

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 223/93

Verkündet am:
3. Mai 1994
Wrede
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

DG-Bank B[REDACTED] D[REDACTED] G[REDACTED] bank, vertreten durch
den Vorstand, T[REDACTED]straße [REDACTED], M[REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

W[REDACTED]gemeinschaft K[REDACTED], M[REDACTED],
vertreten durch den Verwalter, die Grundbesitzverwertung
Manfred O. S[REDACTED], V[REDACTED]-S[REDACTED]-Straße [REDACTED], M[REDACTED],

- Nebenintervenientin -

- Prozeßbevollmächtigter Rechtsanwalt Dr. [REDACTED],
II. Instanz: [REDACTED] -

gegen

Philipp H[REDACTED] Bau-AG, gesetzlich vertreten durch den Vor-
stand, A[REDACTED] Straße [REDACTED], M[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Mai 1994 durch den Vorsitzenden Richter Schimansky und die Richter Dr. Siol, Dr. Bungeroth, Nobbe und Dr. van Gelder

für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision der Beklagten wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 4. März 1993 aufgehoben.
- II. Auf die Berufung der Beklagten wird - unter Zurückweisung der Berufung im übrigen - das Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts München I vom 19. April 1991 abgeändert: Unter I. des Urteilstenors wird die Zahl 539.601,20 durch die Zahl 481.422,78 ersetzt.
- III. Die Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.
- IV. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin 56% und die Beklagte 44% mit Ausnahme der Kosten der Nebenintervention; von diesen fallen 56% der Klägerin und 44% den Nebenintervenienten zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin macht Restzahlungsansprüche aus einer von der B██████ R██████-Z██████bank (im folgenden: BRZ) abgegebenen Bankbestätigung geltend. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin schloß im Juli 1983 mit der J██████ B██████ GmbH (im folgenden: J██████ GmbH) einen Bauvertrag, wonach die Klägerin für einen "Pauschalpreis" von 6.020.000 DM die Rohbauarbeiten für eine im Bauherrenmodell zu errichtende Eigentumswohnanlage an der K██████straße in M██████ zu erbringen hatte. Im Rahmen dieses Vertrages erteilte die BRZ auf Veranlassung der J██████ GmbH der Klägerin im November 1983 eine schriftliche "Bankbestätigung". Darin bestätigte die BRZ, daß für das Bauvorhaben K██████straße Finanzierungsmittel in Höhe von 6.020.000 DM bereitgestellt seien, die unmittelbar an die Klägerin zur Erfüllung von deren Forderungen aus der Leistungserstellung zur Auszahlung gelangen sollten. Als einziger Zahlungsverweigerungsgrund war die nicht vertragsgemäße und nicht mängelfreie Erfüllung der Bauleistungsverpflichtung der Klägerin bestimmt. Ferner war in der Bankbestätigung festgelegt, daß die Zahlungen gemäß vertraglich vereinbartem Zahlungsplan nach Leistungsfortschritt fällig werden sollten.

Im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben an der K██████straße übernahm die BRZ später auch eine Garantie in Höhe von 545.000 DM für etwaige Gewährleistungsansprüche der Bauherren gegen die J██████ GmbH.



Die Klägerin erstellte den Rohbau und erhielt verschiedene Abschlagszahlungen in Höhe von insgesamt 5.480.398,80 DM, wobei sie der J[REDACTED] GmbH gemäß den Zahlungsbedingungen des Bauvertrags weitere 58.178,42 DM an Skonti gutbrachte.

Nach der Erstellung der Schlußrechnung der Klägerin einigte diese sich mit der J[REDACTED] GmbH auf eine neue Pauschalabrechnungssumme von 6.997.000 DM. Die J[REDACTED] GmbH leistete jedoch keine weiteren Zahlungen und berief sich insbesondere darauf, daß ein wiederholt aufgetretener Wassereintritt in der Tiefgarage der Wohnanlage auf fehlerhafte Arbeiten der Klägerin zurückzuführen sei. Daraufhin erstritt die Klägerin gegen die J[REDACTED] GmbH ein inzwischen rechtskräftiges Urteil des Landgerichts München I, in dem diese zur Zahlung von 1.108.573 DM verurteilt wurde. Im August 1986 kündigte die Klägerin den Bauvertrag wegen Nichtzahlung. Ein Konkursantrag der J[REDACTED] GmbH wurde vom Amtsgericht München im Dezember 1986 mangels Masse abgelehnt.

Die Beklagte hat im März 1988 aufgrund der Gewährleistungsgarantie der BRZ 545.000 DM an die Wohnungseigentümer an der K[REDACTED]straße gezahlt.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten, die die Verpflichtungen der BRZ aus der Bankbestätigung übernommen hat, die Differenz zwischen dem Betrag der Bankbestätigung und der Summe der bereits erhaltenen Abschlagszahlungen. Sie ist der Ansicht, sie brauche sich von der Beklagten weder die der J[REDACTED] GmbH gewährten Skonti abziehen noch

die von ihr nicht zu vertretenden Undichtigkeiten in der Tiefgarage der Wohnanlage entgegenhalten zu lassen. Hinsichtlich der genannten Undichtigkeiten beruft sie sich außerdem darauf, daß etwaige Gewährleistungsansprüche der J[REDACTED] GmbH verjährt seien.

Die Klägerin hat zunächst 543.651,15 DM und sodann nach teilweiser Klagerücknahme 539.601,20 DM nebst Zinsen eingeklagt. Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung dieses Betrages nebst etwas geringeren Zinsen Zug um Zug gegen Vornahme bestimmter Nachbesserungsarbeiten in der Tiefgarage der Wohnanlage verurteilt. Dagegen haben beide Parteien Berufung eingelegt. Die Mitglieder der W[REDACTED]-[REDACTED]gemeinschaft K[REDACTED]straße [REDACTED], die dem Rechtsstreit in erster und zweiter Instanz auf Seiten der Beklagten beigetreten waren, haben während des Berufungsverfahrens gegenüber der Klägerin auf jedwede Gewährleistungsansprüche hinsichtlich der Mängel in der Tiefgarage verzichtet. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und sie auf die Berufung der Klägerin zur Zahlung des vom Landgericht ausgeurteilten Betrags ohne Zug-um-Zug-Vorbehalt verurteilt.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat teilweise Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur teilweisen Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils unter Ermäßigung des ausgeurteilten Betrags um 58.178,42 DM.

I.

1. Eine Befugnis der Beklagten, weitere Zahlungen aufgrund der Bankbestätigung von bestimmten Nachbesserungsarbeiten der Klägerin in der Tiefgarage der Wohnanlage abhängig zu machen, hat das Berufungsgericht verneint. Zur Begründung führt es im wesentlichen aus:

Eine solche Befugnis der Beklagten habe allerdings wegen der vom Landgericht zutreffend festgestellten Verantwortlichkeit der Klägerin für die Baumängel in der Tiefgarage ursprünglich bestanden und sei vom Landgericht daher noch mit Recht bejaht worden. Die Bankbestätigung der BRZ sei nämlich nach Überschrift und Inhalt weder als Bankgarantie noch als Bürgschaft auszulegen. Die Verpflichtung der BRZ, bis zu 6.020.000 DM an die Klägerin zur Erfüllung von deren Forderungen aus der Leistungserstellung gemäß dem Bauvertrag vom Juli 1983 auszusahlen, sei daher einerseits vom tatsächlichen Entstehen solcher Vergütungsforderungen abhängig, andererseits aber von der weiteren Entwicklung des Rechtsverhältnisses zwischen der Klägerin und der J[REDACTED] GmbH unabhängig gewesen. Das gelte auch für den Zahlungsverweigerungsgrund der Mangelhaftigkeit der Lei-

stungen der Klägerin. Dieser Verweigerungsgrund habe dem eigenen Interesse der BRZ an der mängelfreien Erstellung des Bauvorhabens, das sich aus deren Verbindung zur Kaufmann-Gruppe sowie insbesondere aus ihrer gegenüber der Bauherrengemeinschaft abgegebenen Gewährleistungsgarantie ergebe, Rechnung getragen und sei daher vom Schicksal etwaiger Gewährleistungsansprüche der J[REDACTED] GmbH gegenüber der Klägerin unabhängig. Spätere vertragliche Absprachen zwischen der Klägerin und der J[REDACTED] GmbH, die Kündigung des Bauvertrags durch die Klägerin, der Vermögensverfall der J[REDACTED] GmbH und die von der Klägerin geltend gemachte Verjährung der Gewährleistungsansprüche hätten deshalb auf das Zahlungsverweigerungsrecht der Beklagten keinen Einfluß.

Nunmehr habe jedoch der wirksame Verzicht der Wohnungseigentümergeinschaft auf Gewährleistungsansprüche gegenüber der Klägerin dazu geführt, daß die Beklagte kein schutzwürdiges Interesse an der Beseitigung der Baumängel im Anwesen K[REDACTED]straße [REDACTED] mehr habe. Dadurch sei der Grund für eine Verurteilung der Beklagten zur Zahlung nur Zug um Zug gegen Beseitigung der Mängel entfallen.

2. Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung im Ergebnis nicht stand.

a) Nicht zu beanstanden ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß der Beklagten aufgrund der Bankbestätigung der BRZ wegen der von der Klägerin zu vertretenden Baumängel in der Tiefgarage ein eigenständiges, vom Schicksal der Gewährleistungsansprüche der

J[REDACTED] GmbH unabhängiges Zahlungsverweigerungsrecht zustand.

Das Berufungsgericht hat in der aufgrund der Bankbestätigung zustandegewordenen Vereinbarung zwischen der BRZ und der Klägerin rechtsfehlerfrei einen Vertrag eigener Art und weder eine Garantie noch eine Bürgschaft gesehen. Für die von der Klägerin in der Revisionserwiderung vertretene Ansicht, die Bankbestätigung sei rechtlich wie eine Höchstbetragsbürgschaft zu behandeln, bieten Überschrift und Inhalt der Urkunde keine Anhaltspunkte. Die Auslegung des Berufungsgerichts, bei Mängeln der Bauleistung solle der BRZ ein eigenständiges, vom Schicksal der Gewährleistungsansprüche der J[REDACTED] GmbH unabhängiges Zahlungsverweigerungsrecht zustehen, ist vom Wortlaut der Urkunde gedeckt. Sie widerspricht auch nicht der Interessenlage der Beteiligten. In diesem Zusammenhang kann zwar entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht auf die Gewährleistungsgarantie gegenüber der Bauherrengemeinschaft K[REDACTED]straße [REDACTED] abgestellt werden, weil diese nach dem Vortrag der Klägerin erst im September 1985 und damit lange nach der Bankbestätigung vom November 1983 abgegeben wurde. Auch ohne diese Garantie war jedoch für die Klägerin als auf dem Baumarkt erfahrenes Unternehmen erkennbar, daß die BRZ als das Bauherrenmodell finanzierende Bank angesichts der in solchen Fällen üblichen Kreditabsicherung durch Grundpfandrechte auf dem Baugrundstück ein starkes eigenes Interesse an der mängelfreien Erstellung des Bauwerks haben mußte.

b) Das Berufungsgericht hat jedoch zu Unrecht angenommen, die Beklagte habe infolge des Verzichts der Wohnungs-

eigentümergeinschaft auf Gewährleistungsansprüche gegenüber der Klägerin kein schutzwürdiges Interesse mehr an der Beseitigung der Baumängel und dürfe sich deshalb nicht auf ihr Zahlungsverweigerungsrecht nach Abs. 2 Satz 2 der Bankbestätigung berufen.

Eine nähere Begründung für seine Annahme hat das Berufungsgericht nicht gegeben, obwohl nach seinen zutreffenden Ausführungen Abs. 2 Satz 2 der Bankbestätigung der BRZ - und nunmehr der Beklagten - ein eigenständiges, vom weiteren Schicksal der Gewährleistungsansprüche der J. GmbH gegen die Klägerin unabhängiges Zahlungsverweigerungsrecht gewährte. Diese Befugnis konnte damit auch nicht vom Schicksal etwaiger Gewährleistungsansprüche Dritter - hier der Wohnungseigentümergeinschaft - gegen die Klägerin abhängig sein.

Die Ausübung bestehender Rechte oder Befugnisse kann zwar nach den Rechtsgrundsätzen der §§ 226, 242 BGB ausnahmsweise unzulässig sein, wenn feststeht, daß sie keinem rechtlich aner kennenswerten Interesse des Berechtigten dient. Das ist hier jedoch nicht der Fall. Die Revision macht mit Recht geltend, daß die Beklagte, die der Wohnungseigentümergeinschaft auf eine Gewährleistungsgarantie 545.000 DM gezahlt hat, Aussicht hat, diese Zahlungen - in vollem Umfang oder zumindest teilweise - zurückzuerhalten, wenn die Klägerin die Baumängel in der Tiefgarage beseitigt.

II.

1. Das Berufungsgericht hat den ausgeurteilten Betrag nicht um die von der Klägerin der J. [REDACTED] GmbH gewährten Skonti in Höhe von insgesamt 58.178,42 DM ermäßigt und zur Begründung ausgeführt, die Beklagte dürfe von den vertragsgemäß bereitgestellten 6.020.000 DM nur die tatsächlich geleisteten Zahlungen von insgesamt 5.480.398,80 DM abziehen. Darin liege keine nachträgliche Erhöhung des Zahlungs- oder Haftungsrisikos der Bank, weil in Anlage O zum Bauvertrag vereinbart gewesen sei, daß der Mehranteil des Baustahls - gemäß Schlußrechnung 562.024,64 DM nebst Mehrwertsteuer - im Pauschal festpreis nicht mit enthalten gewesen sei.

2. Auch diese Ausführungen werden von der Revision mit Recht angegriffen.

Das Berufungsgericht hat übersehen, daß die BRZ nach dem Inhalt der Bankbestätigung die Finanzierungsmittel nicht als Selbstzweck, sondern ausschließlich zur Erfüllung der Forderungen der Klägerin gegen die J. [REDACTED] GmbH zur Verfügung zu stellen hatte. Dabei ergibt sich aus der Übereinstimmung der in der Bankbestätigung genannten Summe von 6.020.000 DM mit der Höhe des in dem Bauvertrag vorgesehenen Pauschalentgelts sowie aus der Verweisung auf den Zahlungsplan des Bauvertrags, der ebenfalls nur die Aufteilung des Pauschalentgelts regelte, daß die Bankbestätigung nur die ordnungsgemäße Bezahlung des Pauschalentgelts sicherstellen sollte. Andere, zusätzliche Vergütungsansprüche waren von der Bankbestätigung selbst dann nicht erfaßt, wenn

sie ihre Grundlage in dem Bauvertrag oder seinen Anlagen hatten.

Die Bezahlung des Pauschalentgelts von 6.020.000 DM konnte die Klägerin von der BRZ und später von der Beklagten immer nur in der Höhe verlangen, in der sie gegen die Jonathan GmbH noch einen entsprechenden Anspruch hatte. Soweit sie der J. [REDACTED] GmbH bei verschiedenen Teilzahlungen Skonti gutbrachte, erlosch ihr Vergütungsanspruch gegen die J. [REDACTED] GmbH und damit auch die Einstandspflicht der BRZ jeweils in Höhe des aus tatsächlicher Zahlung und Skonto bestehenden Gesamtbetrags. Etwas anderes konnte schon deshalb nicht gelten, weil die Skonti der J. [REDACTED] GmbH nur dann dauerhaft zugute kamen, wenn die Klägerin diese Beträge nicht gleichwohl - im wirtschaftlichen Ergebnis zu Lasten der J. [REDACTED] GmbH - aufgrund der Bankbestätigung von der BRZ verlangen konnte.

Die von der Beklagten noch zu begleichende Restschuld war deshalb entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts um die der J. [REDACTED] GmbH von der Klägerin gutgebrachten Skonti in Höhe von insgesamt 58.178,42 DM zu kürzen.

III.

Soweit die Revision eine völlige Abweisung der Klage anstrebt, konnte sie dagegen keinen Erfolg haben. Mit der Bestimmung in der Bankbestätigung über den "Zahlungsverweigerungsgrund" der nicht vertragsgemäßen und nicht mängelfreien Erfüllung der Bauleistungsverpflichtung durch die

Klägerin sollte die BRZ in diesem Punkt erkennbar so gestellt werden, wie wenn sie selbst Partner des Bauvertrags gewesen wäre. Als Partner des Bauvertrags hätte sie - und jetzt die Beklagte - aber wegen einzelner Mängel der Leistung der Beklagten die Zahlung nicht völlig verweigern, sondern nur von der Behebung der Mängel abhängig machen dürfen. Die Beklagte war deshalb zur Zahlung Zug um Zug gegen Durchführung der erforderlichen Nachbesserungsarbeiten zu verurteilen.

IV.

Das angefochtene Urteil mußte daher aufgehoben werden.

Weitere tatsächliche Feststellungen sind nicht erforderlich. Zu solchen Feststellungen gibt auch die Gegenrüge der Revisionserwiderung keinen Anlaß, die Klägerin habe mit Schriftsatz vom 21. März 1990 eine wesentlich kostengünstigere Nachbesserungsmethode vorgeschlagen. Auf diesen Vorschlag, dem das landgerichtliche Urteil nicht gefolgt war, ist die Klägerin im Berufungsrechtszug nicht zurückgekommen.

Die Sache war deshalb zur Endentscheidung reif und mußte im Sinne einer Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils unter Ermäßigung des ausgeurteilten Betrags entschieden werden.

Schimansky

Dr. Siol

Dr. Bungeroth

Nobbe

Dr. van Gelder