

Verkündet
am 18. Dezember 1961
Jodas, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Verlagsdirektors Walter L [REDACTED] in H [REDACTED],
F [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungs- und Revisionsklägers,

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

g e g e n

die Firma C [REDACTED] & B [REDACTED] KG. in L [REDACTED], Kreis S [REDACTED],

Klägerin, Berufungs- und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 18. Dezember 1961 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundes-
richter Dr. Heimann-Trosien, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle
vom 6. Dezember 1960 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Sachverhalt ergibt sich aus dem Urteil des Senats vom 14. Januar 1960 - VII ZR 204/58 - (WM 1960, 640), auf das verwiesen wird.

Das Oberlandesgericht hat nunmehr das Urteil des Landgerichts in Höhe von 9.027,42 DM aufgehoben und die Sache insoweit an das Landgericht zurückverwiesen. Im übrigen hat es die erstinstanzliche Entscheidung wiederum bestätigt.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage, soweit ihr stattgegeben wurde. Die Klägerin bitet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

In der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht hat der Landgerichtsrat Be[REDACTED] als Beisitzer mitgewirkt.

Die Revision hält dies für unzulässig; sie macht den Aufhebungsgrund des § 551 Nr. 1 ZPO geltend. Schon im Jahre 1959 sei, so trägt sie vor, nach der Geschäftsverteilung des Oberlandesgerichts in Celle ein Hilfsrichter Mitglied des 4. Zivilsenats gewesen. Für das Jahr 1960 seien zwar nur planmäßige Richter als Angehörige des 4. Zivilsenats vorgesehen gewesen. Die tatsächliche Handhabung sei aber anders gewesen. In der vorliegenden Sache habe in der Zeit zwischen Juni und November 1960 an 3 Verhandlungstagen stets ein Hilfsrichter mitgewirkt. Auch nach der Geschäftsverteilung des Jahres 1961 sei jenem Senat wieder

- 3 -

ein Hilfsrichter zugeteilt worden. Daraus ergebe sich, daß bei dem Oberlandesgericht in Celle bereits seit Jahren ein zusätzlicher Bedarf an Richtern vorgelegen habe; dem hätte durch Schaffung und Besetzung einer neuen Planstelle abgeholfen werden müssen.

Es kann dahinstehen, ob diese Ausführungen den Erfordernissen des § 554 Abs. 3 Nr. 2 b ZPO entsprechen (vgl. hierzu LM § 554 Nr. 16). Denn die Rüge ist in jedem Falle unbegründet.

Für die Entscheidung kommt es auf die letzte mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgericht an (BGHZ 10, 130), die am 15. November 1960 stattfand. Wie die von dem Senat eingeholte Auskunft des Oberlandesgerichtspräsidenten in Celle ergibt, war Landgerichtsrat Be [REDACTED] damals dem 4. Zivilsenat als Vertreter des zum Niedersächsischen Justizministerium abgeordneten Oberlandesgerichtsrat Ku [REDACTED] zugeteilt worden. Das war gemäß den §§ 117, 70 Abs. 1 GVG zulässig.

Eine andere Beurteilung käme allerdings in Betracht, wenn schon angemessene Zeit vor dem 15. November 1960 festgestanden hätte, daß die Abordnung des Oberlandesgerichtsrats Ku [REDACTED] zu dessen langdauernden Verhinderung, oder zu seinem Ausscheiden führen werde (vgl. BGHZ 16, 254). Das hat die Revision aber nicht behauptet; er ergibt sich auch nicht aus der Auskunft des Oberlandesgerichtspräsidenten.

II.

Der Beklagte hatte sich von Beginn des Prozesses an darauf berufen, er habe die Bürgschaft nur für den Fall übernommen, daß die angestrebte außergerichtliche Sanierung



der GmbH. gelinge. Dagegen habe er nicht haften sollen, wenn jene Bemühungen scheiterten und das Vergleichs- oder Konkursverfahren durchgeführt werden müsse. Da dieser Fall eingetreten sei, habe sich die Bürgschaft erledigt.

Das Oberlandesgericht hatte in seinem ersten Urteil eine dahingehende Beschränkung der Bürgschaft verneint. Das hatte der Senat im Urteil vom 14. Januar 1960 als rechtlich fehlerfrei bezeichnet.

Indem neuen Berufungsverfahren ist der Beklagte hierauf zurückgekommen (Schriftsätze vom 4. Juni 1960 S. 1 und vom 10. November 1960 S. 2).

Das Oberlandesgericht verweist insoweit in erster Linie auf seine früheren Ausführungen sowie darauf, daß sie der Bundesgerichtshof gebilligt habe. Es geht jedoch auch auf das dahingehende Vorbringen des Beklagten ein und stellt erneut fest, daß die Bürgschaft auch für den Fall gelten sollte, daß es zum Vergleichs- oder Konkursverfahren kommen würde.

Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe sind unbegründet.

1.) Das Urteil des Senats vom 14. Januar 1960 steht diesen Ausführungen der Revision allerdings nicht entgegen.

Es ist nicht richtig, daß die erste Entscheidung des Oberlandesgerichts in diesem Umfange "in Rechtskraft erwachsen" sei, wie die Klägerin im Schriftsatz vom 8. Juni 1960 ausgeführt hat. In Betracht käme höchstens eine Bindung gemäß dem § 565 Abs. 2 ZPO. Sie scheidet hier aber aus, weil es sich bei jenen Ausführungen nicht um eine rechtliche Beurteilung handelt, auf der die Aufhebung beruhte.

Auf die Rügen ist also sachlich einzugehen.

2.) Der Beklagte trägt die Beweislast für die von ihm behauptete Beschränkung der Bürgschaft.

Die Urkunde vom 31. März 1955 enthält nichts davon. Es ist zu vermuten, daß ihr Inhalt richtig und vollständig ist.

Hinzukommt, daß die vom Beklagten behauptete, stillschweigende Nebenabrede nach allgemeinen Erfahrungssätzen von vornherein unwahrscheinlich ist. Der Senat hat bereits in der ersten Entscheidung auf sein Urteil vom 27. Juni 1957 (LM § 96 VglO. Nr. 1) verwiesen. Danach ist es unter den gegebenen Voraussetzungen die Regel, daß der Gläubiger die Bürgschaft gerade für den Fall verlangt, daß die Sanierung des Hauptschuldners nicht gelingt. Es ist ferner anzunehmen, daß dem Bürgen dies im allgemeinen nicht verborgen bleiben wird; daß seine Beweggründe und Hoffnungen häufig andere Wege gehen, ist demgegenüber rechtlich bedeutungslos.

3.) Die Revision beachtet diese Rechtslage nicht hinreichend.

a) Sie meint, es sei nicht bewiesen, daß die Vertreter der Klägerin erklärt hätten, die Bürgschaft solle für alle Fälle gelten; es hätte einer ausdrücklichen Klarstellung dahin bedurft, daß die Bürgschaft gerade für den Fall eines späteren Vergleichs - oder Konkursverfahrens Bedeutung haben sollte.

Dem kann nicht gefolgt werden. Denn nach dem oben Gesagten wird ein dahingehender Inhalt der Bürgschaftspflichtung vermutet. Der Beklagte hätte also das Gegenteil nachweisen müssen.

b) Das Bestätigungsschreiben des Steuerberaters Schultheis vom 31. März 1955 enthält keine Anhaltspunkte im Sinne der von dem Beklagten behaupteten Beschränkung der Bürgschaft. Es ist nicht zu erkennen, inwiefern das Oberlandesgericht die §§ 133, 157 BGB verletzt haben soll.

c) Die Lebenserfahrung spricht, wie dargelegt, nicht für, sondern gegen die von dem Beklagten gewünschte Auslegung der Bürgschaft.

Die Bekundungen des Rechtsanwalts Dr. W. [REDACTED] hat das Berufungsgericht gewürdigt. Es kommt nicht darauf an, welche Vorstellungen er von der Rechtslage gehabt hat.

d) S. 10 des Schriftsatzes vom 7. September 1960 hatte der Beklagte behauptet und unter Zeugenbeweis gestellt, daß der frühere Berater des Beklagten, S. [REDACTED], nach Erlaß des erstinstanzlichen Urteils geäußert habe, die Bürgschaft habe seines Erachtens dadurch ihre Erledigung gefunden, daß das Vergleichsverfahren eröffnet worden sei.

Das Oberlandesgericht hat das als wahr unterstellt. Es meint, daß sich S. [REDACTED], wenn er dieser Ansicht gewesen sei, geirrt habe. Diese Beurteilung liegt im Rahmen der dem Tatrichter zustehenden Würdigung und ist mit der Revision nicht anfechtbar.

e) Die Schreiben des S. [REDACTED] vom 14. Februar und 15. September 1958 enthalten, soweit sich die Revision darauf beruft, nicht mehr als das, was das Oberlandesgericht als richtig unterstellt hat. Es wird auf das zu d) Gesagte verwiesen.

Warum das Oberlandesgericht sein Ermessen mißbraucht haben soll, wenn es S. [REDACTED] nicht beeidigte, ist nicht ersichtlich. Es begründet zudem seine Ansicht näher, weswegen sich dieser Zeuge geirrt haben könne.

III.

Ende April/Anfang Mai 1955 stellte sich heraus, daß die GmbH die übernommenen Zahlungsverpflichtungen nicht einhalten konnte. Darauf verhandelten 4 Großgläubiger, darunter die Klägerin, mit dem Beklagten über eine anderweitige Durchführung der Sanierung. Am 5. Mai 1955 schlossen sie einen Vertrag, nach dessen Ziff. 1 u.a. auch die Klägerin der GmbH. einen Nachlaß von 30 % gewährte.

Das Oberlandesgericht ist der Ansicht, daß diese Abmachung nur gelten sollte, wenn das gerichtliche Vergleichsverfahren vermieden wurde. Da dies nicht erreicht worden sei, sei sie "erledigt".

Die Revision meint, der Erlaß sei endgültig gewährt worden, wie sich auch aus dem Entwurf eines nicht abgesandten Schreibens des Rechtsanwalts H. [REDACTED] an die übrigen Gläubiger ergebe. Demgemäß sei die Bürgschaft gemäß dem § 767 Abs. 1 S. 1 BGB insoweit erloschen.

Dem kann nicht gefolgt werden. Die bei den Akten befindliche Abschrift der Urkunde vom 5. Mai 1955 ergibt mit Sicherheit, daß eine bindende Vereinbarung und damit auch ein rechtsgültiger Erlaß noch nicht zustande gekommen waren. Daran beteiligt waren nicht nur die damals anwesenden 4, sondern auch die übrigen Gläubiger; ohne deren Zustimmung konnte und sollte der Vertrag nicht wirksam werden. Für sie trat deswegen Rechtsanwalt H. [REDACTED] ohne Vollmacht

und als Geschäftsführer ohne Auftrag auf; er sollte sich mit diesen Gläubigern in Verbindung setzen und ihre Zustimmung einholen.

Dazu ist es nicht mehr gekommen, weil inzwischen ein Wechsel protestiert wurde und die GmbH am 12. Mai 1955 die Eröffnung des Vergleichsverfahrens beantragen mußte.

Daraus folgt, daß der Vertrag vom 5. Mai 1955 noch nicht wirksam geworden war, weil es an der Einigung aller vorgesehenen Beteiligten fehlte.

IV.

Der Senat hatte das erste Urteil des Oberlandesgerichts aufgehoben, weil es noch nicht zu der von dem Beklagten erhobenen Einrede der unzulässigen Rechtsausübung Stellung genommen hatte. Diese Einrede begründete der Beklagte mit der Behauptung, er habe angenommen, die Bürgschaft sei erloschen; die Klägerin habe dies erkannt; trotzdem habe sie ihn veranlaßt, sein Privatvermögen, mit dem er die Bürgschaftsforderung hätte erfüllen können, der GmbH. zur Verfügung zu stellen.

Das Oberlandesgericht hält diese Einrede für unbegründet. Es stellt fest, die Klägerin sei davon ausgegangen, daß die Bürgschaft weiterbestand; sie habe dies auch den übrigen Gläubigern mitgeteilt. Ferner gelangt es auf Grund eingehender Würdigung zu dem Ergebnis, es sei nicht bewiesen, daß der Beklagte die Bürgschaft für erledigt angesehen habe und daß er von der Klägerin veranlaßt worden sei, sein Privatvermögen für Schulden der GmbH. hinzugeben.

Daß diese Feststellungen der Einrede der unzulässigen Rechtsausübung den Boden entziehen, stellt auch die Revision nicht in Abrede. Sie greift sie jedoch mit einigen Verfahrensrügen an. Sie sind unbegründet.

1.) Es ist unerheblich, ob die Klägerin darauf hingewiesen hat, daß alle den Gläubigern von der GmbH gewährten Sicherheiten entfallen seien.

Hierbei handelte es sich, wie die von der Revision angeführten Aktenstellen ergeben, um Sicherheiten, die die Hauptschuldnerin (die GmbH) der Firma Br[REDACTED] bestellt hatte. Wenn die Klägerin gegen die Wirksamkeit dieser "b-tretungen Stellung nahm, so bedeutete das nicht, daß sie damit zum Ausdruck brachte, die ihr von dritter Seite (dem Beklagten) gewährte Bürgschaft sei hinfällig. Der Grund für das Vorgehen gegen die Firma Br[REDACTED] war, daß man deren Sicherungen für anfechtbar hielt. Das kam für die Bürgschaft nicht in Betracht.

2.) Daß mindestens die anderen Großgläubiger das Fortbestehen der Bürgschaft kannten, stellt das Oberlandesgericht ohne Rechtsfehler fest. Die Ausführungen der Revision, die sich auf die entgegengesetzte Behauptung gründen, können in diesem Rechtszuge nicht beachtet werden.

3.) Der Beklagte hat nach der bedenkenfreien Annahme des Berufungsgerichts nicht bewiesen, daß er mit dem Bestehen der Bürgschaft nicht mehr rechnete. Dann scheidet die Möglichkeit, daß er infolge eines solchen Irrtums sein Privatkonto zu Gunsten der GmbH hingegeben hat, von vornherein aus. Zudem hat ihn die Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zu diesen Maßnahmen nicht veranlaßt.

4.) Eine Verpflichtung zur Aufklärung des Beklagten über das Fortbestehen der Bürgschaft hatte die Klägerin nicht. Zudem ist nicht einmal dargetan, daß es einer solchen Aufklärung überhaupt bedurft hätte; denn der Beklagte hat, wie bereits erwähnt, nicht bewiesen, daß er die Bürgschaft für erloschen gehalten hat.

V.

Schließlich kann dem Berufungsgericht auch nicht entgegengetreten werden, soweit es das Urteil des Landgerichts in Höhe von 9.027,43 DM aufgehoben und die Sache an dieses zurückverwiesen hat.

1.) Die Klägerin behauptet, daß ihre Forderung gegen die GmbH am 3. Juni 1955 insgesamt 363.417 DM betragen hat.

Der Beklagte hat dies, soweit ersichtlich, bisher nicht bestritten. Er hat sich aber vorsorglich damit verteidigt, daß sich die Bürgschaft höchstens auf die Forderung der Klägerin am Tage der Eingehung seiner Verpflichtung, also am 31. März 1955, erstrecken könne.

Das Landgericht hat die Frage, ob der Beklagte für die am 3. Juni 1955 bestehenden Wechselschulden der GmbH oder aber nur für die am 31. März 1955 vorhandenen haftet, noch nicht für entscheidungsreif angesehen. Es hat deswegen seinem Urteil den am 31. März 1955 bestehenden Wechselsaldo von 316.271,33 DM zu Grunde gelegt und der Klägerin hiervon die von ihr verlangten 35 %, also 110.694,97 DM zugesprochen. Die Entscheidung über den Rest (35 % von 47.146 DM = 16.501 DM) hat es sich vorbehalten.

2.) Das Oberlandesgericht ist demgegenüber zu dem Ergebnis gelangt, daß der volle Betrag von 110.694,33 DM noch nicht spruchreif ist.

Es entnimmt nämlich den - von dem Beklagten nicht bestrittenen - Angaben der Klägerin, daß die GmbH auf die am 31. März 1955 bestehende Wechselschuld von 316.271,33 DM im April 1955 insgesamt 25.792,62 DM bezahlt hat. Um diesen Betrag, so führt es aus, vermindere sich die Schuld vom 31. März 1955. Das Landgericht hätte also von seinem Standpunkt aus nur 101.667,54 DM (35 % von 290.478,71) und nicht, wie es dies getan habe, 110.694,97 DM zusprechen dürfen. In Höhe des Unterschieds von 9.027,43 DM hat das Oberlandesgericht die Sache an das Landgericht zurückverwiesen.

3.) Diese Entscheidung ist, entgegen der Ansicht der Revision, fehlerfrei.

a) Das Landgericht hat bisher nur die Haftung des Beklagten für die am 31. März 1955 bestehende Schuld der GmbH bejaht. Es hätte jedoch die Entwicklung dieser Schuld berücksichtigen und deswegen von seinem Standpunkt aus auch die darauf geleisteten Zahlungen abziehen müssen. Das hat es nicht getan; sein Urteil wird also in Höhe von 9.027,43 DM (35 % der gezahlten 25.792,62 DM) von der Begründung nicht getragen.

b) Andererseits ist es unrichtig, wenn die Revision meint, daß die Klage insoweit abzuweisen sei.

Das wäre nur geboten, wenn endgültig feststehen würde, daß der Klägerin jene 9.027,43 DM nicht zustehen können. Ein solcher Schluß ist nach dem bisherigen Vorbringen

der Parteien nicht gerechtfertigt. Vielmehr muß davon ausgegangen werden, daß in der Zeit nach dem 31. März 1955 neue Wechselforderungen der Klägerin gegen die GmbH entstanden sind, die trotz der im April 1955 geleisteten Zahlungen die Schuld bis zum 3. Juni 1955 auf die vollen, dem Klageantrag zu Grunde liegenden 363.417 DM anwachsen ließen. Denn diese Endschuld der GmbH ist, wie bereits erwähnt, offenbar unstreitig.

c) Das Verfahren wegen der zwischen dem 1. April und dem 3. Juni 1955 entstandenen Wechselforderungen schwebt noch vor dem Landgericht. Allerdings ist dies nur wegen eines Betrags von 16.501 DM der Fall, während nach dem Gesagten in Wirklichkeit weitere 9.027,43 DM hinzutreten müßten.

Das Oberlandesgericht war befugt, die einheitliche Entscheidung des Landgerichts über beide Beträge durch eine Zurückverweisung sicherzustellen. Der Irrtum des Landgerichts lag zwar in erster Linie auf sachlich rechtlichem Gebiet. Es irrte aber auch darüber, ob der Anspruch in Höhe jener 9.027,43 DM bereits entscheidungsreif war (§ 301 ZPO). Deswegen war der § 539 ZPO anwendbar und damit die Zurückverweisung zulässig.

VI.

Die Revision des Beklagten ist somit, da das Urteil auch sonst keinen ihn beschwerenden Rechtsirrtum erkennen läßt, mit der sich aus dem § 97 ZPO ergebenden Kostenfolge zurückzuweisen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Erbel

Dr. Vogt

Finke