

Verkündet
am 13. Mai 1964
Klett,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2234 027

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Hans Werner G [REDACTED] in N [REDACTED] bei A [REDACTED], L [REDACTED]-
straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Freistaat Bayern, gesetzlich vertreten durch die
Finanzmittelstelle A [REDACTED] des Landes Bayern,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Streithelferin:

Bayerische Hypotheken- und Wechselbank Aktiengesellschaft
München, gesetzlich vertreten durch die Vorstandsmitglie-
der Dr. Wolfgang Li [REDACTED] und Andreas U [REDACTED],

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

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 13. Mai 1964 unter Mitwirkung des Senats-
präsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Artl, Dr. Mezger
Dr. Messner und Mormann
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des
2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom
23./24. Juli 1962 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der aus G [REDACTED] stammende Beklagte eröffnete nach dem Kriege in Di [REDACTED]/D [REDACTED] eine Gerberei. Seine Hausbank war die Filiale Di [REDACTED] der Streithelferin (im folgenden Bank genannt). Über diese beantragte er im Jahre 1952 eine Staatsbürgschaft für einen Flüchtlingsproduktivkredit von 50 000 DM, den "auszureichen" sich die Bank bereit erklärt hatte. Mit Schreiben vom 5. Juni 1953 ermächtigte das Bayerische Staatsministerium der Finanzen die Bayerische Landesanstalt für Aufbaufinanzierung (im folgenden Landesanstalt genannt), der die Verwaltung der staatsverbürgten Kredite oblag, eine Ausfallbürgschaft für den Beklagten in Höhe von 45 000 DM zu übernehmen. Sie verlangte dabei neben einer bestimmten Sicherung des Kredits und sonstigen Auflagen, daß die Bank "während der Laufzeit des staatsverbürgten Kredits neben diesem Kredit nach Möglichkeit die bisherige Kreditlinie von 30 000 DM, mindestens jedoch in einer den Betriebsmittelerfordernissen der Firma entsprechenden Höhe ... weiterhin offen halte". Die Landesanstalt übersandte mit Schreiben vom 20. Juni 1953, dem sie eine Abschrift des Schreibens des Finanzministeriums vom 5. Juni 1953 beifügte, der Bank eine entsprechende Bürgschaftsurkunde. In ihrem Begleitschreiben machte sie sich die Auflagen und Bedingungen des Finanzministeriums ausdrücklich zu eigen. In ihrem Antwortschreiben vom 2. Juli 1953 meldete die Bank "wegen der gewissermaßen zur Bedingung erhobenen Verpflichtung zur Bereitstellung eines zusätzlichen Kredits" von 30 000 DM Bedenken an und erklärte sich deshalb "zunächst noch nicht in der Lage, die ... Staatsbürgschaftsurkunde ... als ausreichende Unterlage für Auszahlungen an (den Beklagten) anzusehen". Der Beklagte verhandelte alsdann mit den Vereinigten Sparkassen des Land- und Stadtkreises Di [REDACTED] an d [REDACTED] D [REDACTED] (im folgenden Sparkasse genannt), daß diese anstelle der Bank den staatsverbürgten Kredit ausreichen sollten. Die Verhandlungen zogen

- 3 -

sich bis in das Jahr 1954 hin, ohne zu einem Ergebnis zu gelangen. Inzwischen war - nach der Behauptung der Bank - die Kreditschuld des Beklagten auf über 80 000 DM angewachsen. Im Einvernehmen mit der Landesanstalt, an welche die Bank sich mit Schreiben vom 14. Mai 1954 deshalb gewandt hatte, kündigte die Bank am 19. August 1954 "den Flüchtlingsproduktivkredit" mit sofortiger Wirksamkeit. Die Abwicklung wurde jedoch zunächst hinausgeschoben. Der Beklagte versuchte, sich ein Aufbaudarlehen zu beschaffen. Auch erhielt er Ende 1954 eine Entschädigung für Besatzungsschäden in Höhe von 32 000 DM, weil er im Jahre 1952 durch die Chlorierung des Wassers seitens der Besatzungsmacht Schäden in seinem Gewerbebetrieb erlitten hatte. Er hoffte auf noch weitere Entschädigungen und machte auch die Stadt Di[REDACTED] wegen des Wassers schadensersatzpflichtig. Am 16. Februar 1956 kündigte schließlich die Bank den "bislang eingeräumten Kredit und die zur Zeit bestehende Überziehung" mit sofortiger Wirkung. Der Betrieb des Beklagten kam zum Erliegen. Die Bank verwertete die Sicherheiten; sie brachten nur einen Erlös von rd. 5 000 DM. Aufgrund der Bürgschaft zahlte der klagende Staat an die Bank im Jahre 1957 42 000 DM, im Jahre 1958 weitere 10 000 DM.

Der Kläger klagt gemäß § 774 BGB gegen den Beklagten einen Teilbetrag von 5 000 DM ein. Der Beklagte wendet ein, die Bank habe den staatsverbürgten Flüchtlingsproduktivkredit nie "ausgereicht". Sie habe vielmehr nur den Versuch gemacht, ihren eigenen, nicht staatsverbürgten Kontokorrentkredit der Staatsbürgschaft zu unterschieben. Um dabei nach außen hin die Gesamtkredithöhe von 80 000 DM (Flüchtlingsproduktivkredit von 50 000 DM und Zusatzkredit von 30 000 DM) zu erreichen, habe sie im Mai 1954 für rd. 17 000 DM zum Diskont hereingenommene Wechsel stillschweigend seinem laufenden Konto rückbelastet. Eventuell rechnet der Beklagte mit Schadensersatzansprüchen



aus angeblicher Verschleuderung der Sicherheiten und anderen angeblichen Vertragsverletzungen und unerlaubten Handlungen der Bank auf. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Im Berufungsrechtszuge hat der Beklagte Widerklage erhoben, festzustellen, daß dem Kläger über den Betrag von 5 000 DM hinaus kein weiterer Anspruch gegen ihn in Höhe von 47 000 DM zustehe. Das Berufungsgericht hat die Widerklage abgewiesen und den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Mit der Revision erstrebt der Beklagte Abweisung der Klage und ein Feststellungsurteil entsprechend der Widerklage. Der Kläger und die Bank als seine Streithelferin beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Der Kläger stützt, wie er in der Revisionsinstanz ausdrücklich klargestellt hat, seinen Anspruch lediglich auf § 774 BGB. Es ist demnach nur diese Anspruchsgrundlage zu prüfen.

2. Nach § 774 Abs. 1 Satz 1 BGB geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen über, soweit dieser den Gläubiger befriedigt. Der gesetzliche Forderungsübergang setzt demnach außer dem Bestehen der Forderung voraus, daß der Zahlende als Bürge gezahlt hat, d.h. daß er aufgrund einer Bürgschaft zur Zahlung verpflichtet war. Dies war er nur, wenn ein rechtswirksamer Bürgschaftsvertrag zwischen ihm und dem Gläubiger bestand, und der Bürge gerade für die Erfüllung der Verbindlichkeiten einzustehen hatte, für die er den Gläubiger befriedigt hat. Der aus § 774 BGB in Anspruch genommene Schuldner kann deshalb sowohl einwenden, es fehle an einem rechtswirksamen Bürgschaftsvertrag zwischen dem Kläger und dem Gläubiger, wie auch, die Bürgschaft beziehe sich nicht auf die vom Kläger

getilgte Schuld des Beklagten.

Das Berufungsgericht ist demgegenüber der Meinung, nur der Kläger und die Streithelferin hätten darüber zu entscheiden, ob die Voraussetzungen für die Leistung des Klägers aufgrund der Bürgschaftserklärung gegeben gewesen seien. Dem Beklagten könne es gleich sein, ob er den Kredit, den er bei der Streithelferin aufgenommen habe, ganz ihr oder wegen gesetzlichen Forderungsübergangs zum Teil dem Kläger als Bürge zu erstatten habe. Sein Interesse an der Bürgschaft habe (nur) darin gelegen, daß durch sie die Kreditgewährung überhaupt erst ermöglicht wurde. In dieser Allgemeinheit treffen die Erwägungen des Berufungsgerichts nicht zu.

Das Gesetz (§ 774 Abs. 1 Satz 1 BGB), und nicht die Parteien des Bürgschaftsvertrages, bestimmen die Voraussetzungen, an die sich der gesetzliche Forderungsübergang knüpft. Das Gesetz verlangt aber für den Forderungsübergang, daß der Bürge aufgrund eines rechtswirksamen Bürgschaftsvertrages an den Gläubiger gezahlt hat. Das Berufungsgericht hätte deshalb zunächst prüfen müssen, ob ein Bürgschaftsvertrag zwischen der Bank und dem klagenden Staat zustandegekommen ist. Dies hat es nicht getan.

Dieser Prüfung war es nicht schon deshalb entzogen, weil der Kläger als Bürge und die Bank als seine Streithelferin in den Tatsacheninstanzen das Bestehen einer Bürgschaft nicht in Zweifel gezogen haben. Der Beklagte hat immer bestritten, daß die Voraussetzungen des § 774 BGB gegeben seien. Wenn auch seine Ansicht, die Bank habe den staatsverbürgten Flüchtlingsproduktivkredit nie ausgereicht, sondern nur versucht, ihren nicht staatsverbürgten Kontokorrentkredit der Staatsbürgschaft zu unterschieben, den entscheidenden rechtlichen Gesichtspunkt

- ob überhaupt eine Bürgschaft vorlag - nicht genau traf, so schließt doch diese Einlassung die Möglichkeit aus, daß der Beklagte den Abschluß eines Bürgschaftsvertrages zugestanden hat.

Die Bürgschaft ist ein Vertrag und bedarf seitens des Bürgen der Erteilung der Bürgschaftserklärung und seitens des Gläubigers der Annahme der Bürgschaftserklärung, wobei die Annahme nicht im Sinne der körperlichen Annahme der Bürgschaftsurkunde zu verstehen ist, sondern als die Annahme des in der Erteilung der Bürgschaftsurkunde liegenden Angebots auf Abschluß eines Bürgschaftsvertrages. Diese Annahme kann stillschweigend erklärt werden und braucht unter den Voraussetzungen des § 151 Satz 1 BGB dem Antragenden gegenüber überhaupt nicht erklärt zu werden. Im vorliegenden Fall wurde die Bürgschaftserklärung des Klägers in der Weise erteilt, daß die Landesanstalt mit Begleitschreiben vom 20. Juni 1953 die Bürgschaftsurkunde zugleich mit einer Abschrift des Ermächtigungsschreibens des Finanzministeriums vom 5. Juni 1953 der Hypothekenbank übersandte. Das Begleitschreiben enthielt zahlreiche Auflagen für die Bank, die teils die Ausgestaltung des Kreditverhältnisses mit dem Beklagten, insbesondere die Sicherstellung des Kredits betrafen, zum Teil auch eigene Leistungen der Bank, insbesondere die Aufrechterhaltung der bisherigen Kreditlinie von 30 000 DM neben dem staatsverbürgten Kredit, forderten. Wie weit es sich dabei um echte Bürgschaftsbedingungen handelt, von denen die Rechtswirksamkeit der Bürgschaft abhängen sollte, kann dahinstehen. Jedenfalls waren all diese Auflagen Inhalt des Angebots der Landesanstalt in dem Sinne, daß die Bank es nur dadurch annehmen konnte, daß sie sich zu ihnen bekannte, und, soweit eigene Leistungen von ihr verlangt wurden, mindestens sich verpflichtete, sie zu erbringen. Das gilt insbesondere von der Forderung des Finanzministeriums und der Landesanstalt, die Bank solle gegen-

über dem Beklagten zusätzlich die bisherige Kreditlinie von 30 000 DM aufrecht erhalten. Gerade das aber lehnte die Bank in ihrem Schreiben vom 2. Juli 1953 - jedenfalls zunächst - ausdrücklich ab. Nach diesem Schreiben verhandelten die Beteiligten nur noch darüber, ob anstelle der Bank die Sparkasse den Flüchtlingsproduktivkredit ausreichen sollte. Im Zuge dieser Verhandlungen gab die Bank am 26. November 1953 eine "Bereitschaftserklärung" ab, unter bestimmten Voraussetzungen die bisherige Kreditlinie von 30 000 DM offenzuhalten. Nach ihrem "Betreff" bezog sich diese Erklärung auf einen Flüchtlingskredit für den Beklagten "über 50 000 DM, ausgefolgt durch die (Sparkasse)". Danach hatte die Erklärung Bedeutung nur für die zwischen der Landesanstalt und der Sparkasse laufenden Bürgschaftsverhandlungen. Da diese Verhandlungen nicht zu einem Ergebnis geführt haben, ist sie rechtlich bedeutungslos geblieben. Ein Bürgschaftsvertrag zwischen dem klagenden Staat und der Bank bestand demnach jedenfalls noch nicht, als die Bank in der ersten Jahreshälfte 1954 den Kredit für den Beklagten (angeblich) bis auf über 80 000 DM erhöhte.

3. Das Berufungsgericht stellt auch nicht fest, daß die Beteiligten einen solchen Vertrag nachträglich geschlossen haben. Das angefochtene Urteil war danach schon deshalb aufzuheben, weil sich aus ihm nicht ergibt, daß der Kläger aufgrund rechtswirksamer Bürgschaft an die Bank gezahlt hat und deshalb deren Forderung gemäß § 774 BGB auf ihn übergegangen ist.

Die Voraussetzungen des § 774 BGB unterstehen - darin liegt der richtige Kern der unter 1 wiedergegebenen Begründung des Berufungsurteils - der Verfügung der Parteien des Bürgschaftsvertrages. Gläubiger und Bürge können deshalb diese Voraussetzungen durch eine entsprechende Vereinbarung

herbeiführen. So können sie, wenn bisher eine rechtswirksame Bürgschaft nicht vorlag, auch noch bei der Zahlung vereinbaren, daß der eine Vertragsteil die Schuld des Dritten als dessen Bürge zahlen soll. Ebenso können sie vereinbaren, daß die Bürgschaft, die bis dahin eine andere Schuld des Hauptschuldners zum Gegenstand haben sollte, ^{sich} nunmehr auf die vom Bürgen getilgte Schuld beziehen soll, womit dann der Gegenstand der Bürgschaft gegen einen anderen ausgetauscht wird. Eine solche Vereinbarung zur Schaffung der Voraussetzungen des § 774 Abs. 1 Satz 1 BGB kann nach § 766 Satz 2 BGB formfrei erfolgen.

Das Berufungsgericht hätte unter diesem Blickwinkel prüfen müssen, ob sich aus dem - evtl. auf einen Hinweis gemäß § 139 ZPO zu ergänzenden - Parteivortrag ergibt, daß der Kläger und die Bank einen Bürgschaftsvertrag nachträglich geschlossen haben. Der Parteivortrag bot hierfür eine Reihe von prüfungsbedürftigen Anhaltspunkten, die das Berufungsgericht nicht ohne Rechtsfehler übergehen konnte. Da das Revisionsgericht den Sachverhalt mangels ausreichender Feststellungen ohnehin unter diesem Gesichtspunkt nicht abschließend beurteilen kann, war diese Prüfung insgesamt dem Berufungsgericht zu überlassen, zumal die Parteien den Streitstoff unter diesem Gesichtspunkt bisher noch nicht verhandelt haben. Der Prozeßstoff, so wie er jetzt vorliegt, läßt folgende Hinweise angezeigt erscheinen:

a) Nachdem die Bank mit Schreiben vom 14. Mai 1954 der Landesanstalt mitgeteilt hatte, das gesamte Engagement stelle sich auf rd. DM 81 500, schaltete sich die Landesanstalt so in die Abwicklung des Kredits ein, als wäre er staatsverbürgt. Es ist zu prüfen, ob dieses Verhalten nach seinem objektiven Erklärungswert eine stillschweigende Willenserklärung der Landesanstalt enthielt, nunmehr die Bürgschaft für die Kreditschuld des Beklagten bei der Bank gelten lassen zu wollen. Dabei wird

allerdings auch zu erwägen sein, ob die Bank in diesem Zeitpunkt noch mit einer nachträglichen Bürgschaftsübernahme durch die Landesanstalt rechnen konnte, obwohl diese im Schreiben vom 28. Juli 1953 ausdrücklich darauf hingewiesen hatte, daß "bereits früher ausgereichte Warenkredite durch staatsverbürgte Flüchtlingsproduktivkredite nicht abgelöst werden könnten". Auch wird für die Frage, ob die Landesanstalt hier eine Willenserklärung (und welchen Inhalts) abgegeben hat, zu berücksichtigen sein, auf welchen (für die Bank erkennbaren?) Gründen das Verhalten der Landesanstalt beruhte: Etwa auf dem Willen, trotz möglicher formaler Bedenken die Bürgschaft gelten lassen zu wollen, nachdem die Bank, durch die Entwicklung der Verhältnisse genötigt, sich in dieser Höhe engagiert hatte, oder lediglich auf einem Irrtum der damals für die Landesanstalt federführenden Kreditkorrespondenz- und Abwicklungsabteilung.

b) Die Annahme eines nachträglichen Bürgschaftsvertrages konnte ferner an die Tatsache anknüpfen, daß der klagende Staat in Höhe der Bürgschaft Zahlung geleistet hat. Dabei wird klarzustellen sein, ob der Kläger damit die Bürgschaftsschuld als solche anerkennen wollte, oder ob er nur unter dem Vorbehalt gezahlt hat, daß eine Bürgschaft bestand und er zur Zahlung verpflichtet war.

c) Es wird ferner zu erwägen sein, ob das Prozeßverhalten des Klägers (etwa sein Prozeßvortrag und die Tatsache, daß er selbst gegen das klagabweisende Urteil des Landgerichts Berufung eingelegt hat), von der Bank als verbindliche Erklärung aufgefaßt werden konnte, die Bürgschaftsverpflichtung gelten lassen zu wollen.

Soweit sich in der erneuten Verhandlung zwischen dem Vorbringen des Klägers und seiner Streithelferin Widersprüche er-

geben sollten, ist § 67 ZPO zu beachten.

Sollte die erneute Verhandlung ergeben, daß ein Bürgschaftsvertrag zustande gekommen ist, wird sich das Berufungsgericht mit den bisherigen Einwendungen des Beklagten, insbesondere seinen Schadensersatzansprüchen, auseinanderzusetzen haben. Der Beklagte hat dabei Gelegenheit, seine gegen das Berufungsurteil insoweit erhobenen Bedenken vorzutragen.

Da von der Sachentscheidung auch die Entscheidung über die Kosten der Revision abhängt, war auch diese dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Haidinger Artl Dr. Mezger Dr. Messner Mormann