

BUNDESGERICHTSHOF

31

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 89/86

URTEIL

Verkündet am:
3. März 1988
F r e i t a g ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Franz K [REDACTED] GmbH & Co. KG,
vertreten durch die Firma Franz K [REDACTED] GmbH,
diese vertreten durch den Geschäftsführer Herbert K [REDACTED],
B [REDACTED] Straße [REDACTED], D [REDACTED],

Beklagter und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Ingenieur Wilhelm H [REDACTED]
O [REDACTED] Weg [REDACTED] O [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

WIII

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. März 1988 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Krohn und die Richter Kröner, Dr. Engelhardt, Dr. Werp und Dr. Rinne

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. März 1986 aufgehoben.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 14. Mai 1985 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Feststellungswiderklage in der Hauptsache erledigt ist.

Die im Berufungsrechtszug erweiterte Klage wird abgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Rechtsmittelzüge zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte schloß am 1. März 1971 mit der libyschen N[REDACTED] G[REDACTED] O[REDACTED] for I[REDACTED] in T[REDACTED] einen Vertrag über die Errichtung einer Anlage zur Herstellung von Elektrokabeln und -drähten in Benghazi. Dem Kläger übertrug die Beklagte mit Vertrag vom 19. April 1971

- 3 -

die Lieferungen und technischen Leistungen zur Erfüllung des Vertrages vom 1. März 1971. Nach diesem Vertrag konnte der Kläger eine Anzahlung von 2.844.244,-- DM auf Waren und Ersatzteile bereits bei Fabrikationsfreigabe beanspruchen; zur Absicherung dieser Zahlung hatte er eine Bankgarantie auf erstes Anfordern zu stellen, die sich entsprechend den tatsächlich durchgeführten Lieferungen bis auf 500.000,-- DM ermäßigen sollte. Hinsichtlich dieses Betrages ist in Nr. 2.3.2 Satz 2 des Vertrages vom 19. April 1971 bestimmt:

"Der verbleibende Garantiewert dient K [REDACTED] zur Sicherung eventueller Ansprüche gegen H [REDACTED] bei eventueller Inanspruchnahme seitens der Organisation gemäß den Bestimmungen über die technischen Leistungen der Anlage nach dem Kundenvertrag."

Außerdem vereinbarten die Parteien, daß eine in einem Schiedsverfahren zwischen der Beklagten und der libyschen Organisation ergehende Entscheidung "direkt und unverändert" auch im Verhältnis der Parteien gegen den Kläger gelten sollte, sofern sie sich auf die Nichterfüllung von Verpflichtungen bezog, die von dem Kläger zu erfüllen waren.

Im Mai 1974 teilte der Kläger der Beklagten mit, daß die Anlage abnahmebereit sei. Die libysche Organisation rügte jedoch eine Reihe von Mängeln und verweigerte die Abnahme. Mit Schreiben vom 18. Juli 1974 forderte die Beklagte den Kläger auf, die "vorhandenen Mängel" der Anlage "insbesondere an der Glühe und am Doppelspuler" bis zum



30. September 1979 zu beseitigen, mit der gleichzeitigen Androhung, nach fruchtlosem Fristablauf eine andere Firma mit der Fertigstellung der Anlage zu beauftragen. Weitere Verhandlungen zwischen der Beklagten und der libyschen Organisation scheiterten jedoch im März 1975 endgültig.

In einem Schiedsgerichtsverfahren vor der Internationalen Handelskammer nahm die libysche Organisation die Beklagte auf Zahlung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Höhe von 22.000.000.-- DM in Anspruch. Die Beklagte verlangte im Wege der Widerklage die Begleichung noch offener Rechnungsbeträge in Höhe von 250.538.-- DM und die Rückzahlung einer von der libyschen Organisation in Anspruch genommenen Bankgarantie in Höhe von 1.145.290.-- DM. Das Schiedsgericht wies Klage und Widerklage am 28. März 1979 mit der Begründung ab, beiden Parteien habe es an "relevanten Beweisen" für ihre Forderung gefehlt.

Bereits am 28. August 1975 hatte die Beklagte sich die vom Kläger gestellte Bankgarantie auszahlen lassen, da der Kläger eine Verlängerung dieser Garantie über den 30. September 1975 hinaus abgelehnt hatte.

Der Kläger hat die Beklagte zunächst erfolglos auf Rückzahlung eines Teilbetrages der Garantiesumme in Höhe von 50.000.-- DM verklagt.

Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger die Beklagte auf Rückzahlung zunächst eines weiteren Teilbetrages von 5.200,-- DM und im Berufungsrechtszug dann des gesamten Restbetrages der Garantie in Anspruch genommen. Er behauptet, die von ihm errichtete Anlage habe keine Mängel aufgewiesen und die Beklagte habe dementsprechend die Bankgarantie zu Unrecht gezogen. Er hat zuletzt beantragt:

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 442.307,60 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 1. Juli 1975 zu zahlen.

Die Beklagte hat zunächst widerklagend die Feststellung beantragt, daß dem Kläger auch über die Teilbeträge von 50.000,-- und 5.200,-- DM hinaus aufgrund der Inanspruchnahme der Bankgarantie keine Ansprüche gegen sie zustünden. Nach der Klageerweiterung im Berufungsrechtszug haben die Parteien die Feststellungswiderklage übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt. Die Beklagte hat nur noch Zurückweisung der Berufung und Abweisung der Klage beantragt. Sie hat behauptet: Einige Maschinen der vom Kläger errichteten Anlage seien mangelbehaftet gewesen. Der Kläger könne die Frage, ob er seine Leistungen ordnungsgemäß erbracht habe, nach dem Pariser Schiedsspruch nicht erneut zur Entscheidung stellen. Schließlich hat sie die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der negativen Feststellungswiderklage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat der erweiterten Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihr Klagabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Abweisung der Klage.

I.

Das Berufungsgericht geht davon aus, die berechtigte Inanspruchnahme der Garantie setze das Bestehen von Gewährleistungsansprüchen der Beklagten wegen mangelhafter Leistung des Klägers voraus. Das Vorhandensein von Werkmängeln sei nach dem Pariser Schiedsspruch unbewiesen und im Hinblick auf seine vereinbarte Geltung zwischen den Parteien auch nicht mehr beweisbar. Dies gehe zu Lasten der Beklagten. Denn die Zahlung der Bank habe nicht der Erfüllung einer bestehenden, sondern nur der Sicherung einer etwaigen künftigen Forderung gedient und lasse deshalb die normale Beweislast der Empfängerin für das Bestehen ihrer Forderung unberührt. Die Beklagte sei mangels feststellbarer Werkmängel beweisfällig geblieben und deshalb nach Bereicherungsgrundsätzen zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet (vgl. auch OLG Düsseldorf Urteil v. 22. März 1986, BauR 1987, 64).

Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum.

II.

Dem Kläger steht kein Anspruch auf Rückzahlung der Garantiesumme gegen die Beklagte zu, weil die Beklagte mindestens in Höhe der in Anspruch genommenen Garantie gegen

den Kläger einen Anspruch auf Rückzahlung geleisteter Werklohnvorauszahlungen hatte. Denn der Kläger hat nicht bewiesen, daß die von ihm errichtete und von der libyschen Organisation nicht abgenommene Anlage mangelfrei war. Einen Werkunternehmer, der die Rückzahlung einer von ihm zur Sicherung von Gewährleistungsansprüchen gestellten und vom Besteller in Anspruch genommenen Bankgarantie verlangt, trifft die Beweislast für die Mangelfreiheit seines Werks, wenn dieses nicht abgenommen worden ist und die Garantiesumme den Betrag von Vorauszahlungen des Bestellers nicht übersteigt.

1. Der Anspruch des Garantiegebers gegen den Garantiebegünstigten auf Rückzahlung der Garantiesumme findet seine Rechtsgrundlage in der Abrede im Valutaverhältnis über die Verpflichtung, eine Garantie zu stellen. Denn wenn der Begünstigte die Zahlung der Garantie durchsetzt, ohne daß die vereinbarten Voraussetzungen im Valutaverhältnis gegeben sind, so liegt darin eine Verletzung der dort getroffenen Sicherungsabrede über die Stellung der Garantie (vgl. dazu Hadding/Heuser/Welter, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Sonderdruck "Bürgschaft und Garantie" S. 728, 729; Pleyer, WM 1973, Sonderbeilage 2 S. 19; vgl. auch BGH Urt. v. 29. September 1986 - II ZR 220/85 - BGHR BGB § 305 - Bankgarantie 1 -).

2. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Entscheidung über einen Rückzahlungsanspruch des Klägers davon abhängt, ob dieser seine Vertragspflichten ordnungsgemäß erfüllt hat, und daß diese Frage nach der Vereinbarung

der Parteien nur einmal, und zwar im Schiedsgerichtsverfahren zwischen der Beklagten und der libyschen Organisation, zur Entscheidung gestellt werden sollte. Dies entnimmt es mit Recht der vertraglichen Vereinbarung zwischen den Parteien, daß eine in diesem Schiedsgerichtsverfahren ergehende Entscheidung "direkt und unverändert" auch im Verhältnis zwischen den Parteien gelten solle.

Nach der Entscheidung des Schiedsgerichts ist somit auch im vorliegenden Rechtsstreit davon auszugehen, daß weder eine ordnungsmäßige noch eine Schlechterfüllung der Vertragspflichten des Klägers festgestellt werden kann. Anders kann der Schiedsspruch nicht verstanden werden, wenn darin ausgeführt wird, beiden Parteien habe es an "relevanten Beweisen" für ihre Forderung gefehlt. Da in dem Schiedsgerichtsverfahren über die Werk-lohnzahlungspflicht und Gewährleistungsansprüche der libyschen Organisation gestritten wurde, konnten relevante Beweise sich nur auf Mangelfreiheit oder Mängelbehaftetheit der von dem Kläger errichteten Anlage beziehen.

3. Nach dem hier anzuwendenden Werkvertragsrecht trifft die Beweislast für die Mangelfreiheit der von ihm errichteten Anlage den Kläger.

a) Bei Meinungsverschiedenheiten über Mängel eines Werkes hat bis zur Abnahme grundsätzlich der Unternehmer die Fehlerfreiheit zu beweisen (BGHZ 61, 42, 47; RGRK/Glanzmann 12. Aufl. § 633 Rn. 51; Erman/Seiler 7. Aufl. § 633 Rn. 52; Palandt/Thomas, 47. Aufl. § 633

Anm. 5). Erst nach der Abnahme trifft die Beweislast für Mängel den Besteller (RGRK/Glanzmann aaO Rn. 52; Erman/Seiler aaO; Palandt/Thomas aaO).

b) Die von dem Kläger errichtete Anlage ist nicht abgenommen worden.

c) Um die Garantiesumme von der Beklagten zurückzuerhalten, müßte daher der Kläger beweisen, daß die von ihm errichtete, aber nicht abgenommene Anlage mangelfrei war. Daß ihm das im vorliegenden Prozeß durch den Pariser Schiedsspruch verwehrt ist, hat das Berufungsgericht zutreffend angenommen.

III.

Das Berufungsurteil kann daher mit der gegebenen Begründung nicht bestehen bleiben. Der Senat kann in der Sache abschließend entscheiden, weil die Aufhebung des Berufungsurteils nur wegen Gesetzesverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach Letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist

(§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Eine Beweisaufnahme zum Grund des Anspruchs kommt nicht in Betracht. Da die Klage abzuweisen ist, kommt es auf die Höhe des geltenden gemachten Anspruchs nicht an.

Krohn

Kröner

Engelhardt

Werp

Rinne