

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 227/75

URTEIL

Verkündet am
22. März 1977
W a l z ,
Justizhauptsekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Rechtsanwalts K.-J. L [REDACTED] als Konkursverwalter über den Nachlaß des am [REDACTED] 1971 tot aufgefundenen Bankkaufmanns Christian Frhr. v. K [REDACTED], H [REDACTED], Kr [REDACTED]weg [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

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

gegen

den Kaufmann Heinz C [REDACTED],
H [REDACTED], Gr. E [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

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

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. März 1977 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Weber und die Richter Dunz, Dr. Steffen, Dr. Kullmann und Dr. Ankermann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, anstelle der Verkündung zugestellt am 18. August 1975, aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger ist Konkursverwalter über den Nachlaß des Bankkaufmanns v. K██████, der am 28. Januar 1971 nach Freitod aufgefunden worden ist. Er verlangt als solcher vom Beklagten Rückzahlung eines Betrags von 110.000 DM, den dieser am 4. Dezember 1970 auf das Girokonto des Beklagten bei dem Bankhaus S██████, M██████, He██████ & Co (SMH-Bank) eingezahlt hat. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Erblasser (EL.) war Sachbearbeiter und später auch Prokurist der SMH-Bank. Er erbot sich Anfang 1968 gegenüber dem Beklagten, mit dem er bei einer privaten Geselligkeit zusammentraf, diesem bei Spekulationen mit Wertpapieren behilflich zu sein.

Der Beklagte zahlte daraufhin zunächst 30.000 DM, später weitere rund 60.000 DM auf ein Girokonto bei der SMH-Bank ein und erteilte dieser zu Händen des Erblassers Depotvollmacht. Nach Anfangserfolgen im Jahr 1968 beteiligte er den EL. mit einem Viertel am Gewinn aus den Wertpapiergeschäften, ab Sommer 1969 mit einem Drittel. Auf diese Weise flossen dem EL. insgesamt rd. 5.000 DM zu, wobei der Gewinn nur aus dem Überschuß der Mehrerlöse aus Papieren über Mindererlöse aus anderen ermittelt wurde; der jeweilige Wert des Depotbestandes blieb unberücksichtigt.

In der Folgezeit entwickelte sich das Depot zunehmend ungünstiger; das Girokonto des Beklagten war im April 1970 mit rd. 250.000 DM überzogen. Deshalb führte er am 16. April 1970 mit dem EL. ein Gespräch, dessen Inhalt umstritten ist. Später tätigte dieser noch vier weitere Ankäufe. Anfang November 1970 erschien er bei dem Beklagten, um ihm mitzuteilen, daß er bei der SMH ausscheiden und zu einer Frankfurter Bank überwechseln werde. Der Beklagte, dem bekannt war, daß der EL. nur über wenig Vermögen verfügte, forderte diesen auf, ihm eine schriftliche Erklärung über den Inhalt der beiderseitigen Vereinbarung über die Wertpapiergeschäfte zu geben. Gleichzeitig sicherte er ihm zu, von der Erklärung zwei Jahre lang keinen Gebrauch



zu machen. Der El. kam diesem Verlangen nicht nach. Am 4. Dezember 1970 leistete er jedoch die erwähnte Zahlung von 110.000 DM. Per Ende Dezember 1970 stellte der Beklagte seine Konten bei der SMH-Bank unter Verkauf aller Wertpapiere glatt. Es ergab sich ohne die streitbefangene Einzahlung, aber unter Berücksichtigung der an den El. gezahlten Gewinnanteile, ein Verlust von rund 144.000 DM.

Der Kläger behauptet: Der Beklagte habe dem El. bei dem Anfang November 1970 geführten Gespräch angedroht, er werde, wenn er die schriftliche Bestätigung der Abmachungen nicht erhalte, die SMH-Bank, bei der der El. dann per Mitte November 1970 ausschied, von den bisherigen Vorgängen unterrichten. Dabei habe er darauf hingewiesen, daß das für den El. schwere berufliche Nachteile bringen könne. Nur wegen dieser Drohung habe sich der El. zu der streitigen Zahlung - aus einem ungedeckten Kredit von seiner neuen Arbeitgeberin, dem Bankhaus M. in Hamburg - entschlossen. Einen Rechtsanspruch auf die Zahlung habe der Beklagte nicht gehabt.

Der Beklagte behauptet demgegenüber, der El. habe sich bei der Unterredung im April 1970 seinem Verlangen widersetzt, keine weiteren Papiere zu kaufen und die vorhandenen abzustoßen. Dafür habe er sich verpflichtet, alle aus den Spekulationen etwa entstehenden Verluste zu ersetzen. Da der El. inzwischen Prokura erhalten habe, sei er dann gegen dessen weiteres Geschäftsgebaren im Vertrauen auf diese Zusage nicht mehr eingeschritten. Nach Eingang der Zahlung des El. habe er sich dann diesem gegenüber fernmündlich als wegen seines tatsächlich

höheren Ersatzanspruches befriedigt erklärt, wofür sich der El. noch bedankt habe.

Der Kläger ist der Auffassung, daß der Beklagte Rückzahlung der 110.000 DM sowohl aus unerlaubter Handlung (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 240 StGB; § 826 BGB) als auch nach den Vorschriften über die Rückforderung einer ungerechtfertigten Bereicherung schulde. Er verfolgt seine von beiden Vorinstanzen abgewiesene Klage mit der Revision weiter.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht stellt aufgrund der Aussage des Beklagten im Konkursverfahren (§ 75 KO) fest, daß dieser - entgegen der etwas abgeschwächten Schilderung bei seiner Anhörung vor dem Prozeßgericht - dem El. in der Tat angekündigt hat, er werde die Geschäftsleitung der SMH-Bank von dem Geschehen unterrichten, falls er die verlangte schriftliche Bestätigung der das Depot betreffenden Abreden nicht erhalte. Das läßt keinen Rechtsirrtum erkennen und wird im Revisionsverfahren auch vom Beklagten nicht angegriffen.

Darin erblickt das Berufungsgericht die Drohung mit einem empfindlichen Übel, denn der Beklagte habe nach seinen eigenen Darstellungen nicht verkannt, daß der El. durch diese Mitteilung in seinem beruflichen Fortkommen erheblich behindert werden würde.

Die vom Kläger erst zuletzt aufgestellte Behauptung, die Zahlung des El. habe in Wirklichkeit den Kaufpreis für den vom El. beabsichtigten Erwerb des Depots dargestellt, hält das Berufungsgericht nicht für erwiesen. Die Revision erhebt insoweit keine Verfahrensrügen.

II.

Das Berufungsgericht zögert indessen schon, sich davon zu überzeugen, daß zwischen dieser Drohung und der Zahlung ein ursächlicher Zusammenhang bestanden hat. Es meint, der El. habe sich ohnehin in einer sehr ungünstigen Lage befunden. Selbst wenn er einen eigenen Schritt des Beklagten bei der SMH nicht zu befürchten gehabt hätte, wäre sein Ruf als Effekthändler dahin gewesen; die Enttäuschung des Beklagten habe sich "in Indiskretionen umsetzen" und so die berufliche Stellung des El. innerhalb des Bankhauses erschüttern können.

Aber auch abgesehen davon vermag das Berufungsgericht die Rechtswidrigkeit der Drohung nicht zu bejahen. Es hält für unwiderlegt, daß der El. dem Beklagten (auf dessen Aussage im Konkursverfahren die Information des klagenden Konkursverwalters überhaupt nur beruht) im April 1970 zugesagt hat, er werde für den Verlust aus dem Wertpapiergeschäft eintreten. Diese Offerte habe der Beklagte angenommen, indem er darauf verzichtet habe, seine Weisung zum Verkauf schwacher Papiere durchzusetzen. Das hält sich nach Meinung des Berufungsgerichts im Rahmen der Lebenserfahrung: Der an einem riskanten Geschäft Beteiligte nehme ein weiteres Wagnis in Kauf, weil der erfahrener Partner in ihm unter zusätzlichen Versprechungen neue Hoffnungen wecke.

Auch diese tatrichterlichen Erwägungen mit dem Ergebnis, daß insoweit die Darstellung des Beklagten jedenfalls unwiderlegt ist, halten sich an sich im Bereich der rechtlich Möglichen; dabei soll allerdings zunächst ungeprüft bleiben, ob das Berufungsgericht die nach der Beweislage zu unterstellende Zusicherung des El. in ihrer Tragweite zutreffend ausgelegt hat (dazu unten bei III).

1. Mit Recht hat das Berufungsgericht geprüft, ob sich die festgestellte Drohung des Beklagten als rechtswidrig im Sinne des § 240 StGB darstellt (wobei es für seine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB dahinstehen konnte, ob es sich angesichts des weiteren Verlaufs um ein vollendetes Delikt oder um einen ebenfalls unter Strafe gestellten Versuch handelte). Denn die Bedenken, die das Berufungsgericht in der Frage äußert, ob das Handeln des El. durch die Drohung veranlaßt worden ist, hat es ersichtlich nicht zur Grundlage einer abschließenden Beurteilung gemacht; sonst müßte der Revision zugegeben werden, daß die Erwägungen, die es an die allgemeine Zwangslage des El. und seine ohnehin bestehende Furcht vor Indiskretionen knüpft, eher für als gegen einen ursächlichen Zusammenhang sprechen müßten.

Die Prüfung war auch nicht deshalb überflüssig, weil etwa - so das Landgericht - Ansprüche aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 240 StGB - schon an der Nichtfeststellbarkeit eines Vermögensschadens scheitern müßten. Ein Anspruch des El., die ihm etwa rechtswidrig abgenötigte Zahlung wieder in sein Vermögen zurückzuführen unter

Wiederaufleben einer dadurch etwa getilgten Verbindlichkeit, ergibt sich schon aus dem Gesichtspunkt der Naturalrestitution (§ 244 S. 1 BGB), die nicht notwendig eine in Geld meßbare Vermögenseinbuße voraussetzt. Eine andere Betrachtungsweise wäre auch mit dem Gedanken des § 393 BGB nicht vereinbar.

2. Im Ergebnis ist dem Berufungsgericht entgegen den Ausführungen der Revision auch darin zu folgen, daß die zugunsten des Beklagten zu unterstellende Absprache vom 16. April 1970 der Rechtswirksamkeit nicht entbehren mußte.

a) Zu Unrecht meint die Revision, auf die Abmachung zwischen dem Beklagten und dem El. müßten die Grundsätze entsprechende Anwendung finden, welche die Rechtsprechung für ein zu Spielzwecken gegebenes Darlehen aufgestellt hat (vgl. BGH LM BGB § 762 Nr. 17). Dies setzt zunächst voraus, daß die Wertpapiergeschäfte überhaupt Spielcharakter i.S. des § 764 BGB hatten. Indessen kann sich die Revision hier auf keinerlei Feststellungen des Berufungsurteils stützen. Gewöhnliche Effektenumsätze - auch riskanter Art - sind aber nicht als Spiel zu betrachten.

b) Auch Nichtigkeit wegen Wuchers (§ 138 Abs. 2 BGB) ist nicht ersichtlich. Zwar mag die Übernahme des vollen Verlustrisikos durch den El. bei der behaupteten Absprache vom 26. April 1970 gegenüber einer Gewinnbeteiligung von nur 1/3 ein erhebliches Mißverhältnis der beiderseitigen Leistungen auch dann begründet haben, wenn man in Betracht zieht, daß der El. keinerlei Kapital einsetzte. Das Berufungsgericht hatte aber keinen Anlaß,

die weiteren Tatbestandsmerkmale des wucherischen Geschäfts festzustellen. Insbesondere war der dreißig-jährige El. als erfolgreicher Effektenkaufmann, der vor der Prokura stand, in diesem Sachgebiet erfahrener als der Beklagte und betonte dies auch. Auch ist nicht ersichtlich, daß er sich zu jenem Zeitpunkt, in dem der Beklagte noch keinerlei Ansprüche gegen ihn hatte, in irgendeiner Zwangslage befunden hätte.

c) Schließlich stellt die Revision ohne Erfolg zur Nachprüfung, ob nicht die Pflichtwidrigkeiten, die sich der El. im gegebenen Zusammenhang gegenüber der SMH-Bank zuschulden kommen ließ, den Vereinbarungen zwischen ihm und dem Beklagten den Stempel der Sittenwidrigkeit aufgedrückt haben (§ 138 Abs. 1 BGB). Die Natur dieser Pflichtwidrigkeiten legt die Revision nicht näher dar. Indessen mag davon ausgegangen werden, daß es den Verhaltensgeboten für einen Depotsachbearbeiter widersprach, für die Beratung der Kunden bei Effektingeschäften - selbst freiwillig gebotene - Vergütungen entgegenzunehmen, bei riskanten Spekulationsgeschäften ohne Einverständnis des Kunden die Initiative zu ergreifen und zur Durchsetzung der eigenen Anlagekonzeption noch eine persönliche Garantie abzugeben, von der gerade dem El. von vorneherein bewußt sein mußte, daß er sie im Ernstfall nicht würde einlösen können.

Die Pflichtwidrigkeit solchen Verhaltens leuchtet ein. Denn gerade im Falle eines Mißerfolges, wie er hier dann eintrat, mußte ein für den Ruf der Bank nachteiliger Eindruck gewärtigt werden. Auf der anderen Seite gilt es aber zu beachten, daß die Vereinbarung keine unmittelbare Benachteiligung oder Hintergehung

der Bank zum Inhalt hatte. Denn die Beratung der Kunden bei - auf Wunsch auch riskanten - Effekengeschäften gehört zu den dem Bankkunden regelmäßig ohne besonderes Entgelt - aber auch ohne Gewähr - gebotenen Service. Ein indirektes Entgelt für diese Beratung dürfte der Bank gerade hier in Gestalt von Depotgebühren, Provisionen und Überziehungszinsen in eher reichlichem Maße zugeflossen sein, denn alle Geschäfte wurden bankmäßig korrekt verbucht und dem Beklagten förmlich bestätigt. Auch ist nicht ersichtlich, daß die "zuhänden des El." der Bank erteilte Depotvollmacht dieser verheimlicht worden wäre.

Der vorliegende Fall unterscheidet sich damit wesentlich von dem dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 13. Oktober 1976 - IV ZR 91/75 - BB 1977, 264 zugrundeliegenden; dort hatten Bedienstete einer Hypothekenbank deren Beleihungsinteressen unmittelbar zuwidergehandelt, indem sie eine nur nach diesen auszurichtende Vermittlungstätigkeit von der Gewährung persönlicher Vorteile abhängig machten.

Angesichts dessen kann nur davon ausgegangen werden, daß der Beklagte dienstliche Disziplinlosigkeit des El. gegenüber der Bank in Kauf genommen hat. Das Berufungsgericht hatte aber keinen Grund zu der Feststellung, der Beklagte habe eine konkrete Benachteiligung oder Übervorteilung der Bank gebilligt oder gar beabsichtigt. Dann aber bestand wenigstens auf seiner Seite für den schwerwiegenden Vorwurf der Sittenwidrigkeit, der sich bei zweiseitigen Geschäften im Regelfall gegen beide Parteien richten muß, kein

hinreichender Anlaß (vgl. obiges Urteil des BGH vom 13. Oktober 1976 aaO).

3. Nach allem ergab sich die Rechtswidrigkeit der vom Beklagten ausgesprochenen Drohung nicht schon daraus, daß der Anspruch, dessen Verwirklichung sie wenigstens mittelbar diene, ihm nicht zustand. Keinen unmittelbaren Anspruch hatte der Beklagte allerdings auf die verlangte schriftliche Fixierung der Garantieabsprache. Dies aber war auch nicht erforderlich, denn die Drohung kann sich auch aus dem erlaubten Endzweck rechtfertigen (vgl. zu den ähnlichen Fragen bei § 123 BGB BGHZ 25, 217, 220; auch BGH LM BGB § 123 Nr. 28; Nr. 32). Der Endzweck war hier die Realisierung der Garantiezusage, die bisher in der Form eines "gentlemen-agreements" gegeben war, und für die sich ein Beweismittel zu verschaffen der Beklagte angesichts der augenblicklichen Zahlungsunfähigkeit des El. und der Tatsache, daß dieser seine bisherige, für die Vereinbarung wesentliche Tätigkeit aufgegeben hatte, Anlaß sehen mochte.

Allerdings hat der Kläger gelegentlich behauptet, der Beklagte habe die Bestätigung nicht in erster Linie als Beweismittel gefordert sondern in der Absicht, damit späterhin den El. wiederum durch die Drohung unter Druck zu setzen, daß er dessen Pflichtwidrigkeit offenbaren werde. Bei dieser Sachlage könnte in der Tat eine andere Beurteilung geboten sein. Das Berufungsgericht ist jedoch nach dem Verständnis des erkennenden Senats dieser Darstellung nicht gefolgt, obgleich es - demnach mißverständlich - von dem Verlangen nach einer "schriftlichen

Selbstbezichtigung" spricht (S. 9). Es hat damit die rechtlichen Grenzen seines tatrichterlichen Ermessens nicht überschritten. Indessen mag diese Tatfrage im Zuge der aus anderem Anlaß gebotenen anderweiten Verhandlung vor dem Berufungsgericht (s. u. zu III) erneut aufgegriffen werden.

4. Damit bleibt nur die Frage, ob die vom Berufungsgericht festgestellte Drohung des Beklagten gegenüber dem El. trotzdem nach der Sachlage objektiv verwerflich war, und ob überdies der Beklagte dies bei Anspannung seines Gewissens hätte erkennen müssen (vgl. BGH Urt. v. 26. Februar 1962 - II ZR 22/61 - NJW 1962, 910, 911). Die knappen, indessen aus der Begründung des landgerichtlichen Urteils zu ergänzenden Ausführungen, mit denen das Berufungsurteil (S. 10/11) dies verneint, haben im Ergebnis Bestand. Dabei hat die Feststellung der Verwerflichkeit von der Beziehung zwischen Nötigungsmittel und Nötigungszweck auszugehen (BGHSt 17, 328, 331 = NJW 1962, 1923, 1924), so daß die Beurteilung ganz von der Lage des Einzelfalls abhängt (Dreher StGB 36. Aufl. Rdz. 3 zu § 240) und damit weithin der tatrichterlichen Beurteilung, an die die Revision gebunden ist, anheimfallen muß.

Auszugehen ist davon, daß der Beklagte nach dem zu unterstellenden Sachverhalt im Augenblick der Drohung befugt gewesen wäre, seinen Anspruch aus der Garantiezusage zu realisieren. Denn angesichts der ungünstigen Lage des Depots und der in Erscheinung getretenen Vermögenslosigkeit des El. verbunden mit seinem bevorstehenden Ausscheiden bei der SMH-Bank und Übertritt zu einer

anderen Bank, deren Identität er dem Beklagten noch nicht einmal geoffenbart hatte, war dem Beklagten eine Fortsetzung der Anlagevereinbarung nicht mehr zuzumuten. Der Versuch einer gerichtlichen Durchsetzung konnte aber in gleicher Weise wie eine Benachrichtigung der SMH-Bank seine Überschuldung und deren für einen Bankbeamten bedenkliche Ursachen offenbar machen.

Damit stellt die Forderung nach einer schriftlichen Bestätigung des Garantieanspruchs, verbunden mit der Zusage, alsdann zwei Jahre zuzuwarten, gegenüber dem Zahlungsanspruch in der Tat ein "Weniger" dar, wie dies das Berufungsgericht sieht. Denn daß es dem Beklagten nicht auf ein Beweismittel für den so gestundeten Anspruch, sondern in erster Linie auf eine schriftliche Fixierung der dienstlichen Verfehlungen angekommen wäre, die der El. als Bankangestellter begangen hatte, ist nicht festgestellt (vgl. oben zu 3). Dem stünde auch das unwiderlegt ernstliche Stillhalteversprechen entgegen, denn zwei Jahre nach dem Ausscheiden des El. hätte jedenfalls die SMH-Bank an einer solchen Mitteilung nur noch beschränktes Interesse gehabt.

Dann aber kommt das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis, daß der Beklagte mit der Drohung nicht verwerflich gehandelt hat. Indessen würde es schon für den Ausschluß einer Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB genügen, daß er bei pflichtgemäßer Prüfung den Eindruck, verwerflich zu handeln, nicht zu haben brauchte. Wenn der El. einerseits den schuldig gewordenen Betrag nicht bezahlen konnte, andererseits aber dem Beklagten trotz der veränderten Verhältnisse

ein Beweismittel vorenthielt, war sein Verhalten im Lichte der getroffenen Vereinbarungen unbillig. Daraus konnte der Beklagte wenigstens ohne Verschulden auch eine gewisse Lockerung seiner eigenen Loyalitätspflicht zur Verschwiegenheit gegenüber der Bank herleiten. Es kam aber hinzu, daß die Abmachungen der beiden in den Rahmen eines ordnungsmäßigen Bankvertrags des Beklagten mit der SMH-Bank gestellt waren, innerhalb dessen der El. dem Beklagten gegenüber die Obliegenheiten der Bank zu vertreten hatte. Soweit der El. in diesem Rahmen Sonderabsprachen mit dem Beklagten getroffen hatte, schädigte er damit die Bank jedenfalls nicht unmittelbar (vgl. oben zu 2 c); die Pflichtwidrigkeit aus der Sicht seiner Stellung beruhte vielmehr auf dem Verstoß gegen Verhaltensregeln, die sich nicht zuletzt zum Schutze der Anleger selbst, also auch des Beklagten, auswirken sollten. So mußte dem Beklagten angesichts der eigenen Illoyalität des El. jedenfalls die bloße Drohung, nun die Bank doch in Kenntnis zu setzen, auch bei Anspannung seines Gewissens nicht verwerflich erscheinen. Dabei hat das Berufungsgericht die Frage, wie die tatsächliche Verwirklichung der Drohung rechtlich zu beurteilen gewesen wäre, ohne Rechtsirrtum ausgeklammert (vgl. BayObLGSt 1970, 232; NJW 1971, 768; Dreher aaO).

Nach allem hat das Berufungsgericht eine an die festgestellte Drohung anknüpfende Haftung des Beklagten aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 240 StGB ohne Rechtsirrtum verneint. Die Verneinung der Haftung aus § 826 BGB wird von diesen Erwägungen gleichfalls getragen.

III.

Das Berufungsgericht hält dem Revisionsangriff aber nicht stand, soweit es davon ausgeht, daß die Garantiezusage des El. vom 16. April 1970 dessen Entstehen für sämtliche, also auch die bereits entstandenen Verluste zum Gegenstand gehabt habe.

1. Das Berufungsgericht geht entsprechend der Darstellung des Beklagten davon aus, der El. habe diesem damals (um ihn zum Weitermachen zu bewegen) erklärt, "er werde für den Verlust aus dem Wertpapiergeschäft eintreten" (BU S. 9). Dabei verkennt es nicht, daß ein selbständiges Garantieverprechen, das es hier fehlerfrei annimmt, nach der Lebenserfahrung in der Regel den künftigen, noch nicht entstandenen Schaden abdecken soll (BGH Urt. v. 16. Dezember 1960 - II ZR 137/59 - WM 1961, 204, 207). Wenn es trotzdem "im Rahmen der Beweiswürdigung" zu der, wie es meint, über Erwägungen rechtlicher Art nicht anzweifelbaren Schlußfolgerungen kommen will, daß der El. damals das volle Risiko des Verlustes (also auch des bereits eingetretenen) habe übernehmen wollen, dann wird nicht ersichtlich, welche vom Beklagten wenigstens behaupteten und demnach angesichts der Beweislage wenigstens zu unterstellenden zusätzlichen Umstände es dieser Beweiswürdigung zugrundelegen will. Die Bemerkung, die Parteien hätten "im Zweifel" den erst bei Auflösung des Depots endgültig abzurechnenden Verlust im Auge gehabt, stützt sich auf keine besonderen Tatumstände und steht inhaltlich mit dem oben erwähnten Satz der Lebenserfahrung über den Zweck eines Garantieverprechens im Widerspruch. Damit bleibt unklar, ob

sich das Berufungsgericht seiner Pflicht bewußt gewesen ist, die unterstellte Vereinbarung ohne Rücksicht auf die Beweislage nur nach rechtlichen Gesichtspunkten auszulegen, während sich die Beweislast nur bezüglich solcher - hier aber nicht ersichtlich behaupteter - Hilfstatsachen auswirken konnte, die geeignet gewesen wären, ein für den Regelfall erfahrungswidriges Auslegungsergebnis zu stützen (vgl. BGHZ 20, 109, 111; Erman/Westermann 5. Aufl. Rdz. 27 zu § 133 BGB; Soergel/Hefermehl 10. Aufl. Rdz. 23 das.; Palandt/Heinrichs 36. Aufl. Anm. 1 b das.; jeweils mit w.Nachw.).

2. Das angefochtene Urteil hat aus diesem Grunde keinen Bestand. Denn wenn die Garantiezusage nur den üblichen Inhalt des Einstehens für künftige weitere Verluste gehabt hätte, dann hätte der Beklagte einen erheblichen Teil der ihm später zugeflossenen Zahlung mindestens rechtsgrundlos erhalten. Die zusätzliche Erwägung des Berufungsurteils (S. 10), es habe auch nahegelegen, daß der El. entgegen der ursprünglichen Abmachung dem Beklagten später doch weiter entgegengekommen sei, weil er dringend um einen Zeitgewinn verlegen war, vermag daran nichts zu ändern.

Insoweit will das Berufungsgericht selbst nicht etwa aus der Mehrzahlung Rückschlüsse auf den Inhalt der ursprünglichen Garantiezusage ziehen. Es geht vielmehr davon aus, daß der El. nachträglich durch seine höhere Zahlung eine Erweiterung seiner bisherigen Einstandspflicht angeboten hat, und daß der Beklagte durch die Annahme sein stillschweigendes Einverständnis

zum Ausdruck brachte. Dann aber hätte der mittellose El., der die Zahlung offenbar durch betrugsähnliche Machenschaften hatte aufbringen müssen, doch wohl ersichtlich die Mehrleistung unter dem Druck der vorhergegangenen Drohung erbracht, die, wenn sie darauf gerichtet war, sicher nicht rechtmäßig gewesen sein konnte. Das kann für die rechtliche Beurteilung nicht außer Betracht bleiben. Zunächst mag erwogen werden, ob auf solche Fälle der "Überreaktion" auf eine an sich rechtmäßige Drohung nicht eine wenigstens entsprechende Anwendung der Vorschriften des § 123 BGB in Frage kommt. Indes bedarf die Frage deshalb keiner Vertiefung, da Feststellungen über eine rechtzeitige Anfechtung fehlen. Aber auch unabhängig von einer Anfechtung könnte insoweit die Vorschrift des § 138 Abs. 2 BGB dann zum Zuge kommen, wenn der Beklagte etwa, erkennend, daß der El. insoweit unter einer übertriebenen Furcht vor der Verwirklichung der an sich rechtmäßigen Drohung handelte, sich eine über das Geschuldete weit hinausgehende Leistung hätte gewähren lassen.

Das Berufungsgericht wird auch dies bei seiner
neuerlichen Entscheidung zu prüfen haben.

Dr. Weber

Dunz

Dr. Steffen

Dr. Kullmann

Dr. Ankermann