

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 399

Aufgrund Abtretung eines Anspruchs auf Befreiung von einer Bürgschaftsforderung kann der Zessionar den Schuldner der Freistellungsforderung nur in Anspruch nehmen, wenn er auch Gläubiger der durch die Bürgschaft gesicherten Hauptverbindlichkeit ist.

BGH, Urt. v. 14. Januar 1975 - VI ZR 139/73 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 139/73

URTEIL

Verkündet am

14. Januar 1975

G [REDACTED],
Justizobersekretärin

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Dr. Rudolf H [REDACTED],
D [REDACTED], K [REDACTED] Str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof.Dr.Dr. [REDACTED]
und Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

die Inhaberin der Firma M [REDACTED]-C [REDACTED] E.R. B [REDACTED],
Frau Edith-Rosemarie B [REDACTED], H [REDACTED]-G [REDACTED], S [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

Streithelferin der Klägerin:

Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Bundesminister
der Finanzen, dieser vertreten durch die Oberfinanzdirektion
K [REDACTED],

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

- 2 -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Januar 1974 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Weber und die Richter Prof. Dr. Nüßgens, Scheffen, Dr. Steffen und Dr. Kullmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 5. April 1973 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

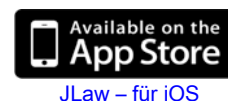
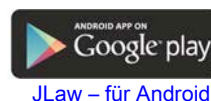
Die Klägerin nimmt aus abgetretenem Recht den Beklagten wegen eines Schadens in Anspruch, den dieser ihrem Ehemann, dem Bankkaufmann B., als dessen Prozeßbevollmächtigter in dem Rechtsstreit 18 O 59/68 I LG Düsseldorf zugefügt haben soll.

Jenem Rechtsstreit lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Ehemann der Klägerin sollte der Firma Teximol Heinz Oesterreich & Co KG (im folgenden: Oesterreich KG) gegen Wechselakzepte dieser Firma Geld verschaffen. Er



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



wendete sich an den Kaufmann C., der die Akzepte unterbringen, von dem Erlös 50.000 DM der O [REDACTED] KG überlassen, selbst 50.000 DM als Darlehen behalten und den Rest für Kosten und Zinsen verwenden sollte. Durch Vertrag vom 26. März 1965 mit C. übernahm der Ehemann der Klägerin für die übergebenen Wechsel die selbstschuldnerische Bürgschaft; ferner verpflichtete er sich "selbstschuldnerisch", von C. als Sicherheit für das Darlehen übergebene Depot-Wechsel und -Scheck treuhänderisch zu verwalten. Am 21. April 1965 gab der Ehemann der Klägerin diese Depotpapiere gemäß Vereinbarung zwischen der O [REDACTED] KG und C. an diesen zurück. In einer von C. hierüber ausgestellten Quittung war vermerkt: "Herr B. ist hiermit aus dieser Bürgschaft entlastet".

Nachdem die Wechselakzepte der O [REDACTED] KG zu Protest gegangen waren, nahm C. den Ehemann der Klägerin aus der Bürgschaft auf Zahlung von 117.236 DM, die Summe von 16 Akzepten der O [REDACTED] KG, in Anspruch. Dieser wurde in dem deswegen vor dem Landgericht Düsseldorf geführten Rechtsstreit 18 O 59/68 I, in dem er sich durch den Beklagten vertreten ließ, antragsgemäß verurteilt. Er beauftragte den Beklagten, gegen das am 18. September 1968 zugestellte Urteil Berufung einzulegen. Das Auftragsschreiben wurde im Büro des Beklagten durch eine seiner Angestellten versehentlich in einer falschen Akten abgelegt, so daß es dem Beklagten erst nach Ablauf der Berufungsfrist vorgelegt wurde. Vorher hatte dieser allerdings mit Schreiben vom 24. und 27. September 1968 beim Ehemann der Klägerin angefragt, ob er Berufung einlegen solle, jedoch keine

Antwort erhalten. Die daher verspätet eingelegte Berufung wurde vom Oberlandesgericht als unzulässig verworfen; die nachgesuchte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wurde versagt, weil der Beklagte die Fristversäumnis verschuldet habe.

In dem vorliegenden Verfahren verlangt die Klägerin von dem Beklagten als Schadensersatz Zahlung der Urteilssumme aus jenem Vorprozeß nebst Zinsen an sich. Sie hat geltend gemacht, den Beklagten treffe ein Verschulden an der Versäumung der Berufungsfrist, weil er trotz eindeutigen Auftrags keine Berufung habe einlegen lassen. Bei Durchführung des Rechtsmittels hätte die Klage gegen ihren Ehemann abgewiesen werden müssen. Dessen Bürgschaft habe sich nämlich nicht auf die streitigen Wechsel bezogen. Diese seien zudem nicht valuiert gewesen. Jedenfalls sei ihr Ehemann aus der Bürgschaft entlassen worden.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht ihr stattgegeben. Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Klägerin hat sich im Revisionsverfahren nicht vertreten lassen. Ihr ist die Bundesrepublik (Oberfinanzdirektion Koblenz) als Streit-
helferin beigetreten mit der Begründung, sie habe die Klageforderung gepfändet und sich überweisen lassen. Sie hat beantragt, die Revision mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß der Betrag an die Bundesrepublik zu zahlen, hilfsweise zugunsten der Klägerin und der Bundesrepublik zu hinterlegen ist; äußerstenfalls, daß der Betrag zugunsten der Klägerin, der r-[REDACTED], der H[REDACTED]-Bank und der Bundesrepublik zu hinterlegen ist.

Der Beklagte hat um Erlaß eines Versäumnisurteils gegen die Klägerin gebeten.

Entscheidungsgründe

I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts kann die Klägerin den Beklagten in Höhe der Klageforderung auf Schadensersatz wegen Schlechterfüllung seines mit ihrem Ehemann geschlossenen Anwaltsvertrages in Anspruch nehmen.

Das Berufungsgericht führt aus: Der Ehemann der Klägerin sei zu Unrecht zur Zahlung an C. verurteilt worden; daß jenes Urteil des Landgerichts in Rechtskraft erwachsen sei, sei auf ein vom Beklagten zu vertretendes Versehen seines Büros zurückzuführen. Bei rechtzeitiger Ausführung des vom Ehemann der Klägerin erteilten Auftrags zur Berufungseinlegung habe die Klage des C. im zweiten Rechtszug abgewiesen werden müssen.

Zwar habe sich die vom Ehemann der Klägerin übernommene Bürgschaft auf die von C. in jenem Rechtsstreit vorgelegten 16 Wechsel mit erstrecken sollen, auch wenn diese erst nach der Vereinbarung der Bürgschaft übergeben worden sein sollten. Die Bürgschaft sei aber nicht wirksam geworden. Denn die Wechselverbindlichkeiten, die sie habe sichern sollen, seien bei Übergabe der Wechsel mangels ihrer Valutierung noch nicht entstanden

gewesen. Ob sie später valuiert worden seien, könne nicht festgestellt werden; das aber geht zu Lasten des C. Davon abgesehen habe dieser den Ehemann der Klägerin am 21. April 1965 aus der Bürgschaft entlassen; sein Quittungsvermerk von diesem Tage könne sich nur auf die Bürgschaft wegen der Wechselakzepte der O [REDACTED] KG beziehen.

Zwar habe der Ehemann der Klägerin die Urkunden und Beweisantritte für diesen Sachverhalt im Vorprozeß teilweise erst nach der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht einführen lassen. Bei rechtzeitiger Einlegung der Berufung hätten diese Belege und Beweisantritte gleichwohl berücksichtigt werden müssen, da die Erledigung des Rechtsstreits im Hinblick auf § 272 b ZPO hierdurch nicht verzögert worden wäre. Ein Mitverschulden des Ehemanns der Klägerin an der Versäumung der Berufungsfrist, für die an erster Stelle das Versehen des Büros des Beklagten ursächlich geworden sei, lasse sich nicht feststellen.

Die Klägerin könne Zahlung an sich selbst verlangen, nachdem ihr Ehemann ihr seinen Anspruch gegen den Beklagten abgetreten habe. Zwar habe dieser von dem Beklagten nur Befreiung von seiner Bürgschaftsverbindlichkeit gegenüber C. beanspruchen können. Dieser Freistellungsanspruch habe sich jedoch in der Hand der Klägerin in einen Zahlungsanspruch verwandelt. Denn die Klägerin sei, wie sie mit Recht geltend mache, durch eine Abtretung vom 9. August 1969 Gläubigerin auch der titulierten Bürgschaftsforderung des C. geworden.

II.

Mit diesen Ausführungen hat das Berufungsurteil gegenüber den Angriffen der Revision keinen Bestand.

1. Rechtliche Bedenken bestehen schon gegenüber der Aktivlegitimation der Klägerin.

Auch das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Ersatzanspruch wegen eines Schadens, der - wie dies hier geltend gemacht ist - in der Belastung mit einer Verbindlichkeit besteht, nach § 249 Satz 1 BGB nicht auf Zahlung, sondern nur auf Befreiung des Geschädigten von dieser Verbindlichkeit geht (BGHZ 57, 78, 81, 83 m.w.Nachw.; 61, 346, 347). Ein solcher Anspruch kann grundsätzlich nicht abgetreten werden, weil dies seinen Inhalt, der in der Regel durch das Eigeninteresse eines bestimmten Gläubigers geprägt ist, verändern würde (§ 399 BGB; BGHZ 12, 136, 141). Nur der Freizustellende selbst kann die Leistung verlangen; als Zessionar ist ein Dritter im allgemeinen dazu nicht befugt, auch nicht zu dem Begehren auf Freistellung des Zedenten, wie dies von der Klägerin in der letzten mündlichen Verhandlung (ausweislich des Sitzungsprotokolls) hilfsweise beantragt ist.

Ausnahmsweise wird allerdings die Abtretung des Freistellungsanspruchs zugelassen, wenn sie an den Gläubiger der Forderung, von der zu befreien ist, erfolgt. Solche Abtretung ist durch die Bedeutung des Freistellungsanspruchs mitgedeckt, der die wirtschaftliche Last der Verbindlichkeit vom Gläubiger des Frei-

stellungsanspruchs auf den Freistellungsschuldner verlagert. Dann wandelt sich der Freistellungsanspruch in der Hand des Zessionars um in einen Anspruch auf Erfüllung der Forderung, von der zu befreien ist.

Auch die vorliegende Klage kann deshalb - von den übrigen Anspruchsvoraussetzungen abgesehen - nur durchdringen, wenn in der Hand der Klägerin der Freistellungsanspruch ihres Ehemannes und die Forderung des C., von der der Beklagte freistellen soll, vereinigt sind. Das nimmt das Berufungsgericht zwar an, doch rügt die Revision mit Recht, daß seine Annahme von Rechtsfehlern beeinflußt ist.

a) Die Feststellung allerdings, daß die Klägerin sich von ihrem Ehemann dessen Freistellungsanspruch hat abtreten lassen, kann sich, sofern der Abtretung nicht § 399 BGB entgegenstand, auf einen Sachverhalt stützen, der zuletzt unstreitig geworden ist. Der Hinweis der Revision auf früheres entgegenstehendes Vorbringen des Beklagten ist revisionsrechtlich unbeachtlich; im übrigen war durch diesen Vortrag nicht ausgeräumt, daß die dort behauptete Abtretung des Freistellungsanspruchs an die M[REDACTED]- und B[REDACTED]- K[REDACTED] GmbH erst nach Rechtshängigkeit erfolgt, daher auf den Rechtsstreit ohne Einfluß geblieben ist (§ 265 Abs. 2 ZPO).

b) Zweifel bestehen jedoch hinsichtlich des Erwerbs der Forderung des C. aus der Bürgschaft des Ehemanns der Klägerin.

Zu Recht rügt die Revision, das Berufungsurteil lasse jede Auseinandersetzung mit dem eigenen Vorbringen

der Klägerin vermissen, daß die Übertragung der Forderungen des C. auf sie durch die Einlösung der von ihr gegebenen Akzepte aufschiebend bedingt habe erfolgen sollen. Dieses Vorbringen, das sich der Beklagte zu eigen gemacht hatte, entspricht auch dem zu den Gerichtsakten überreichten "Übertragungs-Vertrag" vom 8. August 1969, in dem es u.a. heißt:

"Mit Einlösung der Akzepte verpflichtet sich der Zedent, welcher den rechtskräftigen Titel aus dem Urteil des Landgerichts Düsseldorf in Händen behält, diesen Titel auf die Zessionarin mit allen Haupt- und Nebenrechten zu übertragen. Hierzu wird bereits am heutigen Tage die formelle Übertragung auf die Zessionarin vereinbart, welche jedoch erst nach Bezahlung der beiden Kaufpreistraten wirksam wird, d.h. nach Einlösung der beiden Wechsel über je 30.000 DM.

Sollte die Zessionarin die beiden Akzepte nicht einlösen, ist der vorliegende Übertragungs-Vertrag in allen Punkten hinfällig".

Hierzu hat die Klägerin selbst angegeben, bisher seien nur 38.486,40 DM an C. gezahlt. Ist aber hiervon auszugehen, so ist die Zession schon aus diesem Grunde nicht wirksam geworden (§ 158 Abs. 1 BGB).

Die Auffassung des Berufungsgerichts, für die Aktivlegitimation der Klägerin komme es nicht auf ihre Gegenleistung für die von C. erworbene Forderung an, weil sie einen Anspruch ihres Ehemannes gegen den Beklagten geltend mache, verkennt, daß Voraussetzung für die Anspruchsberechtigung der Klägerin u.a. die Vereinigung beider Forderungen in ihrer Hand ist.

c) Darüberhinaus bestehen noch aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt Zweifel an einem rechtswirksamen Erwerb der Titelforderung durch die Klägerin.

aa) Das Berufungsgericht nimmt an, daß der Ehemann der Klägerin die Bürgschaft zur Sicherung der Wechsel-forderungen des C. gegen die O. KG bestellt hatte. Dann aber teilte die Bürgschaftsforderung das rechtliche Schicksal dieser Forderung des C. (§§ 767, 768, 401 Abs. 1 BGB). Eine Bürgschaftsforderung kann nicht für sich allein unter Vorbehalt der Hauptforderung durch den Zedenten übertragen werden; eine solche Ab-tretung wäre unwirksam.

Eine andere rechtliche Beurteilung wäre auch nicht geboten, wenn mit dem Berufungsgericht (entgegen der Auffassung des Landgerichts Düsseldorf in der Sache 18 O 59/68 I) festgestellt werden müßte, daß eine durch die Bürgschaft gesicherte Wechselforderung nicht besteht. Zwar würde alsdann der Ehemann der Klägerin aus der (titulierten) Bürgschaftsforderung trotz fehlender Haupt-forderung verpflichtet sein. Diese auf der Rechtskraft beruhende Folge könnte jedoch den Charakter der titulierten Forderung als einer Bürgschaftsforderung nicht derart verändern, daß ihre Abtretung trotz ausdrücklichem Vor-behalt der Hauptforderung durch den Zedenten nunmehr doch zulässig wäre. Die Rechtskraft des hier herangezogenen Urteils wirkt nur zwischen den Parteien jenes Rechts-streits; demgegenüber ist die Frage nach der Abtretbar-keit der Forderung für und gegen jedermann einheitlich zu beantworten.

bb) Aber auch wenn hier eine selbständige Abtretung der Bürgschaftsforderung zugelassen werden müßte, könnte sie wegen ihres Sicherungszweckes der Klägerin nur die Befugnis vermitteln, Befriedigung des Hauptgläubigers C. zu verlangen, nicht jedoch Zahlung an sich. Das genügt aber nach dem Zuvorgesagten zur Aktivlegitimation der Klägerin nicht.

cc) Nach allem würde die Klägerin - vorbehaltlich der übrigen Anspruchsvoraussetzungen - für die Klageforderung nur aktiv legitimiert sein, wenn sie nicht nur Gläubigerin der (titulierten) Bürgschaftsforderung, sondern Inhaberin auch der durch sie gesicherten Ansprüche hat werden sollen. Daß sich die Abtretung auch auf diese Ansprüche hat erstrecken sollen, läßt sich dem Berufungsurteil nicht entnehmen. Die zwischen der Klägerin und C. getroffene "Zusatzvereinbarung zum Übertragungs-Vertrag" vom 8. August 1969 könnte vielmehr das Gegenteil besagen. Darin heißt es:

"Die Zessionarin erwirbt mit dem genannten Übertragungs-Vertrag nur die Rechte des Zedenten gegen den Schuldner B.

Die Rechte des Zedenten gegen den Schuldner Heinz O. gehen nicht auf die Zessionarin über. Diese Rechte und deren Verfolgung bleiben allein im Besitz des Zedenten. "

d) All diese rechtlichen Zweifel brauchen hier nicht abschließend entschieden zu werden, weil schon der maßgebende Sachverhalt vom Berufungsgericht, wie die Revision mit Erfolg rügt, nicht fehlerfrei festgestellt ist. Es ist Aufgabe des Tatrichters, das nachzuholen.

2. Aufgrund der bisherigen Feststellungen kann dem Berufungsgericht aber auch darin nicht gefolgt werden, daß das Urteil des Landgerichts bei rechtzeitiger Berufungseinlegung durch den Beklagten im zweiten Rechtszug hätte aufgehoben werden müssen.

a) Das Berufungsgericht nimmt an, daß der Ehemann der Klägerin die Bürgschaft für die Verpflichtungen der O[REDACTED] KG aus deren Wechselakzepten gegenüber C., der offenbar diese Akzepte mit seinem Giro in Umlauf gesetzt hatte, übernommen hat. Diese Auslegung der Vereinbarung vom 26. März 1965 ist möglich, so daß es auf sich beruhen kann, ob der Ehemann der Klägerin sich nicht lediglich dafür "verbürgen" wollte, daß C. bei Ausfall der O[REDACTED] KG nicht von den ferneren Wechselinhabern, insbesondere den Banken, als Indossant im Regreßweg haftbar gemacht würde. Zutreffend geht das Berufungsgericht weiter davon aus, daß der Ehemann der Klägerin von C. aus der Bürgschaft nicht in Anspruch hätte genommen werden können, wenn der mit den als bloße Finanzwechsel übergebenen Akzepten bezweckte Erfolg der Kreditbeschaffung nicht eingetreten wäre. Denn dann hätte der Hauptschuldner, die O[REDACTED] KG, gegenüber der Forderung des C. aus den Wechselakzepten die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung erheben können (RGZ 124, 165, 167; BGHZ 57, 292, 300 m.w.Nachw.). Diese Einrede hätte auch B. gegenüber einer Inanspruchnahme aus der Bürgschaft zugestanden (§ 768 BGB).

Nicht gefolgt werden kann dem Berufungsgericht jedoch in seiner Ansicht, daß C. in seinem Rechtsstreit gegen den Ehemann der Klägerin habe darlegen und beweisen müssen, daß die Wechsel in diesem Sinne schließlich

"valutiert" worden seien. Das Berufungsgericht übersieht, daß der Wechselanspruch von dem Schuldgrund der Wechselhingabe gelöst ist. Um ihn geltend zu machen, braucht der Wechselgläubiger nicht die Kausalbeziehungen der Wechselbegebung darzulegen; vielmehr hat insoweit der Wechselschuldner die Behauptungs- und Beweislast, sofern ihm Einwendungen gegen die Inanspruchnahme im Verhältnis zu dem Wechselgläubiger überhaupt möglich sind (Art. 17 WG; vgl. BGH Urteil vom 7. Oktober 1974 - II ZR 119/73 - DB 1975, 97; RGZ 124, 65, 67). Entsprechendes gilt im Verhältnis von Gläubiger und Schuldner einer für die wechselrechtlichen Verpflichtungen übernommenen Bürgschaft. Zwar hatte der Ehemann der Klägerin mit der Bürgschaft gegenüber C. keine wechselrechtliche Verpflichtung in der Form einer Wechselbürgschaft (Aval; Art. 30 ff WG), sondern nur eine Bürgschaft nach bürgerlichem Recht übernommen. Doch schlägt auch auf eine solche Verpflichtung wegen ihrer Abhängigkeit von der Wechselverbindlichkeit, für die sie eingegangen worden ist, das Wechselrecht mittelbar insoweit durch, als der Bürge denselben Beschränkungen ausgesetzt ist, die das Wechselrecht dem Hauptschuldner für seine Verteidigung gegenüber einer Inanspruchnahme aus dem Wechsel auferlegt (vgl. dazu BGHZ 35, 19, 21; Hueck, Recht der Wertpapiere 9. Aufl. § 15 III S. 79; Jerusalem NJW 1962, 725; Martens BB 1971, 765, 767).

Deshalb hatte sich C. in seiner Klage gegen den Ehemann der Klägerin auf die Vorlage der von der O [REDACTED] KG akzeptierten Wechsel beschränken dürfen; der Ehemann der Klägerin hätte darlegen und beweisen müssen,

daß es mangels Eintritts des mit der Wechselbegebung bezweckten Erfolges an der rechtlichen Grundlage für den Bestand der Wechselverbindlichkeit aus den Akzepten und damit auch für seine Inanspruchnahme aus der Bürgschaft fehle (§§ 768, 812, 821 BGB). Diese Verlagerung der Behauptungs- und Beweislast würde freilich den Tatrichter nicht daran hindern, unter Umständen zugunsten des Bürgen bei der Beweiswürdigung seine Schlüsse zu ziehen, wenn der Gläubiger sich gegenüber den substantiierten Darlegungen des Bürgen auf ein bloßes Bestreiten beschränkt.

Sofern es für den vorliegenden Rechtsstreit auf diese rechtlichen Gesichtspunkte noch ankommen sollte, wird deshalb das Berufungsgericht seine Entscheidung auch unter Berücksichtigung dieser Ausführungen erneut überprüfen müssen.

b) Vor allem aber beanstandet die Revision mit Recht, das Berufungsgericht habe bei der Auslegung der sog. "Entlassungserklärung" des C. vom 21. April 1965 übergangen, daß der Beklagte den C. als Zeugen für seine Behauptung benannt hatte, diese "Entlastung" habe sich nicht auf die Bürgschaft für die Wechselverbindlichkeiten der O. KG, sondern nur auf seine Verpflichtungen aus der Verwaltung der von C. als Sicherung übergebenen Depotpapiere (Depotscheck und -wechsel) bezogen. Das Berufungsgericht hätte die Erklärung des C. nicht ohne Erhebung dieses Beweises zu Ungunsten des Beklagten würdigen dürfen. Zur Erhebung dieses Beweises bestand für das Berufungsgericht insbesondere deshalb Anlaß, weil der "Entlastungs"-Vermerk

in der Quittung nicht eindeutig auf die Bürgschaft wegen der hier streitigen Wechselverbindlichkeiten der Firma O [REDACTED] KG zu beziehen ist. Insoweit ergeben sich abgesehen von der Formulierung ("hiermit"; "dieser"; "entlastet") schon deswegen Zweifel, weil auch in dem Vertrag vom 26. März 1965, dem die Übergabe der Depotpapiere zugrundelag, zwischen der Bürgschaft für die von der Firma O [REDACTED] KG angenommenen Wechsel und der "selbstschuldnerischen" Verpflichtung des Ehemanns der Klägerin aus der treuhänderischen Verwaltung der Depotpapiere unterschieden worden war. Es war schon deshalb nicht von vornherein abwegig, daß mit der in dem "Entlastungs"-Vermerk genannten "Bürgschaft" die mit der Verwaltung der Depotpapiere zusammenhängende Verpflichtung gemeint war.

III.

Bei dieser Sach- und Rechtslage erübrigt es sich, auf die weiteren Revisionsrügen einzugehen, welche die Ausführungen des Berufungsgerichts zum Mitverschulden des Ehemanns der Klägerin (§ 254 BGB) zum Gegenstand haben. In der bereits aus den vorstehenden Gründen wiederzueröffnenden Tatsacheninstanz erhalten die Parteien ohnehin Gelegenheit, ihre Standpunkte auch hierzu weiter zu verfolgen.

IV.

Da das Berufungsurteil auch mit einer anderen Begründung nicht gehalten werden kann, war es auf die Revision der Beklagten aufzuheben und die Sache zur ander-

weiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision vorbehalten ist.

Dem Antrag der Revision auf Erlass eines Versäumnisurteils war nicht zu entsprechen. Zwar ist die Klägerin vor dem Revisionsgericht nicht aufgetreten; sie ist jedoch durch die Bundesrepublik vertreten worden, die ihr als Streithelferin beigetreten ist. Es lag deshalb kein Fall der Säumnis vor. Da die Revision zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung führt, ist nicht darüber zu befinden, ob sich die Bundesrepublik mit ihren Anträgen noch im Rahmen der Befugnisse eines Streithelfers gehalten hat (§ 67 Abs. 1 ZPO; vgl. Stein/Jonas/Pohle, ZPO 19. Aufl. § 67 Anm. II 4).

Dr. Weber

Nußgens

Scheffen

Dr. Steffen

Dr. Kullmann