

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 202/73

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
5. März 1975

Scheibl
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Firma M [REDACTED] L [REDACTED] GmbH & Co. KG,
gesetzlich vertreten durch die persönlich haftende
Gesellschafterin Firma M [REDACTED] L [REDACTED] GmbH, diese
gesetzlich vertreten durch ihre Geschäftsführer
Dr. H [REDACTED] M [REDACTED] und He [REDACTED] Me [REDACTED] in M [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

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

gegen

1. R [REDACTED] B [REDACTED] in G [REDACTED], R [REDACTED]-K [REDACTED]-Straße [REDACTED],
2. G [REDACTED] GmbH, Z [REDACTED], A [REDACTED]-E [REDACTED]-Straße [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch ihren Geschäftsführer
Dr. M [REDACTED] L [REDACTED],
3. Bankhaus S [REDACTED] & Co., H [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch ihren persönlich haftenden
Gesellschafter und vertr. Geschäftsführer Dr. K [REDACTED] N [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt C [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Februar 1975 durch die Richter Claßen, Braxmaier, Hoffmann, Wolf und Merz

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München vom 23. Mai 1973 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte zur Zahlung von mehr als 626.000 DM nebst 10 1/2% Zinsen hieraus seit dem 10. Februar 1970 verurteilt worden ist.
2. Von den Kosten des ersten Rechtszugs hat die Beklagte 7/18 der Gerichtskosten und der außergerichtlichen Kosten der Kläger sowie 7/9 ihrer eigenen außergerichtlichen Kosten zu tragen. Die Kläger haben je die Hälfte der Gerichtskosten und ihrer außergerichtlichen Kosten des ersten Rechtszugs sowie die dem früheren Beklagten zu 2 erwachsenen außergerichtlichen Kosten zu tragen. Von den Kosten des Berufungs- und Revisionsverfahrens werden der Beklagten 7/9 auferlegt.
3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsstreits, soweit über sie noch nicht erkannt ist, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Der Kläger zu 1 besaß 66%, der Geschäftsführer und Gesellschafter der Beklagten, Dr. H. M., 34% des Grundkapitals der Bayerischen Wirtschaftsbank AG (BWB). Der Kläger zu 1 war Aufsichtsratsvorsitzender dieses Unternehmens. Nachdem im Herbst 1966 bei einer auf Veranlassung des Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen durchgeführten Prüfung bei der BWB die Gefährdung von 41 ausgereichten Krediten in der Gesamthöhe von 3.259.000,-- DM festgestellt worden war und deshalb ein Eingreifen des Bundesaufsichtsamts drohte, übernahm die Beklagte am 25. Januar 1967 eine Ausfallbürgschaft gegenüber der BWB bis zu einem Höchstbetrag von 986.000,-- DM und zwar

- a) für einen Teilbetrag von 626.000,-- DM von einer Gesamtkreditschuld von 1.190.490,-- DM des Hubert Baron von Pfetten
- und
- b) für einen weiteren Betrag von 360.000,-- DM aus den anderen 40 zu einer Wertberichtigung anstehenden Fällen und zwar nach Wahl der Bürgin.

Soweit die Bürgin aus der Bürgschaft in Anspruch genommen oder für die Bürgin ein Dritter leisten oder zahlen sollte, sollte sich die jeweils offene Bürgschaftssumme um den geleisteten Betrag ermäßigen. Die Ausfallbürgschaft der Beklagten war zunächst bis zum 1. Februar 1970 befristet und unter der Bedingung gegeben, daß weitere Bürgschaften rechtswirksam blieben. Diese Bedingung ist eingetreten.



Mit Schreiben vom 25. Januar 1967 verbürgte sich der Geschäftsführer der Beklagten, Dr. M. [REDACTED], persönlich unter Bezugnahme auf die Bürgschaft der Beklagten gegenüber der BWB, "soweit die Bürgin nicht erfüllen sollte". Der Kläger zu 1 übernahm ebenfalls gegenüber der BWB eine Ausfallbürgschaft bis zu einem Höchstbetrag von 2.000.000,-- DM. Die sämtlichen Bürgschaftserklärungen wurden dem Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen zugeleitet, das sich mit ihnen zufrieden gab.

Der Kläger zu 1 widersprach am 28. Januar 1967 gegenüber dem Anwalt Dr. M. [REDACTED]s dem Auswahlrecht, das sich die Beklagte in ihrer Bürgschaft vorbehalten hatte. Dr. M. [REDACTED] übernahm in der Folgezeit am 16. Oktober 1967 ergänzend zu den Bürgschaften vom 25. Januar 1967 über deren Höchstbetrag hinaus noch die Haftung für Zinsen in Höhe von 5,5% vom Tage der Bürgschaftsübernahme an.

Mit Schreiben vom 24. Mai 1968 nahm die BWB den Kläger zu 1 und Dr. M. [REDACTED] aus den Bürgschaften in Anspruch. Der Kläger zu 1 erfüllte seine Verpflichtungen; die Beklagte antwortete mit Schreiben vom 25. Juli 1968:

"Unter Bezugnahme auf die heutige Besprechung zwischen Ihrem sehr geehrten Herrn Direktor H. [REDACTED], Vorstand Ihrer Gesellschaft, und unserem Hauptgesellschafter Dr.-Ing. H. [REDACTED] M. [REDACTED] bestätigen wir Ihnen, daß wir bereit sind, unsere Bürgschaft über den Termin vom 1.2.1970 hinaus um weitere fünf Jahre, d.i. bis 1.2.1975, zu verlängern.

Wir sind bereit, für unsere Bürgschaft nachfolgende Kredite auszuwählen:

B[REDACTED], M[REDACTED]	60.000,--	DM
L[REDACTED]	35.000,--	DM
Auto-B[REDACTED]	100.000,--	DM
L[REDACTED]-Druck	12.000,--	DM
W[REDACTED] G[REDACTED]	4.000,--	DM
Z[REDACTED] u. R[REDACTED]	29.000,--	DM
R[REDACTED] und S[REDACTED]	120.000,--	DM

Die Abwicklung der Kredite erfolgt in vollem Einvernehmen mit uns und mit unserem Einverständnis sowie unter Ausnutzung aller gebotenen Möglichkeiten.

Soweit der Ausfall beiderseitig festgestellt ist, erfolgt die Belastung auf einem Sonderkonto "Kreditabwicklung", für das wir auch anfallende Zinsen in Höhe von 5,5% p.a. übernehmen.

Wir sind jedoch bereit, diese Ausfälle durch zugeteilte Bauspardarlehen zu Ihnen bekannten Bedingungen mit 5% p.a. zu refinanzieren und für die Zins- und Tilgungsraten in bar aufzukommen.

Darüber hinaus steht uns das Recht zu, das Gesamtkonto ganz oder teilweise durch Erträge aus Sondergeschäften abzudecken, die wir Ihnen unter den bereits früher besprochenen Bedingungen anbieten werden.

Unabhängig davon erfolgt an unseren Hauptgesellschafter Dr.-Ing. H[REDACTED] M[REDACTED] aus einem anderen Betrag eine Abtretung gegenüber Herrn L[REDACTED] in Höhe bis zu von 1,2 Mill. DM, wobei eingehende Beträge unserem Sonderkonto angerechnet werden."

Bei L[REDACTED] handelte es sich um einen ehemaligen Direktor der BWB, dem die Herausgabe der gefährdeten Kredite zur Last gelegt wurde.

Mit Vertrag vom 28. Februar 1969 erwarb der Kaufmann M. K. in H. von der BWB "ohne Garantie für die Bonität" 126 Forderungen der BWB gegen Kreditnehmer im Nennwert von 6.266.659, 27 DM zum Preise von 4.383.740,61 DM, darunter die Forderungen

1. D. -Konkurs	26.000,--	DM
2. P. -Vergleichsverfahren	626.000,--	DM
3. Deutsche C. -Konkurs	60.000,--	DM
4. K. -Konkurs	63.000,--	DM
5. L. -Offenbarungseid	31.700,--	DM
6. Z.	1.700,--	DM.

K. trat die angekauften Forderungen am 7. März 1969 an die Kläger als Gegenleistung für die von ihm erworbenen Aktien der BWB ab. Inwieweit die Forderung gegen Baron P. in Höhe von 1.343.150,-- DM ausfallen wird, steht noch nicht endgültig fest. Im Zuge eines laufenden Vergleichsverfahrens über das Vermögen dieses Schuldners haben die nicht bevorrechtigten Gläubiger bis zum 15. Februar 1972 Ausschüttungen in Höhe von 33% erhalten. Jedoch ist unstreitig, daß der Ausfall mindestens 626.000,-- DM betragen wird. Die übrigen 40 Forderungen der BWB, deretwegen die Bürgschaften gegeben wurden, sind notleidend geworden.

Am 26. Januar 1970 forderten die Kläger die Beklagte auf, gemäß ihrer Ausfallbürgschaft vom 25. Januar 1967 für die Forderung P. mit 626.000,-- DM sowie für die oben aufgeführten fünf anderen Forderungen mit zusammen 182.400,-- DM einzustehen. Dieselben Ansprüche wurden gegen Dr. M. persönlich für den Fall geltend gemacht, daß die Beklagte nicht zahle. Da die Beklagte keine Zahlung leistete, nahmen die Kläger die Beklagte - und zunächst auch Dr. M. - aus abgetretenem Recht als Bürgen in Anspruch.

Die Tatsacheninstanzen haben die Beklagte zur Zahlung von 808.400,-- DM samt Zinsen verurteilt.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Die Kläger beantragen Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat nur zum Teil Erfolg.

I.

Die Revision meint, die Verpflichtung der Beklagten in der Erklärung vom 25. Januar 1967 beinhalte einen Garantievertrag. Die Rechte aus demselben seien nicht nach § 401 BGB auf die Kläger übergegangen. Ob dieser Rechtsmeinung, daß § 401 BGB auf einen Garantievertrag keine Anwendung finden kann, bei der vorliegenden Fallgestaltung beizutreten wäre, kann unentschieden bleiben.

Beide Tatsacheninstanzen haben die Erklärung der Beklagten vom 25. Januar 1967 als Bürgschaft und nicht als Garantievertrag gewertet. Die Angriffe der Revision gegen diese mögliche und in der Revision nur beschränkt nachprüfbare Auslegung, die das Berufungsgericht dem Vertrag vom 25. Januar 1967 ge-

geben hat (BGH Urteil vom 22. Februar 1962 - VII ZR 262/60, 576/577; Senatsurteil vom 8. März 1967 - VIII ZR 285/64 = NJW 1967, 1020), sind nicht begründet.

1. Mit Recht weisen die Kläger darauf hin, daß hier Erklärungen von rechtlich bewanderten Kaufleuten abgegeben wurden, die zur Stützung eines Bankgeschäfts bestimmt waren, an dem sie interessiert waren. Der Wortlaut der Erklärung der Beklagten vom 25. Januar 1967 ist klar und bezeichnet die übernommene Verpflichtung als "Ausfallbürgschaft". Auch alle übrigen in diesem Zusammenhang abgegebenen Verpflichtungserklärungen sind ausdrücklich als Bürgschaften bezeichnet. Nur besonders gewichtige Umstände können bei dieser Sachlage eine dem Wortlaut nicht entsprechende Auslegung der Erklärung rechtfertigen (Senatsurteil vom 28. März 1962 - VIII ZR 250/61 = BGB LM § 133 (B) Nr. 7). Solche sind nicht erkennbar. Weder die Interessenlage noch die Willensrichtung der Parteien zwingen hier zu der Annahme, daß nicht eine Bürgschaftsverpflichtung, sondern ein Garantievertrag von der Beklagten gewollt war.

2. Die beiden Aktionäre der BWB waren bei Abgabe ihrer Bürgschaftserklärungen in hohem Maße an einer Sicherstellung der Bank für die hinsichtlich ihrer Rückzahlung zweifelhaft gewordenen Kredite interessiert, um ein drohendes Eingreifen der Bankenaufsicht zu verhindern. Ein solches Eigeninteresse an der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit kann

zwar ein Anhaltspunkt sein für die Annahme, es liege ein Garantievertrag vor. Es reicht aber allein grundsätzlich nicht dazu aus, entgegen dem Wortlaut einer Verpflichtung statt einer Bürgschaft ein Garantieverprechen anzunehmen (Urteil vom 28. Oktober 1954 - IV ZR 122/54 = BGB LM § 765 Nr. 1), zumal im Zweifel im Hinblick auf § 766 BGB für eine Bürgschaft und gegen ein Garantieverprechen zu entscheiden ist (Senatsurteil vom 8. März 1967 - VIII ZR 285/64 = NJW 1967, 1020).

3. Der Revision kann auch nicht darin gefolgt werden, daß eine Bürgschaft stets im Interesse des Hauptschuldners übernommen würde, für den der Bürge eintreten möchte, und daß deshalb hier eine Bürgschaft von der Beklagten nicht gewollt gewesen sei, weil zwischen ihr und den Hauptschuldnern der BWB unstreitig keinerlei Rechtsbeziehungen bestanden. Ob ein Grundverhältnis zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen besteht und welcher Art es ist, ist für die Bürgschaftsverpflichtung gleichgültig (RGZ 59, 10/11; Palandt/Thomas BGB 34. Aufl. Einf. 1 h vor § 765)..

4. Schließlich kann auch nicht außer Betracht bleiben, daß die sämtlichen Bürgschaften dem Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen mitgeteilt worden

sind. Auch dieser Umstand legt nahe, daß die Beklagte am 25. Januar 1967 eine Bürgschaftsverpflichtung eingegangen ist, wie die Tatsacheninstanzen angenommen haben. Das Bundesaufsichtsamt hat sich mit den Bürgschaften zufrieden gegeben und nicht auf einer Neueinzahlung des Grundkapitals der BWB oder einer Schließung der Bank bestanden, welche Folgerungen die Beteiligten damals vermeiden wollten. Es kann dahingestellt bleiben, ob durch Garantieverträge eine umfangreichere Sicherstellung der BWB vor der Gefahr des Ausfalles der notleidend gewordenen Kredite möglich gewesen wäre, wie die Revision meint. Jedenfalls kann das nicht dazu führen, das Bürgschaftversprechen der Beklagten im Nachhinein entgegen seinem Wortlaut in einen Garantievertrag umzudeuten, weil hier die Auslegungsregel eingreift, daß zum Schutz des Verpflichteten im Zweifel in der Regel eine - hier für den angestrebten Zweck ausreichende - Bürgschaftsverpflichtung anzunehmen ist (BGH Urteil vom 28. Oktober 1954 aaO; RGZ 64, 318/319; 90, 415/417).

5. Auch eine bedingte Einlageverpflichtung kann in der Erklärung der Beklagten vom 25. Januar 1967 nicht gesehen werden, weil dem zum einen der klare Wortlaut der Erklärung widerspricht, zum anderen von der Beklagten damals bezweckt war, den zur Wertberichtigung anstehenden Forderungen der BWB wieder einen in der Bilanz ausweisbaren Wert zu verschaffen.

6. Hat demnach das Berufungsgericht die Erklärung der Beklagten vom 25. Januar 1967 in rechtlich einwandfreier Weise als Bürgschaft beurteilt, dann ist mit der Abtretung der gesicherten Forderungen

auch die Bürgschaft auf die neuen Gläubiger kraft Gesetz mangels entgegenstehender abweichender Vereinbarung übergegangen (§ 401 BGB).

II.

Die Revision rügt zu Unrecht, das Berufungsgericht habe den Übergang der Nebenrechte bei der Abtretung der Forderungen von K [REDACTED] an die Kläger nicht geprüft. Aus dem im zweiten Rechtszug von den Klägern vorgelegten notariellen Vertrag vom 11. Februar 1969, auf den das Berufungsgericht zulässig Bezug genommen hat, ergibt sich, daß die Nebenrechte ausdrücklich mit den Forderungen an die Kläger von K [REDACTED] übertragen worden sind.

III.

Der Inanspruchnahme der Beklagten aus ihrer Bürgschaft durch die Kläger stehen Einwendungen nach § 242 BGB nicht entgegen; denn der Kläger zu 1 hatte als Aktionär ebenfalls eine Ausfallbürgschaft übernommen und war aus derselben in Anspruch genommen worden. Wenn er darüber hinaus noch weitere Forderungen der BWB ankaufte, für die eine Sicherung durch Bürgschaft von dritter Seite bestand, und wenn er deren Übergang auf sich nach § 401 BGB geltend macht, dann stehen dem Einwendungen nach Treu und Glauben auf Grund seiner Beziehungen zur BWB und zu den wei-

teren Aktionären derselben nicht entgegen, weil ihm insoweit keine Treuepflicht gegen die BWB oder einen Mitaktionär obliegt. Zweck der Bürgschaften der Aktionäre war es, notleidend gewordenen Forderungen der BWB gegen Kreditnehmer wieder einen Wert zu verschaffen, der diese Forderungen realisierbar machte, ohne daß es darauf ankam, in welcher Weise eine Realisierung erfolgte.

IV.

Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte darauf, sie habe eine Bürgschaftsverpflichtung nur unter der Bedingung der Abtretung von Forderungen der BWB gegen deren früheres Vorstandsmitglied L. an sich oder Dr. M. übernommen.

1. Der Bürgschaftsurkunde vom 25. Januar 1967 ist eine solche Bedingung nicht zu entnehmen. Auch in dem Schreiben vom 25. Juli 1968, mit dem die Bürgschaft verlängert wurde, ist die Verpflichtung der Beklagten weder aufschiebend noch auflösend von der Abtretung von Forderungen gegen L. an Dr. M. abhängig gemacht worden.

2. Aber selbst wenn in dem Schreiben der Beklagten vom 25. Juli 1968 oder in der lange nach der Bürgschaftsübernahme durch die Beklagte zwischen Dr. M. und der BWB am 4. November 1968 getroffenen Vereinbarung eine Bedingung für die Bürgschaft

der Beklagten gesehen werden könnte, wie die Revision meint, hat das Landgericht, auf dessen Urteil das Berufungsgericht zulässig Bezug nimmt, bereits hierzu festgestellt, daß weder die Beklagte noch Dr. M. [REDACTED] spezifiziert haben, welche Forderungen gegen L. [REDACTED] von der BWB abgetreten werden sollten. Hierzu war Dr. M. [REDACTED] nach Nr. 9 der Vereinbarung vom 4. November 1968 verpflichtet. Daß und wann eine solche Spezifizierung stattgefunden habe, ist bis heute ebensowenig vorgetragen wie der Umstand, ob von Lederer Zahlungen zu erlangen gewesen wären, die dann auf die Bürgschaftsschuld der Beklagten durch Dr. M. [REDACTED] hätten gutgebracht werden müssen.

V.

1. Das Auswahlrecht der Beklagten bei ihrer Bürgschaft vom 25. Januar 1967 bezog sich, das räumt auch die Revision ein, nicht auf die Forderung der BWB gegen Baron P. [REDACTED]. Schon im Urteil des Landgerichts, dem sich das Berufungsgericht angeschlossen hat, ist ein Ausfall dieser Forderung in Höhe von 626.000 DM festgestellt. Hiergegen sind von der Revision Angriffe nicht erhoben worden. Insoweit besteht das angefochtene Urteil daher zu Recht.

2. Das Landgericht hatte angenommen, daß die Beklagte ihr Auswahlrecht hinsichtlich der übrigen 40 Forderungen nicht fristgerecht ausgeübt habe und daher die restlichen Forderungen als von ihr

ausgewählt angesehen werden müßten. Die Beklagte hat hierzu in ihrer Berufungsbegründung vorgetragen, Dr. M. habe für sie mit Schreiben vom 25. Juli 1968 sieben Forderungen im Gesamtwert von 360.000,-- DM aus der Zahl der notleidend gewordenen Kredite der BWB ausgewählt, die sämtlich erloschen seien. Damit hatte die Beklagte eine Feststellung des Landgerichts unter Vortrag des bei den Akten befindlichen Schreibens vom 25. Juli 1968 ausdrücklich angegriffen. Hiermit hätte sich das Berufungsgericht befassen müssen, weil die Urteilsgründe des Landgerichts nicht erkennen lassen, ob es dieses das Ergebnis einer Besprechung der Parteien bestätigende Schreiben der Beklagten in diesem Zusammenhang in Betracht gezogen hat. Daß das Berufungsgericht dies unterlassen hat, zwingt insoweit zur Aufhebung seiner Entscheidung; denn dem Revisionsgericht ist die dem Tatrichter obliegende Würdigung, ob in dem Schreiben vom 25. Juli 1968 eine Auswahl von Forderungen gemäß Nr. 2 b der Bürgschaftserklärung vom 25. Januar 1967 liegt, verwehrt. Auf diesem Mangel beruht die angefochtene Entscheidung, soweit die Beklagte zur Zahlung von mehr als 626.000,-- DM samt Zinsen verurteilt worden ist; denn hätte bereits eine Konkretisierung der Bürgschaft der Beklagten am 25. Juli 1968 auf insgesamt sieben Forderungen infolge einer wirksamen vereinbarungsgemäßen Auswahl gegenüber der BWB stattgefunden, dann könnte die Klage in Höhe von 182.400,-- DM unbegründet sein.

3. In der neuerlichen Verhandlung wird zu prüfen sein, ob, wofür angesichts der besonderen Fallgestaltung manches spricht, die BWB der Beklagten wirksam eine Frist zur Ausübung ihres Auswahlrechts

als Nebenpflicht des Bürgschaftsvertrags setzen konnte, ob eine Auswahl durch die Beklagte aufgrund der mit ihrem Schreiben vom 25. Juli 1968 bestätigten Vereinbarung tatsächlich erfolgt ist und gegebenenfalls, ob sie nicht verspätet war. Das Berufungsgericht wird auch Gelegenheit haben, sich mit dem Vorbringen der Kläger auseinanderzusetzen, angesichts der zwischen dem Erstkläger und Dr. H. M. getroffenen Vereinbarungen vom 2. Dezember 1966 sei die Beklagte zumindest nach § 242 BGB daran gehindert, sich auf ihr Auswahlrecht zu berufen.

VI.

Bei der Kostenentscheidung (§§ 91, 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO) hat der Senat berücksichtigt, daß die Revision nur wegen eines Betrages von 182.400,-- DM (ca. 2/9 der Klagesumme) Erfolg hatte und im übrigen die Verurteilung der Beklagten zu Recht ergangen ist. Wegen 2/18 der Gerichtskosten des ersten Rechtszuges und der außergerichtlichen Kosten der Kläger im ersten Rechtszug sowie wegen je 2/9 der Gerichtskosten der Rechtsmittelinstanzen, der außergerichtlichen Kosten der Beklagten im ersten Rechtszug und der außergerichtlichen Kosten der in den Rechtsmittelinstanzen beteiligten

Parteien war die Kostenentscheidung dem Berufungsgericht zu übertragen, weil sie von dem endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Braxmaier

Claßen

Hoffmann

Wolf

Merz