

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 26/84

URTEIL

Verkündet am: 25. April 1985
Richter

Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Bankverein B[REDACTED] AG,
vertreten durch die Vorstandsmitglieder Heiko E. D[REDACTED]
und Günther K[REDACTED], W[REDACTED]straße [REDACTED], B[REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Facharzt Dr. med. Eckehard W e [REDACTED],
Gottfried-S[REDACTED]-Straße [REDACTED], Sankt A[REDACTED] [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. April 1985 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Krohn und die Richter Dr. Tidow, Boujong, Dr. Engelhardt und Dr. Werp

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 27. Januar 1984 aufgehoben.

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Bonn vom 5. November 1982 wird zurückgewiesen.

Auf die Berufung der Klägerin wird das vorgenannte Urteil des Landgerichts teilweise abgeändert:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 43.717 DM nebst 15 % Zinsen seit dem 15. März 1982 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Beklagte.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand

Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Darlehensrückzahlung in Anspruch.

Der Beklagte ließ sich im November 1979 von dem Anlageberater R. (künftig: R.) werben, eine Beteiligung an der "Grundstücksgemeinschaft Eislaufcenter K." (künftig: ECK), die ihm besondere steuerliche Abschreibungsvorteile bringen sollte, zu zeichnen.

Bei der vorbezeichneten Grundstücksgemeinschaft handelte es sich um ein Beteiligungsobjekt, das - wie eine Reihe weiterer Vorhaben - von der TOM Treuhand-O-Marketing GmbH in D. (künftig: Firma TOM) als Treuhänderin für eine aus den Zeichnern gebildete Gesellschaft bürgerlichen Rechts (Innengesellschaft) durchgeführt werden sollte.

Auf Vermittlung von R. außerhalb der Räume seiner gewerblichen Niederlassung erklärte der Beklagte unterschriftlich seinen Beitritt zur ECK mit einer Einlage von - letztlich - 50.000 DM und beantragte gleichzeitig bei der Klägerin einen Kredit in Höhe von höchstens 85 % der Zeichnungssumme. Der formularmäßige Kredit- und Kontoeröffnungsantrag der Klägerin, der dem Beteiligungsprospekt beilag, enthielt den unwiderruflichen Auftrag an die Kreditgeberin, die Valuta direkt auf ein Sonderkonto der Treuhänderin zu zahlen, ferner die Bestimmungen:



"Alle Bedingungen des Kreditvertrages mit der Bank sind rechtswirksam und unabhängig von dem Rechtsverhältnis des Kreditnehmers zur ECK und/oder der TOM ... GmbH ...

Die Zinsen sind monatlich fällig und an die Bank zahlbar.

Bis zur vollständigen Ablösung des gewährten Kredites incl. eventuell ausstehender Zinsen trete ich hiermit meinen heutigen oder künftigen Gesellschaftsanteil an der Grundstücksgemeinschaft EISLAUFCENTER K [REDACTED] (Gesellschaft bürgerlichen Rechts) ab."

Mit Schreiben vom 5. Dezember 1979 bestätigte die Klägerin dem Beklagten die beantragte Kredit- und Kontoeröffnung und teilte ihm mit, der Kredit stehe zur Verfügung und Zinsen von 10 % p.a. bis zum 31. Dezember 1981 - dem vorgesehenen Ende der Kreditlaufzeit - seien bereits bezahlt. Der Kreditbetrag wurde alsbald dem Treuhandkonto der Firma TOM gutgeschrieben. Sofort danach buchte die Klägerin davon die auf die Kreditlaufzeit entfallenden Zinsen sowie die Bearbeitungsgebühr für sich ab und überwies 10 % des Kreditbetrages (= 4.250 DM) auf ein bei ihr geführtes Sonderkonto der Firma TOM, das mit einem Sperrvermerk zugunsten der Klägerin versehen wurde. Diese Festlegung eines Sicherheitsbetrages beruhte auf einer vor der Zeichnung der Gesellschaftsanteile getroffenen Vereinbarung, durch die sich die Fir-

ma TOM zusammen mit ihrem Alleingesellschafter G [REDACTED] (künftig: G.) der Klägerin gegenüber - gesamtschuldnerisch neben den Zeichnern - verpflichtet hatte, auf einmaliges Anfordern der Klägerin den im Falle der Kündigung eines Darlehens dann fälligen Betrag zu zahlen. Der Beklagte war über diese Abmachung nicht unterrichtet worden.

Das Eislaufcenter in Kiel wurde nicht erstellt, weil das als Standort vorgesehene städtische Grundstück anderweitig vergeben wurde. Das an die Treuhandgesellschaft des Initiators G. geflossene Darlehenskapital soll, wie der Beklagte behauptet, von diesem verwirtschaftet worden und mithin verloren sein.

Mit Schreiben vom 5. Januar 1982 focht der Beklagte vorsorglich den Kreditvertrag wegen Irrtums und arglistiger Täuschung an.

Die Klägerin verlangt die Rückzahlung des Darlehens per Saldo 15. März 1982 mit 43.717 DM nebst 15 % Zinsen seit diesem Tag.

Das Landgericht hat dem Klageantrag in Höhe von 39.467 DM nebst Zinsen entsprochen; wegen des zehnpromzentigen Sicherheitsbetrages und einer - von der Klägerin jetzt nicht mehr beanspruchten - geringfügigen Zinszuvielforderung hat es die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage in vollem Umfang abgewiesen; die Berufung der Klägerin hat es zurückgewiesen. Mit ihrer Revision, die

der Beklagte zurückzuweisen begehrt, verfolgt die Klägerin ihr ursprüngliches Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin hat Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Klägerin stehe ein Rückzahlungsanspruch aus § 607 BGB nicht zu, weil der von den Parteien geschlossene Darlehensvertrag nach § 134 BGB i.V.m. § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO nichtig sei. Auch Wertersatz gemäß den §§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 2 BGB könne die Klägerin von dem Beklagten nicht beanspruchen, weil die vom Beklagten erworbene Beteiligung wirtschaftlich wertlos geworden sei und nach dem Schutzzweck der Norm des § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO die Klägerin dieses Entwertungsrisiko zu tragen habe.

Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg.

II.

Der Beklagte ist gemäß § 607 BGB zur Rückzahlung des Darlehens an die Klägerin verpflichtet.

1. Die Parteien haben sich über den Abschluß eines Darlehensvertrages zu den Bedingungen des vervollständigten Kredit- und Kontoeröffnungsantrags geeinigt. Die diesbezüglichen Ausführungen des Berufungsgerichts beugen keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

2. Der Darlehensvertrag ist nicht wegen Verstoßes gegen § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO nichtig.

Es kann dahingestellt bleiben, ob dem Berufungsgericht in seiner rechtlichen Bewertung zu folgen ist, das Darlehen sei von R. unter Verstoß gegen die gewerberechtlichen Bestimmungen der §§ 55, 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO vermittelt worden.

Selbst wenn dies zutreffen würde, bliebe die zivilrechtliche Wirksamkeit des Darlehensvertrages davon unberührt. In einem Fall wie dem hier vorliegenden, in dem das - unterstellt: verbotswidrig vermittelte - Darlehen der Finanzierung des Beitritts zu einer Abschreibungsgesellschaft dient und der Darlehensnehmer damit in erster Linie steuerliche Vergünstigungen erstrebt, ist es mit dem Schutzzweck des § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO vereinbar, einen Verstoß gegen die Norm nur als Ordnungswidrigkeit nach § 145 Abs. 2 Nr. 6 GewO zu ahnden oder mit verwaltungsrechtlichen Sanktionen zu belegen, von einer Anwendung des § 134 BGB aber abzusehen und dem im Reisegewerbe abgeschlossenen oder vermittelten Darlehensvertrag seine zivilrechtliche Wirksamkeit zu belassen. Das hat der erkennende Senat inzwischen in seinem am 17. Januar 1985 in der Parallelsache III ZR 135/83

verkündeten Urteil (abgedruckt in WM 1985, 221 = ZIP 1985, 203, zum Abdruck in BGHZ vorgesehen) ausgesprochen. Auf die dortigen Entscheidungsgründe unter 2., die für den vorliegenden Fall uneingeschränkt gelten, wird verwiesen (vgl. ferner die weiteren Urteile des Senats vom 17. Januar 1985 in den Sachen III ZR 139/83, 140/83 und 167/83).

3. Auch die weiteren vom Beklagten gegen die Wirksamkeit des Vertrages vorgebrachten Einwendungen greifen nicht durch.

Ob - wie der Beklagte meint - die ihm und den anderen Darlehensnehmern abverlangte formularmäßige Abtretung des Gesellschaftsanteils an die Klägerin gegen die guten Sitten verstieß (§ 138 BGB) und die Nichtigkeit dieser Sicherungsabrede gemäß § 139 BGB auch die Nichtigkeit des Darlehensvertrages bewirkte, bedarf keiner Entscheidung. Dem Beklagten ist es jedenfalls nach Treu und Glauben verwehrt, sich unter Berufung auf die - unterstellte - Unwirksamkeit einer einzelnen abtrennbaren vertraglichen Regelung, die allein den anderen Vertragspartner begünstigt, der aber ungeachtet ihres Fortfalls am Vertrag festhalten will, einseitig von dem ansonsten wirksamen Vertrag loszusagen, um sich der Pflicht zur eigenen Vertragserfüllung zu entziehen (BGH, Urteile vom 18. November 1966 - Ib ZR 146/65 = NJW 1967, 245 f., vom 29. Oktober 1970 - KZR 9/69 = WM 1971, 98, 99 m.w.Nachw. und vom 27. Januar 1983 - IX ZR 95/81 = WM 1983, 267, 268; Palandt/Heinrichs BGB 44. Aufl. § 139 Anm. 5 c; MünchKomm/Mayer-Maly BGB 2. Aufl. § 139 Rn. 29).

4. Außer der wirksamen vertraglichen Einigung ist - als weitere Voraussetzung des Anspruchs aus § 607 BGB (vgl. Senatsbeschluß vom 24. Februar 1983 - III ZR 224/82 = WM 1983, 484 m.w.Nachw.) - auch der Empfang der Darlehenssumme zu bejahen. Dieses Tatbestandsmerkmal ist erfüllt, wenn der Darlehensgegenstand endgültig aus dem Vermögen des Darlehensgebers ausgeschieden und dem Vermögen des Darlehensnehmers in der vereinbarten Form - nicht notwendig durch Auszahlung der Valuta an ihn - zugeführt worden ist (vgl. Senatsurteile vom 8. November 1984 - III ZR 132/83 = WM 1985, 10 und vom 7. März 1985 - III ZR 211/83 -, jeweils m.w.Nachw.). Die Übertragung der Darlehensvaluta in das Vermögen des Beklagten ist hier dadurch erfolgt, daß der Darlehensbetrag weisungsgemäß auf das Treuhandkonto der Firma TOM überwiesen und der Beklagte in Höhe der Überweisung von seiner durch den Beitritt zur Grundstücksgemeinschaft ECK begründeten Einlageverpflichtung frei geworden ist (Senatsurteil vom 17. Januar 1985 - III ZR 135/83 - aaO unter 6.). Wie der Drittempfänger anschließend über das Geld weiterverfügt hat, ist nicht entscheidend. Einer der Ausnahmefälle, in denen der erkennende Senat einen "Empfang" im Sinne des § 607 BGB verneint hat, weil der Drittempfänger nicht im überwiegenden Interesse des Darlehensnehmers, sondern sozusagen als "verlängerter Arm" des Darlehensgebers von den Parteien eingeschaltet worden war (Senatsurteil vom 13. April 1978 - III ZR 125/76 = DB 1978, 1829 = NJW 1978, 2294; vgl. ferner Senatsbeschlüsse vom 24. Februar 1983 - III ZR 224/82 = WM 1983, 484 und vom 22. Dezember 1983

- III ZR 51/83 S. 3), liegt hier nicht vor: Die Firma TOM empfing die Darlehensvaluta als Treuhänderin der Grundstücksgemeinschaft, also im Interesse des Beklagten, der auf diese Weise seine Einlageverpflichtung erfüllte, nicht im Interesse der Klägerin (Senatsurteil vom 17. Januar 1985 aaO).

5. Der Beklagte kann dem Rückzahlungsbegehren der Klägerin keine aufrechenbaren Gegenansprüche wegen Verschuldens bei Vertragsabschluß entgegensetzen.

a) Prospekthaftungsansprüche stehen der Klägerin nicht zu. Auch insoweit wird wegen der Gleichartigkeit der Sach- und Rechtslage auf das bereits erwähnte Senatsurteil vom 17. Januar 1985 (- III ZR 135/83 - aaO unter 8.) verwiesen. Entgegen den Ausführungen des Beklagten in der Revisionsinstanz hatte die Klägerin an der **Projektplanung** und -gestaltung nicht maßgeblich mitgewirkt. Ihre namentliche Nennung im Kredit- und Eröffnungsantrag - nicht, wie der Beklagte zu meinen scheint, im Prospekt des Bebauungsvorhabens selbst - ändert hieran nichts.

b) Die Klägerin haftet dem Beklagten auch nicht wegen Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht auf Schadensersatz.

aa) Ob die Klägerin verpflichtet war, den Beklagten über die Vorabzahlung der Darlehenszinsen für die gesamte Kreditlaufzeit aufzuklären, braucht nicht entschieden zu werden (vgl. dazu Senatsurteil vom 17. Januar 1985 - III ZR 135/83 - aaO unter 5 a). Jedenfalls hat sie

ihn hinreichend über diesen Vorgang aufgeklärt, so daß schon deswegen der Vorwurf einer Pflichtverletzung entfällt. In dem vom Beklagten selbst in Bezug genommenen Schreiben der Klägerin vom 5. Dezember 1979, dessen Empfang er zugestanden hat, heißt es ausdrücklich, daß Zinsen von 10 % p.a. bis zum 31. Dezember 1981 bereits bezahlt seien. Das Schreiben enthält zwar keinen Hinweis auf einen entsprechenden "Einbehalt". Der weitere Inhalt des Schreibens läßt indes zweifelsfrei erkennen, daß insoweit eine "Belastung" mit den Zinsen beabsichtigt war. Da zudem im Investitions- und Finanzierungsplan vom Dezember 1979 ausgeführt war, die Treuhänderin habe die Finanzierung des Eigenkapitals ohne zusätzliche Kosten für einen Zeitraum von zwei Jahren besorgt, konnte dies nur dahin verstanden werden, daß die Zinsen aus dem "Eigenkapital" entnommen werden sollten. In Kenntnis dieses Sachverhalts hat der Beklagte die Überweisung der Darlehensvaluta an die Firma TOM geschehen lassen.

bb) Ein Schadensersatzanspruch des Beklagten ergibt sich auch nicht daraus, daß die Klägerin es unterlassen hat, ihn über ihre Abrede mit der Firma TOM zu unterrichten, aufgrund deren von dem auf das Treuhandkonto überwiesenen Darlehensbetrag sofort 10 % als Sicherheit für die von der Firma TOM und ihrem Alleingesellschafter G. übernommene Einstandspflicht auf ein mit Sperrvermerk zugunsten der Klägerin versehenes Sonderkonto der Firma TOM umgebucht wurden.

Der Beklagte hatte die Klägerin im Kreditantrag angewiesen, die Darlehensvaluta auf das Treuhandkonto zu

überweisen. Er hatte der Treuhänderin damit die Rechtsmacht eingeräumt, zur Durchführung des Treuhandauftrags allein über den Überweisungsbetrag zu verfügen. Allenfalls dann, wenn sich die Firma TOM im Verhältnis zur Klägerin zu Verfügungen verpflichtet hätte, die ihre Treuhänderpflichten verletzten und die erkennbar geeignet waren, den Beklagten in seiner vertraglichen EntschlieÙung zu beeinflussen, wäre eine Aufklärungspflicht der Klägerin in Betracht gekommen (Senatsurteil vom 17. Januar 1985 - III ZR 135/83 - aaO unter 5. m.w.Nachw.). Diese Voraussetzungen waren indes nicht gegeben. Es lag innerhalb der der Firma TOM eingeräumten Rechtsmacht, die für die Kapitalbeschaffung notwendigen Sicherheiten zu leisten. Dazu gehörte die von der Klägerin für die Finanzierung der Gesellschaftsbeteiligungen geforderte und mit einem zehnprozentigen Sicherheitsbetrag unterlegte Bürgschaft/Garantie. Sie ist ausweislich der vorgelegten Schreiben vom 20. November 1979 nur für Kredite gegeben worden, die für die Beteiligung an dem Projekt ECK gewährt wurden. Die Behauptung des Beklagten, daß die Klägerin sich ihrer als Sicherheit auch für die Rückzahlung der Darlehen von Anlegern anderer Eislaufcenter bedient habe, ist weder hinreichend substantiiert noch unter Beweis gestellt.

Eine Verletzung der Treuhänderpflichten käme allenfalls in Betracht, wenn die Festlegung des Sicherheitsbetrages geeignet gewesen wäre, die Durchführung des Treuhandauftrages zu gefährden (Senatsurteil vom 17. Januar 1985 - III ZR 135/83 - aaO). Das war aber schon im

Hinblick auf die Größenordnung des Sicherheitseinbehalts, der auf maximal 323.000 DM anwachsen konnte, nicht zu erwarten. Die Festlegung dieses Betrages auf einem Sperrkonto war nicht geeignet, das Projekt mit einem Gesamtinvestitionsvolumen von 14 Millionen DM zu gefährden. Nach dem Prospekt war im Gegenteil eher anzunehmen, daß die Projektplanung notfalls durchaus auch mit nur 85 % des Eigenkapitals durchzuführen war; denn jedem Zeichner, der von der Finanzierungsmöglichkeit keinen Gebrauch machte sondern seinen Zeichnungsbetrag sofort voll einzahlte, war eine Rückvergütung von 15 % zugesagt. Weiter ist zu berücksichtigen, daß die Firma TOM mit Rechtswirksamwerden des Treuhandvertrages eine Treuhandgebühr in Höhe von 5 % des Gesamtaufwands (= 700.000 DM) zu beanspruchen hatte, über die sie frei verfügen konnte und aus der sie mithin auch eine von ihr eingegangene Einstandspflicht unterlegen durfte. Bei einem vorgesehenen Eigenkapital von 3.800.000 DM, das höchstens zu 85 % finanziert werden sollte, konnte die zehnprozentige Sicherheit nicht über einen Betrag von 323.000 DM hinausgehen; sie war somit für die Firma TOM aus ihrer Vergütung finanzierbar. Dafür, daß die Treuhänderin sie nicht aus der Treuhandgebühr bestritten hat, lassen sich aus dem Vorbringen des Beklagten Anhaltspunkte nicht entnehmen.

cc) Ob und inwieweit die Klägerin die wirtschaftlichen Risiken des Projektes, auf die sie den Beklagten nach seiner Meinung hätte hinweisen müssen, gekannt hat, bedarf keiner weiteren Aufklärung. Selbst wenn sie ihr

- was sie bestreitet - bekannt gewesen wären, würde die unterbliebene Unterrichtung des Beklagten darüber eine Schadensersatzpflicht der Klägerin nicht begründen.

Grundsätzlich ist es nicht Sache einer Bank, ihrem Kunden, der mit einem anderen Bankkunden Geschäfte abschließen will, auf Risiken des Geschäftsabschlusses hinzuweisen; Ausnahmen setzen ein besonderes Aufklärungs- und Schutzbedürfnis voraus (BGHZ 72, 92, 104; Senatsurteil vom 17. Mai 1979 - III ZR 118/77 = LM BGB § 607 Nr. 39 = NJW 1979, 2092, 2093/94; Senatsbeschuß vom 14. Juli 1983 - III ZR 177/82 = WM 1983, 1039 m.w.Nachw.). Ein solches Bedürfnis fehlt bei einer Darlehensgewährung im Rahmen eines steuersparenden Bauherrenmodells; die finanzierende Bank kann damit rechnen, daß die Interessenten entweder selbst über die nötigen Kenntnisse und Erfahrungen verfügen oder sich der Hilfe von Fachberatern bedienen (Senatsurteil vom 17. Januar 1985 - III ZR 135/83 - aaO unter 9 b). Die Inanspruchnahme eines Anlageberaters wäre hier geeignet gewesen, die von dem Beklagten erwähnten "verdächtigen Anhaltspunkte" für die Größe des Beteiligungsrisikos aufzudecken, denn diese ergaben sich im wesentlichen aus dem Prospekt und aus dem Inhalt des Treuhandvertrages.

Bei dieser Rechtslage brauchte die Klägerin den Beklagten - entgegen dessen Rechtsansicht - auch auf die rechtliche Selbständigkeit von Darlehensvertrag und Gesellschaftsverhältnis jedenfalls nicht nachhaltiger hinzuweisen, als dies bei der Kredit- und Kontoeröffnung ohnedies formularmäßig geschehen ist.

6. Der Beklagte kann gegenüber dem Darlehensrückzahlungsverlangen der Klägerin auch nicht mit Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung aufrechnen.

a) Es kann offen bleiben, ob der Kreditvertrag der Parteien unter Verstoß gegen § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO zustande gekommen ist, weil in dem hier zu beurteilenden Zusammenhang § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO nicht als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB anzusehen ist. Wie der erkennende Senat bereits in seinen am 17. Januar 1985 verkündeten Urteilen, auf die auch insoweit verwiesen wird, ausgesprochen hat, ist aus den gleichen Gründen, aus denen heraus Darlehensnehmern, die mit der Darlehensaufnahme in erster Linie steuerliche Vorteile durch Beitritt zu einer Abschreibungsgesellschaft verfolgen, bei einem Verstoß gegen § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO der Schutz des § 134 BGB zu versagen ist, auch die Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB abzulehnen.

b) Soweit der Beklagte einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verb. m. § 266 StGB herleiten zu können glaubt, legt er seiner rechtlichen Bewertung einen unzutreffenden Sachverhalt zugrunde. Die Klägerin war von dem Beklagten angewiesen, die Kreditvaluta einem Konto der Firma TOM gutzubringen; dies ist unstreitig geschehen. Ein den Straftatbestand der Untreue erfüllendes Verhalten der Klägerin ist nicht ersichtlich.

7. Der Beklagte kann die Klägerin schließlich nicht darauf verweisen, ihre Befriedigung zunächst aus dem

zehnprozentigen Sicherheitsbetrag zu suchen, der auf dem zu ihren Gunsten gesperrten Konto der Firma TOM festgelegt ist.

Grundsätzlich kann sich nach den Regelungen des BGB der Hauptschuldner - anders als der Bürge (vgl. §§ 770 bis 772, 776 BGB) - seiner Leistungspflicht nicht dadurch entziehen, daß er den Gläubiger auf andere bereitere Befriedigungsmöglichkeiten verweist. Haftet neben ihm ein anderer als Gesamtschuldner, so steht es im Belieben des Gläubigers, den einen oder den anderen ganz oder teilweise auf Erfüllung in Anspruch zu nehmen (§ 421 BGB). Erst recht ist es dem Gläubiger unbenommen, auf den Hauptschuldner vor einem für diesen bürgenden Dritten zuzugreifen. Dies gilt hier vor allem auch deshalb, weil die Sicherheit für die Ansprüche gegen alle Zeichner von Gesellschaftsanteilen haftet, also erst dann frei werden soll, wenn sämtliche Ansprüche erfüllt worden sind.

Ungeachtet der rechtlichen Einordnung der von der Firma TOM und G. übernommenen Einstandspflicht als Bürgschaft, Garantie oder Schuldbeitritt ergibt sich daraus für den Beklagten in keinem Fall derzeit das Recht, die eigene Leistung unter Hinweis auf diese anderweitige Befriedigungsmöglichkeit der Klägerin zu verweigern.

Ebensowenig kann der Beklagte seiner Inanspruchnahme durch die Klägerin den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) erfolgreich entgegensetzen.

Die Klägerin verlangt nicht etwa eine Leistung, die sie dem Beklagten unverzüglich zurückzugewähren verpflichtet ist. Weder aus Vertrag noch aus sonstigem Rechtsgrund hat der Beklagte gegen die Klägerin einen Anspruch auf Auszahlung des Sicherheitsbetrages, den die Firma TOM in Erfüllung einer von ihr begründeten vertraglichen Verpflichtung an die Klägerin geleistet hat. Inwieweit ein solcher Zahlungsanspruch im Verhältnis des Beklagten zur Firma TOM besteht, braucht hier nicht entschieden zu werden, weil er jedenfalls keinen "Durchgriff" in die davon unabhängige Rechtsbeziehung der Prozeßparteien zueinander eröffnete.

Entgegen der Ansicht des Landgerichts ist auch ein schutzwürdiges Interesse der Klägerin an der Inanspruchnahme des Beklagten in Höhe dieses Betrages von 4.250 DM zu bejahen. Das Bestehen dieser Rückgriffsmöglichkeit nimmt dem Gläubiger, der seine Forderung gegen den Hauptschuldner durch die Mitverpflichtung eines Dritten sichert, nicht **das schutzwürdige Interesse** an der Inanspruchnahme des Hauptschuldners. Nichts anderes gilt, wenn der Dritte zusätzlich eine geldwerte Sicherheit stellt, die ihm nach Wegfall des Sicherungszwecks zurückzugewähren ist. Sich auch unter diesen Voraussetzungen an den Hauptschuldner zu halten, ist mit Treu und Glauben vereinbar, zumal der Hauptschuldner durch die **vorrangige Inanspruchnahme** der Sicherheit ohnehin nicht endgültig von der Leistung frei würde, sondern nur anstatt an den Gläubiger nunmehr an den Bürgen oder Mitschuldner zu zahlen hätte.

III.

Nach alledem erweist sich der Zahlungsanspruch der Klägerin einschließlich der nach Grund und Höhe unbestrittenen Zinsforderung als begründet. Darüber kann das Revisionsgericht abschließend selbst befinden, weil die für eine Endentscheidung erforderlichen Feststellungen getroffen und weitere entgegenstehende nicht mehr zu erwarten sind (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 2, 97 Abs. 1 ZPO.

Krohn

Tidow

Boujong

Richter Dr. Engelhardt
hat Urlaub und kann
daher nicht unterschreiben.

Werp

Krohn