

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 83/74

URTEIL

Verkündet am
12. November 1975
Scheibl,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Konkursverwalters in dem Konkursverfahren über das
Vermögen des Kaufmanns Eduard E., Siegfried S.
als Partei kraft Amtes in B., N. Straße,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

die Firma Walzstahlhandel Nord-Erich F. KG, vertr. durch
ihre persönlich haftende Gesellschafterin, die Firma M.
mit beschränkter Haftung B.,
diese vertreten durch ihren alleinvertretungsberechtigten
Geschäftsführer den Kaufmann Dipl.-Volkswirt Erich F.
in B., W. Straße,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof.Dr. und
Prof.Dr. -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. November 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Dr. Hiddemann, Hoffmann, Wolf und Merz

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 18. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 5. Februar 1974, soweit zum Nachteil des Beklagten erkannt wurde, aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin, eine Eisen- und Stahlhandelsgesellschaft, belieferte die Firma Eduard E., Eisen- und Stahlhandels-Kommanditgesellschaft, B. (im folgenden: KG).

Der Beklagte ist Konkursverwalter in dem Konkurs über das Vermögen des Kaufmanns Eduard E.

- 3 -

(Gemeinschuldner). Dieser war Einzelprokurist und Kommanditist der KG, deren persönlich haftende Gesellschafterin seine Mutter war.

Der Gemeinschuldner hatte mit Urkunden vom 26. Juli 1965 und 28. Februar 1966 persönlich bis zur Höhe von 300 000 DM die selbstschuldnerische Bürgschaft für alle Forderungen der Klägerin gegen die KG übernommen unter Vereinbarung folgenden Zusatzes:

"Wenn die Forderungen der Firmen Walzstahlhandel Nord Erich F. KG, S. und S. GmbH und S. GmbH u. Co. Kommanditgesellschaft den von mir verbürgten Betrag übersteigen, so müssen Sie alle Ihnen nach meiner Inanspruchnahme als Bürge von der Firma Eduard E., E. und S. Kommanditgesellschaft, B., D. Str., oder für deren Rechnung geleisteten Zahlungen sowie deren etwaige Gegenforderung zunächst auf den durch meine Bürgschaft gedeckten Betrag Ihrer Forderung anrechnen."

Um die Jahreswende 1966/1967 geriet die KG in Zahlungsschwierigkeiten. Die Klägerin hatte zu dieser Zeit gegen die KG Forderungen aus Warenlieferungen in Höhe von ca. 1 Million DM. Am 28. und 29. Dezember 1966 transportierte die Klägerin alles erreichbare, von ihr unter Eigentumsvorbehalt an die KG gelieferte Material von deren Lagerplätzen ab und erteilte der KG hierüber am 31. Dezember 1966 eine Gutschrift über 306 481,27 DM. In einem Schreiben vom 29. Dezember 1966 hatte die Klägerin gegenüber der KG wie auch gegenüber dem Gemein-



schuldner eine Vereinbarung auf Zurückholung des unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Materials und die Geltendmachung der im Wege eines verlängerten Eigentumsvorbehalts erlangten Forderungen bestätigt. Weiter wurde in diesem Schreiben festgehalten, daß der Gemeinschuldner gebeten hatte, seine persönliche Verpflichtung aus der Bürgschaft durch Einsatz seiner Arbeitskraft und seiner Beziehungen für die Klägerin erfüllen zu können.

Auf den Antrag vom 2. Januar 1967 wurde über das Vermögen der KG am 26. Januar 1967 das Konkursverfahren eröffnet.

Am 3. Januar 1967 erörterten die Klägerin und der Gemeinschuldner ihre künftige Zusammenarbeit. Dabei verpflichtete sich der Gemeinschuldner, wegen eines Teilbetrags seiner persönlichen Bürgschaftsschuld zur Vermeidung eines gerichtlichen Verfahrens sich in notarieller Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen. Dementsprechend gab der Gemeinschuldner am 4. Januar 1967 ein notarielles Schuldanerkenntnis über einen Teilbetrag von 100 000 DM seiner Bürgschaft mit Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung ab. Diese Urkunde ließ die Klägerin an ihn "nur der guten Ordnung halber" am 12. Januar 1967 zustellen.

In der Folgezeit erhielt die Klägerin aus Forderungsausständen der KG aufgrund ihres verlängerten Eigentumsvorbehalts 21 675,08 DM. Wegen in einem

weiteren Lager noch vorhandenen, unter Eigentumsvorbehalt von der Klägerin gelieferten Materials bezahlte der Konkursverwalter der KG an die Klägerin im Juli 1967 22 810 DM. Weiter brachte die Klägerin der KG eine Provision, die der Gemeinschuldner nach dem 26. Januar 1967 bei ihr verdient hatte, in Höhe von 7 605,62 DM gut. Unter Berücksichtigung dieser sämtlichen Gutschriften und Zahlungen wurde im Konkurs der KG für die Klägerin eine Forderung von 625 995,85 DM festgestellt.

Im Sommer 1967 löste die Klägerin ihre Verbindung mit dem Gemeinschuldner auf, so daß weitere Provisionen für ihn nicht mehr anfielen. Im Jahre 1968 erwirkte die Klägerin gegen den Gemeinschuldner aufgrund der vollstreckbaren Urkunde einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß. Am 24. Februar 1969 wurde auch über das Vermögen des Gemeinschuldners das Konkursverfahren eröffnet.

Die Klägerin hat ihre Bürgschaftsforderung in Höhe von 300 000 DM zur Tabelle im Konkursverfahren des Gemeinschuldners angemeldet. Nachdem der Beklagte diese Forderung bestritten hat, hat sie vereinbarungsgemäß Feststellungsklage - auch über den titulierten Teil ihrer Forderung - gemäß § 146 KO erhoben.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme die Klage abgewiesen.

- 6 -

Das Kammergericht hat die Forderung der Klägerin in Höhe von 269 584,38 DM zur Konkurstabelle festgestellt. Es hat nur die Überweisung des Konkursverwalters der KG in Höhe von 22 810 DM und die Provisionsgutschrift in Höhe von 7 605,62 DM auf die Bürgschaftsforderung der Klägerin gegen den Gemeinschuldner für anrechenbar gehalten.

Mit seiner Revision strebt der Beklagte die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts an.

Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. 1. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß der Gemeinschuldner schon um die Jahreswende 1966/1967 von der Klägerin als Bürge in Anspruch genommen worden ist. Es hat in der Gutschrift von 306 481,27 DM für die von der Klägerin aus den Lagern der KG zurückgeholten, noch unter Eigentumsvorbehalt stehende Materialien nach Wortlaut und Sinn der Bürgschaftserklärung des Gemeinschuldners keine auf die Bürgschaft anzurechnende Zahlung oder Gegenforderung der Hauptschuldnerin gesehen.

2. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe

die Bürgschaftserklärungen nicht ausgelegt. Der Gemeinschuldner habe hier eine Teilbürgschaft und nicht eine Höchstbetragsbürgschaft geleistet. Bei der Teilbürgschaft müsse regelmäßig jedes Erlöschen des verbürgten Teils der Hauptschuld dem Bürgen zu gute kommen. Das gelte auch für die Verwertung eines Sicherungsrechts wie hier des Eigentumsvorbehalts, durch den ein Teil der Hauptschuld zum Erlöschen gekommen sei. Außerdem sei die Zurücknahme und Verwertung der unter Eigentumsvorbehalt an die KG gelieferten Waren aufgrund einer besonderen Abrede und einer entsprechenden Anrechnungsvereinbarung zwischen der Klägerin und der KG erfolgt. Damit sei die Rücknahme der Waren einer Leistung der Hauptschuldnerin gleichzusetzen; denn sie habe nur mit deren Mitwirkung durchgeführt werden können. Die Klägerin habe nicht behauptet, von allen, die gelieferten Materialien betreffenden Lieferverträgen zurückgetreten zu sein.

3. Die Revisionsrüge bleibt erfolglos.

a) Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß die Klägerin bei der Abholung des von ihr an die KG unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Materials ihren Eigentumsherausgabeanspruch nach Rücktritt von den entsprechenden Kaufverträgen gemäß § 455 BGB geltend gemacht hat. Diese Auslegung ist möglich und naheliegend. Ihr steht auch - entgegen der Meinung der Revision - nicht der Inhalt des Schreibens der Klägerin vom 29. Dezember 1966 entgegen; denn "die Geltendmachung des einfachen Eigentumsvorbehalts" durch die Klägerin

gegenüber der KG bei den Verhandlungen kann als Rücktritt nach § 455 BGB gewertet werden, der die Klägerin zur Zurückholung des von ihr gelieferten Materials berechtigte (vgl. dazu Senatsurteil vom 1. Juli 1970 - VIII ZR 24/69 = BGHZ 54, 214/220 = NJW 1970, 1733/1734). Danach ist aber auch die Folgerung des Berufungsgerichts, mit der Herausgabe des unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Materials an die Klägerin habe die KG weder eine Zahlung geleistet, noch sei ihr dadurch eine Gegenforderung gegen die Klägerin entstanden, sie sei vielmehr nur wegen Erlöschens des Schuldverhältnisses von der Kaufpreisschuld befreit worden, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

b) Zu Unrecht beanstandet die Revision des weiteren, das Berufungsgericht habe die Bürgschaftserklärung des Gemeinschuldners nicht ausgelegt und nicht geprüft, ob bei der gebotenen Auslegung die Gutschrift aufgrund der Materialrücknahmen auf die Bürgschaftsschuld des Gemeinschuldners anzurechnen gewesen wäre. Das Landgericht ist bei der von ihm vorgenommenen Auslegung der Bürgschaftserklärung des Gemeinschuldners zu dem Ergebnis gekommen, daß die Gutschrift der Klägerin aufgrund der Materialrücknahme nicht als Zahlung oder Gegenforderung der KG im Sinne der Bürgschaft angesehen werden kann. Das Berufungsgericht hat auf diese Auslegung des Landgerichts in seiner Entscheidung (§. 12 BU) Bezug genommen. Diese Auslegung, die die Tatsacheninstanzen der Bürgschaftserklärung des Gemeinschuldners gegeben haben, ist wiederum möglich;

denn auch wenn sich der Gemeinschuldner nur für einen Teil der Schuld der KG gegenüber der Klägerin verbürgt hatte, kann dem Wortlaut der Erklärung nach die Meinung vertreten werden, daß eine Verminderung der Bürgschaftsverpflichtung nur aufgrund von Zahlungen oder Verrechnung von Gegenforderungen der KG eintreten sollte. Die Revision versucht vergeblich ihre Auslegung an die Stelle derjenigen des Berufungsgerichts zu setzen, indem sie ein Erlöschen der Hauptschuld durch andere Maßnahmen als Zahlung oder Verrechnung von Gegenforderungen der KG gegen die Klägerin gleichfalls als auf die Bürgschaftsverpflichtung anrechenbar angesehen haben will.

c) Wenn das Berufungsgericht schließlich die Zahlung in Höhe von 21 675,08 DM, die der Klägerin aufgrund von Forderungsabtretungen im Wege des verlängerten Eigentumsvorbehalts zugeflossen ist, ebenfalls nicht auf die Bürgschaftsschuld des Gemeinschuldners angerechnet hat, so gilt auch hierfür, daß diese rechtliche Beurteilung möglich ist. Die Klägerin wollte nämlich durch die Bürgschaft des Gemeinschuldners ein zusätzliches Sicherungsmittel zu ihren bereits bestehenden Sicherungen erhalten. Nur Zahlungen oder verrechnete Gegenforderungen der KG sollten die Bürgschaftsschuld des Gemeinschuldners beeinflussen. Daß das Berufungsgericht hierzu nicht Erlöse aus der Klägerin infolge verlängerten Eigentumsvorbehalts zustehenden Forderungen gerechnet hat, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

II. 1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dem Landgericht sei nicht darin zu folgen, daß die vom Beklagten behauptete mündliche Vereinbarung zwischen der Klägerin und dem Gemeinschuldner über die Anrechnung der Gutschrift wegen der Materialrücknahmen als erwiesen anzusehen sei. Der Gemeinschuldner und seine Ehefrau hätten zwar diese Behauptung bei ihrer Zeugenvernehmung bestätigt. Es ließen sich aber erhebliche Zweifel an der Glaubwürdigkeit ihrer Aussagen nicht ausräumen.

2. Mit Recht rügt die Revision hier einen Verfahrensverstoß (§ 398 ZPO). Da auf ihm das angefochtene Urteil beruht, war es aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

a) Nach § 398 ZPO steht die wiederholte Vernehmung von Zeugen grundsätzlich im Ermessen des Gerichts. Dieses Ermessen ist jedoch nicht frei, sondern muß pflichtgemäß ausgeübt werden. Es lassen sich zwar keine allgemeinen Regeln darüber aufstellen, wann das Berufungsgericht einen im ersten Rechtszug vernommenen Zeugen nochmals vernehmen muß. Anerkannt ist indessen, daß das Berufungsgericht die Glaubwürdigkeit eines Zeugen nicht anders als das Erstgericht beurteilen darf, wenn es den Zeugen nicht selbst gesehen und gehört hat (Senatsurteile vom 24. Oktober 1973
- VIII ZR 111/72 = NJW 1974, 56; vom 13. März 1968
- VIII ZR 217/65 = NJW 1968, 1138; BGH Urteil vom

28. Januar 1972 - V ZR 183/69 = NJW 1972, 584/585;
vom 1. Oktober 1964 - VII ZR 225/62 = NJW 1964,
2414; vgl. auch BGH Urteil vom 26. September 1963
- II ZR 138/61 = MDR 1964, 33).

b) Hier hielt das Landgericht, das allein eine Beweisaufnahme durchgeführt hatte, die Zeugenaussagen des Gemeinschuldners und seiner geschiedenen Ehefrau in Abwägung gegenüber dem übrigen Beweisergebnis für glaubwürdig und sah aufgrund dieser Aussagen eine um den 20. Dezember 1966 getroffene besondere Abrede darüber als erwiesen an, daß die Gutschriftbeträge aus den Materialrücknahmen der Klägerin bei der KG auf die Bürgschaftsschuld des Gemeinschuldners angerechnet werden sollten. Wenn das Berufungsgericht - durchaus naheliegend - Zweifel an der Richtigkeit dieser Würdigung der Aussagen des Gemeinschuldners und seiner Ehefrau hatte, die sich aus seiner eingehenden und zutreffenden Schilderung sowohl objektiver Umstände, als auch aus der Würdigung der übrigen Zeugenaussagen aufdrängen, dann hätte es selbst die beiden Zeugen, deren Aussagen ihm zweifelhaft erschienen, nochmals anhören müssen, um sich so unmittelbar ein Bild von ihrer Glaubwürdigkeit zu verschaffen und eine Grundlage für die Überprüfung der Beweiswürdigung des Landgerichts zu gewinnen. Das wird es in der neuerlichen Verhandlung nachzuholen haben.

III. Die Entscheidung über die Kosten der Revision war dem Berufungsgericht zu übertragen, weil sie von der Entscheidung in der Sache abhängt.

Dr. Haidinger

Dr. Hiddemann

Hoffmann

Wolf

Merz