

29

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB § 139; BundesbauG § 129 Abs. 1

Bei Nichtbeachtung der Verpflichtung einer Gemeinde zur Beteiligung an den Erschließungskosten in einem Erschließungsvertrag ist nur der Ausschluß der Selbstbeteiligung der Gemeinde nichtig, der Vertrag im übrigen aber wirksam.

BGH, Urt. v. 10. Dezember 1975 - VIII ZR 306/74 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 306/74

URTEIL

Verkündet am
10. Dezember 1975
Scheibl,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1.

-

2.

-]

g e g e n

1.

-

2.

-

56

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 3. Dezember 1975
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die
Richter Claßen, Dr. Hiddemann, Wolf und Merz

für Recht erkannt:

Die Revisionen gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 14. Februar 1974 werden mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß das Urteil wie folgt neu gefaßt wird:

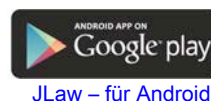
Unter Abweisung der Klage im übrigen werden die Beklagten, und zwar der Beklagte zu 2 als Hauptschuldner und der Beklagte zu 1 als Bürge, verurteilt, an die Klägerin 281 896,95 DM (in Worten: zweihunderteinundachtzigtausend-achthundertsechsunneunzig DM) nebst 9,5 % Zinsen

von 125 000 DM seit dem 19. Mai 1971,
von 80 000 DM seit dem 9. Juli 1971,
von 35 000 DM seit dem 4. August 1971,
von 50 000 DM vom 7. Februar 1972 bis zum 14. Februar 1974,

und von 41 896,95 DM seit dem 15. Februar 1974,
abzüglich am 23. Oktober 1972 gezahlter 48,50 DM,
am 1. Dezember 1972 gezahlter 9 317,92 DM,
am 26. Januar 1973 gezahlter 493,76 DM
und am 21. Dezember 1973 gezahlter 40 DM
zu zahlen.



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



Die Kosten des Rechtsstreits werden zu 1/8 der Klägerin und zu 7/8 den Beklagten, die Kosten der Streithilfe zu 1/8 der Stadt B [REDACTED] und zu 7/8 den Beklagten auferlegt.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens mit Ausnahme der Kosten der Streithelferin haben die Klägerin 1/10 und die Beklagten 9/10 zu tragen. Die Kosten der Streithelferin im Revisionsverfahren werden zu 9/10 den Beklagten auferlegt. 1/10 ihrer Kosten trägt die Streithelferin selbst.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte zu 2 schloß mit der Stadt B [REDACTED] (Streithelferin der Klägerin, im folgenden: Stadt) am 9. Februar 1968 einen Vertrag, in dem er sich verpflichtete, ein von der Stadt als Baugebiet ausgewiesenes Gelände auf seine Rechnung zu erschließen und zu bebauen. § 3 dieses Vertrags lautet:

"§ 3 Finanzierung

- (1) Zur Sicherstellung der ordnungsgemäßen Durchführung einschließlich deren Finanzierung hat der Erschließungsverpflichtete die von der Stadt vorgeschriebenen Bankbürgschaften in Höhe

der voraussichtlichen Kosten bei der Stadt zu hinterlegen. Stellt sich vor oder während der Bauarbeiten heraus, daß die voraussichtlichen Kosten höher sind wie der hinterlegte Betrag, so hat der Erschließungsverpflichtete die Mehrkosten zum Zwecke der weiteren Finanzierung durch Hinterlegung einer weiteren Bürgschaft sicherzustellen.

- (2) Je nach Fortschritt der Bauarbeiten gibt die Stadt Teilbeträge der Bürgschaft frei. Es verbleibt jedoch in jedem Falle ein Restbetrag in Höhe von 5 % der Bürgschaftssumme bis zum Ablauf der in § 6 genannten Gewährleistungsfrist.
- (3) Führt der Erschließungsverpflichtete den Ausbau der Anlage nicht oder nicht bedingungsgemäß aus, so hat die Stadt das Recht, die Erschließungsanlage auf Kosten des Erschließungsverpflichteten durchzuführen. Die Finanzierung geschieht in diesem Falle durch die hinterlegte Bürgschaftssumme."

Weiter enthielt der Vertrag in § 7 eine Verpflichtung des Beklagten zu 2, der Stadt unentgeltlich eine noch zu vermessende Fläche zur Anlegung eines Kinderspielplatzes zu übertragen.

Zur Erfüllung seiner Sicherstellungspflicht (§ 3 Abs. 1 des Erschließungsvertrages) übergab der Beklagte zu 2 der Stadt eine bereits am 18. September 1967 abgefaßte Bürgschaftsurkunde der klagenden Sparkasse, in der sich diese bis zum Höchstbetrag von 660 000 DM selbstschuldnerisch für die Ansprüche verbürgt hatte, die der Stadt aus der Erschließung des Gebiets gegen den Beklagten zu 2 "zustehen oder noch erwachsen werden". Im Jahre 1968 gingen alle Beteiligten davon aus, daß die Erschließungsarbeiten Kosten in der ungefähren Höhe von 660 000 DM verursachen würden.

Die Klägerin ließ sich als Sicherheit die Forderungen des Beklagten zu 2 gegen die einzelnen Bauherren in einer Gesamthöhe von 679 735 DM abtreten und Bürgschaften durch Dritte für den Beklagten zu 2 stellen. Als einer der Bürgen sich aus seiner Verpflichtung gegenüber der Klägerin lösen wollte, trat der Beklagte zu 1 an dessen Stelle und unterzeichnete am 15. Oktober 1969 eine Bürgschaftsurkunde, in der er sich der Klägerin gegenüber selbstschuldnerisch bis zum Höchstbetrag von 660 000 DM für alle gegenwärtigen und künftigen Ansprüche und Forderungen, insbesondere aus Bürgschaft gegen den Beklagten zu 2 seinerseits verbürgte.

Der Beklagte zu 2 brachte ungefähr 660 000 DM für die Erschließungsarbeiten auf, die damit aber nicht fertiggestellt werden konnten. Etwa im April/Mai 1970 mußte er die weitere Erschließung einstellen. Sein Konto wurde von der Klägerin am 31. Dezember 1970 mit einem von ihm anerkannten Haben-Saldo von 2,22 DM abgeschlossen. Die Stadt ließ in der Folgezeit die restlichen Erschließungsarbeiten selbst durchführen und nahm die Klägerin für die Kosten aufgrund ihrer Bürgschaft vom 18. September 1967 in Anspruch. Als die Klägerin die Auffassung vertrat, ihre Bürgschaft sei erloschen, weil der Beklagte zu 2 den vorgesehenen Betrag von 660 000 DM für die Erschließung aufgebracht habe, erhob die Stadt gegen die Klägerin im Oktober 1970 Klage (10 O 449/70 LG Köln). Nach seiner Ladung als Zeuge in diesem Verfahren ließ der Beklagte zu 2 durch seine Anwälte vortragen, daß die Stadt die Bürgschaft der Klägerin insbesondere für künftige Ansprüche wegen Nichterfüllung seiner Verpflichtungen aus dem

Erschließungsvertrag verlangt habe, weshalb ausdrücklich die Worte "oder noch erwachsen werden" in der Bürgschaftsurkunde nicht gestrichen worden seien. Die Klägerin führte daraufhin den damaligen Rechtsstreit nicht mehr weiter und zahlte an die Stadt die angeforderten Beträge.

Die Klägerin nimmt gegen den Beklagten zu 2 Rückgriff und verlangt vom Beklagten zu 1 als Bürge Erstattung ihrer an die Stadt geleisteten Zahlungen. Sie hat Klage auf einen Betrag von 331 199,59 DM nebst Zinsen erhoben.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Das Berufungsgericht hat den Beklagten zu 2 als Hauptschuldner und den Beklagten zu 1 als Bürgen zur Zahlung von 290 000 DM nebst Zinsen verurteilt.

Mit ihrer Revision verlangt die Klägerin die Zuerkennung von weiteren 30 500 DM.

Die Beklagten streben mit ihren Rechtsmitteln die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts an. Im übrigen beantragen die Parteien jeweils die Revision des Gegners zurückzuweisen.

Die Streithelferin der Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat unwidersprochen vorgetragen, daß ein Überzahlungsbetrag in Höhe von 8 103,05 DM von ihr nach Erlaß des Berufungsurteils an die Klägerin zurückbezahlt worden sei.

Entscheidungsgründe

A) Zur Revision der Klägerin:

Das Berufungsgericht hat eine Überweisung der Klägerin vom Konto des Beklagten zu 2 vom 15. März 1971 an die Stadt in Höhe von 30 500 DM von der Klagesumme in Abzug gebracht, weil nicht festgestellt werden könne, daß die Klägerin diesen Betrag als Bürgin geleistet habe.

Hiergegen wendet sich die Revision der Klägerin mit dem Hinweis, sie habe diese Summe aufgrund einer Aufforderung der Stadt bezahlt. Die Klägerin meint, das Berufungsgericht habe ihre Beweisangebote übergangen, daß alle ihre Zahlungen von dem Konto des Beklagten zu 2 ausschließlich für Erschließungsarbeiten verwendet worden seien. Daraus sei zu folgern, daß sie auch den Betrag von 30 500 DM als Bürgin geleistet habe.

Der Revisionsangriff ist nicht begründet.

Das Berufungsgericht hat nicht in Zweifel gezogen, daß die Klägerin auch den Betrag von 30 500 DM an die Stadt geleistet hat und daß diese Summe für die Kosten von Erschließungsarbeiten verwendet worden ist. Zu Recht hat es daher die für diese Tatsachen angebotenen Beweise nicht erhoben. Aus dem Vortrag der Klägerin zu diesem Punkt folgt aber noch nicht, daß sie den Betrag von 30 500 DM in Erfüllung

ihrer Bürgschaftsverpflichtung aus ihrem Vermögen bezahlt hat. Zum einen hat die Klägerin zur Zeit der behaupteten Vornahme dieser Zahlung im März 1971 noch das Bestehen ihrer Bürgschaft gegenüber der Stadt bestritten, wie sich aus den Akten ihres mit der Stadt geführten Rechtsstreits (10 O 449/70) ergibt, der erst im Mai 1971 nicht mehr von der Klägerin weiterbetrieben wurde. Zum anderen hat die Klägerin im Berufungsrechtszug selbst vorgetragen (S. 4 ihres Schriftsatzes vom 2. November 1973 - Bl. 405 GA), daß sie vor der Vornahme einer Überweisung am 15. März 1971 an die Stadt das Konto des Beklagten zu 2 mit einem Betrag von 30 500 DM von einem Nebenkonto aufgefüllt habe, ohne nähere Angaben über dieses Nebenkonto zu machen. Es mag sein, daß die Klägerin in diesem Zusammenhang aufgrund eines anderen Sachverhalts Ansprüche gegen den Beklagten zu 2 geltend machen kann. Für ihren hier verlangten Rückgriffsanspruch aufgrund ihrer Inanspruchnahme aus der Bürgschaft ist ihr Vortrag jedoch nicht ausreichend. Nach den Ausführungen der Streithelferin der Klägerin ist der vom Berufungsgericht in Abzug gebrachte Betrag von 30 500 DM sogar schon im Jahre 1970, also zu einer Zeit, als die Klägerin das Bestehen einer Bürgschaftsverpflichtung bestritten hat, bezahlt worden (S. 15 des Schriftsatzes der Streithelferin vom 20. November 1972 - Bl. 275 GA). Wenn bei dieser Sachlage das Berufungsgericht den Vortrag der Klägerin hinsichtlich des genannten Teilbetrags für nicht ausreichend zur Begründung ihres Anspruchs gehalten hat, dann ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

B) Zur Revision des Beklagten zu 2:

I. 1. Erfolglos rügt der Beklagte zu 2 mit seinem Rechtsmittel, die Klägerin habe keine Bürgschaftsverpflichtung gegenüber der Stadt erfüllen müssen, weil seine Hauptverbindlichkeit wegen des Ausschlusses der nach § 129 BBauG zwingend vorgeschriebenen Selbstbeteiligung der Gemeinde an den Erschließungskosten im Vertrag vom 9. Februar 1968 unwirksam gewesen sei (§ 134 BGB).

2. a) § 129 Abs. 1 BBauG ist an die Gemeinden als örtliche Planungsträger gerichtet und verpflichtet sie, bei allen Erschließungsarbeiten zwecks Ausweisung von Baugelände 10 % der Kosten zu übernehmen. Der Sinn dieser Kostenbeteiligung ist es, die Gemeinden dazu anzuhalten, nicht uneingeschränkt Baugelände zur Erschließung für interessierte Unternehmer (§ 123 Abs. 3 BBauG) freizugeben, sondern sie durch die Pflicht zur Beteiligung an den entstehenden Kosten dazu zu zwingen, geplante Erschließungsmaßnahmen eingehend zu prüfen.

b) Es ist seit langem in der Rechtsprechung anerkannt, daß ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, das nur einen der Vertragsbeteiligten betrifft, in der Regel das Rechtsgeschäft im ganzen nicht nichtig macht, wenn das gesetzliche Verbot nur die eine Seite der Beteiligten in ihren Handlungen beeinflussen und vom Abschluß eines Vertrags abhalten sollte (RGZ 60, 273, 275; 100, 39, 40; 104, 105, 107; 170, 155, 156). Nur dann ist

ausnahmsweise die Folgerung gerechtfertigt, ein Rechtsgeschäft sei nach § 134 BGB nichtig, obwohl das entgegenstehende gesetzliche Verbot sich nur an einen Vertragspartner richtet, wenn es mit dem Zweck des Verbotsgesetzes unvereinbar wäre, die durch das Rechtsgeschäft getroffene rechtliche Regelung hinzunehmen und bestehen zu lassen (Senatsurteil vom 1. Juni 1966 - VIII ZR 65/64 = BGHZ 46, 24, 26; vgl. hierzu auch BGH Urt. vom 23. April 1968 - VI ZR 217/65 = NJW 1968, 2286).

c) Da § 129 Abs. 1 BBauG eindeutig eine gesetzliche Verpflichtung der Gemeinden beinhaltet, liegt hier in dem Erschließungsvertrag vom 9. Februar 1968, in dem eine Selbstbeteiligung der Stadt an Erschließungskosten ausgeschlossen wurde, ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, das nur an eine der Vertragsparteien gerichtet war. Die Zielsetzung von § 129 Abs. 1 BBauG rechtfertigt es nicht, daß bei Nichtbeachtung dieser Vorschrift Nichtigkeit eines Erschließungsvertrags nach §§ 139, 134 BGB angenommen werden müßte. Es fehlt nämlich ein Interesse der Gemeinschaft daran, Rechtsgeschäften, die unter Verstoß gegen § 129 Abs. 1 BBauG von einer Gemeinde geschlossen worden sind, die Wirksamkeit zu versagen, weil in einem solchen Falle die Gemeinde meist weit mehr als die vom Gesetz vorgesehenen 10 % der Erschließungskosten für die Fertigstellung einer angefangenen Erschließung aufwenden müßte. Den Vorteil hätte nur ein Unternehmer, der gemäß § 123 Abs. 3 BBauG einen gegen § 129 Abs. 1 BBauG verstoßenden Erschließungsvertrag mit einer Gemeinde abgeschlossen hat.

d) Der Beklagte zu 2 als Unternehmer hatte ein erhebliches Interesse daran, von der Stadt die Genehmigung zur Bebauung des fraglichen Gebiets zu erhalten. Er hat deshalb im Vertrag vom 9. Februar 1968 die gesamten Erschließungskosten übernommen. Selbstverständlich hätte er den Vertrag mit der Stadt auch zu der ihm günstigeren Bedingung, daß diese 10 % der Erschließungskosten getragen hätte, wie es § 129 BBauG vorschreibt, abgeschlossen.

3. Diese Auslegung der Vereinbarung des Beklagten zu 2 mit der Stadt entspricht im Ergebnis auch der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte. Die Frage, ob die Selbstbeteiligung einer Gemeinde auch dann geleistet werden muß, wenn diese durch Vertrag die Erschließung eines Baugeländes auf einen Dritten übertragen hat (§ 123 Abs. 3 BBauG), war lange Zeit im Verwaltungsrecht umstritten. Sie wurde erst durch die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. April 1969 = BVerwGE 32, 37 = NJW 1969, 2162, 2163 = DVBl 1969, 699 endgültig geklärt (so BVerwG NJW 1972, 1588, 1589 und 1973, 1713; OVG Münster DVBl 1970, 840; OLG Celle DVBl 1970, 841). Das Bundesverwaltungsgericht (NJW 1972 aaO) ging dabei ohne weiteres von der Wirksamkeit eines unter Ausschluß der Kostenbeteiligung nach § 129 Abs. 1 BBauG von einer Gemeinde abgeschlossenen Erschließungsvertrages aus. Es hat eine Stundung zugunsten der betroffenen Gemeinden nach Treu und Glauben angenommen für diejenigen Fälle, in denen die Gemeinden in einer Zeit, als die Rechtslage noch nicht geklärt war, einen Vertrag ohne 10 % Selbstbeteiligung über Erschließungsleistungen abgeschlossen hatten und nach Fertigstellung der Erschließungsarbeiten

sich infolge der Klärung der Rechtslage plötzlich einer hohen Forderung der Erschließungsunternehmer gegenübersehen, für die Mittel nicht zurückgestellt waren.

4. Die auf dem Gesetz beruhende Verpflichtung der Stadt, einen Erschließungskostenbeitrag von 10 % zu leisten, führt demnach dazu, daß nur der Ausschluß der Selbstbeteiligung der Stadt im Erschließungsvertrag vom 9. Februar 1968 nichtig, der Vertrag im übrigen aber wirksam ist (§ 139 BGB). Die Stadt mußte lediglich zusätzlich ihre Kostenbeteiligung zu den Erschließungsmaßnahmen leisten.

II. 1. Die Revision stellt weiter zur Nachprüfung, ob die Hauptverbindlichkeit des Beklagten zu 2 deswegen nicht bestanden habe, weil in dem Erschließungsvertrag auch eine Verpflichtung für ihn enthalten war, ein Grundstück zur Anlegung eines Spielplatzes auf die Stadt zu übertragen, der Vertrag vom 9. Februar 1968 aber nicht notariell beurkundet worden war (§ 313 Satz 1 BGB).

2. a) Daß die Formvorschrift des § 313 BGB auch für Erschließungsverträge nach § 123 BBauG gilt, wenn in ihnen Verpflichtungen zur Übertragung von Grundstücken enthalten sind, ist bereits in dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 5. Mai 1972 - V ZR 63/70 = BGHZ 58, 386 klargestellt.

b) Unstreitig ist hier die Fläche für den Spielplatz an die Stadt aufgelassen worden und die Stadt jetzt schon im Grundbuch als Eigentümerin für dieses

Grundstück eingetragen. Damit aber ist der Vertrag nach § 313 Satz 2 BGB seinem ganzen Inhalt nach gültig geworden.

III. 1. Das Berufungsgericht hat festgestellt, die Bürgschaftsverpflichtung der Klägerin gegenüber der Stadt sei nicht bereits vor dem Jahre 1971 dadurch erloschen, daß der Beklagte zu 2 Erschließungsmaßnahmen im Wert von 660 000 DM ausgeführt hat; denn die Klägerin habe sich in der Bürgschaftsurkunde vom 18. September 1967 für alle Ansprüche der Stadt gegen den Beklagten zu 2 bis zu einem Höchstbetrage von 660 000 DM verbürgt und nicht nur eine Teilbürgschaft für einen abgegrenzten Teil der von dem Beklagten zu 2 zu erbringenden Leistungen übernommen.

2. Zu Unrecht rügt die Revision des Zweitbeklagten, das Berufungsgericht habe hier den ihm unterbreiteten Sachvortrag nicht voll ausgeschöpft und allgemeine Auslegungsgrundsätze außer acht gelassen. Die Revision versucht in diesem Zusammenhang vergeblich, ihre rechtliche Würdigung der Tatsachen an die Stelle derjenigen des Tatrichters zu setzen. Diese ist möglich und aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

a) Das Berufungsgericht ist bei seiner Auslegung der von der Klägerin ausgestellten Bürgschaftsurkunde von deren Wortlaut ausgegangen. Es hat nicht verkannt, daß nach dem Wortlaut von § 3 des Erschließungsvertrages die Annahme einer Teilbürgschaft beschränkt auf ein bestimmtes Bauvolumen vertretbar wäre. Es hat aber diese von der Revision vertretene Auslegung deshalb abgelehnt,

weil die Stadt durch die Bürgschaft stets voll gegen eine Nichtbeendigung der Erschließungsarbeiten seitens des Beklagten zu 2 abgesichert sein wollte. Die Stadt hätte hierfür sogar eine weitere, die Sicherheit erhöhende Bürgschaft vom Beklagten zu 2 verlangen können. Das Berufungsgericht hat in seine Erwägungen einbezogen, daß die Klägerin durch Hinterlegung der Bürgschaftssumme ihre Verpflichtung hätte eingrenzen können, weil die Stadt dann nach dem Baufortschritt Teilbeträge hätte freigeben müssen. Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang jedoch darauf hingewiesen, daß die Stadt dann vom Beklagten zu 2 die Erfüllung seiner Verpflichtung zur Beibringung weiterer Bürgschaften bei drohender Kostenüberschreitung hätte verlangen können. Die Auslegung, die das Berufungsgericht der Bürgschaftserklärung der Klägerin gegeben hat, ist also nach dem Sachverhalt möglich, wenn nicht sogar naheliegend.

b) Ohne Erfolg verweist die Revision schließlich darauf, daß die Klägerin noch in ihrem Schreiben vom 6. Mai 1970 gegenüber der Stadt die gleiche Auffassung zur Wirksamkeit ihrer Bürgschaft, wie sie jetzt der Beklagte zu 2 geltend macht, vertreten hat, daß nämlich ihre Bürgschaftsverpflichtung in Höhe der vom Beklagten zu 2 tatsächlich erbrachten Erschließungsleistungen erloschen sei.

Es trifft zwar zu, daß die Klägerin diesen Standpunkt früher gegenüber der Stadt eingenommen hat, was Anlaß zur Klage der Stadt gegen sie im Oktober 1970 war. Als dann aber der Beklagte zu 2 in dem damaligen Rechtsstreit gemäß Beschluß vom 1. April 1971 auf den Antrag

der Stadt hin als Zeuge vernommen werden sollte, ließ er am 14. April 1971 durch seine Anwälte dem Gericht und den Parteien mitteilen, daß nach seinen Verhandlungen mit der Stadt auch alle zukünftigen Ansprüche gegen ihn wegen Nichterfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Erschließungsvertrag von der Bürgschaft der Klägerin vom 18. September 1967 erfaßt sein sollten, weshalb in der Bürgschaftsurkunde die Worte "(Ansprüche die der Stadt aus Erschließungsmaßnahmen zustehen) oder noch erwachsen werden" nicht gestrichen worden seien. Auf diese im Auftrag des Beklagten zu 2 damals abgegebene Erklärung hin hat die Klägerin dann ihre Verteidigung gegen den Anspruch der Stadt aufgegeben und als Bürgin bezahlt. Wenn der Beklagte zu 2 sich jetzt im Rückgriffsprozeß die frühere Rechtsmeinung der Klägerin zueigen macht und den Sinn seiner damaligen Verhandlungen mit der Stadt, die zum Erschließungsvertrag führten, nicht mehr erwähnt, dann kann ihm die Klägerin insoweit den Einwand unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) entgegenhalten.

3. a) Die Revisionsrüge wegen der Überzahlung in Höhe von 8 103,05 DM, die die Klägerin als Folge der zunächst nicht berücksichtigten Kostenbeteiligung der Stadt (§ 129 Abs. 1 BBauG) geleistet hat, hat dadurch ihre Erledigung gefunden, daß dieser Betrag nach dem unwidersprochenen Vortrag der Stadt in der Revisionsverhandlung an die Klägerin zurückbezahlt worden ist. Insoweit war der Ausspruch des angefochtenen Urteils zu berichtigen.

b) Daß der Bankauftrag zur Zahlung aus der Bürgschaft vom Beklagten zu 2 widerrufen worden sei, ist in den Tatsacheninstanzen nicht

behauptet worden. Das Berufungsgericht hat sich hiermit zu Recht nicht auseinandergesetzt.

C) Zur Revision des Beklagten zu 1:

I. Wie oben unter B) I. bis III. ausgeführt wurde, ist die Feststellung des Berufungsgerichts, die Hauptschuld des Beklagten zu 2 gegenüber der Stadt sei zur Zeit der Inanspruchnahme der Klägerin als Bürgin nicht erloschen gewesen, rechtsfehlerfrei getroffen. Das muß auch der Beklagte zu 1 gegen sich gelten lassen.

II. Das Berufungsgericht hat aufgrund des Wortlauts der Bürgschaftsurkunde vom 15. Oktober 1969 und des Ergebnisses der Beweisaufnahme die Feststellung getroffen, daß der Beklagte zu 1 aus seiner Bürgschaft in voller Höhe haftet; denn mit seiner Bürgschaft hätten die gesamten Kosten der Erschließung abgedeckt werden sollen, von denen allerdings von allen Beteiligten damals angenommen worden sei, sie würden 660 000 DM nicht übersteigen.

Diese auf tatrichterlichem Gebiet liegende Feststellung greift die Revision vergeblich mit der Behauptung an, das Risiko des Beklagten zu 1 als Rückbürge sei auch ohne besondere Abrede infolge der übereinstimmenden Erwartung der Parteien über die Höhe der Erschließungskosten auf den angegebenen Betrag beschränkt gewesen. Mit der Erbringung von Leistungen in dieser Höhe durch den Beklagten zu 2 sei daher seine Bürgschaftsverpflichtung erloschen.

Die Auslegung, die das Berufungsgericht der Bürgschaft des Beklagten zu 1 gegeben hat, entspricht dem Wortlaut der Bürgschaftsurkunde und wird durch den festgestellten Zweck der Bürgschaftsstellung des Beklagten zu 1 nahegelegt. Das Berufungsgericht hat dabei keinen Sachvortrag außer acht gelassen. Es mag der Wille des Beklagten zu 1 gewesen sein, daß er durch die Leistungen des Beklagten zu 2 in Höhe von 660 000 DM von der Bürgschaft frei werden sollte. Die Klägerin dagegen erstrebte eine Absicherung gegen ihre Inanspruchnahme als Bürgin gegenüber der Stadt durch die Bürgschaft des Beklagten zu 1. Wie oben unter B) dargelegt wurde, mußte die Klägerin tatsächlich als Bürgin an die Stadt bezahlen. Damit ist der Fall, für den sie die Bürgschaft des Beklagten zu 1 verlangt hatte, eingetreten.

III. Die Revision des Beklagten zu 1 hat auch damit keinen Erfolg, daß sie sich auf ein Verschulden der Klägerin beim Abschluß des Bürgschaftsvertrags mit dem Beklagten zu 1 beruft.

1. Zwar braucht der Gläubiger einen Bürgen grundsätzlich nicht über den Umfang des Bürgschaftsrisikos unterrichten. Er darf ihn aber insoweit auch nicht irreführen (Senatsurteile vom 29. Juni 1966 - VIII ZR 84/64 = WM 1966, 944, 945; vom 28. Februar 1968 - VIII ZR 210/65 = NJW 1968, 986, 987). Das Berufungsgericht hat in Würdigung der Beweisaufnahme die Feststellung getroffen, daß der Beklagte zu 1 hier nicht über den Umfang seines Bürgschaftsrisikos von der Klägerin getäuscht worden ist. Es hat in diesem Zusammenhang auch die Aussage des Zeugen R. [REDACTED] eingehend gewürdigt. Wenn es den Umstand, daß die Klägerin damals

selbst an ein teilweises Erlöschen ihrer Bürgschaft geglaubt hat, in Beziehung gesetzt hat zu der Feststellung, daß die Klägerin mit der Bürgschaft des Beklagten zu 1 die gesamten Kosten der Erschließung habe abdecken wollen, und wenn es danach eine Irreführung des Beklagten zu 1 verneint hat, dann liegt dieser Schluß im Bereich der tatrichterlichen Würdigung und ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Klägerin mußte aufgrund des Schriftsatzes der Anwälte des Beklagten zu 2 in ihrem Rechtsstreit gegen die Stadt ihre Rechtsansicht über die Wirkung ihrer eigenen Bürgschaft revidieren. Gerade in diesem Fall kam aber die Bürgschaft des Beklagten zu 1 zum Tragen, mit der die gesamten Erschließungskosten abgedeckt werden sollten. Bei dieser Sachlage kann sich der Beklagte zu 1 gegenüber der Klägerin auch nicht auf den Arglisteinwand berufen.

IV. Rechtlich einwandfrei ist auch die Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Beklagte zu 1 für sämtliche Ersatzansprüche der Klägerin gegen den Beklagten zu 2, also auch für Zinsen und Kosten aus seiner Bürgschaft haftet. Das Berufungsgericht hat dahingestellt sein lassen, ob die Bürgschaft des Beklagten zu 1 als Rückbürgschaft zur Sicherung des Ersatzanspruchs der Klägerin oder als gewöhnliche Bürgschaft anzusehen ist, weil sie in jedem Falle zur Sicherung aller Ansprüche der Klägerin aus ihrer Bürgschaft gegen den Beklagten zu 2 diene.

Die Revision begibt sich mit dem Versuch, diese mögliche Würdigung der Bürgschaftserklärung des Beklagten zu 1 in eine Rückbürgschaft, beschränkt auf die Rückgriffsansprüche (§ 774 BGB) der Klägerin gegen den Beklagten zu 2,

umzudeuten, auf das Gebiet der tatrichterlichen Würdigung einer Individualvereinbarung, das ihr verschlossen ist. Das gilt auch von dem Einwand der Revision, die Klägerin und der Beklagte zu 1 hätten für die Bürgschaftsurkunde ein Formular verwendet, das nach ihrer Ansicht beim Abschluß des Bürgschaftsvertrags eigentlich nicht für eine Bürgschaft für Erschließungskosten passend gewesen sei.

D) Da die Rechtsmittel sämtlicher Parteien erfolglos geblieben sind, waren die Kosten des Revisionsverfahrens gemäß §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1, 101 ZPO zu verteilen.

Dr. Haidinger

Claßen

Dr. Hiddemann

Wolf

Merz