
Datum: 16.01.2002
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 13. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 13 U 52/01
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2002:0116.13U52.01.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 32 O 131/00

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 32. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 26. Januar 2001 - 32 O 131/00 - wird zurückgewiesen. Von den Kosten der Berufung haben die Beklagte 77% und der Kläger 23% zu tragen. Die durch die Streithilfe entstandenen Kosten tragen die Streithelfer selbst. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Entscheidungsgründe

1

Das Landgericht hat die beklagte Bank mit Recht als verpflichtet angesehen, die Belastung des Klägers mit dem von ihr auf erstes Anfordern der Streithelfer als Bürgin geleisteten Betrag rückgängig zu machen. Die Beklagte hat sich zwar den Streithelfern gegenüber wirksam "auf erstes Anfordern" verbürgt. Da sie damit jedoch eigenmächtig von dem lediglich auf Herausgabe einer gewöhnlichen selbstschuldnerischen Bürgschaft gerichteten Auftrag des Klägers abgewichen ist, kann der Kläger sich gegenüber dem Aufwendungsersatzanspruch der Beklagten mit allen Einwendungen verteidigen, die ihm gegen die Hauptforderung der Streithelfer aus dem zum 30.04.2000 beendeten Mietverhältnis zustehen. Das stellt die Beklagte im Anschluss an das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 10.02.2000 - IX ZR 397/98 - (BGHZ 143, 381 = NJW 2000, 1563) auch nicht in Frage. Entgegen der Rechtsansicht der Berufung folgt aus den dortigen Ausführungen des Bundesgerichtshofs zum Rückgriffsanspruch des Bürgen gegen den Hauptschuldner (unter III. 2. d) der Entscheidungsgründe; Horn/Wackerbarth, WuB I F 1 a. - 15.00, sehen mit Recht in diesen Ausführungen die eigentliche Bedeutung des Urteils), dass die Beklagte den Kläger im Rückgriff erst belasten darf, wenn und soweit "sich der Anspruch aus der Bürgschaft im Endergebnis ebenfalls als begründet erweist". Solange nicht feststeht, dass die Beklagte vom

2

Kläger Erstattung ihrer Auslagen verlangen darf, ist sie auch nicht berechtigt, sein Konto mit dem Betrag des vermeintlichen Erstattungsanspruchs zu belasten und ihn so an der Verfügung hierüber zu hindern. Angesichts der Weigerung der Beklagten, die Belastungsbuchung rückgängig zu machen, hat das Landgericht dem Zahlungsantrag des Klägers mit Recht stattgegeben.

1. Die vom Landgericht ausgesprochene Zahlungsverurteilung der Beklagten ist sowohl in der Hauptsache als auch im Zinsausspruch bedenkenfrei. Anstelle der bloßen Rückbuchung eines dem Kontoinhaber zu Unrecht belasteten Betrages kann der Kunde gemäß §§ 667, 675 Abs.1 BGB oder gemäß §§ 700 Abs.1, 607 Abs.1 BGB auch sogleich Auszahlung des rückzubuchenden Betrages verlangen, sofern ihm ein solcher Zahlungsanspruch ohne die rechtsgrundlose Abbuchung zugestanden hätte (BGH NJW 1993, 735, 737; NJW 2001, 286). Der Zahlungsanspruch schließt insoweit den Berichtigungsanspruch mit ein. Eine unrechtmäßig erfolgte Belastungsbuchung bewirkt zwar keine materiell-rechtliche Veränderung des Forderungsbestandes im Rahmen des bankvertraglichen Verhältnisses zwischen dem Kunden und der Bank. Dieser Einwand der Berufung ist jedoch ohne Belang. Zum einen ist ein weitergehender, über die Auszahlung des Belastungsbetrages nebst Verzugszinsen in gesetzlicher Höhe (§ 288 Abs.1 n.F. BGB) hinausgehender Schaden nicht Gegenstand der Klage. Zum anderen liegt darin, dass der Kontoinhaber durch die zu Unrecht erfolgte Belastung des Kontos tatsächlich an einer Verfügung über seine entsprechende Guthabensforderung gehindert ist, ein auf der Belastungsbuchung beruhender vermögensrechtlicher Nachteil, der als wirtschaftlicher Schaden zu qualifizieren ist (BGH NJW 1994, 2357, 2359). Dass der gegen einen Dritten gerichtete Schadensersatzanspruch wegen einer unrichtigen Belastungsbuchung (z.B. BGH, NJW 2001, 2629 - gegen den Scheckfälscher; BGH, NJW 2001, 3183 - gegen den Anweisenden) nicht durch Zahlung an den Kontoinhaber, sondern durch Herbeiführung der Kontoberichtigung, etwa mittels Zahlung des entsprechenden Betrages an die Bank, zu erfüllen ist, besagt nichts gegen ein mit dem Berichtigungsanspruch verbundenes Auszahlungsverlangen des Kontoinhabers gegen die Bank, wenn dem Kontoinhaber ein solcher Zahlungsanspruch ohne die unrechtmäßige Abbuchung zugestanden hätte. Umstände, die einem Auszahlungsanspruch des Klägers entgegenstehen könnten, führt auch die Berufung nicht an. Vielmehr erklärt sich die Beklagte - die auch in erster Instanz nicht beanstandet hat, dass der Kläger in Verfolgung seines Berichtigungsverlangens zugleich die Auszahlung des Belastungsbetrages beantragt hat - "formal mit einer Klage auf Zahlung einverstanden, soweit ein solcher Anspruch überhaupt besteht" (Seite 5/6 der Berufungsbegründung), und wendet sich mit ihrer Rüge im Ergebnis nur noch dagegen, dass das Landgericht dem Zinsanspruch aus dem Gesichtspunkt des Verzuges bereits zu einem knapp zwei Monate vor Rechtshängigkeit liegenden Zeitpunkt stattgegeben hat.
2. Zutreffend hat das Landgericht entschieden, dass der streitgegenständliche Betrag bis zur Klärung der Frage, ob der von den Streithelfern der Beklagten gegen den Kläger erhobene Anspruch auf einen Mietausfallschaden in Höhe von 44.499,60 DM (für die Monate Mai und Juni 2000) berechtigt ist oder nicht, im Vermögen des Klägers zu verbleiben hat.
1. Die Beklagte hat sich auftragswidrig anstelle einer gewöhnlichen selbstschuldnerischen Bürgschaft, wie sie im Mietvertrag zwischen dem Kläger und den Streithelfern vorgesehen war, diesen gegenüber "auf erstes Anfordern" verbürgt. Die von dem Prozessbevollmächtigten der Streithelfer der Beklagten in der Berufungsverhandlung vertretene Ansicht, die Kautionsvereinbarung in § 6 des Mietvertrages (*"Die Wirksamkeit des Vertrages hängt davon ab, daß der Mieter zur Sicherung aller Ansprüche aus diesem Vertrag eine unbefristete selbstschuldnerische Bankbürgschaft einer deutschen Großbank in Höhe*

von 18 Monatsmieten netto = 270.000,00 DM gestellt hat") sei wegen der Exterritorialität des Klägers im Sinne einer Bürgschaft auf erstes Anfordern zu verstehen, entbehrt jeglicher Substanz. Wenn es bei der Vermietung von Gebäuden an ausländische Staaten zum Betrieb einer Botschaft allgemein üblich sein soll, Kautionsbürgschaften als Bürgschaften auf erstes Anfordern zu vereinbaren, müssen sich die Streithelfer um so mehr daran festhalten lassen, dass dies hier nicht geschehen ist - mag der Vertragsentwurf von ihnen vorformuliert und im Sinne des § 1 Abs.1 AGBG "gestellt" worden oder, wie sie geltend machen, Punkt für Punkt ausgehandelt worden sein. Jedenfalls konnte und durfte die Beklagte den Auftrag des Klägers, den Streithelfern eine Bürgschaft nach Maßgabe des § 6 des Mietvertrages zu erteilen, nicht ohne weiteres im Sinne einer Bürgschaft auf erstes Anfordern verstehen. So hat die Beklagte denn auch bereits in erster Instanz unstreitig gestellt, "daß sie entgegen der vertraglichen Abrede zwischen Hauptschuldner und Gläubigern eine sogenannte Bürgschaft auf erstes Anfordern herausgereicht hat" (Seite 1 des Schriftsatzes vom 09.12.2000). Damit setzen sich die Streithelfer in unzulässiger Weise in Widerspruch.

2. Das auftragswidrige Verhalten der Beklagten hat zur Folge, dass ihr ein Aufwendungsersatzanspruch gegen den Kläger gemäß §§ 670, 675 Abs.1 BGB wie auch ein Rückgriffsanspruch aus übergegangenem Recht der Vermieter gemäß § 774 Abs.1 BGB nicht bereits aufgrund der "auf erstes Anfordern" erbrachten Bürgschaftsleistung, sondern erst dann zusteht, wenn und soweit die Berechtigung des Anspruchs, für den die Bürgschaft in Anspruch genommen worden ist, feststeht. Die Beklagte versucht erfolglos, diese Rechtsfolge zu unterlaufen und den Rechtsstreit um die Berechtigung der Mietausfallforderung "im Geld" zu führen. Damit nimmt sie dem Kläger zu Unrecht den Liquiditätsvorteil, der ihm bei einer gewöhnlichen selbstschuldnerischen Bürgschaft der Beklagten verblieben wäre. Dann wäre der Kläger in der Lage, den Streit über den materiellen Bürgschaftsfall "im Geld" zu führen. Die Beklagte hätte dann nämlich auf die Anforderung der Vermieter im Hinblick auf die von dem Kläger erhobenen Einwendungen nicht gezahlt, wie sich unmissverständlich aus der Vorkorrespondenz ergibt. Die Beklagte sah sich hiernach erklärtermaßen nicht in der Lage, auf der Grundlage der kontroversen Stellungnahmen des Klägers einerseits und der Vermieter andererseits die Begründetheit oder Unbegründetheit des geltend gemachten Mietausfallschadens festzustellen, und war daher unbeschadet der Tatsache, dass sie sich aufgrund ihrer Bürgschaft auf erstes Anfordern gehalten sah, der jedenfalls nicht offensichtlich rechtsmissbräuchlichen Zahlungsanforderung der Vermieter nachzukommen, weiterhin bemüht, den Streit über den materiellen Bürgschaftsfall zwischen dem Kläger und dessen Vermietern austragen zu lassen. Da die Beklagte den Kläger so zu stellen hat, wie er bei einer gewöhnlichen Bürgschaft stünde, ist die Beklagte bis zu dieser Klärung dem Kläger zur Rückbuchung und Auszahlung des Belastungsbetrages verpflichtet.
1. Der mit der Berufung unternommene Versuch der Beklagten, diese Klärung im Wege der 5
Hilfswiderklage im vorliegenden Rechtsstreit herbeizuführen, bleibt ebenfalls erfolglos.
1. Zunächst stellt sich bereits die Frage, ob sich die Beklagte nicht schon deshalb auf einen 6
selbständigen Rückforderungsprozess verweisen lassen muss, weil sonst doch wieder verhindert würde, dass der Kläger den Streit über den materiellen Bürgschaftsfall "im Geld" führen kann. Er könnte dann zwar aus dem vorläufig vollstreckbaren Urteil über seine Klage vollstrecken, müsste hierzu aber bis zur Entscheidung über die Widerklage die angeordnete Sicherheitsleistung aufbringen. Damit würde weiterhin "Liquidität" des Klägers gebunden und damit der Sinn und Zweck der Klage unterlaufen. Die Widerklage könnte daher schon wegen verfahrensrechtlicher Unvereinbarkeit mit dem Zweck der vorliegenden Klage als grundsätzlich unstatthaft anzusehen sein. Das entspricht sinngemäß den Erwägungen, aus denen der Bundesgerichtshof dem im Urkundenprozess verklagten Bürgen, der sich auf

erstes Anfordern verpflichtet hat, die Erhebung seiner Einwendungen aus dem Hauptschuldverhältnis im Nachverfahren versagt (z.B. NJW 1994, 380; NJW 1997, 225) und das Urkundsverfahren für den Rückforderungsprozess als jedenfalls in der Regel unstatthaft ansieht (NJW 2001, 3549 = BKR 2001, 87). Die Berufung sieht sich durch den Gedankengang des angefochtenen Urteils nicht zu Unrecht daran erinnert, dass gegenüber Besitzschutzansprüchen aus §§ 861, 862 BGB Einwendungen aus (besserem) materiellem Recht grundsätzlich ausgeschlossen sind (§§ 863, 864 BGB), um dem Besitzer eine rasche Wiederherstellung seines durch verbotene Eigenmacht beeinträchtigten Besitzstandes zu ermöglichen. Ergänzend sei auf die Rechtsprechung des BGH (NJW 1997, 2601) zum Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs.2 ZPO hingewiesen. Danach kann derjenige, der aufgrund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils in Anspruch genommen worden ist, seine Leistung zur Abwehr der Vollstreckung nach ebenfalls vorläufiger Aufhebung des Titels sogleich erstattet verlangen; sein hierauf gerichteter Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs.2 ZPO entfällt erst, wenn und soweit dem Gläubiger die ursprünglich titulierte Forderung erneut - und zwar rechtskräftig - zuerkannt wird.

2. Es wäre jedenfalls nicht sachdienlich, die Hilfswiderklage gegen den erklärten Widerspruch des Klägers zuzulassen, wenn dies dazu führen würde, dass die von der Beklagten für erforderlich gehaltene umfassende Sachaufklärung im Streit um den Mietausfallschaden vollständig in die Berufungsinstanz verlagert würde. Bisher ist ein Mietausfallschaden der Streithelfer von diesen und von der Beklagten allerdings nicht einmal schlüssig dargetan. Zur Darlegung eines Mietausfallschadens wegen nicht vertragsgemäßer Rückgabe des Mietobjekts genügt es nicht, die Notwendigkeit umfangreicher Renovierungs- und Instandsetzungsarbeiten aufzuzeigen, die eine Weitervermietung frühestens zwei Monate nach Rückgabe der Mietsache ermöglicht hätten. Dem Vorbringen der Beklagten und ihrer Streithelfer lässt sich bisher nichts dazu entnehmen, ob, zu welchem vorgesehenen Mietbeginn und zu welchem Mietpreis die Streithelfer im Anschluss an die Beendigung des Mietvertrages mit dem Kläger und der Rückgabe des Mietobjekts hierfür bereits einen Nachfolgemietler oder zumindest einen konkreten Mietinteressenten hatten, der etwa wegen der gerügten Mängel von einer Anmietung Abstand genommen oder das Objekt deshalb erst zu einem späteren Zeitpunkt angemietet hat. Da den Vermietern bei einem Objekt der vorliegenden Art - auch unter Berücksichtigung der besonderen Marktlage in Berlin - nicht ohne weiteres eine Beweiserleichterung nach § 252 BGB zugebilligt werden kann, müsste der Beklagten und ihren Streithelfern gemäß §§ 139, 278 Abs.3 ZPO Gelegenheit gegeben werden, den hier angesprochenen Schlüssigkeitsanforderungen durch Ergänzung ihres Vorbringens Rechnung zu tragen. Angesichts der Tatsache, dass der Streit um den Mietausfallschaden bisher nicht einmal in einer Weise aufbereitet ist, die eine sachgemäße Beurteilung des Umfangs einer etwa erforderlichen Beweisaufnahme ermöglicht, kann es daher auch nicht als sachdienlich angesehen werden, die Hilfswiderklage gegen den Widerspruch des Klägers zuzulassen (§ 530 Abs.1 ZPO).

1. In den Gründen des angefochtenen Urteils kommt entgegen der Ansicht der Berufung mit 7 hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck, dass es bei der der Klage stattgebenden Verurteilung nur darum geht, die eigenmächtige Durchsetzung eines möglichen Aufwendungsersatzanspruches der Beklagten vor der Klärung seiner Berechtigung zu korrigieren, nicht jedoch, der Beklagten eine Klärung dieses Anspruchs abzuschneiden. Im Urteilstenor braucht dies keinen gesonderten Ausdruck zu finden.
2. Nach alledem hat es bei dem angefochtenen Urteil zu verbleiben.

Bei der Kostenentscheidung ist die zeitweilige Erhöhung des Streitwerts der Berufung durch die vom Kläger am 04.12.2001 bei Gericht eingereichte und in der Berufungsverhandlung vom 05.12.2001 wieder zurückgenommene unselbständige

Anschlussberufung zum Zwecke der Klageerweiterung (um 65.500,40 DM nebst Zinsen) zu Lasten des Klägers zu berücksichtigen. Bei der Quotierung der Kosten gemäß § 92 Abs.1 ZPO hat der Senat dem Umstand Rechnung getragen, dass die Anschlussberufungsschrift von dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten erklärtermaßen noch nicht als zugestellt angenommen worden war. Da sich der Beitritt der Streithelfer lediglich auf den Gegenstand der erfolglos gebliebenen Berufung (mit dem Antrag auf Abweisung der Klage) bezieht, nehmen die Streithelfer an der Kostenquotierung nicht teil, sondern haben die durch die Streithilfe entstandenen Kosten gemäß § 101 ZPO in vollem Umfange selbst zu tragen.

Die Vollstreckbarkeitsentscheidung beruht auf den §§ 708 Nr.10, 713 ZPO. Die 9
Hilfswiderklage führt aufgrund ihrer Nichtzulassung sowie aufgrund wirtschaftlicher Identität des Streitgegenstandes weder zu einer Erhöhung des mit der Rücknahme der Anschlussberufung wieder auf 44.499,60 DM begrenzten Streitwerts noch zu einer Erhöhung der Beschwer der Beklagten durch das ihre Berufung zurückweisende Urteil. Aus den aufgezeigten Gründen, aus denen die Angriffe der Berufung gegen das angefochtene Urteil keinen Erfolg haben können, erhellt zugleich, dass kein Grund i.S.d. § 546 Abs.1 ZPO besteht, die Revision zuzulassen.