambrosius

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 26. März 1996 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien, zwei private Erschließungsträger, streiten darüber, ob der Beklagten gegenüber dem von der Klägerin geltend gemachten Zahlungsanspruch ein Zurückbehaltungsrecht zusteht.

Der Klägerin war von einer Gemeinde mit Vertrag vom 23. September 1983, geändert am 16. März 1989, nach § 123 Abs. 3 BBauG (§ 124 Abs. 1 BauGB) die Erschließung eines Baugebiets übertragen worden. Einen Teil der anstehenden Erschließungsmaßnahmen, insbesondere die Durchführung des dritten und vierten Bauabschnitts, übertrug die Klägerin mit Vertrag vom 20. August 1991 auf die Beklagte; diese verpflichtete sich, zur Abgeltung bisher entstandener Erschließungskosten einen bestimmten Betrag je Quadratmeter verkauften Baulands an die Klägerin zu zahlen.

Wegen der Durchführung der Erschließung kam es zu Unstimmigkeiten mit der Gemeinde, die dazu führten, daß diese eine Veränderungssperre (§ 14 BauGB) beschloß. Bei einer Erörterung der entstandenen Lage zwischen den beiden Parteien und Vertretern der Gemeinde am 18. Februar 1993 gaben letztere zu erkennen, der - wenige Stunden später tagende - Rat der Gemeinde werde die Veränderungssperre aufheben, wenn alsbald Beanstandungen abgestellt und Sicherheiten für eine Erschließung nach den Vorstellungen der Gemeinde geleistet würden. Was im Anschluß an diese Erörterung zwischen der Klägerin und der Beklagten besprochen wurde, ist streitig. Jedenfalls



stellte die Beklagte der Gemeinde eine Bankbürgschaft über 100.000 DM für alle der Gemeinde aus dem Erschließungsvertrag vom 23. September 1983/16. März 1989 zustehenden Ansprüche. Die Veränderungssperre wurde aufgehoben.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin die Beklagte aus dem Vertrag vom 20. August 1991 auf Zahlung von zuletzt 84.252 DM nebst Zinsen in Anspruch genommen (4.956 m² Bauland aus dem vierten Bauabschnitt x 17 DM). Die Beklagte hat anerkannt, zur Zahlung der 84.252 DM verpflichtet zu sein, jedoch nur Zug um Zug gegen Veranlassung der Freigabe der von ihr gestellten Bankbürgschaft. Dazu hat die Beklagte vorgetragen: Die Parteien hätten im Anschluß an das Gespräch mit Vertretern der Gemeinde am 18. Februar 1993 vereinbart, daß die von der Gemeinde verlangte Sicherheit, die die Klägerin nicht habe beibringen können, in Höhe von 100.000 DM durch eine von der Beklagten zu besorgende Bankbürgschaft erbracht werde, was dadurch zu "kompensieren" sei, daß die Beklagte die von ihr an die Klägerin zu leistenden Zahlungen zu ihrer eigenen Absicherung entsprechend einbehalten dürfe. Die Klägerin hat eine solche "Kompensationsvereinbarung" bestritten und geltend gemacht, die Gemeinde habe die Bürgschaft auch wegen Schwierigkeiten mit der Beklagten verlangt.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 84.252 DM Zug um Zug gegen Freigabe der Bankbürgschaft verurteilt. Es hat die von der Beklagten behauptete Verrechnungsabrede als bewiesen angesehen. Das Berufungsgericht hat ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten verneint und die Beklagte uneingeschränkt zur Zahlung verurteilt.

Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten, der die Klägerin entgegentritt.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

I.

1. Das Berufungsgericht hat das landgerichtliche Urteil schon deshalb abgeändert, weil das Landgericht die Durchsetzbarkeit des Zahlungsanspruchs der Klägerin von etwas abhängig gemacht habe, was die Klägerin nicht (selbst) bewirken könne, nämlich von der "Freigabe" der Bankbürgschaft.

Dagegen wendet sich die Revision mit Recht.

Dem Berufungsgericht ist allerdings zuzugeben, daß das Landgericht den Klageanspruch "Zug um Zug gegen Freigabe der Bankbürgschaft" zuerkannt hat. Das Berufungsgericht hat es aber rechtsfehlerhaft unterlassen, diesen Ausspruch im Urteil des Landgerichts auszulegen. Die Urteilsformel des Landgerichts ist ebenso wie der von der Beklagten gestellte Antrag - ersichtlich, wie sich auch aus dem Sitzungsprotokoll er-

gibt - dahin zu verstehen, daß das Landgericht die Beklagte Zug um Zug gegen Veranlassung der Freigabe der Bankbürgschaft durch die Klägerin verurteilt hat. Zu einer solchen Zug-um-Zug-Leistung ist die Klägerin, durch entsprechende Einwirkung auf die Gemeinde entweder unter Erbringung der von ihr geschuldeten Erschließungsleistungen oder durch Stellung einer gleichwertigen anderen Bankbürgschaft, in der Lage. Die Beklagte hat im übrigen im Berufungsrechtszug, worauf die Revision hinweist, ihr Vorbringen in diesem Sinne erläutert und unter Beweis gestellt und auch ihren Antrag ergänzt.

2. Dem Berufungsgericht kann auch insoweit nicht gefolgt werden, als es gegenüber dem Zahlungsanspruch der Klägerin ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten verneint hat. Die dagegen gerichteten Verfahrensrügen der Revision haben Erfolg.

a) Die Beklagte hatte vorgetragen, die Parteien hätten sich im Anschluß an die Erörterung der durch die Veränderungssperre eingetretenen Lage mit Vertretern der Gemeinde am 18. Februar 1993 dahin verständigt, daß die von der Gemeinde vor einer Aufhebung der Veränderungssperre verlangte Sicherheit, die die Klägerin nicht habe beibringen können, in Höhe von 100.000 DM durch eine von der Beklagten zu besorgende Bankbürgschaft erbracht werde, was dadurch zu "kompensieren" sei, daß die Beklagte die von ihr an die Klägerin zu leistenden Zahlungen (17 DM je Quadratmeter verkauften Baulands) in entsprechender Höhe als Sicherheit einbehalten dürfe.

Das Landgericht hat diesen Sachvortrag der Beklagten nach dem Ergebnis der von ihm durchgeführten Beweisaufnahme

als erwiesen angesehen und dementsprechend ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten gegenüber der Klageforderung bejaht.

Das Berufungsgericht hat angenommen, bei entsprechender Vereinbarung komme zwar ein solcher Sicherungseinbehalt in Betracht, es fehle aber an Vortrag der Beklagten, was gesichert werde, die streitige Kompensationsvereinbarung mache keinen Sinn.

b) Die Revision rügt mit Recht, daß ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten bei dem gegebenen Sach- und Streitstand mit dieser Begründung nicht verneint werden kann.

Das Berufungsgericht hat sich mit dem Ergebnis der landgerichtlichen Beweisaufnahme nicht, jedenfalls nicht näher, auseinandergesetzt. Auf die Zeugenaussagen, auf die das Landgericht seine Überzeugung vom Zustandekommen der streitigen Verrechnungsabrede gestützt hat, ist es nicht eingegangen. Die Zeugen werden in dem angefochtenen Urteil nicht erwähnt. Mit dem Inhalt der Schriftstücke, die das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang anführt, hat sich auch das Landgericht bei seiner Beweiswürdigung auseinandergesetzt. Es hat den Inhalt dieser Schriftstücke nicht verkannt, die streitige Zurückbehaltungsabrede aber gleichwohl, aufgrund der Zeugenaussagen, für erwiesen gehalten. Darauf ist das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft nicht eingegangen.

Soweit das Berufungsgericht Vortrag der Beklagten dazu vermißt, was gesichert werde, ist das nach dem vorgetragenen Inhalt der Akten nicht nachvollziehbar. Die Beklagte hat, zu-

mal im Berufungsrechtszug, in einer Vielzahl von Schriftsätzen immer wieder erläutert, was "Sinn" der (vom Landgericht als bewiesen angesehenen) Vereinbarung sei. Die Beklagte hat vorgetragen: Die Gemeinde habe die Veränderungssperre beschlossen, weil die Klägerin (nicht die Beklagte, die zudem mit der Gemeinde nicht in vertraglichen Beziehungen gestanden habe) ihren Verpflichtungen aus dem Erschließungsvertrag vom 23. September 1983/16. März 1989 nicht hinreichend nachgekommen sei; die Klägerin sei illiquide gewesen, worauf der Geschäftsführer am 18. Februar 1993 selbst hingewiesen habe, weshalb sie die von der Gemeinde verlangte, in § 7 des Ergänzungsvertrages vom 16. März 1989 vorgesehene Sicherheit nicht selbst habe beibringen können; Sicherheitsleistung sei deshalb in Höhe von 100.000 DM absprachegemäß durch eine von der Beklagten gestellte Bankbürgschaft erfolgt; um die Beklagte dagegen abzusichern, daß sie im Falle einer Inanspruchnahme der Bürgschaft durch die Gemeinde und eines Rückgriffs der Bank gegen die Beklagte dann ihrerseits gegen die Klägerin wegen deren Vermögenslosigkeit - möglicherweise - keinen Rückgriff nehmen könne, sei die streitige Vereinbarung getroffen worden, wonach die Beklagte die der Klägerin nach dem Vertrag vom 20. August 1991 geschuldeten Zahlungen (17 DM je Quadratmeter verkauften Baulands), die jetzt den Gegenstand der Klage bilden, bis zur Höhe der Bürgschaftssumme einbehalten dürfe.

Der erkennende Senat vermag dem Berufungsgericht nicht darin zu folgen, daß eine solche Vereinbarung, wenn sie denn getroffen wurde, wovon im Revisionsrechtszug auszugehen ist, "keinen Sinn mache". Dafür spricht auch nicht, wie das Beru-

funksgericht meint, daß der Beklagten - möglicherweise - nach §§ 670, 257 BGB allenfalls ein durch Sicherheitsleistung abwendbarer Freistellungsanspruch gegen die Klägerin zustehe, der aber jedenfalls kein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten gegenüber dem fälligen und unstreitigen Zahlungsanspruch der Klägerin rechtfertige. Die Revision weist zutreffend darauf hin, daß eine solche Überlegung an der Wirksamkeit einer Vereinbarung der Parteien, die Beklagte könne bis zur Freigabe der von ihr gestellten Bürgschaft gegen den Zahlungsanspruch der Klägerin ein Zurückbehaltungsrecht ausüben, nichts ändern würde.

Soweit das Berufungsgericht ausführt, nach den Umständen sei anzunehmen, daß die Beklagte die Bürgschaft nur besorgt habe, um sich ihre Vermarktungschance hinsichtlich der Grundstücke des dritten und vierten Bauabschnitts zu erhalten, wird eine solche Annahme - jedenfalls in dieser Ausschließlichkeit - durch tatsächliche Feststellungen des Berufungsgerichts nicht getragen. Nach dem unter Beweis gestellten Vorbringen der Beklagten, auf das die Revision hinweist, verlangte die Gemeinde eine Bürgschaft von der Klägerin allein deswegen, weil es aufgrund der von der Klägerin in den Bauabschnitten I und II ausgeführten nur mangelhaften Erschließungsarbeiten zu Unstimmigkeiten und Unzuträglichkeiten gekommen war, die - auch im Hinblick auf die bei der Klägerin eingetretenen finanziellen Schwierigkeiten - einen gedeihlichen und erfolgreichen Fortgang der Erschließung in dem Baugebiet als nicht mehr sicher erscheinen ließen.

II.

Das Urteil des Oberlandesgerichts kann nach allem mit der ihm gegebenen Begründung nicht bestehenbleiben. Es stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar. Die Sache ist vielmehr unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Rinne

Werp

Wurm

Dörr

Ambrosius