

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Mai 1999 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Paulusch und die Richter Kirchhof, Dr. Fischer, Dr. Zugehör und Dr. Ganter

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 19. November 1997 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte verurteilt worden ist, an den Kläger 76.389,38 DM nebst 12,875 % Zinsen aus 146.389,38 DM zu zahlen.

Die weitergehende Revision der Beklagten und die Revision des Klägers werden zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revisionsinstanz - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte war die Hausbank der R. GmbH & Co. KG (im folgenden: R. KG). Der Kläger ist der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der R. KG. Er verbürgte sich am 7. November 1984 gegenüber der Beklagten selbstschuldnerisch für alle gegenwärtigen und zukünftigen Verbindlichkeiten der R. KG bis zum Betrag von 530.000 DM. Nach Kündigung sämtlicher Kredite nahm die Beklagte den Kläger als Bürgen in drei Parallelverfahren vor dem Landgericht Heidelberg (1 O 171/87, 1 O 172/87 und 1 O 173/87) auf Zahlung eines Teilbetrags von jeweils 100.000 DM in Anspruch und erwirkte am 8. Oktober 1987 entsprechende Versäumnisurteile, die formell rechtskräftig wurden.

Auf der Grundlage des Versäumnisurteils 1 O 172/87 ließ die Beklagte mit Beschluß vom 15. Dezember 1987 die Ansprüche des Klägers gegen die D. K. für B. (im folgenden: DKB) auf Rückgewähr von freien Sicherheiten pfänden und sich zur Einziehung überweisen. Daraufhin erhielt die Beklagte am 5. April 1988 den Rückkaufwert einer Lebensversicherung in Höhe von 76.389,38 DM ausbezahlt.

Mit Urteil vom 18. November 1993 (IX ZR 244/92, BGHZ 124, 164 ff) erklärte der Bundesgerichtshof die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil des Landgerichts Heidelberg 1 O 173/87 für unzulässig, weil dieses Urteil wegen Unbestimmbarkeit des Streitgegenstands nicht der materiellen Rechts-

kraft fähig sei. Die Parteien sind sich inzwischen darüber einig, daß Entsprechendes auch für die Versäumnisurteile 1 O 171/87 und 1 O 172/87 gilt.

Im Hinblick darauf verlangt der Kläger von der Beklagten Rückzahlung der 76.389,38 DM und anderer bei ihm begetriebener bzw. in der Zwangsversteigerung erlöster Beträge. Gegen die Klagansprüche hat die Beklagte mit Bürgschaftsforderungen aufgerechnet. Das Landgericht hat der Klage teilweise, unter anderem wegen des Anspruchs von 76.389,38 DM, stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die beiderseitigen Berufungen im wesentlichen zurückgewiesen. Dagegen wenden sich wiederum beide Seiten mit ihren Revisionen. Das Rechtsmittel der Beklagten hat der Senat nur insoweit angenommen, als sie zur Zahlung von 76.389,38 DM nebst 12,875 % Zinsen aus 146.389,38 DM seit dem 28. Januar 1994 verurteilt worden ist. Die Revision des Klägers hat der Senat nur angenommen, soweit der Kläger einen früheren Verzinsungsbeginn begehrt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist in dem Umfang, in dem der Senat sie angenommen hat, begründet, die des Klägers ist unbegründet.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

A.

Das Berufungsgericht hat die Beklagte für verpflichtet erachtet, dem Kläger den aufgrund der Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil 1 O 172/87 erlangten Betrag von 76.389,38 DM zurückzuerstatten. Dies ergebe sich aus § 717 Abs. 2 ZPO. Diese Vorschrift sei jedenfalls dann analog anzuwenden, wenn der Vollstreckungsgläubiger, hier die Beklagte, die Ursache dafür gesetzt habe, daß der formell rechtskräftige Vollstreckungstitel nicht auch materiell rechtskräftig werden könne. Infolgedessen könne die Beklagte nach den Grundsätzen der Senatsentscheidung vom 3. Juli 1997 (IX ZR 122/96, BGHZ 136, 199 ff) gegen den Schadensersatzanspruch des Klägers nicht mit den Bürgschaftsansprüchen aufrechnen, die mit den vorerwähnten Versäumnisurteilen tituliert worden seien. Einer Aufrechnung stehe im übrigen auch entgegen, daß die Beklagte ihre Aufrechnungsforderungen nicht substantiiert dargelegt habe. Die zuerkannte Summe habe die Beklagte ab Rechtshängigkeit des Zahlungsanspruchs in Höhe von 12,875 % zu verzinsen.

Diese Ausführungen halten den Revisionsangriffen nicht in allen Punkten stand.

B.

Zur Revision der Beklagten

Das Rechtsmittel der Beklagten führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit das Berufungsgericht die Aufrechnung gegen den Anspruch auf Zahlung von 76.389,38 DM wegen der Verwertung des Anspruchs aus der Lebensversicherung nicht hat durchgreifen lassen. Keinen Bestand hat das Berufungsurteil außerdem im Zinsanspruch.

I.

Nach den bisher getroffenen Feststellungen ist nicht auszuschließen, daß die Beklagte gegen den Anspruch des Klägers auf Zahlung von 76.389,38 DM wirksam aufgerechnet hat.

1. Der Revision ist darin recht zu geben, daß die Vorschrift des § 717 Abs. 2 ZPO auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar ist und somit der Aufrechnung nicht entgegensteht.

a) § 717 Abs. 2 ZPO regelt die Schadensersatzpflicht eines Gläubigers, der die Zwangsvollstreckung aus einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil betreibt, das in der Folgezeit aufgehoben wird.

Ein solcher Sachverhalt ist - wie auch das Berufungsgericht nicht verkannt hat - hier nicht gegeben. Das Versäumnisurteil 1 O 172/87 vom 8. Oktober 1987 war bereits formell rechtskräftig, als am 15. Dezember 1987 die Beklagte den Rückkaufwert der Lebensversicherung pfändete. Das Versäumnisurteil war am 4. November 1987 zugestellt worden; als der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß erging, war die zweiwöchige Einspruchsfrist verstrichen.

b) Auf den hier gegebenen Fall der Zwangsvollstreckung aus einem formell rechtskräftigen, aber nicht der materiellen Rechtskraft fähigen Urteil ist - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - § 717 Abs. 2 ZPO nicht entsprechend anwendbar.

Zwar ist diese Vorschrift analogiefähig (BGHZ 95, 10, 14). Eine analoge Anwendung setzt aber voraus, daß der für § 717 Abs. 2 ZPO maßgebliche Haftungsgrund in vergleichbarer Weise zutrifft. Das ist hier nicht der Fall.

Der Haftungsgrund der Vorschrift ist ein doppelter: Einerseits ist der Schuldner schutzbedürftig. Er kann sich gegen die Vollstreckung aus einem nur vorläufig vollstreckbaren Titel nicht wehren. Deshalb kann ihm die Duldung des Vollstreckungszugriffs aufgrund eines lediglich vorläufig vollstreckbaren

Titels nur zugemutet werden, wenn ihm der Vollstreckungsgläubiger Ersatz zu leisten hat, falls die Rechtsgrundlage der Vollstreckung später wegfällt (BGHZ 54, 76, 80 f; 95, 10, 14; 131, 233, 235; 136, 199, 205). Andererseits ist der Gläubiger, der von einem noch nicht formell rechtskräftigen Vollstreckungstitel Gebrauch macht, nicht schutzwürdig, weil er auf eigene Gefahr vollstreckt.

Eine analoge Anwendung des § 717 Abs. 2 ZPO kommt deshalb nur in Betracht, wenn die Vollstreckbarkeit des Leistungstitels, aus dem der Gläubiger vorgegangen ist, in gleicher Weise wie bei §§ 708 ff ZPO "vorläufig" ist. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn durch eine vom Bundesverfassungsgericht festgestellte Gesetzesnichtigkeit einer anfechtbaren Entscheidung die Grundlage entzogen wird (BGHZ 54, 76, 79 ff) oder wenn im presserechtlichen Gegendarstellungsverfahren die Anordnung auf Veröffentlichung einer Gegendarstellung als von Anfang an unrichtig aufgehoben wird (BGHZ 62, 7, 10 ff).

Demgegenüber scheidet eine Analogie aus, wenn nicht eine Bestandsunsicherheit, die sich aus der Vorläufigkeit des Titels ergibt, sondern ein anderer Mangel in Frage steht. Wenn zum Beispiel vollstreckt wurde, obwohl der Titel die Vollstreckung überhaupt nicht (BAG JZ 1990, 194), mangels vorläufiger Vollstreckbarkeit noch nicht (RGZ 60, 344, 346; vgl. auch BGH, Urt. v. 16. Juni 1992 - IX ZR 302/90, NJW-RR 1992, 1339, 1340) oder nicht in der vorgenommenen Art und Weise erlaubte, liegt der Haftungsgrund des § 717 Abs. 2 ZPO nicht vor. An einer die analoge Anwendung der genannten Vorschrift eröffnenden Bestandsunsicherheit fehlt es umgekehrt auch dann, wenn

aufgrund eines endgültig vollstreckbaren Titels vollstreckt - oder zur Abwendung der Zwangsvollstreckung geleistet - wurde und der Titel dann doch noch - zum Beispiel nach einer Wiedereinsetzung oder aufgrund einer Wiederaufnahme (RGZ 91, 195, 202) - entfiel. Ein solcher Fall liegt auch dann vor, wenn - wie hier - das von dem Gläubiger erwirkte formell rechtskräftige Urteil wegen inhaltlicher Unbestimmtheit nicht hätte erlassen werden dürfen und nicht in materielle Rechtskraft erwachsen kann (vgl. OLG Colmar OLGE 9 (1904), 39, 40; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO 21. Aufl. § 717 Rdnr.67).

2. Zu Recht rügt die Revision ferner die Ansicht des Berufungsgerichts, die aufgerechnete Gegenforderung, welche die Beklagte mit dem Saldo des Kontos Nr. ... begründet hat, habe die Beklagte nicht substantiiert dargetan.

a) Aufgerechnet hat die Beklagte nicht schon mit der Verbuchung des von dem Lebensversicherer ausbezahlten Rückkaufwertes am 13. April 1988, sondern erst mit Schriftsatz vom 12. September 1994. Der Kontostand bei Zugang dieses Schriftsatzes steht nicht fest.

b) Die Beklagte hat aber behauptet, der Kläger habe - abgesehen von der am 13. August 1986 verbuchten Zahlung des Lebensversicherers in Höhe von 76.389,38 DM und abgesehen von den auf Sonderkonten gebuchten Erlösen aus der Zwangsversteigerung von Grundstücken - auf die Forderung aus dem Konto Nr. ... keine Leistungen erbracht. Gegenteiliges hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

c) Die Gegenforderung ist substantiiert, weil die Beklagte zum Anfangsbestand des Kontos hinreichend bestimmte Angaben gemacht hat. Die Übersicht der Beklagten für das Konto Nr. ... beginnt mit dem 8. August 1986, dem Tag, an dem die Beklagte das Schreiben mit der Kündigung der Geschäftsverbindungen zu dem Kläger abgesandt hat. Für diesen Tag weist die Aufstellung eine Forderung der Beklagten in Höhe von 128.946,52 DM aus. Nach der Behauptung der Beklagten ist dieser Kontostand per 8. August 1986 identisch mit dem Saldo per 30. Juni 1986, über den sie angeblich der Hauptschuldnerin einen Rechnungsabschluß erteilt hat, dem diese innerhalb der Monatsfrist von Nr. 15 der seinerzeit maßgeblichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht widersprochen habe.

d) Die Ansicht des Berufungsgerichts, ein Bürge, der sich für einen Kontokorrentkredit verbürgt habe, müsse sich die periodischen Saldoanerkennnisse des Hauptschuldners nicht entgegenhalten lassen, ist unzutreffend.

Gemäß § 767 Abs. 1 Satz 1 BGB richtet sich der Umfang der Verpflichtung des Bürgen nach dem Bestand der jeweiligen Hauptschuld. Insoweit hat der Gläubiger das Entstehen und die Fälligkeit der Verbindlichkeit, also die Voraussetzungen der Bürgenhaftung, darzutun und zu beweisen. Sache des Bürgen ist es dagegen zu belegen, daß die Hauptschuld aufgrund rechtsvernichtender Einwendungen untergegangen ist. Zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger gilt insoweit dieselbe Beweislastverteilung wie zwischen diesem und dem Hauptschuldner; denn aus den Vorschriften über die Bürgschaft ergibt sich kein Anhaltspunkt dafür, daß der Bürge in dieser Hinsicht besser gestellt

sein soll als der Hauptschuldner. Vielmehr folgt aus der strengen Akzessorietät der Bürgschaft das Gegenteil (BGH, Urt. v. 10. Dezember 1987 - IX ZR 269/86, NJW 1988, 906; v. 18. Mai 1995 - IX ZR 129/94, NJW 1995, 2161, 2162; v. 7. Dezember 1995 - IX ZR 110/95, NJW 1996, 719).

Wird ein Konto im Kontokorrent geführt (§ 355 HGB), hat ein Saldoanerkenntnis eine Beweislastumkehr im Verhältnis zwischen Bank und Kontoinhaber zur Folge. Die Partei, zu deren Gunsten sich aus dem Abschlußsaldo ein Überschuß ergibt, braucht nicht die Einzelpositionen des Kontokorrents darzulegen und zu beweisen, sondern kann sich auf das abstrakte Saldoanerkenntnis berufen (BGH, Urt. v. 28. Mai 1991 - XI ZR 214/90, NJW 1991, 2908). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gilt diese Beweislastumkehr, falls die Forderungen der Bank aus dem Kontokorrentkonto durch einen Dritten verbürgt worden sind, auch im Verhältnis zwischen Bank und Bürge (BGH, Urt. v. 4. Juli 1985 - IX ZR 135/84, NJW 1985, 3007, 3009; das Urteil vom 24. November 1960 - VII ZR 165/59, WM 1961, 58, 59 betraf einen Sonderfall). Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts wurde diese Rechtsprechung nicht aufgegeben. Die Entscheidung vom 18. Mai 1995 (IX ZR 129/94, NJW 1995, 2161) bezog sich nicht auf eine Kontokorrentverbindlichkeit. Das Urteil vom 7. Dezember 1995 (IX ZR 110/95, NJW 1996, 719) hatte eine Kontokorrentschuld zum Gegenstand, bei welcher ein Saldoanerkenntnis nicht bewiesen war. In diesem Fall wurde (abweichend von dem Urteil vom 4. Juli 1985, aaO) die Beweislage für den Bürgen sogar verschärft, weil diesem die Beweislast für die Tilgung der gesicherten Forderung durch den Hauptschuldner auferlegt wurde.

Die Ausdehnung der Beweislastumkehr auch auf das Verhältnis zwischen Bank und Bürge steht nicht im Widerspruch zu der Vorschrift des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB, die bestimmt, daß die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert wird durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt. Damit soll verhindert werden, daß Hauptschuldner und Gläubiger eigenmächtig den Umfang der Bürgschaft ausweiten (BGHZ 130, 19, 27). Die Saldoanerkennnisse der R. KG im kontokorrentmäßigen Verkehr mit der Beklagten bedeuteten keine solche eigenmächtige Ausweitung, weil der Kläger im Zeitpunkt der Verbürgung wußte, daß er sich für einen Kontokorrentkredit verbürgte. Als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Hauptschuldnerin hatte der Kläger diese Kenntnis; Gegenteiliges macht auch die Revision nicht geltend.

II.

Die Revision der Beklagten beanstandet mit Recht, daß das Berufungsgericht den Zinsanspruch in dem angefochtenen Urteil, was den Zinssatz angeht, nicht nachvollziehbar begründet hat.

Zugesprochen hat das Berufungsgericht Zinsen in Höhe von 12,875 %. In den Gründen heißt es, der Kläger habe im Berufungsverfahren seinen Zinsschaden von 12,875 % unter Vorlage entsprechender Bankbescheinigungen

substantiiert dargelegt. Dies erweckt den Eindruck, als habe das Berufungsgericht dem Antrag des Klägers folgen wollen. Dieser hatte aber 13,75 % Zinsen verlangt. Auch den von ihm vorgelegten Zinsbescheinigungen läßt sich ein einheitlicher Zinssatz von 12,875 % nicht entnehmen. Das Berufungsgericht hat sodann weiter ausgeführt, wegen eines Teils der zugesprochenen Zinsen sei "demnach" die Berufung der Beklagten begründet. Auch die Beklagte hatte aber nur den vom Kläger geltend gemachten Zinssatz von 13,75 % bestritten und nicht etwa einen Zinssatz von 12,875 % unstreitig gestellt.

C.

Zur Revision des Klägers

Das Rechtsmittel des Klägers hat keinen Erfolg.

Die Revision wendet sich dagegen, daß das Berufungsgericht die Verzinsung für die Hauptsachebeträge einheitlich erst mit Rechtshängigkeit, also mit dem 28. Januar 1994, hat beginnen lassen. Da es sich um eine Rückforderungsklage aus § 717 Abs. 2 ZPO handele, schulde die Beklagte richtigerweise Zinsen von dem Zeitpunkt an, zu dem sie die Hauptsachebeträge im Wege unzulässiger Zwangsvollstreckung erhalten habe.

Dieser Standpunkt ist unzutreffend, weil dem Kläger - wie unter B I 1 ausgeführt - kein Schadensersatzanspruch analog § 717 Abs. 2 ZPO zusteht, er vielmehr nur auf bereicherungsrechtlicher Grundlage Zahlung der im Wege der Zwangsvollstreckung erlangten Beträge verlangen kann. Auf diesen Anspruch gebühren ihm Zinsen entweder nach Eintritt des Verzuges (§§ 284, 286, 288 BGB) oder der Rechtshängigkeit (§ 291 BGB). Zu einem Verzugseintritt vor Rechtshängigkeit hat der Kläger nichts vorgetragen; Gegenteiliges macht auch die Revision nicht geltend.

D.

Soweit das angefochtene Urteil aufgehoben wird, ist die Sache noch nicht zur Endentscheidung reif. Ob die Aufrechnung mit dem Saldo auf dem Konto Nr. ... durchgreift, hängt davon ab, ob die Beklagte - wie diese behauptet hat - dem Kläger per 30. Juni 1986 einen unwidersprochen gebliebenen Rechnungsabschluß erteilt hat und ob der Saldo per 8. August 1996 mit

dem anerkannten Saldo per 30. Juni 1996 übereinstimmt. Dies hat der Kläger bestritten. Festgestellt ist hierzu nichts.

Paulusch

RiBGH Kirchhof ist
beurlaubt und ver-
hindert zu unter-
schreiben.

Fischer

Paulusch

Zugehör

Ganter