
Datum: 17.07.2003
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 115/02
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2003:0717.21U115.02.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 17 O 112/02

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 23.08.2002 verkündete Urteil der 17. Zivilkammer des Landgerichts Essen wird kostenpflichtig und vorläufig vollstreckbar zurückgewiesen.

Der Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

1

A.

2

Wegen der tatsächlichen Feststellungen wird auf das landgerichtliche Urteil Bezug genommen. Der Sachverhalt stellt sich nunmehr wie folgt dar:

3

Die Firma Q1 Q mbH, deren alleiniger geschäftsführender Gesellschafter der Kläger ist, betreibt in L/L1/L2, L3 ein Bauvorhaben, das unter der Kurzbezeichnung Q1 zwischen den Parteien behandelt wird. Es handelt sich um den Neubau eines Business-Center, dessen Hauptteil ein Büro mit 16 Stockwerken ist. Der Kläger ist Eigentümer des Baugrundstücks. Er

4

verhandelte zunächst persönlich auf der Grundlage des Angebots der Beklagten vom 29.1.2001 über die Vergabe der Rohbauarbeiten zu diesem Objekt. Am 10.5.2001 fanden ausführliche Vertragsverhandlungen statt. Zu diesem Zeitpunkt war die Q1 Q mbH bereits gegründet, sie wurde aber erst am 29.5.2001 ins Handelsregister eingetragen.

Die Q1 Q mbH beauftragte dann die Beklagte mit Vertrag vom 12.07.2001 mit den Betonrohbauarbeiten für dieses Objekt. Allein für den Bauteil A beträgt die Auftragssumme mehr als 11 Millionen DM. In Ziffer 6.2 des Vertrages wurde vereinbart, daß die Q1 Q mbH dem Beklagten als Sicherheitsleistung gem. § 648 a BGB eine dieser Vorschrift entsprechende Bürgschaft in Höhe von 10 % der Bruttoauftragssumme zur Verfügung stellt und zwar binnen 2 Wochen nach schriftlicher Auftragserteilung. Die Bürgschaft sollte von einer Deutschen Großbank oder Sparkasse, Volks- oder Raiffeisenbank beigebracht werden.

5

Nachdem die Beklagte mit den Arbeiten begonnen hatte, kam es zu Streitigkeiten über weitere Abschlagszahlungen. Mit Schreiben vom 02.01.2002 wies die Beklagte deshalb die Q1 Q mbH daraufhin, daß sie an ihrem Sicherungsverlangen nach § 648 a BGB festhalte und demgemäß die Übergabe einer entsprechenden Bürgschaft über 1 Millionen € bis zum 10.01.2002 erwarte. Diese Aufforderung wiederholte sie mit Schreiben vom 07.01.2002. Der Prozeßbevollmächtigte des Klägers erster Instanz übersandte mit Schreiben vom 10.01.2002 vorab per Telefax eine Bürgschaft der Kreissparkasse in T2 und der Deutschen Bank in L über je 500.000,00 €. In den Bürgschaften wurde als Auftraggeber des Werkvertrages vom 12.07.2001 betreffend das Bauvorhaben Q1 in L der Kläger persönlich bezeichnet.

6

Die Beklagte antwortete darauf mit Schreiben vom 10.01.2002 wie folgt:

7

"..... bezugnehmend auf ihr oben genanntes Telefaxschreiben und die mit diesem übersandten Bürgschaftserklärungen teilen wir mit, daß wir ein auf § 648 a BGB gestütztes Leistungsverweigerungsrecht augenblicklich nicht ausüben werden.

8

Dies gilt allerdings nur, soweit uns der Hauptschuldner aus den übersandten Bürgschaftsurkunden schriftlich und unwiderruflich erklärt, daß er sich verpflichtet, Ansprüche aus dem Werkvertrag vom 12.07.2001 gegenüber dem Bürgen anzuerkennen, wenn und soweit sie von dem Besteller dieses Werkvertrages anerkannt oder gegen diesen vorläufig vollstreckbar ausgeurteilt sind. Diese Erklärung gilt mit Übersendung der Originalbürgschaftsurkunden als abgegeben."

9

Der Prozeßbevollmächtigte des Klägers übersandte daraufhin die Originalurkunden an die Beklagte. Mit Schreiben vom 22.01.2002 wandte sich die Beklagte erneut an die Q1 Q mbH und teilte mit, daß sie nach nochmaliger Überprüfung der Bürgschaften und der Ausführungen in dem Begleitschreiben festgestellt habe, daß eine dem § 648 a BGB entsprechende Sicherheit von der Q1 Q mbH noch nicht gestellt sei und setzte dafür eine letzte Nachfrist bis zum 25.01.2002. Mit anwaltlichem Schreiben vom 25.01.2002 übersandte der Klägervertreter eine weitere Bürgschaft der Kreissparkasse T2 über 500.000,- € an die Beklagte, die diesmal die Q1 Q mbH als Hauptschuldnerin bezeichnete. Mit Schreiben vom 28.02.2002 erhielt die Beklagte außerdem eine weitere Bürgschaft der Deutschen Bank L über 500.000,- €, die ebenfalls die Q1 Q mbH als Hauptschuldnerin bezeichnete.

10

Der Kläger forderte die Beklagte danach mehrfach erfolglos auf, ihm die Bürgschaftsurkunden, die ihn persönlich als Hauptschuldner auswiesen, zurückzusenden.

11

Der Kläger hat erstinstanzlich behauptet, er sei nach rechtlicher Beratung nicht bereit gewesen, die von der Beklagten im Schreiben vom 10.1.2002 verlangten Zusatzerklärungen

12

abzugeben. Sein Prozeßbevollmächtigter habe sich aufgrund des Telefaxes der Beklagten vom 22.01.2002 telefonisch mit dem zuständigen Mitarbeiter der Rechtsabteilung der Beklagten, Herrn D, in Verbindung gesetzt und ihn darüber informiert, daß in Folge eines Versehens die Bürgschaften fälschlich auf den Kläger ausgestellt worden seien. Es sei jedoch nicht beabsichtigt, den von der Beklagten im Schreiben vom 10.01.2002 vorgeschlagenen Weg zu gehen, sondern stattdessen die Bürgschaft auszutauschen. Statt der Zusatzerklärung sollten Bürgschaftserklärungen beschafft werden, die den richtigen Hauptschuldner, nämlich die Q1 Q mbH, enthielten. Die anderen Urkunden sollten zurückgesandt werden. Damit sei Herr D auch einverstanden gewesen. Über die Bürgschaft der Deutschen Bank sei zwar nicht ausdrücklich gesprochen worden, Herr D habe aber die Rücksendung der Bürgschaft der Kreissparkasse T2 zugesagt.

Er hat die Ansicht vertreten, die übersandten Bürgschaftsurkunden hätten den Sicherungszweck nicht erfüllen können, weil der in den Urkunden angegebene Bürgschaftsfall, daß nämlich Ansprüche der Beklagten gegenüber dem Kläger aus dem Werkvertrag vom 12.07.2001 zu besichern waren, von vornherein nie habe eintreten können. 13

Der Kläger hat beantragt, 14

die Beklagte zu verurteilen: 15

a) die Originalbürgschaftsurkunde nach § 648 a BGB der KSK T2 vom 16

09.01.2002 bis zu einem Höchstbetrag von 500.000,00 € für die Ansprüche 17

der Beklagten aus dem Werkvertrag vom 12.07.2001, Bauvorhaben: Q1, 18

L3, L/L1-L2 beauftragte Leistung: 19

Errichtung des Rohbaus gegen Herrn I, M-Straße – 91, 20

T2 (Hauptschuldner) 21

und 22

b) Bürgschaftsurkunde der Zahlungsbürgschaft Nr. 410 BG I O 200008 nach 23

§ 648 a BGB der Deutschen Bank Filiale in L vom 08.01.2002 über einen 24

Bürgschaftsbetrag von 500.000,00 € mit folgendem weiteren Inhalt: 25

Auftragnehmer: L2 & Co. GmbH, T-Straße. 13-19, ##### H 26

Auftraggeber: Herr I, M-Straße – 91, ##### T2 27

Werkvertrag vom 12.07.2001, Bauvorhaben: Q1, L4 28

L/L1-L2 29

an den Kläger herauszugeben. 30

hilfsweise: 31

Die Bürgschaftsurkunde zu lit. a) an die KSK T, K, ##### T herauszugeben und 32

die Bürgschaftsurkunde zu lit. b) an die C AG Filiale L,	33
K1, ##### L herauszugeben.	34
Die Beklagte hat beantragt,	35
die Klage abzuweisen.	36
Sie hat die Ansicht vertreten, das Landgericht Essen sei funktionell unzuständig. Der Kläger sei Sollkaufmann. Deshalb sei der Rechtsstreit an die Kammer für Handelssachen zu verweisen. Das Landgericht sei auch örtlich unzuständig. Örtlich zuständig sei immer das Gericht des Bauvorhabens, für das die Bürgschaften gegeben worden seien und damit das LG Köln. Dies sei hier schon deshalb der Fall, weil der Werklohnprozeß dort schon anhängig sei.	37
Die von der Rechtsprechung zu § 648 BGB entwickelten Grundsätze würden sinngemäß auch im Rahmen des § 648 a BGB Anwendung finden. Weil der Kläger selbst Grundstückseigentümer sei, hafte er deshalb für die Werklohnansprüche auch persönlich. Soweit der Kläger persönlich die streitgegenständlichen Bürgschaften zugunsten der Beklagten habe stellen lassen, habe darin eine entsprechende Bürgschafts- bzw. Schuldmitübernahme gelegen.	38
Das Landgericht hat mit dem am 23.08.2002 verkündetem und der Beklagten am 30.09.2002 zugestellten Urteil der Klage stattgegeben. Zur Begründung führt es aus, das Landgericht sei örtlich und funktionell zuständig, weil die Kaufmannseigenschaft des Klägers nicht festgestellt werden könne.	39
Der Anspruch des Klägers sei aus § 812 BGB begründet. Die Beklagte habe die Bürgschaften ohne Rechtsgrund erhalten. Rechtsgrund sei der zwischen der Q1 Q mbH und der Beklagten geschlossene Werkvertrag. Daraus sei aber nur die Q1 Q mbH zur Sicherheitsleistung verpflichtet gewesen. Eine persönliche Haftung des Klägers ergebe sich nicht. Ein Schuldbeitritt sei in der (irrtümlichen ?) Übersendung der Bürgschaftsurkunden nicht zu erkennen. Dies habe auch die Beklagte selbst so gesehen. Die mögliche Unterkapitalisierung der GmbH sei eher ein Problem der bürgenden Banken, als der Beklagten. Da gerade § 648 a BGB die oft unzureichende Sicherung im Rahmen des § 648 BGB verhindern solle, indem Sicherheit von dem Besteller verlangt werden könne, der nicht Grundstückseigentümer ist, stelle sich im Rahmen des § 648 a BGB die Frage, ob sich der Eigentümer wie ein Besteller behandeln lassen müsse, nicht.	40
Mit der am 30.10.2002 bei dem Oberlandesgericht eingegangenen Berufung greift die Beklagte das Urteil mit folgender Begründung an:	41
Das Landgericht habe die Kaufmannseigenschaft des Klägers verkannt. Die Kammer für Handelssachen sei deshalb funktionell zuständig. Die Kaufmannseigenschaft des Klägers ergebe sich daraus, daß er alleiniger geschäftsführender Gesellschafter und Geschäftsführer mehrerer Gesellschaften sei. Daraus ergebe sich ein umfangreiches wirtschaftliches Engagement, das ein kaufmännisch eingerichtetes Sekretariat zur Koordinierung all dieser verschiedenen wirtschaftlichen Tätigkeiten mit entsprechender Buchhaltung erfordere.	42
Entgegen der Ansicht des Landgerichts habe der Kläger die Bürgschaften auch nicht irrtümlich hingegeben. Vielmehr habe er seine persönliche Haftung in den Bürgschaften verbürgen lassen. Sie seien deshalb mit Rechtsgrund hingegeben worden. Durch die	43

Übersendung der Bürgschaften und deren Annahme durch die Beklagte hätten sich die Parteien darauf geeinigt, daß sich der Kläger für die Werklohnforderung mindestens in der Höhe der Bürgschaften verpflichte. Gegen eine irrtümliche Überreichung spreche, dass der Kläger selbst Geschäftsführer dieser Firma sei und auf allen Seiten bestimmend tätig gewesen sei. Zudem seien die Bürgschaften, die von erheblichem wirtschaftlichem Gewicht seien, durch das Büro seines Rechtsanwalts zu einem Zeitpunkt übersandt worden, als die Beklagte mit Arbeitseinstellung gedroht habe.	
Der Kläger hafte auch unter dem Aspekt der Durchgriffshaftung. Dies ergebe sich aus dem erheblichen Mißverhältnis zwischen dem Volumen der wirtschaftlichen Tätigkeit der Q1 Q mbH und deren wirtschaftlicher Grundlage. Die GmbH sei in krasser Weise unterkapitalisiert und deswegen als K2-GmbH anzusehen.	44
Die Beklagte beantragt,	45
das Urteil des Landgerichts Essen abzuändern und die Klage abzuweisen.	46
Der Kläger beantragt,	47
die Berufung zurückzuweisen.	48
Er ist der Ansicht, die von der Beklagten vorgetragene Einigung über seine Mithaftung sei nur eine Fiktion. Denn die Beklagte habe zu keinem Zeitpunkt vor der Übersendung der Bürgschaften von ihm verlangt, dass er sich persönlich für die Werk-lohnforderung mindestens in Höhe der Bürgschaften verpflichte.	49
Es gebe auch keinen Anhaltspunkt dafür, daß seine Wirtschaftskraft persönlich größer sei als die der Q1 Q mbH. Für die Banken sei diese Unterscheidung nicht von Bedeutung gewesen. Dies werde dadurch belegt, daß sie auch für die Q1 Q mbH entsprechende Bürgschaften ausgestellt hätten. Im übrigen wiederholt und vertieft der Kläger sein erstinstanzliches Vorbringen.	50
B.	51
Die Berufung ist unbegründet.	52
I.	53
Die Klage ist zulässig. Soweit die Beklagte die örtliche und funktionelle Zuständigkeit der allgemeinen Zivilkammer des Landgerichts Essen in Abrede stellt, kann dieser Einwand die Berufung nicht rechtfertigen. Die Bejahung der Zuständigkeit durch das Landgericht ist nämlich gemäß § 513 Abs. 2 ZPO der Nachprüfung durch den Senat entzogen.	54
II.	55
Die Klage ist auch begründet. Der Kläger kann – wenn sich nicht sogar aus der Abrede über die Stellung der Bürgschaft ein vertraglicher Rückgabeanspruch herleiten läßt – jedenfalls aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung von der Beklagten die Herausgabe der streitgegenständlichen Bürgschaften verlangen, § 812 Abs. 1 S.1 BGB.	56
1.)	57
	58

Die Beklagte hat durch die Übersendung der Bürgschaftserklärungen der Kreissparkasse T2 und der Deutschen Bank L zumindest Eigentum und Besitz an den nunmehr herausverlangten Bürgschaftsurkunden erlangt. Auch wenn – was noch darzulegen sein wird – durch die Übersendung dieser Urkunden eine wirksame Bürgschaftsverpflichtung nicht begründet worden sein sollte, hat die Beklagte damit eine vorteilhafte Rechtsstellung erlangt, die als Bereicherungsgegenstand im Sinne von § 812 BGB anzusehen ist.

2.) 59

Die Beklagte hat diesen Vermögensvorteil auch auf Kosten und durch Leistung des Klägers erlangt. Zum einen war der Kläger schon deshalb von vorneherein als Leistender anzusehen, weil er in den Bürgschaftsurkunden irrtümlich als Hauptschuldner bezeichnet war und deshalb auch aus Sicht der Beklagten die Annahme nahe lag, dass ihr diese Urkunden in Verkennung der Rechtslage von dem Kläger persönlich zur Verfügung gestellt worden waren. Zum anderen war aus Sicht der Beklagten der Kläger aber jedenfalls von dem Zeitpunkt an als Leistender anzusehen, zu dem nach Auffassung der Beklagten eine persönliche Haftung des Klägers begründet worden war, die durch diese Bürgschaftserklärung abgesichert werden sollte. 60

3.) 61

Die Beklagte hat die Bürgschaftsurkunden der Sparkasse T2 und der Deutschen Bank L ohne Rechtsgrund erlangt. Der Kläger war nicht aus Ziff. 6.2. des Werkvertrages vom 12.7.2001 verpflichtet, die Werklohnansprüche der Beklagten aus diesem Vertrag zu sichern. Diese Verpflichtung bestand vielmehr nur für die Q1 Q mbH als Auftraggeberin. Nur für deren Verbindlichkeit wollten sich die Banken auch verbürgen. Dies ergibt die gemäß den §§ 133, 157 BGB gebotene Auslegung der Bürgschaftsurkunden. Dies zeigt sich darin, dass in den Bürgschaftsurkunden der Auftrag unter Angabe des Datums des Vertragsschlusses und des Vertragsgegenstandes genau bezeichnet wird und die Banken sich hierin ausdrücklich für den Auftraggeber dieses Auftrages verbürgen. Dies haben auch die Parteien so gesehen. Dies zeigt das Schreiben der Beklagten vom 22.1.2002, mit dem ihr Sicherungsbegehren aufrechterhielt, aber auch der daraufhin vom Kläger mit Schreiben vom 25.1.2002 angebotene Austausch der Bürgschaftsurkunden. 62

Entgegen der Ansicht der Beklagten ergibt sich ein Rechtsgrund auch nicht aus einer möglichen Absprache der Parteien, nach der die Bürgschaften eine persönliche Verpflichtung des Klägers gegenüber der Beklagten auf Zahlung des Werklohnes aus dem Werkvertrag vom 12.7.2001 sichern sollten. Damit sollte der Inhalt der Bürgschaften nachträglich wesentlich verändert und ein Austausch des Hauptschuldners vorgenommen werden. Eine solche Absprache konnte aber nicht ohne Beteiligung und Zustimmung der Bürgen getroffen werden. Die Person des Hauptschuldners ist für den Bürgen von entscheidender Bedeutung. Von dessen persönlichen Verhältnissen wird das Bürgschaftsrisiko weitgehend bestimmt. Bei Berücksichtigung der schutzwürdigen Belange der Bürgen kann sein Austausch daher nur mit Zustimmung des Bürgen erfolgen. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung dieser Frage, hat der Senat die Revision zugelassen. 63

4.) 64

Da die Bürgschaften deshalb ohne Rechtsgrund hingegeben wurden, konnte der Kläger deren Herausgabe verlangen. Ein schutzwürdiges Interesse der Beklagten an den Urkunden besteht nicht mehr. Der Kläger dagegen ist den Banken zur Rückgabe der Urkunden verpflichtet, um weitere Avalkosten und eine Inanspruchnahme der Banken zu vermeiden. 65

