

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 192/73

URTEIL

Verkündet am
16. Oktober 1974
Mückenhausen
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der W. [REDACTED] Garantie- und Kautions-Eidgenössischen-
Versicherungs-AG, vertreten durch ihren Vorstand,
Dr. H.-G. B. [REDACTED], Dr. E. von N. [REDACTED] und A. R. [REDACTED]
in M. [REDACTED], L. [REDACTED]straße [REDACTED] - [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma G. [REDACTED] B. [REDACTED] GmbH in K. [REDACTED], M. [REDACTED]gasse [REDACTED],
vertreten durch ihre Geschäftsführer Dr. W. B. [REDACTED] und
K.-H. K. [REDACTED], ebenda,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Oktober 1974 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Claßen, Braxmaier, Wolf und Merz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 10. Juli 1973 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 8. März 1972 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Die Klägerin hat auch die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin beauftragte mit Vertrag vom 15. September 1965 die Gesellschaft für M- -F- - H- mbH (GMF) in K- mit der schlüsselfertigen Herstellung von 221 Einfamilienhäusern zum Festpreis von 13 256 510 DM. Nr. 6 dieses Vertrages lautete u.a.:

"Die Gewährleistungspflicht beginnt mit dem Tage der Schlußabnahme.

Für die Dauer der Gewährleistungspflicht werden 5 % der Auftragssumme als Kautions einbehalten. Diese Kautions kann durch eine uns genehme Bankbürgschaft abgelöst werden. Die Kosten dieser Bürgschaft trägt der Auftragnehmer."

Weiter hieß es in Nr. 7:

"Die in der Bauordnung geforderten Abnahmen sind vom Auftragnehmer zu erbringen. Die Kosten werden von uns übernommen. Darüber hinaus erfolgt bei der Übergabe eine Schlußabnahme durch unsere Bauleitung und den zukünftigen Eigentümer (siehe Vorbemerkungen)."

In den zitierten Vorbemerkungen wurde hierzu folgendes ausgeführt:

"Nach Fertigstellung der Bauten erfolgt Vorabnahme, wonach alle Beanstandungen innerhalb einer bauseitig festgelegten Frist zu beheben und die Schlußabnahme vorgenommen werden kann."

In einem ergänzenden Vertrag vom 17. August 1966 änderten die Klägerin und die GMF die im Vertrag vom 15. September 1965 geregelten Zahlungsbedingungen dahin, daß 10 % der für den jeweiligen Bauabschnitt zu entrichtenden Werklohnsumme als Sicherheit für die termingerechte Fertigstellung einbehalten werden sollte. Auch diese Kautions konnte durch eine der Klägerin genehme Bankbürgschaft abgelöst werden. Am Ende der Neuregelung hieß es:



"Nach erfolgter - mängelfreier - Schlußabnahme kann diese Bürgschaft auf 5 % gemindert werden."

Die beklagte Garantie- und Kautionsversicherungsgesellschaft übergab der Klägerin für die GMF zunächst zwei unter dem 21. Februar 1967 ausgestellte Bürgschaftserklärungen über Garantiesummen von 227 369,65 DM und von 107 162,95 DM für die Bauabschnitte 1-3 und 4-6 mit dem Vermerk unter "Art der Garantie":

"Werkgarantie für fertiggestellte und abgenommene Arbeiten."

Des weiteren wurde in den Bürgschaftserklärungen auf den Vertrag zwischen der Klägerin und der GMF vom 15. September 1965 Bezug genommen.

In einem Schreiben der Beklagten vom 20. Februar 1967 an die GMF wurde die "Gültigkeit" der Bürgschaftserklärungen davon abhängig gemacht, daß die Klägerin der Beklagten eine unwiderrufliche Erklärung über die mängelfreie Abnahme der zu garantierenden Arbeiten zu-
leite und unmittelbar nach Aushändigung der Urkunde je 25 % der zu übernehmenden Garantiesumme auf ein von der GMF an die Beklagte abgetretenes Sperrkonto bei der Bank für G [REDACTED] in K [REDACTED] überweise. Die Klägerin erhielt einen Durchschlag dieses Schreibens.

Eine Bestätigung über die mängelfreie Abnahme der Häuser gab die Klägerin der Beklagten nicht. Sie

einigte sich am 2. März 1967 (festgehalten in einer Aktennotiz vom 3. März 1967) mit der GMF bezüglich der Bauabschnitte 1-6 darüber, "daß die Arbeiten abgenommen, aber nicht mängelfrei abgenommen" sein sollten. Weiter hieß es in der Notiz:

"Für die Frage der mängelfreien Abnahmen stehen uns die bereits einbehaltenen DM 50 000 zur Verfügung. Für noch nicht erledigte und noch auftretende Mängel wird ein Betrag von der nächsten Abschlagszahlung einbehalten".

Die Klägerin zahlte die als Kautions für Gewährleistungsansprüche vorgesehene restliche Werklohnforderung an die GMF aus und überwies gleichzeitig, wie von der Beklagten gefordert, 25 % davon auf das an die Beklagte von der GMF abgetretene Sperrkonto.

Die Beklagte gab der Klägerin weiter je eine Bürgschaftserklärung vom 6. März 1967 über 198 259,95 DM und vom 11. Juli 1967 über 102 731,20 DM. Der Inhalt dieser Urkunden glich im übrigen den Bürgschaftserklärungen vom 21. Februar 1967. Lediglich zur letzten Urkunde übersandte die Beklagte der Klägerin zusätzlich ein Schreiben, in dem sie wiederum von der Klägerin eine Erklärung über die mängelfreie Abnahme der zu garantierenden Arbeiten und Überweisung von 25 % der Garantiesumme auf das an sie abgetretene Sperrkonto forderte. In beiden weiteren Bürgschaftsfällen nahm die Klägerin wiederum die Überweisung auf das Sperrkonto vor. Eine Erklärung bezüglich der Abnahme gab sie der Beklagten jedoch abermals nicht.

Die von der GMF erstellten Häuser sind in der Zeit vom 15. September 1966 bis zum 15. Juni 1967 bezogen worden.

Die Klägerin nahm in der Folge die GMF in einem Rechtsstreit vor dem Landgericht Köln wegen Mängeln an dem erstellten Werk in Anspruch. In diesem Verfahren trug sie vor, die GMF habe wider besseres Wissen behauptet, die fertiggestellten Häuser seien vor Bezug im Sinne der VOB und des BGB abgenommen worden. Tatsächlich habe sie, die Klägerin, mit Rücksicht auf erkennbare Mängel eine förmliche Abnahme im Sinne der VOB abgelehnt und die GMF wissen lassen, der notgedrungen erfolgte Bezug der Häuser stelle weder eine Abnahme im Sinne der VOB noch des BGB dar. Der Rechtsstreit der Klägerin mit der GMF wurde durch Vergleich vom 29. April 1971 beendet. Die GMF verpflichtete sich hierbei, an die Klägerin 310 000 DM in Raten zu zahlen sowie 5 % Zinsen seit dem 25. Februar 1971 zu entrichten.

Die Beklagte hatte in den Jahren 1967 und 1969 den auf dem Sperrkonto liegenden Betrag von insgesamt 158 880,93 DM der GMF freigegeben, nachdem ihr diese Sicherheit durch Bankbürgschaften für diesen Betrag verschafft hatte.

Die Klägerin hat die Beklagte vergeblich aufgefordert, wegen der von ihr ausgestellten Bürgschaftserklärungen die Verpflichtung der GMF aus dem Vergleich vom 29. April 1971 zu erfüllen, nachdem dieses Unternehmen sich in Liquidation befindet.

Die Klägerin hat beantragt:

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin
310 000 DM in nachstehenden Raten zu zahlen:

1. 7. 1972	50 000 DM
1. 10. 1972	50 000 DM
31. 12. 1972	50 000 DM
1. 4. 1973	50 000 DM
1. 7. 1973	50 000 DM
1. 10. 1973	50 000 DM
31. 12. 1973	10 000 DM

sowie die bis zu diesem Zeitpunkt angefallenen
Zinsen in Höhe von 5 % von 310 000 DM seit dem
25. Februar 1971 zu zahlen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Das Berufungsgericht hat in Abänderung des Urteils
des Landgerichts der Klägerin 158 880,93 DM nebst 5 %
Zinsen seit dem 25. Februar 1971 zuerkannt.

Die Beklagte verfolgt mit der Revision ihren An-
trag auf Zurückweisung der Berufung der Klägerin in
vollem Umfange weiter.

Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat zutreffend festgestellt, daß die Bürgschaftserklärungen der Beklagten nur unter der Bedingung einer formellen Abnahme der Bauwerke durch die Klägerin - frei von Mängeln - gegeben waren und daß diese aufschiebende Bedingung nicht eingetreten ist, ohne daß die Beklagte hierauf Einfluß genommen hätte. Da der Eintritt der Bedingung heute nicht mehr von der Klägerin herbeigeführt werden kann, ist der nach § 158 Abs. 1 BGB bestehende Schwebezustand beendet (vgl. Senatsurteil vom 28. Mai 1969 - VIII ZR 135/67 = LM Nr. 11 zu § 158 BGB = MDR 1969, 1001 = BB 1969, 811; Palandt/Heinrichs, BGB, 33. Aufl. Anm. 1 zu § 158).

Mit Recht greift die Revision die Meinung des Berufungsgerichts an, daß mit der Übergabe der Bürgschaftsurkunden durch die Beklagte an die Klägerin für die Beklagte keine Verpflichtung entstanden sei. Eine aufschiebend bedingt gegebene Bürgschaftserklärung ist für den Bürgen bindend nach allgemeinen Regeln. Sie verschafft dem Bürgschaftsgläubiger eine Anwartschaft; denn das Rechtsgeschäft ist vollgültig geschlossen. Die Beklagte war demnach bereits durch die Übergabe der Bürgschaftserklärungen gegenüber der Klägerin gebunden; ihre vertragliche Bindung wäre voll zur Wirkung gekommen, wenn die beiden Bedingungen, nämlich förmliche Abnahme der Bauwerke und Einzahlung eines Viertels der Kautions auf das angegebene Sperrkonto, eingetreten wären. Den Eintritt dieser beiden Bedingungen herbeizuführen, lag im Machtbereich der Klägerin.

II. Die Beklagte hatte erkennbar für die Klägerin nur eine Bürgschaft für nach der Bauschlußabnahme anfallende Garantieleistungen der GMF übernommen. Nicht gedeckt waren durch die Bürgschaften schon bei Bauabnahme zutage getretene Mängel der Bauwerke. Diese Feststellung des Berufungsgerichts greift die Revision als ihr günstig nicht an. Sie ist rechtsirrtumsfrei getroffen.

III. Die Klägerin hat mit der Überweisung von 75 % der nach dem Vertrag von ihr zunächst für die Dauer der Gewährleistungszeit einbehaltenen Kautionssumme an die GMF und von 25 % auf ein zugunsten der Beklagten gesperrtes Konto der GMF nicht etwas ohne rechtlichen Grund geleistet. Sie hat vielmehr die Werklohnforderung der GMF unter Aufgabe ihres vertraglichen Rückbehaltsrechts erfüllt; denn daß diese damals auf andere Weise (etwa durch Aufrechnung) bereits erfüllt gewesen sei, ist von keiner Seite behauptet.

1. Die Beklagte hat durch die Einzahlung von 25 % des zunächst von der Klägerin einbehaltenen Betrages auf das angegebene Sperrkonto der GMF nichts ohne rechtfertigenden Grund erlangt; denn die Klägerin erfüllte mit dieser Zahlung einmal eine der beiden für den Eintritt der vollen Wirksamkeit der Bürgschaft maßgebenden Bedingungen, zum anderen war die Sperrung des Kontos der GMF zugunsten der Beklagten aufgrund des bestehenden Versicherungsvertrags erfolgt, der die Grundlage der Bürgschaftsverpflichtung zwischen

der Beklagten und der GMF war. Danach hatte die GMF 25 % der von der Klägerin als Kautions einbehaltenen Werklohnforderung an die Beklagte abgetreten. Die Beklagte war hinsichtlich dieses Teils der Werklohnforderung der GMF an deren Stelle als Gläubigerin gegenüber der Klägerin getreten (§ 398 BGB). Sie hat die Zahlung der Klägerin auf das Sperrkonto daher mit Rechtsgrund erhalten.

2. Der rechtfertigende Grund für die Zahlung der Klägerin auf das Sperrkonto ist auch nicht später weggefallen (§ 812 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Werklohnforderung der GMF war nämlich damit erfüllt und erloschen (§ 362 BGB). Daß der Klägerin Ansprüche aus Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder wegen Schlechterfüllung des Vertrags gegen die GMF zustanden, die sie später geltend machte, konnte hieran nichts ändern.

3. Der Revision ist auch zuzugeben, daß die Beklagte nicht zur Zurückhaltung des auf dem Sperrkonto liegenden Betrags zugunsten der Klägerin verpflichtet war.

Die Beklagte hatte mit der Übergabe der Bürgschaftsurkunden ihre rechtlichen Verpflichtungen gegenüber der GMF erfüllt und die ihr obliegende Voraussetzung geschaffen, unter der die Klägerin sich zur Zahlung des vollen Werklohns an die GMF bereit erklärt hatte. Sie konnte davon ausgehen, daß die Klägerin nach ihrem mit der GMF geschlossenen Vertrag vorgehen werde und erst dann den vertraglich ausbedungenen Rückbehalt von 5 %

der Werklohnsumme auszahlen werde, wenn die mängelfreie Abnahme der Bauwerke erfolgt und damit die Gewährleistungszeit nach Nr. 6 des Vertrags vom 15. September 1965, auf deren Dauer sich die Beklagte für die Verpflichtungen der GMF verbürgt hatte, in Lauf gesetzt war.

Zwischen der Beklagten und der GMF diente der abgetretene Teil des Werklohns möglicherweise als Sicherheit, möglicherweise als Selbstbeteiligung nach dem Versicherungsvertrag im Falle der Inanspruchnahme der Beklagten aus der Bürgschaft. Wenn die Beklagte bereits in den Jahren 1967 und 1969 das Sperrkonto zugunsten der GMF freigab, auf die Abtretung insoweit verzichtete und sich mit einer anderen Sicherheit durch Bankbürgschaften einverstanden erklärte, dann verstieß sie damit gegenüber der Klägerin nicht gegen eine Verpflichtung aus dem Bürgschaftsverhältnis, wie das Berufungsgericht meint. Die Klägerin hatte nämlich keinen Rückforderungsanspruch wegen des Werklohns gegen die GMF, von der die Beklagte aufgrund der im Versicherungsvertrag vereinbarten teilweisen Abtretung ihre Rechte auf den auf dem Sperrkonto liegenden Teil des Werklohns ableitete. Die Klägerin konnte unter diesen Umständen auch nicht Regreßansprüche gegen die Beklagte erheben.

Mit der Freigabe des von der GMF an die Beklagte abgetretenen und zu deren Gunsten auf dem Sperrkonto liegenden Werklohnanteils handelte die Beklagte auch nicht

wider Treu und Glauben. Es ist nicht vorgetragen, daß die Beklagte zur Zeit der Freigabe des Sperrkontos gewußt hätte, daß die Häuser trotz ihres Bezugs in den Jahren 1966 bis 1967 als mit erheblichen Mängeln behaftet von der Klägerin beanstandet und ausdrücklich nicht abgenommen worden waren. Daß die Beklagte mit der Freigabe des Sperrkontos für die GMF etwa einen späteren Zugriff der Klägerin wegen ihrer Schadensersatzansprüche habe verhindern wollen, kommt daher nicht in Betracht. Im übrigen beruhte die Sperrung des Kontos mit dem von der Klägerin einbezahlten Werklohnanteil auf dem Versicherungsvertrag zwischen der Beklagten und der GMF, aus dem die Klägerin Rechte für sich nicht in Anspruch nehmen kann. Eine besondere Verpflichtung der Beklagten, eine Zustimmung der Klägerin vor einer Freigabe der zu ihren Gunsten gesperrten Beträge im Austausch gegen andere Sicherheiten herbeizuführen, läßt sich, abweichend von der Meinung des Berufungsgerichts, daher aus den Rechtsbeziehungen der Parteien nicht ableiten. Daß die Klägerin unter Aufgabe ihres vertraglich vereinbarten Rückbehaltsrechts der GMF die volle Werklohnsumme vor dem bedingungslosen Wirksamwerden der Bürgschaftserklärungen der Beklagten teils direkt, teils durch Einzahlung auf das Sperrkonto ausbezahlte, lag in ihrem eigenen Risikobereich. Die Beklagte hat hierauf keinen Einfluß genommen. Wenn sich später herausstellte, daß die Klägerin keine Sicherung mehr für ihre etwaigen Gewährleistungsansprüche gegen die GMF in Händen hatte, dann kann das nicht dazu führen, daß der Beklagten besondere

Verpflichtungen gegenüber der Klägerin aufgrund ihrer abgegebenen Bürgschaftserklärungen auferlegt werden. Demnach konnte das angefochtene Urteil keinen Bestand haben.

Da der Sachverhalt im wesentlichen unstreitig ist und im übrigen die Feststellungen des Berufungsgerichts ausreichen, konnte das Revisionsgericht in der Sache selbst entscheiden. Unter Aufhebung des Berufungsurteils war die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts in vollem Umfange zurückzuweisen.

Die Entscheidung über die Kosten ergibt sich aus § 91 ZPO.

Dr. Haidinger

Claßen

Braxmaier

Wolf

Merz