
Datum: 13.09.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 19 U 49/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:0913.19U49.12.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 27 O 329/11

Tenor:

I. Der Senat weist darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung der Klägerin gegen das am 28.02.2012 verkündete Urteil der 27. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 27 O 329/11 – gemäß § 522 Abs. 2 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

II. Die Klägerin erhält Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb von drei Wochen ab Zugang dieses Beschlusses.

Gründe:

I.

Die Berufung der Klägerin hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO). Es ist nicht ersichtlich, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruht (§ 546 ZPO) oder nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen (§ 513 Abs. 1 ZPO). Die Rechtssache hat auch keine grundsätzliche Bedeutung (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO). Ebenso wenig ist eine Entscheidung des Senats durch Urteil zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO) oder aus anderen Gründen eine mündliche Verhandlung geboten (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ZPO).

1

2

3

Das Landgericht hat die Klage mit zutreffender Begründung zurückgewiesen. Der Klägerin steht gegen die Beklagte kein Anspruch auf Zahlung von 51.640,48 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23.12.2010 sowie auf Freistellung von vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 1.761,08 EUR zu.

1 Die Klage ist zulässig. Insbesondere ist gem. § 13 GVG der Zivilrechtsweg eröffnet. 5

Maßgebend für den Rechtsweg ist die Rechtsnatur des erhobenen Anspruches, wie sie sich aus dem tatsächlichen Vorbringen der klagenden Partei ergibt. 6

Die Klägerin macht Ansprüche aus einer Vertragserfüllungsbürgschaft geltend, die nach ihrem Vortrag einen Erschließungsvertrag besichern soll. Der Erschließungsvertrag ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne der §§ 56 ff. VwFvG auf Grundlage des § 124 BauGB (vgl. Grziwotz in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 103. Ergänzungslieferung 2012, § 124 Rn. 9), mit dem sich der Erschließungsträger im eigenen Namen und auf eigene Rechnung verpflichtet, bestimmte Erschließungsanlagen herzustellen und ohne Gegenleistung auf die Gemeinde zu übertragen. Für Ansprüche aus dem Erschließungsvertrag ist nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet (BGH, Beschluss vom 6. 7. 2000 - V ZB 50/99, NVwZ-RR 2000, 845). Hingegen ergeben sich die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche nicht unmittelbar aus dem Erschließungsvertrag, sondern vielmehr aus dem Bürgschaftsversprechen der Beklagten gemäß Bürgschaftsurkunde vom 11.09.2003 (Anlage III, Bl. 15 GA). Stellt sich der Klageanspruch nach der ihm von der Klägerin gegebenen tatsächlichen Begründung aber als Folge eines Sachverhalts dar, der nach bürgerlichem Recht zu beurteilen ist, so ist der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet, ohne dass es eine Rolle spielen würde, welche Einwendungen die Beklagte erhebt und ob sie sich aus bürgerlichrechtlichen oder aus öffentlichrechtlichen Vorschriften ergeben (BGH, Urteil vom 16.02.1984 - IX ZR 45/83, NJW 1984, 1622, 1623 = BGHZ 90, 187). Entsprechend hat der Bundesgerichtshof für den Anspruch aus einer Bürgschaft für rückständige Sozialversicherungsbeiträge den Rechtsweg zu den Zivilgerichten als eröffnet angesehen. Nichts anderes gilt für Ansprüche aus einem Bürgschaftsversprechen, das einen öffentlich-rechtlichen Erschließungsvertrag besichern soll. Auch für solche Ansprüche ist der Rechtsweg zu den Zivilgerichten eröffnet (vgl. auch: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.09.2008 - I-18 W 49/08, zitiert nach juris; VG Schleswig, Beschluss vom 23.03.2012 - 9 A 2/12, BeckRS 2012, 50170). 7

2. Die Klage ist aber unbegründet. 8

a) Soweit die Klägerin die Beklagte wegen Ansprüchen, derer sie sich gegen die I GbR (im Folgenden: GbR) berührt, in Anspruch nehmen will, scheitert die Klage bereits daran, dass eine Verbürgung der Beklagten für die GbR nicht festgestellt werden kann. 9

Ausgestellt ist die Bürgschaft nach ihrem ausdrücklichen Wortlaut zugunsten der sicherungspflichtigen Firma/Auftraggeberin „I2“ (künftig GmbH) (Bürgschaftsurkunde Anlage III, Bl. 15 GA). Es lässt sich nicht feststellen, dass es sich um eine bloße unschädliche Falschbezeichnung oder „bloße Flüchtigkeit“ der Beklagten handeln würde. Die Bürgschaft ist ausdrücklich von der GmbH beantragt worden. Die GmbH ist im Antrag als sicherungspflichtige Firma genannt worden. Die Unterschriftenzeile ist mit einem Stempel der I GmbH versehen (Anlage B9, Bl. 103 GA). Insoweit ergibt sich aus der Urkunde kein Anhaltspunkt, der für eine unschädliche Falschbezeichnung streiten würde. 10

Eine Auslegung gegen den ausdrücklichen Wortlaut dahingehend, dass die Beklagte sich tatsächlich für die GbR und nicht für die GmbH verbürgen wollte, kommt im vorliegenden Fall nicht in Betracht. Denn es ist nach den Umständen gerade nicht eindeutig, dass die GbR Hauptschuldnerin sein sollte. Eine unschädliche Falschbezeichnung könnte man annehmen, wenn offensichtlich wäre, dass trotz der anderweitigen Bezeichnung die Beklagte sich für die GbR - auf deren Existenz sich in der Bürgschaftsurkunde kein Hinweis findet - verbürgen wollte. Dies ist hingegen nicht der Fall. Einziger Anhaltspunkt könnte insoweit die von der Klägerin behauptete Vorlage des Erschließungsvertrags bei der Beklagten sein. Aber selbst wenn dieser Vertrag der Beklagten bei Abgabe der Bürgschaftserklärung vorgelegen hätte, könnte hieraus nicht auf eine unschädliche Falschbezeichnung geschlossen werden. Denn aus dem Schreiben vom 30.11.2006 (Anlage B10, Bl. 104 GA) ergibt sich, dass bereits der Zeuge I3, ehemaliger Gesellschafter von GbR und GmbH, die Bürgschaft für die GmbH in Anspruch nehmen wollte. Sein anwaltlicher Vertreter teilt der Beklagten in dem Schreiben mit: „Mit der Maßnahme wurde sodann die I GmbH beauftragt. Dieses Unternehmen, war seinerseits verpflichtet, gegenüber der Gemeinde X Sicherheit zu leisten. Sie haben insoweit die Bürgschaft gerichtet auf Vertragserfüllung übernommen“. Offensichtlich ist also jedenfalls auch einer der Gesellschafter davon ausgegangen, dass die Bürgschaft Vertragserfüllungsverpflichtungen der GmbH absichert, die gegenüber der Klägerin bestehen. Dies ist auch plausibel, denn die Klägerin hat selbst vorgetragen, dass ihr die Ansprüche aus dem Verhältnis zwischen GbR und GmbH abgetreten worden seien. Es kann deshalb nicht ausgeschlossen werden, dass mit der Bürgschaft Ansprüche der Klägerin gegen die GmbH, die diese im Wege der Abtretung von der GbR erlangt hat, besichert

werden sollten. Es ist denkbar, dass die Beklagte die Vertragserfüllungsbürgschaft zur Sicherung dieser abgetretenen Ansprüche abgegeben hat. Denn Vertragserfüllungsbürgschaften finden sich nicht nur im Regelungsbereich des öffentlich-rechtlichen Erschließungsvertrags, sondern auch im privatrechtlichen Bauvertrag, wobei sich Inhalt und Umfang der Bürgschaften sowie die Voraussetzungen, die an ihre Zulässigkeit zu stellen sind, je nach zu besicherndem Vertragstyp deutlich unterscheiden. 12

Der Erhebung des von der Klägerin angebotenen Beweises zur Frage der Vorlage des Erschließungsvertrags bedurfte es nicht, denn selbst ein positives Beweisergebnis würde nach dem Vorstehenden zu keiner veränderten Einschätzung führen können. Denn aufgrund des Kettenverhältnisses und der Abtretung ist es denkbar und plausibel, dass eine Vertragserfüllungsbürgschaft für Verbindlichkeiten der GmbH gegenüber der Klägerin (aus abgetretenen Recht) gestellt wurde. Der Erschließungsvertrag würde dann im Verhältnis zur Beklagten lediglich den Umfang der von der GmbH für die GbR zu erbringenden – und damit der besicherten - Arbeiten dokumentieren. 13

b.) Soweit die Klägerin die Beklagte wegen einer Forderung gegen die GbR in Anspruch nimmt, ist die Klage auch mangels Vorliegen einer Hauptschuld unbegründet. Die insoweit tragenden Gründe des landgerichtlichen Urteils sind zutreffend. 14

Gesichert werden sollte der Anspruch auf Erschließung der M-Str. in X2. Der Bürgschaftsfall tritt deshalb dann ein, wenn die GbR die Erschließung nicht oder nicht ordnungsgemäß vornimmt, obgleich sie dazu verpflichtet ist. Eine solche Verpflichtung der GbR kann sich nur aus dem öffentlich-rechtlichen Erschließungsvertrag nach § 124 BauGB ergeben. Ausweislich der eindeutigen Regelung des § 13 b (Bl. 12R) wird der Vertrag erst wirksam mit Eintragung einer Vormerkung zur Auflassung der öffentlichen Erschließungsflächen. Seine Wirksamkeit ist somit aufschiebend bedingt. Erst mit notarieller Urkunde vom 19.11.2009 (Anlage IV, Bl. 16 ff. GA) ist die Auflassungsvormerkung bewilligt worden und am 05.01.2010 eingetragen 15

worden (Bl. 21 GA). Da der Bedingungseintritt keine rückwirkende Kraft entfaltet, sondern nur ex nunc wirkt, schafft der Bedingungseintritt auch keine Ver

pflichtung für die Vergangenheit. Eine gewollte Rückbeziehung hat nur schuldrechtliche Wirkung (vgl. Ellenberger in: Palandt, 71. Auflage 2012, § 159 Rn. 1). Im Zeitpunkt der notariellen Beurkundung war aber allen Beteiligten klar, dass eine Erfüllung des Vertrags durch die GbR bzw. Herrn I3 als Rechtsnachfolger nicht mehr in Betracht kommt. Die Klägerin selbst hatte spätestens seit dem 30.09.2004 kein Interesse mehr an einer Leistungserbringung durch die GbR, während die GbR ihrerseits nicht mehr leistungsfähig war. Dies ergibt sich aus dem Schreiben der Klägerin vom 23.12.2004, mit dem sie an die Beklagte herangetreten ist und den Bürgschaftsfall reklamiert hat (Anlage B3, Bl. 50 GA). In diesem Schreiben stellt sie auf die von der GbR erklärte Unmöglichkeit der Vertragserfüllung ab und teilt mit, dass eine letzte Frist bis 30.09.2004 verstrichen sei. Im November 2006 hat der Zeuge I3 vergeblich versucht, die Beklagte aus der Bürgschaft in Anspruch zu nehmen. Aus diesem Verhalten der Klägerin und des Zeugen I3 kann nur geschlossen werden, dass beide im Zeitpunkt der Auflassungserklärung keine Vertragserfüllung durch die GbR bzw. Herrn I3 mehr anstrebten und kein Interesse mehr an der Durchführung des Vertrags durch die GbR oder Herrn I3 hatten und (neben Erfüllung der Verpflichtung zur Eigentumsübertragung nach § 11 StrWG NRW) allenfalls noch den Bürgschaftsfall auslösen wollten. Mit dem Landgericht ist diese Herbeiführung des Bürgschaftsfalls zweifellos als treuwidrig entsprechend § 162 Abs. 2 BGB anzusehen. Alternativ mag man – ohne dass sich das Ergebnis ändern würde - in der Begründung eines tatsächlich von den Parteien nicht (mehr) gewollten Erfüllungsanspruchs der Klägerin gegen die GbR bzw. Herrn I3 insoweit ein nach § 117 BGB unwirksames Scheingeschäft sehen.

16

Eine andere Beurteilung der Rechtslage ergibt sich auch nicht, weil der Vertrag von den Parteien faktisch in Vollzug gesetzt wurde. Insbesondere ist hierdurch die aufschiebende Bedingung der Vormerkungseintragung (§ 13 b des Vertrags) nicht nachträglich (konkludent) abbedungen worden. Einem solchen Verständnis steht das strenge Schriftformerfordernis des § 124 Abs. 4 BauGB sowie des § 57 VwVfG entgegen, das vertraglich nicht abdingbar ist. Die Nichtbeachtung der Schriftform führt zur Formnichtigkeit der mündlichen oder konkludenten Abrede (§ 62 S. 2 VwVfG i.V.m. § 125 BGB; vgl. Bonk in: Stelkens/Bonk/Sach, VwVfG, 7. Auflage 2008, § 57 Rn. 2.).

17

c.) Soweit das Landgericht die Frage aufwirft, ob bei Scheitern des Erschließungsvertrags jedenfalls vorvertragliche Pflichten der GbR (c.i.c.) bestanden, die ggf. besichert wurden (S. 7, unter Ziffer 3 des Urteils), so führt dies nicht zu einem Anspruch gegen die Beklagte, wie das Landgericht zurecht feststellt. Denn unabhängig von der Frage, ob Ansprüche aus c.i.c. überhaupt von der Bürgschaft erfasst sind, ergibt sich im vorliegenden Fall aus den Grundsätzen der c.i.c. jedenfalls kein Anspruch auf Erfüllung des Erschließungsvertrags, da dies den Formzwang des § 124 Abs. 4 BauGB aushöhlen würde. Da die Bürgschaft aber den (nicht bestehenden) Erfüllungsanspruch absichert, kann die Klägerin weder aus dem Institut der c.i.c. noch aus den Grundsätzen des fehlerhaften Vertrages etwas herleiten.

18

d.) Die Klage hat auch keinen Erfolg, soweit die Klägerin sich hilfsweise auf ihr zustehende Erfüllungsansprüche gegenüber der GmbH beruft. Es mag sein, dass der Klägerin abgetretene Ansprüche gegen die GmbH zustehen. Es ist insbesondere vorstellbar, dass es auch im Verhältnis zwischen GmbH und GbR eine Verpflichtung zur Stellung einer „Vertragserfüllungsbürgschaft“ (für Ansprüche aus dem Bauvertrag, nicht aus dem Erschließungsvertrag) gab. Ob ein solcher Anspruch aber tatsächlich bestand, ob er abgetreten wurde und ob insoweit der Sicherungsfall eingetreten ist, ist weder vorgetragen

19

noch auch nur ansatzweise erkennbar. Soweit die Klägerin sich hilfsweise auf Ansprüche gegen die GmbH stützt, ist die Klage deshalb gänzlich unsubstantiiert.

e.) Da die Klage bereits nach dem Vorstehenden keine Erfolgsaussichten hat, kommt es nicht mehr darauf an, ob die im Erschließungsvertrag geregelte Sicherungsabrede als solche wirksam ist oder gegen die Regelungen des AGB-Rechts verstößt. Es kommt insbesondere auch nicht darauf an, ob die Regelungen des AGB-Rechts auf den öffentlich-rechtlichen Erschließungsvertrag aus dem Jahre 1999 überhaupt anwendbar sind. Insoweit bestehen erhebliche Zweifel. Bis zur Überleitung des AGBG in das BGB war nach herrschender Rechtsprechung eine unmittelbare Geltung des AGBG über § 62 VwVfG ausgeschlossen und waren entsprechende Lösungen über § 56 VwVfG zu suchen (Bonk, a.a.O. § 62 Rn. 58). Und auch nach der Überleitung in das BGB zum 01.01.2002 gilt, dass bei der Anwendung von Regeln des AGB-Rechts wegen des öffentlich-rechtlichen Gleichbehandlungsgebots Zurückhaltung geboten ist (vgl. Bonk, a.a.O., § 62 Rn. 59). Es kommt deshalb auch nicht mehr darauf an, ob die von der Beklagten im Rahmen einer AGB-Prüfung vorgebrachten Argumente, welche zunächst Bausicherheiten betreffen, auf den Erschließungsvertrag übertragbar sind, was angesichts des unterschiedlichen Regelungsgehalts und Sicherungszweck durchaus zweifelhaft ist. 20

Auch bedarf die zwischen den Parteien kontrovers diskutierte Frage, ob Verjährung der Ansprüche eingetreten ist - woran wegen der Wirkung der Genehmigung ex-nunc ebenfalls Zweifel bestehen - keiner Entscheidung mehr. 21

II. 22

Die Klägerin erhält Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb der ihr gesetzten Frist. Auf die Möglichkeit der Rücknahme der Berufung zum Zweck der Ersparnis eines Teils der im zweiten Rechtszug anfallenden Gerichtsgebühren wird hingewiesen. 23