

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

IX ZR 222/86

Verkündet am:  
4. Februar 1988  
Thiesies  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Deutsch-S [REDACTED] Bank AG,  
vertreten durch den Vorstand Albert J [REDACTED], Dr. Wilhelm  
L [REDACTED] und Friedrich Graf von Sc [REDACTED],  
L [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] F [REDACTED].,

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Otto W [REDACTED],  
H [REDACTED]straße [REDACTED], [REDACTED] Bad H [REDACTED] v.d.H.,

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]  
und [REDACTED] -

WII

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Februar 1988 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Zorn, Henkel, Gärtner und Dr. Schmitz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 1. Oktober 1986, soweit zu ihrem Nachteil erkannt worden ist, aufgehoben.

Im Umfange der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 5. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger nimmt die beklagte Bank auf Herausgabe einer Bürgschaftsurkunde sowie auf Ersatz von Avalzinsen in Anspruch, die Beklagte verlangt im Wege der Widerklage von ihm aufgrund abgetretenen Rechts die Rückzahlung eines Kredits.

Der Dipl.-Kaufmann G■■■■ war Alleingesellschafter und Geschäftsführer der I■■■ Im- und Export GmbH, deren Gewinne ihm und dem Kaufmann Dr. B■■■ je zur Hälfte zustanden. Im Oktober 1979 gewährte der Kläger gegen die Zusage G■■■■, ihn an den Gewinnen aus dessen Geschäften und denen der I■■■ GmbH zu beteiligen, der Gesellschaft Darlehen in Höhe von insgesamt 460.000 DM, die kurzfristig zurückgewährt und revolvingierend eingesetzt werden sollten. Um Mittel zur Durchführung eigener geschäftlicher Unternehmen zur Verfügung zu haben, ließ der Kläger sich von der Beklagten einen Kontokorrentkredit in Höhe von 475.000 DM einräumen. Dieser wurde besichert durch Verpfändung von Ansprüchen des Klägers hinsichtlich einer Spielbank und durch Übernahme einer Bürgschaft des Dr. B■■■ mit der Maßgabe, daß die Beklagte, falls er den Kredit ablöste, den Spielbankenanteil treuhänderisch für ihn halten werde. Der Kredit belief sich am 1. Dezember 1980 auf 536.877,36 DM. Dr. B■■■ befriedigte die Beklagte, die das mit ihm vereinbart hatte, dadurch, daß er einen von ihr ohne Besicherung in derselben Höhe eingeräumten Zwischenfinanzierungskredit in Anspruch nahm und damit das Konto des Klägers ausglich. Die Beklagte sandte an Dr. B■■■ das Kreditbestätigungsschreiben vom 16. Dezember 1980, das als Verwendungszweck die Ablösung der durch die von ihm übernommene Höchstbetragsbürgschaft unterlegten Verbindlichkeit des Klägers nennt, den Hinweis enthält, daß sie die Höchstbetragsbürgschaft vom 3. November 1979 "entwertet" zu ihren Akten genommen habe, sowie ferner den Satz, Dr. B■■■ habe ihr zugesagt, auf seine Ansprüche aus der Vereinbarung vom 2. November 1979 (d.i. über den Spielbankenanteil) zu verzichten. Mit Schreiben ebenfalls vom 16. Dezember 1980 unterrichtete die Beklagte den Kläger, daß die

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



bisherige Kreditvaluta in Höhe von 536.877,36 DM, Wert 1. Dezember 1980, von Dr. B. übernommen worden sei und sie ihm neu einen kurzfristigen Überziehungskredit von 250.000 DM, besichert durch Verpfändung seiner Ansprüche hinsichtlich der Spielbank, zur Verfügung gestellt habe. Dr. B. bestätigte weder der Beklagten den Verzicht auf seine Ansprüche aus der Vereinbarung vom 2. November 1979 noch dem Kläger, der ihn darum mit Schreiben vom 19. Dezember 1980 gebeten hatte, daß er aus der Auslösung des Sollsaldos gegen ihn keine Rechte und Ansprüche herleiten werde. Er und der Kläger glichen die von der Beklagten ihnen eingeräumten Kredite nicht aus. Im September 1981 ließ die Beklagte sich von Dr. B. ihre angeblich kraft Gesetzes auf diesen übergegangene Forderung gegen den Kläger abtreten. Dieser machte geltend, Dr. B. habe die Beklagte wegen ihrer Rückzahlungsforderung aus dem ersten Kredit nicht als Bürge befriedigt, sondern habe Verbindlichkeiten der I. GmbH und deren Gesellschafter G. tilgen wollen.

Aufgrund einer Vereinbarung zwischen den Parteien wurde der von der Beklagten als Pfandgläubigerin beanspruchte Spielbankenanteil des Klägers veräußert, von dem Erlös in Höhe von 600.000 DM zunächst der Kredit von 250.000 DM zuzüglich Zinsen in Höhe von insgesamt 267.861,17 DM abgelöst und der Restbetrag von 332.138,83 DM dem Kläger gegen eine Avalbürgschaft der Kreissparkasse des Hochtaunuskreises vom 12. Januar 1982 in derselben Höhe zur Verfügung gestellt, für die der Kläger 1,2 % Avalzinsen seit diesem Tage zu entrichten hatte.

Der Kläger verlangt mit der Klage die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde sowie den Ersatz der von ihm gezahlten Avalzinsen, weil der Beklagten eine Forderung gegen ihn nicht zustehe, die Beklagte mit der Widerklage seine Verurteilung zur Zahlung des sich nach Abzug des Betrages der Avalbürgschaft von der durch Abtretung erworbenen Forderung ergebenden Restbetrages von 204.738,53 DM nebst Zinsen seit dem 12. Januar 1982.

Das Landgericht wies die Klage ab und gab der Widerklage statt. Die Berufung des Klägers hatte bis auf einen geringfügigen Teil seiner Forderung auf Ersatz der Avalzinsen Erfolg. Auf die Revision der Beklagten hob der erkennende Senat das Berufungsurteil, soweit es zu deren Nachteil erkannt hatte, auf (Urt. v. 26. September 1985 - IX ZR 180/84, WM 1985, 1449 = ZIP 1985, 1465; Anm. Heinrichs in EWiR 1985, 971). Nach erneuter Verhandlung entschied das Oberlandesgericht über die Berufung des Klägers mit demselben Ergebnis wie in seinem ersten Urteil. Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

I.

Zwischen den Parteien ist streitig, ob Dr. B. die Leistung als Bürge in Erfüllung seiner Bürgschaftsschuld bewirkt hat mit der Folge, daß die Forderung der Beklagten gegen den Kläger nicht erlosch, sondern nach § 774 Abs. 1 Satz 1 BGB auf Dr. B. überging, oder als Dritter im Sinne von § 267 Abs. 1 BGB mit der Folge, daß das Schuldverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten erlosch. Nur im ersten Falle kann Dr. B. die kraft Gesetzes entstandene Rückgriffsforderung erworben haben, die er am 10. September 1981 an die Beklagte abtrat und die sie für sich beansprucht.

Das Berufungsgericht hat in beiden Urteilen den zweiten Fall bejaht und deshalb die Klage für begründet, die Widerklage für nicht begründet gehalten.

1. In seinem ersten Urteil hatte es durch Auslegung des Schriftwechsels ohne Beweiserhebung den Sachverhalt tatsächlich dahin gewürdigt, daß die Leistung des Dr. B. der Beklagten als Bürgenleistung habe erscheinen müssen. Rechtlich hatte es dazu die Ansicht vertreten, maßgebend dafür, ob er als Bürge geleistet oder die Verbindlichkeit der I. GmbH gegenüber dem Kläger erfüllt habe, sei im Rahmen des § 774 BGB nicht die Sicht eines objektiven, mit der Sachlage vertrauten Dritten oder die der Beklagten, sondern Wille und Motiv des Leistenden, also des Dr. B., der nicht als Bürge geleistet habe. Diese Rechtsauffassung hat der Senat in

seinem Urteil vom 26. September 1985 verworfen und entschieden, daß die Zweckbestimmung einer Leistung, die der Zuwendende, obgleich er sie als Bürge oder als Dritter bewirken konnte, ohne Zweckbestimmung bewirkt hat, sich nicht nach seinem inneren Willen, sondern danach richtet, als wessen Leistung sich die Zuwendung bei objektiver Betrachtungsweise aus der Sicht des Zuwendungsempfängers darstellt. Der Senat hatte auch den Hinweis gegeben, falls das Berufungsgericht aufgrund der neuen Verhandlung zu einem anderen Ergebnis gelangen sollte, wie sich die Leistung des Dr. B. der Beklagten habe darstellen müssen, werde es die von ihr für ihre Vereinbarungen mit Dr. B. angetretenen Beweise zu erheben haben.

2. Das Berufungsgericht hat nunmehr die von der Beklagten benannten Zeugen vernommen und aufgrund der erneuten Verhandlung der Berufung des Klägers, soweit sie ihm wieder angefallen war, wiederum stattgegeben. Dazu hat es ausgeführt:

Dem Kläger stehe gegen die Beklagte ein Anspruch auf Herausgabe der von der Kreissparkasse des Hochtaunuskreises ausgestellten Bürgschaftsurkunde zu. Sein Rechtsschutzinteresse an der von ihm begehrten Entscheidung ergebe sich daraus, daß im Bürgschaftsvertrage das Erlöschen der Bürgschaft an die Rückgabe der Bürgschaftsurkunde geknüpft worden sei. Die Beklagte habe diese Bürgschaft, für die der Kläger Avalzinsen zu entrichten habe, ohne rechtfertigenden Grund erlangt, weil ihr die mit der Bürgschaft gesicherte und auch die mit der Widerklage geltend gemachte Forderung

gegen den Kläger nicht zustehe. Dadurch, daß Dr. Beer die Beklagte wegen ihrer am 1. Dezember 1980 gegen den Kläger bestehenden Rückgewährforderung von 536.877,36 DM befriedigt habe, sei diese Forderung nicht auf ihn übergegangen, so daß er sie auch nicht an die Beklagte habe abtreten können. Denn seine Leistung habe sich bei objektiver Betrachtungsweise aus Sicht der Beklagten nicht als Bürgenleistung, sondern als eine Tilgung der Schuld der I. GmbH gegenüber dem Kläger dargestellt. Aufgrund der Beweisaufnahme und der erneuten mündlichen Verhandlung sei das Berufungsgericht davon überzeugt, daß die Beklagte in dem Zeitraum Oktober bis Dezember 1980 selbst nicht von einer Bürgenleistung des Dr. B. ausgegangen sei. Der als Zeuge vernommene damalige Generalbevollmächtigte Feske der Beklagten habe das zwar bekundet, sei jedoch aufgrund seines persönlichen Eindrucks und verschiedener Indizien nicht glaubwürdig. Das von ihm verfaßte Telex vom 27. Oktober 1980 enthalte im Grunde keine Formulierungen, die für die Darstellung der Beklagten sprechen könnten, die Worte "unter Ihrer Bürgschaft" seien mehrdeutig. Wie wenig die Beklagte Anfang Dezember 1980 die Übernahme der Verbindlichkeit des Klägers durch Dr. B. als Bürgenleistung angesehen habe, ergebe ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem Spielbankenanteil, den sie in ihrem Schreiben an den Kläger vom 16. Dezember 1980 als Besicherung des diesem neu gewährten Kredits genannt habe, obgleich sie aufgrund der Vereinbarung mit dem Bürgen Dr. B. ihn für diesen treuhänderisch hätte halten müssen. Die Behauptung der Beklagten, Dr. B. habe auf diese Sicherheit ihr gegenüber verzichtet, sei nicht erwiesen. Auch der Vermerk des Steuerberaters D. über das Gespräch im Hause der

Beklagten am 9. Dezember 1980, daß der Spielbankenanteil als Sicherheit für den dem Kläger neu zu gewährenden Kredit im Hause bleibe, ergebe deutlich, daß sie die Übernahme der Verbindlichkeit des Klägers durch Dr. B. nicht als Bürgenleistung angesehen habe. Die Aussage des früheren Mitarbeiters Ga. der Beklagten, man habe damals übersehen, daß der Spielbankenanteil nicht wieder als Sicherheit habe verwendet werden können, sei im Kern nicht einmal völlig unzutreffend. Nur liege eben kein "Übersehen" der Beklagten vor, sondern sie sei nicht davon ausgegangen, daß Dr. B. als Bürge geleistet habe. Sie habe vielmehr Anfang Dezember 1980 den Kläger als Schuldner des diesem gewährten Kredits durch Dr. B. ausgetauscht, der ihr damals wirtschaftlich sicherer erschienen sei, zumal sie dem Kläger am 16. Dezember 1980 einen "kurzfristigen Überziehungskredit" zur Verfügung habe stellen müssen. Erst als sich - nach der Aussage des Zeugen Ga. im Juni 1981 - abgezeichnet habe, daß der Dr. B. gewährte Kredit notleidend werde, sei im Hause der Beklagten die "These von der Bürgenleistung des Dr. B." aufgekommen, weil er ihr nur dann einen Anspruch aus § 774 BGB gegen den Kläger habe abtreten können.

Da die Übernahme der Verbindlichkeit des Klägers durch Dr. B. auch aus der Sicht der Beklagten keine Bürgenleistung gewesen sei, komme es auf den weiteren Vortrag des Klägers im Zusammenhang mit § 774 Abs. 1 Satz 3 und § 776 BGB nicht mehr an.

12

## II.

Dagegen wendet sich die Revision mit Recht.

1. Die Verurteilung der Beklagten, die ihr von der Kreissparkasse des Hochtaunuskreises erteilte Bürgschaftsurkunde an den Kläger herauszugeben, würde bei dem bisher vorliegenden Sachvortrag der rechtlichen Nachprüfung auch dann nicht Stand gehalten haben, wenn die Feststellung des Berufungsurteils, die Beklagte habe die Bürgschaft ohne rechtfertigenden Grund erlangt, ohne Gesetzesverletzung getroffen worde wäre. Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen (§ 765 Abs. 1 BGB). Weshalb die Beklagte als Bürgschaftsgläubigerin verpflichtet sein sollte, die Bürgschaftsurkunde, falls sie sie rechtsgrundlos erlangt hätte, statt an die Kreissparkasse als Bürgin und Ausstellerin der Urkunde an den Kläger herauszugeben, hat das Berufungsgericht nicht begründet.

2. Die Feststellungen des Berufungsgerichts, die Leistung des Dr. B. habe sich bei objektiver Betrachtungsweise aus der Sicht der Beklagten nicht als Bürgenleistung dargestellt, und sie sei darüber hinaus auch selbst davon ausgegangen, daß er nicht als Bürge geleistet habe, sind, wie die Revision mit Recht rügt, rechtsfehlerhaft getroffen worden.

a) Nach § 286 Abs. 1 ZPO hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des

Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei, und in dem Urteil die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.

Dem Berufungsurteil läßt sich nicht entnehmen, daß der Berufsrichter bei seiner Überzeugungsbildung berücksichtigt hat, welche Schlüsse bei objektiver Betrachtungsweise die Beklagte aus dem Umstande ziehen mußte, daß die Leistung des Dr. B. in der Höhe genau eben dem Betrage entsprach, den er als ihr Bürge für die Verbindlichkeit des Klägers zu leisten verpflichtet gewesen wäre. Die Höhe der Verbindlichkeit der I. GmbH gegenüber dem Kläger, die Dr. B. nach Ansicht des Berufungsgerichts mit seiner Leistung hatte tilgen wollen, hat es ebensowenig geprüft wie die Frage, ob sie der Beklagten bekannt war.

b) Zumindest seit dem Telex der Beklagten an Dr. B. vom 27. Oktober 1980 und dessen Bestätigung vom 14. November 1980 war die Ablösung des dem Kläger eingeräumten Kredits unter Verwendung des von der Beklagten Dr. B. eingeräumten Kredits vereinbart. Das Berufungsgericht begründet aber seine Überzeugung, daß die Leistung des Dr. B. sich der Beklagten nicht als Bürgenleistung dargestellt habe, mit deren nachträglichen Verhalten wegen des Spielbankenanteils, der Besprechung am 9. Dezember 1980 und dem Schreiben an den Kläger vom 16. Dezember 1980. Im Widerspruch dazu mißt der Berufsrichter dem Schreiben der Beklagten an Dr. B. vom selben Tage auch mit der Begründung keine Bedeutung zu, daß

es "ohnehin aus einem Zeitraum nach Übernahme der Schuld" stamme.

c) Seine Überlegung, Dr. B. [REDACTED] sei der Beklagten sicherer als der Kläger erschienen, zumal sie diesem kurzfristig einen Überziehungskredit habe zur Verfügung stellen müssen, hat der Berufungsrichter angesichts des Umstandes, daß der Beklagten vor der Leistung des Dr. B. [REDACTED] der Spielbankenanteil zur Verfügung stand, dieser werthaltiger war als der Kredit und daß zumindest am 9. Dezember 1980 der von dem Kläger gewünschte neue Kredit diesem noch nicht zugesagt war, nicht durch Tatsachen begründet.

d) In ihrem Schreiben an Dr. B. [REDACTED] vom 16. Dezember 1980 hatte die Beklagte nicht nur als Verwendungszweck des ihm eingeräumten Kredits die Ablösung der durch die von ihm übernommene Höchstbetragsbürgschaft unterlegten Verbindlichkeit des Klägers genannt - was der Berufungsrichter für wenig aussagekräftig hält -, sondern ihn ausdrücklich darauf hingewiesen, daß sie die Höchstbetragsbürgschaft vom 3. November 1979 "entwertet" zu ihren Unterlagen genommen habe. Das Berufungsurteil läßt nicht erkennen, daß der Berufungsrichter bei seiner Überzeugungsbildung dieses Verhalten der Beklagten berücksichtigt hat. Es steht im übrigen im Widerspruch zu der Annahme des Berufungsgerichts, im Hause der Beklagten sei erst im Sommer 1981 "die These von der Bürgenleistung des Dr. B. [REDACTED]" aufgekommen.

III.

Das Berufungsurteil kann deshalb keinen Bestand haben.  
Bei der Zurückverweisung hat der Senat von der Möglichkeit  
des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Merz

RiBGH Zorn ist in  
Urlaub und kann nicht  
unterschreiben.

Henkel

Merz

Gärtner

Schmitz