

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZPO § 282 (Beweislast); BGB §§ 765, 812 Abs. 1 Satz 1

Zur Darlegungs- und Beweislast für den Bereicherungsanspruch
des auf Grund einer Gewährleistungsbürgschaft auf erstes An-
fordern zur Zahlung verpflichtet gewesenen Bürgen.

BGH, Urt. v. 9. März 1989 - IX ZR 64/88 - OLG Düsseldorf

LG Duisburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 64/88

Verkündet am:
9. März 1989
Thiesies
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma Deutsche B[REDACTED] Bau GmbH,
vertreten durch ihre Geschäftsführer Friedhelm Hänseler
und Hans-Jürgen W[REDACTED],
D[REDACTED] Straße [REDACTED], O[REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

Stadt-S[REDACTED] O[REDACTED],
vertreten durch deren Vorstand,
dieser vertreten durch die Sparkassendirektoren
Wolfgang F[REDACTED], Elmar Ö[REDACTED] und Dr. Jürgen J[REDACTED],
M[REDACTED]straße [REDACTED], O[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

WII

- 2 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. März 1989 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Fuchs, Gärtner, Winter und Dr. Kreft

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 23. Februar 1988 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

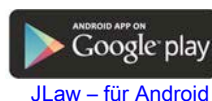
Tatbestand

Die klagende Bank nimmt nach Erfüllung ihrer Bürgenverpflichtung, auf erstes Anfordern zu leisten, die Beklagte auf Herausgabe des durch die Leistung Erlangten in Anspruch.

Die Beklagte hatte als Generalunternehmerin ein Bauvorhaben zu erstellen. Am 4. Juli 1983 übertrug sie mit



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



Auftrag Nr. 4.694 der E. Heizungstechnik GmbH (im folgenden: Hauptschuldnerin) die Lieferung und Einrichtung der Sanitär- und lufttechnischen Anlagen zu einem Pauschalpreis von 1.615.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer mit der Verpflichtung, eine unbefristete Vertragserfüllungsbürgschaft über 160.000 DM zu stellen. Der Auftrag sieht vor, daß Vertragsgrundlage unter anderen die "Allgemeinen Vertragsbedingungen für Lieferungen und Leistungen zu Bauzwecken im Inland" seien, und enthält auch folgende Bestimmung:

"Jegliche Nachforderungen aufgrund von Mehrungen oder Minderungen, auch für den Fall außergewöhnlicher Steigerungen von Materialpreisen oder Lohnkosten sowie die Anwendung des § 2 VOB Teil B, Ziff. 7 Abs. 1 Satz 2, 3 und 4 sind ausgeschlossen. Werden von den Bauherren zusätzliche Leistungen verlangt, so ist hierüber vor Ausführung eine vertragliche Regelung herbeizuführen.

..."

Die von der Auftragnehmerin zu stellende Bürgschaft wurde am 17. November 1983 von der Klägerin übernommen. Ihre maschinenschriftliche Bürgschaftserklärung nimmt Bezug auf den der Hauptschuldnerin erteilten Auftrag Nr. 4.694 und auf die für die Erfüllung "aller Verpflichtungen aus diesem Auftrag" zu stellende Vertragserfüllungsbürgschaft und enthält die Übernahme der selbstschuldnerischen Bürgschaft sowie die Verpflichtung, auf erstes Anfordern Zahlung zu leisten.

Mit Schreiben vom 12. Februar 1985 übersandte die Hauptschuldnerin der Beklagten eine Aufstellung, in

der sie den Wert der von ihr auf den Auftrag vom 4. Juli 1983 über 1.615.000 DM erbrachten Leistungen mit 1.598.850 DM, ihrer unter Berücksichtigung von Nachtragsangeboten insgesamt erbrachten Leistungen mit 1.937.761 DM bezifferte. Nach Abzug eines Sicherheitseinbehalts von 10 % errechnete sie zuzüglich der Mehrwertsteuer eine Forderung von 1.988.142,79 DM, auf die die Beklagte 1.945.428 DM gezahlt habe. Am 15. April 1985 wurde über das Vermögen der Hauptschuldnerin das Konkursverfahren eröffnet. Nachdem der Konkursverwalter die Vertragserfüllung abgelehnt hatte, erstellte die Beklagte für die Gemeinschuldnerin die Schlußabrechnung vom 6. August 1985 und errechnete unter Berücksichtigung unterbliebener sowie aufgrund von Nachtragsaufträgen durchgeführter Arbeiten, Abschlagszahlungen und Gegenrechnungen für sich eine Forderung von 313.868,42 DM. Sie nahm die Klägerin aus der Bürgschaft in Anspruch. Diese zahlte 16.150 DM als Unterschiedsbetrag zwischen dem Wert der von der Hauptschuldnerin auf den Auftrag Nr. 4.694 ausgeführten Arbeiten zum Pauschal festpreis und machte geltend, damit ihre Bürgschaftsverpflichtung erfüllt zu haben.

Die Beklagte erwirkte gegen die Klägerin, die auf erstes Anfordern zur Zahlung verpflichtet sei und Einwendungen aus dem Hauptschuldverhältnis erst in einem Rückforderungsprozeß geltend machen könne, ein Urteil auf Zahlung von 143.850 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 25. Januar 1986.

Diesem Urteil hat die Klägerin entsprochen und verlangt nunmehr die Herausgabe des der Beklagten gezahlten Betrages, den diese ohne rechtlichen Grund erlangt habe.

Die Klage hatte in beiden Tatsacheninstanzen Erfolg. Mit der Revision erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet.

1. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hatte die Klägerin sich als Bank gegenüber der Beklagten verbürgt, für die Erfüllung des Auftrags Nr. 4.694 durch die Hauptschuldnerin bis zur Höhe von 160.000 DM mit der Verpflichtung einzustehen, auf erstes Anfordern Zahlung zu leisten. Der Berufungsrichter geht, wie auch die Revision nicht bezweifelt, rechtlich zutreffend davon aus, daß eine solche Bürgin, jedenfalls grundsätzlich, ihre Inanspruchnahme mit der bestrittenen Einwendung, die Hauptschuld oder die Bürgschaftsschuld sei erloschen, nicht verhindern, sondern solche Einwendungen erst im Rückforderungsverfahren geltend machen kann (BGHZ 74, 244, 247; Senatsurt. v. 24. November 1983 - IX ZR 2/83, ZIP 1984, 32; v. 31. Januar 1985 - IX ZR 66/84, NJW 1985, 1694; v. 21. April 1988 - IX ZR 113/87, NJW 1988, 2610 m.w.N.; ständig).

2. Die Klägerin stützt ihr Rückforderungsverlangen auf § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB. Nach dieser Vorschrift ist derjenige, der durch die Leistung eines anderen auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ihm zur

Herausgabe verpflichtet. Dazu behauptet die Klägerin, der Auftrag Nr. 4.694, auf den allein die Vertragserfüllungsbürgschaft sich bezogen habe, sei von der Hauptschuldnerin zu 99 % erfüllt worden, so daß mit der Zahlung des Betrages von 16.150 DM die Bürgschaftsschuld erloschen sei. Demgegenüber trägt die Beklagte vor, die Auftragnehmerin habe die von ihr aufgrund des Hauptauftrages vom 4. Juli 1983 geschuldeten Leistungen lediglich zu etwa 85 % erbracht, macht geltend, daß die Bürgschaft sich auch auf die Erfüllung der Zusatzaufträge erstreckt habe, und behauptet eine Forderung gegen die Hauptschuldnerin von 334.837,09 DM.

a) Das Berufungsgericht bejaht die Klageforderung, weil die Beklagte nicht hinreichend dargelegt habe, daß sie die Leistung der Klägerin mit rechtlichem Grund erhalten habe. Dazu führt es aus: Grundsätzlich müsse bei einem Anspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zwar der Anspruchsteller darlegen und beweisen, daß er ohne rechtlichen Grund geleistet habe, wobei es genüge, daß er den vom Gegner geltend gemachten Rechtsgrund ausräume. Der Anspruchsgegner sei jedoch für den Rechtsgrund darlegungs- und beweispflichtig, wenn auf eine noch nicht anerkannte, sondern erst noch festzustellende Forderung gezahlt worden sei. So liege der Fall hier: Die Klägerin habe, da sie sich zur Zahlung "auf erstes Anfordern" verpflichtet habe, zunächst trotz des strittigen Rechtsgrundes zahlen müssen und sei darauf angewiesen, sich gemäß § 812 BGB das zuviel Gezahlte zurückzuholen.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die Darlegungs- und Beweislast verkannt. Der Bürge, der auf erstes

Anfordern zu leisten verpflichtet gewesen sei, habe nicht auf eine erst noch festzustellende Forderung gezahlt, sondern seine im Zeitpunkt der Leistung nach Grund und Höhe feststehende Verbindlichkeit erfüllt mit der Folge, daß im Rückforderungsprozeß allein er die den Anspruch begründenden Tatsachen darlegen und im Bestreitensfall beweisen müsse.

Das ist nicht richtig.

Grundsätzlich ist allerdings der Kläger darlegungs- und beweispflichtig für die Tatsachen, aus denen er die von ihm begehrte Rechtsfolge herleitet (vgl. Senatsurt. v. 20. März 1986 - IX ZR 42/85, NJW 1986, 2426 m.w.N.). Das trifft auch für den Bereicherungsanspruch zu. Bereits das Reichsgericht hat ausgesprochen, daß der aus ungerechtfertigter Bereicherung Rückzahlung fordernde Kläger das Nichtbestehen der Forderung zu beweisen habe, wenn sie von ihm durch die Zahlung oder vorher anerkannt worden sei. Sei die Zahlung aber lediglich in Erwartung der Feststellung der Forderung geleistet worden, so habe der Beklagte zu beweisen, daß die Feststellung zu seinen Gunsten erfolgt sei oder erfolgen müsse. Dem ist der IVb-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in seinem Urteil vom 8. Juni 1988 - IVb ZR 51/87, WM 1988, 1494 = NJW 1989, 161 gefolgt. Auch der erkennende Senat schließt sich dieser Ansicht an (vgl. auch Palandt/Thomas, BGB, 48. Aufl., § 812 Anm. 8 a).

Die Bürgschaft mit der Klausel "zahlbar auf erstes Anfordern" dient lediglich dazu sicherzustellen, daß dem Begünstigten im Bürgschaftsfall innerhalb kürzester Zeit

liquide Mittel zur Verfügung stehen (Senatsurt. v. 24. November 1983 aaO). Sie ist ein besonders risikoreiches Rechtsgeschäft, das zu Mißbräuchen verleitet, und es muß daher einer Vereinbarung der Beteiligten überlassen bleiben, ob sie dieses Risiko zur besseren Erreichung des Zwecks einer Bürgschaft eingehen wollen (BGHZ 95, 375, 387 m.w.N.). Gerade weil der Bürge jedoch auf erstes Anfordern zu zahlen verpflichtet und mit seinen Einwendungen, auch gegen den für die Bürgschaft maßgebenden Bestand der Hauptverbindlichkeit (§ 767 Abs. 1 Satz 1 BGB), auf die Rückforderung verwiesen ist, liegt in seiner Leistung keine Anerkennung der Hauptverbindlichkeit. Die Darlegungs- und Beweislast im Rückforderungsprozeß unterscheidet sich mithin nicht von der im gewöhnlichen Bürgschaftsrechtsstreit. Daraus folgt: Gegenüber dem auf § 812 BGB gestützten Verlangen der Klägerin auf Herausgabe ihrer Leistung muß die Beklagte das Entstehen und die Fälligkeit der durch die Bürgschaft gesicherten Hauptforderung, die Klägerin, die Leistungen des Hauptschuldners behauptet und aus ihnen die Befreiung von ihrer Bürgschaftsschuld herleiten will, diese Leistungen darlegen und beweisen (Senatsurt. v. 10. Dezember 1987 - IX ZR 269/86, NJW 1988, 906).

b) Der Berufungsrichter legt die Bürgschaftserklärung der Klägerin dahin aus, daß sie die Bürgschaft nur für die Erfüllung des der Hauptschuldnerin erteilten Auftrages Nr. 4.694 vom 4. Juli 1983, nicht auch für die Erfüllung der zahlreichen ihr nachträglich erteilten Aufträge übernommen

habe. Diese in seinem Verantwortungsbereich liegende Auslegung ist - besonders auch im Hinblick auf den ausdrücklichen Ausschluß von Nachforderungen und bestimmter Vorschriften der VOB - möglich, sogar wahrscheinlich, der dagegen gerichtete Angriff der Revision mithin unbegründet. Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Klägerin habe nicht für die Erfüllung solcher Verpflichtungen der Hauptschuldnerin einzustehen, welche über den Rahmen des Auftrages vom 4. Juli 1983 hinaus von der Beklagten zusätzlich verlangt und zu vergüten gewesen seien, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

c) Über das Vermögen der Hauptschuldnerin wurde am 15. April 1985 das Konkursverfahren eröffnet. Zu dieser Zeit war der zwischen ihr und der Beklagten bestehende zweiseitige Vertrag auch nach dem Vortrag der Klägerin, die lediglich eine Erfüllung zu 99 % behauptet, von beiden Vertragsparteien noch nicht vollständig erfüllt. Deshalb wurde durch die Weigerung des Konkursverwalters, den Bauvertrag zu erfüllen, das Rechtsverhältnis umgestaltet und trat an die Stelle des gegenseitigen Schuldverhältnisses der einseitige Anspruch der Beklagten auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 17 KO, BGHZ 68, 379, 380; 96, 392, 394 m.w.N.; ständig). Daß der Beklagten überhaupt ein - durch die Vertragserfüllungsbürgschaft der Klägerin gesicherter - Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Bauvertrages gegen die Hauptschuldnerin zustand, steht aufgrund auch des Vortrags der Klägerin fest, nicht jedoch die Höhe dieses Anspruchs. Sie hat die Beklagte darzulegen. Dazu gehört der Vortrag, welche der von der Hauptschuldnerin aufgrund des

17

Auftrags vom 4. Juli 1983 geschuldeten Leistungen sie bis zur Eröffnung des Konkursverfahrens nicht erbracht hat, gegebenenfalls welche der erbrachten Leistungen mit Mängeln behaftet waren und was zu deren Beseitigung von ihr aufgewandt wurde. Die Beklagte hatte unter anderem behauptet und unter Beweis gestellt (Bl. 161, 62/63 d. A.), sie habe Material der zu diesem Auftrag gehörenden Sanitärinstallationen im Betrage von 38.997,29 DM und von der Firma Heika Heizungsbau GmbH anstelle der Hauptschuldnerin ausgeführte Arbeiten im Sanitärbereich gezahlt sowie die Kosten für die Beseitigung von durch Mitarbeiter der Hauptschuldnerin herbeigeführte Wasserschäden getragen. Die Beklagte rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht diese Beweisantritte nicht hätte übergehen dürfen und Zahlungen an Lieferanten der Hauptschuldnerin und Subunternehmer als nicht von der Bürgschaft umfaßt angesehen hat (vgl. Senatsurt. v. 17. Dezember 1987 - IX ZR 263/86, ZIP 1988, 222).

3. Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, die für die Entscheidung erforderlichen Feststellungen rechtsfehlerfrei zu treffen.

Merz

Fuchs

Gärtner

Winter

Kreft