

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 43/82 V e r s ä u m n i s -
 URTEIL

Verkündet am
31. Mai 1983
Pohl
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Stadtsparkasse M[REDACTED], Anstalt des öffentlichen Rechts,
gesetzlich vertreten durch den Vorstand (Vorsitzender:
Direktor Alfred L[REDACTED]), S[REDACTED]straße 2, M[REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

Michael G [REDACTED], C[REDACTED]straße 12,
M[REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

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

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat ,
auf die mündliche Verhandlung vom 31. Mai 1983 durch
die Richter Fuchs, Henkel, Dr. Lang, Gärtner und Winter

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
München vom 26. März 1982 aufgehoben, soweit
es den Rechtsstreit an das Landgericht zurück-
verwiesen hat.

Auf die Berufung der Klägerin wird das
Versäumnisurteil der 12. Zivilkammer des
Landgerichts München I vom 25. Juli 1980
ohne die Kostenentscheidung aufrechterhalten.

Von den Kosten der Vorinstanzen, soweit sie
nicht durch die Versäumnis des Beklagten
veranlaßt sind, trägt die Klägerin 1/10.
Die übrigen Kosten dieser Instanzen und die
Kosten der Revision der Klägerin fallen dem
Beklagten zur Last.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Am 19. März 1980 schuldete die Firma M[REDACTED]-B[REDACTED] & Partner, Gesellschaft für Vermittlung und Beratung mbH (künftig: Firma M[REDACTED]-B[REDACTED]) der Klägerin aus Krediten in laufender Rechnung 489 806,64 DM. An diesem Tag übergab der Beklagte der Klägerin eine unterzeichnete "Bürgschaftserklärung". Sie lautet:

"Zur Sicherung gem. Nr. 1 verbürgt sich Michael G[REDACTED] ... gegenüber der Sparkasse ohne zeitliche Beschränkung als Selbstschuldner für den in Nr. 1 genannten Hauptschuldner bis zum Betrage von 200 000 Deutsche Mark ... (Bürgschaftssumme) zuzügl. Nebenleistungen.

Bürgschaftsbedingungen

1.

Die Bürgschaft wird zur Sicherung aller bestehenden und künftigen, auch bedingten oder befristeten Forderungen der Sparkasse gegen den Hauptschuldner, Firma M[REDACTED]-B[REDACTED] ... aus ihrer Geschäftsverbindung (insbesondere aus laufender Rechnung, Krediten und Darlehen jeder Art und Wechseln ...) übernommen.

...

6.

... Die Sparkasse ist auch befugt, den Erlös von Sicherheiten und Zahlungen des Hauptschuldners



und anderer Verpflichteter zunächst auf den den Bürgschaftsbetrag übersteigenden Teil ihrer Forderungen zu verrechnen.

..."

Gleichzeitig übergab der Beklagte der Klägerin Schecks und einen Wechsel, die er im Tresor der Firma M■■■■-B■■■■ vorgefunden hatte. Die Klägerin konnte zwei Schecks über je 50 000 DM verwerten, nicht jedoch den Wechsel.

Die Klägerin nimmt den Beklagten aus der Bürgschaft in Anspruch. Das Landgericht verkündete am 25. Juli 1980 ein Versäumnisurteil, das den Beklagten zur Zahlung von 200 000 DM nebst 16,25 v. H. Zinsen ab 19. März 1980 und 25 DM vorgerichtlicher Kosten verurteilte. Auf dessen Einspruch beantragte die Klägerin, das Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten und festzustellen, daß die Bürgschaftserklärung rechtswirksam ist. Das Landgericht hob das Versäumnisurteil auf und wies die Klage ab. Mit der Berufung verfolgte die Klägerin ihre Anträge weiter. Das Oberlandesgericht wies die Feststellungsklage als unzulässig ab, erklärte die Leistungsklage dem Grunde nach für gerechtfertigt und verwies die Sache zur Verhandlung und Entscheidung über die Anspruchshöhe an das Landgericht zurück. Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Aufrechterhaltung des Versäumnisurteils vom 25. Juli 1980. Der Beklagte, dessen Revision der Senat durch Beschluß vom 24. März 1983 verworfen hat, ist nicht vertreten.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet.

Der Beklagte hat auf Grund seiner wirksamen Bürgschaftserklärung vom 19. März 1980 für die Verbindlichkeiten der Hauptschuldnerin einzustehen (§§ 765, 766 BGB).

Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist die Sache der Höhe nach noch nicht entscheidungsreif. Insoweit sei noch zu klären, in welchem Umfange die Klägerin sich wegen der Hauptschuld aus den ihr vom Beklagten überlassenen Wertpapieren befriedigt habe und wann damit erfüllt worden sei. Sollte im Zeitpunkt der Erfüllung (Gutschrift der erlösten Beträge) schon eine Bestimmung (§ 366 BGB) der Hauptschuldnerin vorgelegen haben dergestalt, daß die Eingänge auf den durch die Bürgschaft gesicherten Teil der Hauptforderung zu verrechnen seien, so dürfte die Bürgschaftsschuld in Höhe der Gutschrift erloschen sein. Der Senat halte es nicht für sachdienlich, die Sache in dieser Hinsicht selbst aufzuklären und zu entscheiden, weil beim möglichen Umfange des noch zu erwartenden Streits den Parteien der Verlust einer Tatsacheninstanz nicht zugemutet werden könne.

Die Revision rügt die Verletzung der §§ 300, 538 ZPO und des sachlichen Rechts. Die Rügen greifen durch. Der Zahlungsanspruch der Klägerin ist in der durch das Versäumnisurteil vom 25. Juli 1980 zuerkannten Höhe begründet.

Als sich der Beklagte am 19. März 1980 verbürgte, schuldete die Firma M - B der Klägerin 489 806,64 DM. Diese konnte zwei der übergebenen Schecks über je 50 000 DM verwerten, so daß noch eine Forderung von 389 806,64 DM bestand. Der Beklagte hat weitere Leistungen der Hauptschuldnerin nicht behauptet.

Die Zahlung von 100 000 DM hat den Bürgschaftsanspruch nicht vermindert. Die Klägerin hat sie auf den durch die Bürgschaft nicht gesicherten Teil ihrer Forderung gegen die Hauptschuldnerin angerechnet. Dazu war sie befugt. Eine Bestimmung im Sinne des § 366 BGB durch die Hauptschuldnerin ist weder getroffen worden noch hätte sie getroffen werden können.

Der Beklagte hat seine erstinstanzliche Behauptung, Viktor M - der Geschäftsführer der Firma M und B - habe an die Klägerin 100 000 DM gezahlt mit der Bestimmung, daß diese zur Verminderung der Bürgschaftsschuld des Beklagten verwendet werde, im zweiten Rechtszug nicht aufrechterhalten. Er hat nunmehr vorgetragen, daß die Klägerin die im Safe der Firma M - B gefundenen

Dokumente (Schecks und ein Wechsel) "gegen den ausdrücklichen Willen des Beklagten, der an der rechtsgeschäftlichen Ordnungsmäßigkeit des Besitzes der GmbH zweifelte", verwertet habe. Das schließt die Annahme einer Bestimmung im Sinne des § 366 BGB aus. Das tatsächliche Vorbringen in dem Schriftsatz vom 7. März 1982, den der Beklagte nach der Schlußverhandlung im Berufungsrechtszug eingereicht hat, darf im Revisionsverfahren nicht berücksichtigt werden (§ 561 ZPO).

Nach Nr. 6 Satz 2 der Bürgschaftsurkunde ist die Klägerin befugt, Zahlungen des Hauptschuldners zunächst auf den den Bürgschaftsbetrag übersteigenden Teil ihrer Forderungen zu verrechnen. Der Beklagte hat nicht geltend gemacht, daß die Parteien etwas anderes vereinbart hätten. Die Leistung der Hauptschuldnerin von 100 000 DM hat deshalb die Bürgschaft bis zum Höchstbetrage von 200 000 DM, die der Beklagte für alle Verbindlichkeiten der Firma M- B über-
nommen hatte, nicht berührt.

Die Verbindlichkeiten der Hauptschuldnerin rühren aus Kontokorrentverhältnissen her. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 77, 256, 261) ist § 366 BGB im Rahmen eines solchen Verhältnisses nicht anzuwenden. Denn die Zahlungen eines am Kontokorrent Beteiligten erfolgen nicht zur Tilgung bestimmter Forderungen, sondern bilden Rechnungsposten, die sich erst bei der nächsten Saldierung und Abrechnung des Kontokorrents auswirken.

Aus diesen Gründen kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Weil die Leistungsklage begründet, auch die Zinsforderung nicht bestritten ist, wird unter teilweiser Aufhebung des Berufungsurteils das Versäumnisurteil des Landgerichts vom 25. Juli 1980 ohne die Kostenentscheidung aufrechterhalten (§§ 557, 343 Satz 1 ZPO). Dies wird, da der Revisionsbeklagte säumig ist, durch Versäumnisurteil ausgesprochen (BGHZ 37, 79).

Fuchs Henkel Dr. Lang Gärtner, Winter