

13

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 774 Abs. 1; ZPO §§ 592, 600, 538 Abs. 1 Nr. 4

- a) Zur Darlegungslast, wenn der Bürge seinen Rückgriffsanspruch im Urkundenprozeß verfolgt.
- b) Wird erst in der Revisionsinstanz im Urkundenprozeß ein Vorbehaltsurteil erlassen, kann der Rechtsstreit für das Nachverfahren an das Landgericht zurückverwiesen werden.

BGH, Urt. v. 17. September 1987 - IX ZR 208/86 - OLG München
LG München I

13

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 208/86 Vorbehalts- **URTEIL**
im Urkundenprozeß

Verkündet am:
17. September 1987
Schnurr
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Dr. Horst E. P. [REDACTED],
P.O. Box [REDACTED] I [REDACTED]-Pa [REDACTED], F [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Streithelfer des Klägers:

Andreas H. [REDACTED], Ha [REDACTED]straße [REDACTED], [REDACTED] Han [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und
II. Instanz: Dr. [REDACTED], [REDACTED] -

g e g e n

1. Dr. Otto B. [REDACTED],

2. Dr. Thusnelda B. [REDACTED],
beide Oberer M [REDACTED] [REDACTED] E [REDACTED] a. See,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

WII

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. September 1987 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Fuchs, Gärtner, Winter und Dr. Schmitz

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Klägers werden, unter ihrer Zurückweisung im übrigen, das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 4. Juni 1986 teilweise aufgehoben und das Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts München I vom 22. März 1985 geändert.

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger 328.714,71 DM nebst 9,25 % Zinsen aus 321.127,51 DM seit 1. Januar 1985 zu zahlen; im übrigen bleibt die Klage abgewiesen.

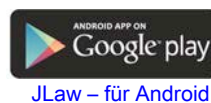
Den Beklagten wird die Ausführung ihrer Rechte vorbehalten; wegen des Nachverfahrens wird der Rechtsstreit an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits einschließlich derjenigen der Streithilfe fallen den Beklagten als Gesamtschuldnern zur Last.

Von Rechts wegen



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



13

Tatbestand

Der Kläger nimmt die Beklagten (Hauptschuldner) als Bürge aus übergegangenem Recht im Urkundenprozeß in Anspruch.

Die Beklagten sind Gesellschafter der Bauherrengemeinschaft Ho[REDACTED]straße [REDACTED] in Mü[REDACTED], die dort ein Wohn- und Geschäftshaus errichtete. Sie sind Bruchteilseigentümer der Ladeneinheit im Erdgeschoß dieses Gebäudes. Bei der Abwicklung ihrer Kapitalanlage ließen sie sich im Rahmen eines "Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrages" von der I[REDACTED] Unternehmensbeteiligungsgesellschaft mbH & Co. mit Sitz in Han[REDACTED] vertreten, deren Geschäftsführer der Kläger war; der Streithelfer des Klägers ist der Geschäftsführer der I[REDACTED] Unternehmensbeteiligungsgesellschaft mbH mit Sitz in Mü[REDACTED], der die Baubetreuung oblag. Die von den Beklagten benötigten Mittel stellte die Ba[REDACTED] R[REDACTED] AG Mü[REDACTED] (künftig: BRZ) auf dem Konto Nr. [REDACTED] 9 zur Verfügung.

Im Zuge der Baumaßnahmen ergab sich, daß die Größe der Ladeneinheit nicht den Prospektangaben entsprach, und daß sich die Baukosten beträchtlich erhöhten. Die Beklagten weigerten sich deshalb, ihr Konto bei der BRZ, das nach ihrem Vortrag am 5. März 1984 einen unstreitigen Schuldsaldo in Höhe von 682.461,47 DM aufwies, in vollem Umfang auszugleichen. Mit Schreiben vom 28. März 1984 bot ihr Anwalt schließlich einen Betrag von 395.197,95 DM an, falls die BRZ

bestätige, "daß mit der Bezahlung ... keinerlei weitergehende Ansprüche an die Eheleute ... (Beklagte) gerichtet werden"; der Brief enthielt in diesem Zusammenhang noch den Hinweis, es bleibe der BRZ "unbenommen, die Differenz vom Treuhänder und Bürgen ... einzufordern". Die BRZ antwortete am 11. Mai 1984:

"Wir haben ... zur Kenntnis genommen, daß die Eheleute ... (Beklagte) bereit sind, einen Teilbetrag von DM 395.197,56 zu leisten, sofern unser Haus keine weiteren Ansprüche an Ihre Mandanten stellt.

Wir erklären uns hiermit einverstanden, für den Fall, daß die vorgenannte Ablösesumme bis spätestens 20. Mai 1984 auf das Konto [REDACTED] 9 eingezahlt ist. Hinsichtlich des überschießenden Betrages werden wir wunschgemäß unseren Bürgen in Anspruch nehmen, wobei wir Sie darauf hinweisen, daß wir uns vorbehalten, die entsprechenden dinglichen Sicherheiten (es handelt sich um eine Gesamtgrundschuld aller Bauherren) ebenfalls an den Bürgen abzutreten.

Diese Erklärung beinhaltet selbstverständlich keinen Verzicht der nach Inanspruchnahme unseres Bürgen auf diesen übergegangenen Forderungen."

Ob mit dem nicht näher bezeichneten Bürgen der Kläger gemeint war, ist unklar. Dieser gab ein schriftliches Bürgschaftsversprechen gegenüber der BRZ jedenfalls erst am 14. Mai 1984 ab; in der Urkunde heißt es unter anderem:

"1. Zur Sicherung aller bestehenden und künftigen
... Ansprüche aus der Geschäftsverbindung ...
der BRZ
gegen ... (Beklagte)
übernehme ich ... (Kläger)
die selbstschuldnerische Bürgschaft zum Betrag
von

DM 290.847,49.

2. Die Bürgschaft umfaßt Zinsen, Provisionen und
Kosten, die aus den verbürgten Ansprüchen oder
durch deren Geltendmachung entstehen, und zwar
auch dann, wenn dadurch der oben genannte Betrag
überschritten wird. Dies gilt auch dann, wenn
Zinsen, Provisionen und Kosten durch Saldenfest-
stellungen im Kontokorrent Teil der Hauptschuld
werden und dadurch der oben genannte Betrag über-
schritten wird.

...

5. Bis zur vollständigen Befriedigung der Bank dienen
alle Zahlungen des Bürgen als Sicherheitsleistung;
deshalb gehen erst nach vollständiger Befriedigung
der Bank ihre Ansprüche gegen den Hauptschuldner in
Höhe der Leistung des Bürgen auf diesen über. Auf
Verlangen des Bürgen hat die Bank diese Ansprüche
vorzeitig auf den Bürgen zu übertragen, soweit sie
diese nicht nur vorübergehend nicht mehr benötigt.

... ."

Die Beklagten zahlten die mit der BRZ abgesprochene Summe am 18. Mai 1984; weitere Leistungen erbrachten sie nicht.

Am 7. September 1984 ließ sich der Kläger von der BRZ für sein dort neu errichtetes Konto [REDACTED] 3 einen Kredit in laufender Rechnung bis zu 340.000 DM bei 9,25 % Zinsen "zur Übernahme einer Forderung der BRZ gegen ... (Beklagte) aus dem Bauvorhaben Ho[REDACTED]straße [REDACTED] wegen Rückbelastungsgarantie" einräumen. Am 23. Oktober 1984 teilte ihm die BRZ mit, daß sie ihn aus der am 14. Mai 1984 übernommenen Bürgschaft in Höhe von 321.127,51 DM in Anspruch genommen habe; dem Brief lag ein Auszug des vorgenannten Kontokorrentkontos des Klägers vom 18. Oktober 1984 bei, der diese Summe mit Wert 30.9. im Soll ausweist und auf dem als Verwendungszweck vermerkt ist: "Ausbuchung der von Ihnen am 14.5.1984 übernommenen Bürgschaft/... (Beklagte)". Mit Schreiben vom 23. April 1985 bestätigte die BRZ dem Kläger, daß das Konto Nr. [REDACTED] 9 der Beklagten gelöscht worden sei und diesen gegenüber keine Ansprüche mehr geltend gemacht würden, "nachdem wir Sie aus ... der Bürgschaft ... in Anspruch genommen haben".

Der Kläger verlangt nunmehr von den Beklagten im Urkundenprozeß Zahlung dieses Betrages zuzüglich der in der Folgezeit auf seinem Kontokorrentkonto noch aufgelaufener Sollzinsen und Gebühren, insgesamt 328.714,71 DM nebst 9,25 % Zinsen seit 28. Dezember 1984.

Das Landgericht wies die Klage ab, das Oberlandesgericht die Berufung zurück. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat Erfolg.

I.

Der Kläger macht einen Anspruch aus gesetzlichem Forderungsübergang nach § 774 Abs. 1 Satz 1 BGB geltend. Das setzt eine wirksame Bürgschaftsverpflichtung, eine Hauptschuld mindestens im Umfange der erbrachten Leistung und die Zahlung als Bürge voraus.

1. Der Kläger hat sich ausweislich der von ihm vorgelegten Bürgschaftsurkunde selbstschuldnerisch verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeiten der Beklagten gegenüber der BRZ aus deren bankmäßiger Geschäftsverbindung bis zum Höchstbetrag von 290.847,49 DM einzustehen, wobei sich diese Summe insbesondere um die bis zur jeweiligen Saldierung aufgelaufenen Zinsen, Provisionen und Kosten erhöhen konnte. Eine solche Bürgschaftserklärung ist wirksam (Senatsurt. v. 22. Mai 1986 - IX ZR 108/85, NJW 1986, 2308 und ständig). Davon gehen ersichtlich auch die Parteien und die Vorinstanzen aus.

2. Das Berufungsgericht beanstandet in seinem Urteil jedoch, der Kläger habe nur vorgetragen, er sei durch die BRZ mit Schreiben vom 23. Oktober 1984 in Höhe von 321.171,51 DM (richtig: 321.127,51) in Anspruch genommen worden und danach seien weitere Zinsen aufgelaufen. Die Beklagten hätten demgegenüber behauptet, die BRZ habe aufgrund einer Vereinbarung vom 23. März 1984 und ihrer Zahlung von 395.197,99 DM (richtig: 395.197,59) am 18. Mai 1984 keine weiteren Forderungen an sie gestellt, das Bestehen einer Hauptverbindlichkeit also bestritten. Der Kläger hätte deshalb darlegen und den Urkundenbeweis dafür antreten müssen, welche auf ihn nach dem 23. Oktober 1984 angeblich übergegangene Hauptforderung er geltend mache; die Vorlage von Kontoauszügen seines Bürgschafts-/Kreditkontos reiche dazu nicht hin.

Dem Antrag des Klägers, das Berufungsurteil dahin zu berichtigen, daß die Klage als im Urkundenprozeß unstatthaft ab- und seine Berufung nur insoweit zurückgewiesen worden sei, gab das Berufungsgericht nicht statt; es habe seine Entscheidung nicht auf fehlende Beweise gestützt, sondern die Klage für unschlüssig erachtet, weil eine Hauptschuld "nicht ausreichend dargelegt, geschweige denn bewiesen" worden sei.

3. Das hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Der Kläger berief sich zur Rechtfertigung seines Verlangens von Anfang an ausschließlich auf § 774 Abs. 1 Satz 1 BGB. Das Vorbringen, er sei von der BRZ in einem

genau dargelegten Umfang als Bürge in Anspruch genommen worden, umfaßte deshalb zugleich die Behauptung, der BRZ habe zu diesem Zeitpunkt gegen die Beklagten eine Forderung mindestens in dieser Höhe zugestanden. Denn nur ein bestehender Anspruch konnte auf ihn übergehen. Sein Vortrag war somit schlüssig.

b) Ihn mußte der Kläger aber, weil er einen Urkundenprozeß führt (§ 593 Abs. 1 ZPO), mit den in dieser Prozeßart zulässigen Beweismitteln nachweisen (§§ 592 Satz 1, 593 Abs. 2, 595 Abs. 2, 3, 597 Abs. 2 ZPO). Das ist auch gelungen.

Es läßt sich dem angegriffenen Urteil nicht mit Sicherheit entnehmen, ob das Berufungsgericht gesehen hat, daß die Beklagten ihren Schuldenstand per 5. März 1984 selbst mit 682.461,47 DM beziffert haben. Ihre einzige, rechtsvernichtende Behauptung, die BRZ habe ihnen aufgrund einer angeblichen Vereinbarung vom 23. März 1984 und ihrer unstreitigen Teilzahlung vom 18. Mai 1984 (395.197,59 DM) den Rest erlassen, ist, wie die Revision zu Recht geltend macht, eine Einwendung gegen die ursprüngliche Forderung. Deshalb hat nicht, was das Berufungsgericht annimmt, der Kläger den Fortbestand, sondern haben die Beklagten das Erlöschen der Hauptschuld im Unterschiedsbetrage zu beweisen. Sie haben sich hierzu auf das vom Kläger vorgelegte Schreiben der BRZ vom 11. Mai 1984 berufen. In ihm hat die BRZ aber lediglich zugesagt, keine weiteren Ansprüche "an" die Beklagten zu stellen, falls diese den angebotenen "Teilbetrag" leisteten, gleichzeitig aber unmißverständlich klargestellt, daß damit

"kein Verzicht der nach der Inanspruchnahme des Bürgen auf diesen übergegangenen Forderungen" verbunden sei. Schon diese Urkunde beweist mithin gerade im Gegenteil den Fortbestand einer Hauptschuld dem Grunde nach. Soweit die Beklagten unter Benennung eines Zeugen vorgebracht haben, die mit der BRZ am 23. März 1984 getroffene Vereinbarung enthalte die Einschränkungen in deren späterem Schreiben nicht, ist dieser Beweisantritt im Urkundenprozeß unstatthaft (§ 598 ZPO). Der Umfang der Hauptverbindlichkeit mit 321.127,51 DM ist durch das Schreiben der BRZ vom 23. Oktober 1984 und durch den Auszug aus dem Kontokorrentkonto des Klägers vom 18. Oktober 1984 dargelegt und der Höhe nach nicht bestritten (vgl. BGHZ 62, 286).

4. Der Kläger hat auch als Bürge mit Befriedigungswirkung geleistet.

a) Warum die Sollstellung auf seinem Kreditkonto keine Befriedigung der BRZ gewesen sein soll, wie das Landgericht meint, ist unerfindlich. Der Bundesgerichtshof hat bereits ähnliche Fälle entschieden und dabei die Kreditaufnahme eines Bürgen bei der Bürgschaftsgläubigerin als Erfüllung seiner Verpflichtung angesehen (BGH, Urteile v. 14. Januar 1981 - VIII ZR 24/80, WM 1981, 266; v. 26. September 1985 - IX ZR 180/84, WM 1985, 1449 = ZIP 1985, 1465). Hier hatte die BRZ den Kredit auf dem genannten Konto ausschließlich für die zu erwartende Abdeckung ihrer verbürgten Forderungen gegenüber den Beklagten zur Verfügung gestellt und bei Eintritt des Bürgschaftsfalles abgebucht. Sie hat deshalb dem Kläger auch folgerichtig am 22. April 1985 bestätigt, daß

das Konto Nr. [REDACTED] 9 der Beklagten gelöscht worden sei und diesen gegenüber keine Ansprüche mehr geltend gemacht würden, "nachdem wir Sie aus der ... Bürgschaft ... in Anspruch genommen haben". Daraus folgt zugleich, daß Ziffer 5 der Bürgschaftsurkunde den Forderungsübergang auf den Kläger nicht hinderte. Denn nach dieser Bestimmung hätte seine Zahlung nur dann als Sicherheitsleistung gegolten, wenn der Betrag nicht zur vollständigen Befriedigung der Gläubigerin ausgereicht hätte. Die BRZ hat aber gerade, wie dargelegt, ihre vollständige Befriedigung zu erkennen gegeben (vgl. in diesem Zusammenhang die Senatsurteile BGHZ 92, 374 und v. 23. Oktober 1986 - IX ZR 203/85, NJW 1987, 374, 376), wenn sie auch ihre dingliche Sicherheit noch nicht freigegeben hat; letzteres hat seinen Grund aber nur darin, daß diese als Gesamtgrundschuld alle Ansprüche aus der Finanzierung des Vorhabens der Bauherrengemeinschaft, also auch die gegenüber den anderen Bauherren sichert.

b) Die Beklagten weisen schließlich vergeblich darauf hin, daß der dem Kläger eingeräumte Kredit nach der Zweckbestimmung der Urkunde "zur Übernahme einer Forderung ... wegen der Rückbelastungsgarantie" dienen sollte. Selbst wenn es sich dabei nicht bloß um eine ungenaue oder rechtlich fehlerhafte Bezeichnung des übereinstimmend Gewollten handeln sollte, änderte dies im Ergebnis nichts. Der Kläger hatte vorher eine Bürgschaft übernommen, ist nachher daraus in Anspruch genommen worden und wollte unzweifelhaft auch nur als Bürge leisten. Die Parteien eines Bürgschaftsvertrages könnten aber selbst dann, wenn bisher eine wirksame Bürgenverpflichtung nicht vorliegt, noch bei der Zahlung

vereinbaren, daß der Leistende wegen der Schuld des Dritten als dessen Bürge zahlen soll (BGH, Urt. v. 13. Mai 1964 - VIII ZR 244/62, WM 1964, 849, 841).

5. Das Begehren des Klägers zu den Nebenforderungen (BGHZ 36, 172) ist jedoch teilweise unbegründet. Er verlangt 328.714,71 DM nebst Zinsen, deren Höhe die Beklagten nicht bestritten haben, ab 28. Dezember 1984. In dieser Summe sind jedoch ausweislich des Kontoauszuges von diesem Tage schon die bis 30. Dezember 1984 angefallenen Zinsen in Höhe von 7.438,69 DM enthalten, was nach der bankmäßigen Übung der Jahreszins für 1984 ist. Weitere Zinsen können daher erst ab 1. Januar 1985 und außerdem nicht von dem Jahresabschlußbetrag, sondern nur von der Hauptsachsumme (321.127,51 DM) gefordert werden (vgl. §§ 248, 289 BGB), nachdem das Girovertragsverhältnis zur BRZ beendet ist; insoweit verbleibt es daher bei der Klageabweisung.

Im übrigen ist durch Vorbehaltsurteil zu erkennen und den Beklagten, die insbesondere auch Ansprüche gegen den Kläger persönlich aus einer Verletzung des Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrages mit der I [REDACTED] Un[REDACTED]-[REDACTED]gesellschaft mbH & Co. geltend machen, die Ausführung ihrer Rechte vorzubehalten (§ 599 Abs. 1 ZPO).

II.

Wegen des Nachverfahrens wird der Rechtsstreit an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückverwiesen. Allerdings ist streitig, ob dafür stets die erste Instanz zuständig ist, also auch dann, wenn dort die Klage abgewiesen und das Vorbehaltsurteil erst vom Berufungsgericht erlassen worden ist (so OLG Frankfurt MDR 1977, 236; Thomas/Putzo, ZPO 14. Aufl. § 600 Anm. 1; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO 45. Aufl. § 600 Anm. 1 B; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht 14. Aufl. § 164 III 6), oder, ob das Nachverfahren zunächst nach allgemeinen Regeln bei dem Gericht anfällt, das das Vorbehaltsurteil erläßt, im Beispielsfalle somit beim Berufungsgericht (so RGZ 29, 368; 57, 184, 186; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO 20. Aufl. § 600 Rdnr. 14; schwankend Zöllner/Schneider, ZPO 15. Aufl. § 600 Rdnr. 9; offen gelassen in BGH, Urt. v. 20. März 1967 - VIII ZR 237/64, LM § 538 ZPO Nr. 11 = MDR 1967, 757). Das kann aber offenbleiben. Jedenfalls hat das Berufungsgericht, wenn es erstmals das Vorbehaltsurteil erläßt, die Sache in entsprechender Anwendung des § 538 Abs. 1 Nr. 4 ZPO an die erste Instanz zurückzuverweisen (herrschende Meinung, OLG München BayJMB1 1955, 196 und OLGZ 1966, 34, 38; OLG Düsseldorf MDR 1973, 856, 857; Thomas/Putzo § 538 Anm. 3 Nr. 4, Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Albers aaO und § 538 Anm. 3 C; Zöllner/Schneider § 538 Rdnr. 26; Stein/Jonas/Grünsky § 538 Rdnr. 26; Rosenberg/Schwab § 141 IV 1 d). So hat mithin auch der Senat, der die Entscheidung des Berufungsgerichtes lediglich ersetzt, zu verfahren. Allerdings

könnte der Berufungsrichter von einer Zurückverweisung absehen, wenn er dies für sachdienlich hielte (§ 540 ZPO). Der Senat muß die Entscheidung hierüber aber nicht ihm überlassen, sondern kann sie selbst treffen (Senatsurt. v. 16. Februar 1984 - IX ZR 45/83, NJW 1984, 1622, 1624). Er hält es für sachdienlich, den Rechtsstreit an das Landgericht zurückzuverweisen. Gleichwohl ist eine Kostenentscheidung zu treffen, weil dies bei einem Vorbehaltsurteil stets erforderlich (§§ 600 Abs. 2, 302 Abs. 4 Satz 2 ZPO: "anderweit") und der Urkundenprozeß nunmehr abgeschlossen ist (BGHZ 20, 397 für den umgekehrten Fall eines erfolglosen Rechtsmittels); sie beruht auf §§ 92 Abs. 2, 100 Abs. 4, 101 Abs. 1 ZPO.

Merz

Fuchs

Gärtner

Winter

Schmitz