
Datum: 18.01.1996
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 44/94
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1996:0118.18U44.94.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 20 O 444/93

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das am 2. Februar 1994 verkündete Urteil der 20. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 20 O 444/93 - wird zu-rückgewiesen, soweit über sie nicht bereits durch das Teilurteil des Senats vom 3. November 1994 entschieden worden ist. Die Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich der Kosten des Streithelfers werden dem Beklagten auferlegt. Das Urteil ist für den Kläger und den Streithelfer gegen Sicherheitsleistungen in Höhe von je 11.000,00 DM vorläufig vollstreckbar. Sicherheit kann auch durch Bürgschaft eines als Zoll- oder Steuerbürge zugelassenen Kreditinstitutes mit Sitz in Deutschland geleistet werden.

Tatbestand

- | | |
|---|---|
| | 1 |
| Die Klägerin nimmt den Beklagten als Bürgen der P. in Anspruch. | 2 |
| Am 16. Februar 1990 eröffnete die Klägerin der P. GmbH & Co KG das Girokonto x , das bei der Filiale in S. geführt wurde, deren Leiter damals der jetzige Streithelfer war. | 3 |
| Komplementärin der P. war die P. & Co Verwaltungs GmbH, deren Geschäftsführer war der Zeuge T. P.. | 4 |
| Gesellschafter der GmbH und Kommanditisten der KG waren in jenem Zeitpunkt P. und der Beklagte. Der Beklagte schied im Juli 1992 aus der GmbH und aus der KG aus. | 5 |
| Nachdem der Beklagte zunächst am 5. März 1990 eine Höchstbetragsbürgschaft zur Sicherung der Forderungen der Klägerin aus der Geschäftsbeziehung zu der KG bis zum | 6 |

Beträge von 100.000,00 DM übernommen hatte, übernahm er am 3. April 1990 eine unbegrenzte selbstschuldnerische Bürgschaft zur Sicherung aller bestehenden und zukünftigen Ansprüche gegen die KG.

Mit Schreiben vom 16. Juli 1992 stellte die Klägerin der KG einen - weiteren - Barkredit über 200.000,00 DM bis zum 1. Februar 1995 zur Verfügung, der mit 6.667,00 DM monatlich ab dem 1. September 1992 zu tilgen war. Der Betrag wurde dem Unterkonto x belastet und dem Hauptkonto x gutgeschrieben. 7

Die Monatsraten von September 1992 bis Dezember 1992 wurden dem Kreditkonto gutgeschrieben, so daß der Kredit am 16. Dezember 1992 mit 173.332,-- DM valutierte. 8

Aufgrund festgestellter Scheckkreiterei des Geschäftsführers P. kündigte die Klägerin der Kommanditgesellschaft sämtliche Kredite und unterrichtete hiervon den Beklagten. Die P. ist in Konkurs gefallen und vermögenslos. Da der Beklagte der Aufforderung der Klägerin, aufgrund der Bürgschaft Zahlung zu leisten, nicht nachkam, hat diese mit der Klage einen Teilbetrag von 100.000,00 DM des Kredites vom 16. Juli 1992 geltend gemacht und beantragt, 9

den Beklagten zu verurteilen, an sie 100.000,00 DM nebst Zinsen auf diesen Betrag in Höhe von 5% über dem jeweiligen Bundesbankdiskontsatz seit dem 16. Dezember 1992 zu zahlen. 10

Der Beklagte hat beantragt, 11

die Klage abzuweisen. 12

Er hat behauptet, schon seit dem März 1990 habe P. Scheckkreiterei verübt, und zwar in Kenntnis und in Zusammenwirken mit dem Streithelfer. Hiervon hätten auch dessen Vorgesetzte spätestens im Sommer 1992 erfahren. Der Streithelfer habe ihn im übrigen im Oktober 1992 aus der Bürgschaftshaftung entlassen. Grund hierfür sei gewesen, daß er als Gesellschafter der KG ausgeschieden sei. 13

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Einwendungen des Beklagten für nicht durchgreifend erachtet. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen. 14

Mit der Berufung begehrt der Beklagte weiterhin Klageabweisung. Außerdem hat er im Wege der Widerklage Freistellung von einer Verbindlichkeit gegenüber der D. AG begehrt. Dem hat zugrunde gelegen, daß der Beklagte auf Klage dieser Bank hin durch Urteil des Landgerichts Köln vom 8. Juni 1994 - 20 O 247/93 - als Bürge zur Zahlung von 378.332,05 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist. Im Hinblick auf diesen Widerklageantrag hat der Senat die Berufung mit Teilurteil vom 3. November 1994 zurückgewiesen. Auch auf dieses Urteil wird Bezug genommen. 15

Nunmehr begehrt der Beklagte im Wege der Widerklage noch (hilfsweise), nur Zug um Zug gegen Freistellung von der vorerwähnten Verbindlichkeit verurteilt zu werden; hilfsweise nimmt er die Klägerin auf Zahlung von 100.000,00 DM in Anspruch. 16

Der Beklagte macht - seinen Vortrag aus erster Instanz wiederholend und vertiefend - folgendes geltend: 17

Der hierzu befugte Zeuge S., der jetzige Streithelfer der Klägerin, habe ihn im Oktober 1992 mündlich aus der Bürgschaft entlassen. Eine schriftliche Nachricht hierüber habe nicht 18

Voraussetzung für die Haftentlassung sein sollen.

Infolge der Verwertung von Sicherheiten durch die Klägerin und von Abzügen von dem Schuldsaldo der Kommanditgesellschaft sei davon auszugehen, daß eine Forderung gegen die KG nicht mehr bestehe. 19

Die Klägerin habe von Beginn der Kontoeröffnung an der KG keinerlei Kredit gewähren dürfen. Zu der Kreditinanspruchnahme sei es nämlich im wesentlichen infolge überhöhter Privatentnahmen des Geschäftsführers P. gekommen und nur in nicht nennenswertem Umfang durch Umsatzsteigerungen der KG, die die Klägerin ab Oktober 1991 ohnehin nicht mehr habe zulassen dürfen. 20

Die Klägerin habe von Anfang an gewußt, daß das Konto der KG zur Scheckreiterei benutzt worden sei. 21

Die Klägerin habe eine ordnungsgemäße Kontrolle der Kreditausweitung unterlassen und insbesondere keine Auskünfte bei anderen Kreditinstituten eingeholt. 22

Jedenfalls habe sie den Kredit vom 16. Juli 1992 über 200.000,00 DM nicht mehr herausreichen dürfen. Im übrigen sei er, der Beklagte, mit einer Ausnahme über die Kreditinanspruchnahme durch die KG nicht informiert gewesen. 23

Hilfsweise erklärt der Beklagte die Aufrechnung mit einem Schadenersatzanspruch zumindest in Höhe der Klageforderung. Hierzu trägt er vor, der Zeuge S., der Streithelfer der Klägerin, habe beim Austausch der auf 100.000,00 DM begrenzten Höchstbetragsbürgschaft gegen eine unbegrenzte Bürgschaft erklärt, das Risiko des Beklagten erhöhe sich dadurch nicht nennenswert, obwohl der Zeuge, so der Beklagte weiter, von der in jenem Zeitpunkt bereits betriebenen Scheckreiterei gewußt habe. Wäre er, der Beklagte, über die Kreditausweitung informiert worden, hätte er das Ende der Kreditbeziehung herbeiführen können. Außerdem sei ihm ein Schaden durch die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses entstanden, die Folge seiner Inanspruchnahme als Bürge sei. 24

Der Widerklage liegt zugrunde, daß der Beklagte auf Klage der D. AG als Bürge zur Zahlung von 378.332,05 DM verurteilt worden ist. Das weitere hierzu ergibt sich aus dem Teilurteil des Senats. 25

Der Beklagte beantragt, 26

unter Abänderung des am 2. Februar 1994 verkündeten Urteils des Landgerichts Köln - 20 O 444/93 - die Klage abzuweisen und im Wege der Widerklage ihn hilfsweise zur Erfüllung der Klageforderung nur Zug um Zug gegen Freistellung von der Bürgschaftsverbindlichkeit gegenüber der D. AG zu verurteilen, hilfsweise im Wege der Widerklage die Klägerin zu verurteilen, an ihn 100.000,00 DM nebst 5% Zinsen über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank seit dem 16. Dezember 1992 zu zahlen. 27

Die Klägerin beantragt, 28

die Berufung zurückzuweisen. 29

Sie macht geltend, keinerlei Sorgfaltspflichten bei der Kreditgewährung an die KG verletzt zu haben. Einer Kreditlinie von 1.288 Millionen DM im Juli 1992 hätten Sicherheiten in Höhe von 780.000,00 DM, zwei unbegrenzte Bürgschaften und Außenstände der KG in Höhe von 1,2 Millionen DM gegenübergestanden. 30

Im Zeitpunkt der Gewährung des streitgegenständlichen Kredits Mitte Juli 1992 sei von der Scheckreiterei des Geschäftsführers P. noch nichts bekannt gewesen. Das habe sich erst im November 1992 geändert, worauf dann die Kredite gekündigt worden seien.	31
Zur Information des Beklagten über die Kreditinanspruchnahme der KG sei sie, die Klägerin, nicht verpflichtet gewesen. Von Privatentnahmen des Geschäftsführers P. sei ihr nichts bekannt gewesen.	32
Die Verwertung von Sicherheiten habe nicht zu einer Reduzierung des Kredites über ursprünglich 200.000,00 DM geführt. Dieser belaufe sich zum Stichtag 8. August 1994 auf über 205.000,00 DM.	33
Auch sei ihre gesamte Forderung aus der übrigen Geschäftsverbindung zur Kommanditgesellschaft bislang nicht getilgt. Sie belaufe sich zum Stichtag 5. August 1993 auf mehr als 3,4 Millionen DM.	34
Eine Entlassung aus der Bürgschaft sei mit dem Beklagten nicht, jedenfalls nicht rechtswirksam vereinbart worden.	35
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf den Inhalt der Gerichtsakten sowie auf die Beiakte 105 Js (Wi) 51289/92 Staatsanwaltschaft Koblenz, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist.	36
Entscheidungsgründe	37
Die Berufung ist statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt, mithin zulässig. Sie hat aber in der Sache keinen Erfolg.	38
Nach dem Teilurteil des Senats vom 3. November 1994 stehen noch zur Entscheidung	39
- die Anträge der Parteien zur Klage (Anspruch der Klägerin und "Aufrechnung" des Beklagten) sowie	40
- die Hilfsanträge zur Widerklage des Beklagten.	41
I. Zur Klage	42
Die Klägerin hat gegen den Beklagten nach § 765 BGB Anspruch auf Zahlung der Klagesumme von 100.000,00 DM. Der Beklagte haftet der Klägerin als Bürge für die P.; Gegenrechte, die zu seiner Befreiung aus der Bürgenhaftung führen könnten, bestehen nicht.	43
1. Der Beklagte hat sich für die Schulden der P. bei der Klägerin verbürgt, zunächst am 5. März 1990 bis zum Höchstbetrag von 100.000,00 DM, sodann am 3. April 1990 ohne eine Begrenzung der Höhe nach. Diese Bürgschaft ist - wie der Beklagte selbst nicht in Abrede stellt - auch wirksam. Die Grundsätze, nach denen im Einzelfall eine Bürgschaft wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) unwirksam sein kann (vgl. etwa BVerfG NJW 94, 36; BGH NJW 94, 1278), greifen hier nicht ein. Der Beklagte war seinerzeit Direktor der Sü. AG; er wußte also Sinn, Zweck und Risiko einer Bürgschaft zu beurteilen. Im übrigen hatte er als Kommanditist der P. und als Gesellschafter deren Komplementär-GmbH ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Kreditgewährung und damit auch an deren Besicherung durch eine Bürgschaft.	44

2. Der Anspruch der Klägerin ist entgegen der Auffassung des Beklagten auch nicht durch Erlaßvertrag erloschen. Der Beklagte macht hierzu geltend, der Streithelfer der Klägerin habe ihm im Oktober 1992 telefonisch erklärt, er entlasse ihn aus der Haftung. Diese Erklärung habe so gelaute, daß der Beklagte sofort aus der Haftung frei werden sollte und nicht erst bei Eingang einer - nach Darstellung des Beklagten zugesagten - schriftlichen Bestätigung.

Ob diese Behauptung des Beklagten zutrifft, braucht nicht aufgeklärt zu werden. Denn der Streithelfer hatte keine Vollmacht, eine derartige Erklärung im Namen der Klägerin rechtswirksam abzugeben. Wie er in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 15. September 1994 (Bl. 192 d.A.) - unwidersprochen - erklärt hat, war ihm von der Klägerin Prokura erteilt, zeichnungsberechtigt war er aber nur gemeinsam mit einer weiteren Person (Gesamtprokura, § 48 Abs. 2 HGB). Dann aber konnte er im Namen der Klägerin auch mündliche Erklärungen nicht allein rechtswirksam abgeben. Für die Annahme einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht fehlt es an Anhaltspunkten.

46

3. Dem Beklagten stehen gegen die Klägerin auch keine Gegenansprüche aus dem Gesichtspunkte des Verschuldens beim Vertragsschluß oder der positiven Vertragsverletzung zu. Solche Ansprüche könnten darauf gerichtet sein, daß die Klägerin verpflichtet ist, den Beklagten von der Bürgenhaftung freizustellen. Aus diesem Grunde kommt es auf die vom Beklagten erklärte Aufrechnung nicht an. Ansprüche aus den vorerwähnten Rechtsgründen bestehen aber nicht.

47

a) Ein Anspruch aus dem Gesichtspunkte des Verschuldens beim Vertragsschluß besteht entgegen der Auffassung des Beklagten nicht deshalb, weil nach dessen Behauptung der Zeuge S., der Streithelfer der Klägerin, aus Anlaß der Ersetzung der ursprünglichen Höchstbetragsbürgschaft durch eine unbegrenzte Bürgschaft erklärt haben soll, dadurch erhöhe sich das Risiko des Beklagten nicht nennenswert.

48

Eine solche Erklärung begründet für sich genommen nach der Auffassung des Senats keine Haftung der Klägerin. Zum einen konnte der Beklagte selbst das Risiko des Bürgschaftsaustausches beurteilen. Im übrigen enthält die behauptete Zusage letztlich nur eine Prognose über die künftige Entwicklung. Diese hing aber maßgeblich davon ab, in welchem Umfang der Hauptschuldnerin Kredit gewährt wurde. Schließlich ist Gegenstand der Klage und Berufungsverfahrens ein Anspruch der Klägerin in Höhe von 100.000,00 DM. Dieser Anspruch hätte sich bereits aufgrund der früheren Höchstbetragsbürgschaft ergeben. Schon deshalb kann die vorerwähnte Erklärung des Streithelfers der Klägerin hier nicht von Bedeutung sein.

49

b) Ein Anspruch aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens beim Vertragsschluß ergibt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt, daß die Klägerin den Beklagten bei Abschluß des Bürgschaftsvertrages darüber hätte aufklären müssen, daß die P. kreditunwürdig sei. Für eine derartige, vom Beklagten für notwendig gehaltene, Aufklärung gibt es keine Rechtsgrundlage. Es mag im übrigen sein, daß die P. bei anderen Banken mit ihrem Wunsch nach Ausweitung der dort bestehenden Kreditlinien kein Gehör gefunden hatte. Das belegt aber noch nicht deren Kreditunwürdigkeit. Die Klägerin konnte das Kreditrisiko der KG anders beurteilen als sonstige Banken. Im übrigen ist für eine Kreditunwürdigkeit aufgrund von Unregelmäßigkeiten seitens des Geschäftsführers P. bereits vor der Konteneröffnung bei der Klägerin vor der Übernahme der Bürgschaft durch den Beklagten nichts ersichtlich. Zur Einholung von Auskünften bei anderen Banken hinsichtlich der Kreditwürdigkeit der Kommanditgesellschaft war die Klägerin nach Auffassung des Senates jedenfalls im Verhältnis zum Beklagten nicht verpflichtet. Davon abgesehen war es Sache des Beklagten als Gesellschafter der Komplementär-GmbH und als Kommanditist der P., sich selbst über

50

die Kreditwürdigkeit dieser Gesellschaft ein eigenes Bild zu verschaffen. Schon deshalb war es nicht Sache der Klägerin, ihm hier durch Hinweise Aufklärung zu verschaffen, die er sich ohne große Mühe selbst besorgen konnte.

c) Es besteht auch kein Anspruch aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung. 51

aa) Entgegen der Auffassung des Beklagten ist eine Pflichtverletzung der Klägerin durch unzureichende Information des Beklagten über die Ausweitung der Kreditanspruchnahme durch die P. nicht anzunehmen. 52

Schon das Verlangen der Klägerin nach Sicherung durch Bürgschaftsübernahme hat für alle Beteiligten deutlich gemacht, daß aus Sicht aller Beteiligten aus der Geschäftsbeziehung zwischen der Klägerin und der P. Forderungen der Klägerin erwachsen konnten. Denn wäre von vorneherein vereinbart gewesen, daß das Konto der P. nur im Haben geführt werden sollte und Überziehungen nicht zugelassen werden sollten, hätte es einer Bürgschaft nicht bedurft. Also mußte sich der Beklagte von Anfang an sagen, daß die KG Darlehen in Anspruch nehmen würde. 53

Darüber hinaus war im Bürgschaftsvertrag ausdrücklich vereinbart, daß die Klägerin über den Stand der Hauptschuld dem Beklagten nicht Auskunft zu geben hatte. Es war Sache des Beklagten, sich bei der KG selbst darüber zu unterrichten (Ziffer 6 des Bürgschaftsvertrages Bl. 10 im Anlagenheft 1). 54

Gegen die Wirksamkeit dieser Bestimmung bestehen keinerlei Bedenken. Der Beklagte hatte als Kommanditist die Möglichkeit, sich nach § 166 Abs. 1 HGB über die Interna der Kommanditgesellschaft zu informieren. Außerdem war er Gesellschafter der Komplementär-GmbH. Schließlich konnte er auch als Bürge in entsprechender Anwendung von § 666 BGB von der KG Auskunft über den Stand der Hauptschuld verlangen. Dann bestand kein Bedürfnis, solche Auskünfte von der Klägerin zu bekommen. Deshalb ist es unproblematisch, wenn die Klägerin in einem derart gelagerten Fall in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorsieht, daß dem Bürgen vom Kreditinstitut Auskünfte über den Stand der Hauptschuld nicht erteilt werden. 55

Davon abgesehen hat der Beklagte jedenfalls das Schreiben der Klägerin vom 31. Oktober 1990 (Anlage K4, Bl. 11 des Anlagenheftes) in Durchschrift erhalten. Daraus ergibt sich, daß der P. ein Betriebsmittelkredit von 400.000,00 DM und ein Mittelstandsdarlehen von 200.000,00 DM bewilligt worden ist. Das letztgenannte Darlehen ist die streitgegenständliche Forderung. 56

bb) Ein Anspruch aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung besteht auch nicht etwa deshalb, weil die Klägerin der P. überhaupt Kredit gewährt hat. Der Gläubiger ist im Verhältnis zum Bürgen keineswegs daran gehindert, seine eigenen Interessen wahrzunehmen. Er ist auch berechtigt, dem Hauptschuldner weiteren Kredit zu gewähren (vgl. Staudinger/Horn, 12. Auflage, § 765 BGB, Rn. 47). Dazu braucht er nicht den Bürgen um sein Einverständnis zu ersuchen. 57

Hätte der Beklagte die weitere Kreditaufnahme der KG verhindern wollen, so wäre das möglich gewesen, wenn er infolge seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung in der Kommanditgesellschaft auf deren Geschäftspolitik Einfluß genommen hätte. Was die angeblich von Anfang an bestehende Kreditunwürdigkeit der KG angeht, hatte der Beklagte insoweit ohnehin denselben Wissensstand wie die Klägerin; zumindest hätte er ihn sich ohne weiteres verschaffen können. Dann aber konnte der Beklagte nicht von der Klägerin 58

erwarten, daß diese Dinge tut, die er selber zu tun nicht bereit war. Es war nicht Sache der Klägerin, ihm Informationen zu verschaffen, von denen die Klägerin annehmen durfte, daß der Beklagte sie ohne weiteres hatte.

cc) Ein Anspruch des Beklagten besteht schließlich auch nicht unter dem Gesichtspunkt, daß die Klägerin "Scheckreiterei" des Zeugen P. zugelassen hat. Allerdings ist der Gläubiger nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) gehalten, das Haftungsrisiko des Bürgen nicht arglistig (Staudinger/Horn aaO Rn. 47; Münchener Kommentar - Pecher § 765 BGB, Rn. 34) oder auch nur leichtfertig (KG NJW-RR 88, 109, 111) zu vergrößern. Diese Voraussetzung läge hier vor, wenn sich der Klägerin im Juli 1992, als das streitgegenständliche Darlehen ausgereicht wurde, hätte aufdrängen müssen, daß die Hauptschuldnerin in Person des Geschäftsführers P. Scheckreiterei betrieb. Das aber ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht zur Überzeugung des Senats festgestellt. 59

Der Zeuge S., Streithelfer der Klägerin, hat bekundet, ihm sei die Scheckreiterei des Zeugen P. erst Anfang November 1992 aufgefallen. Soweit der Beklagte geltend macht, diese Aussage sei nicht glaubhaft (Schriftsatz vom 8. November 1995, Bl 326 ff.), hilft ihm das nicht weiter. Denn es gibt weder einen Rechtssatz noch einen Erfahrungssatz des Inhaltes, daß eine für das Beweisthema (hier: Kenntnis im Juli 1992) unergiebigere Aussage dem Gericht - ihre angeblichen Unglaubwürdigkeit zufolge - die Überzeugung vermitteln kann, das genaue Gegenteil dessen, was der Zeuge bekundet hat, sei richtig. Ist eine Aussage unergiebig, dann stellt sich die Frage nach der Glaubwürdigkeit des Zeugen nicht mehr. 60

Im übrigen führt auch der Hinweis des Beklagten auf die Straftaten nicht weiter. Im Strafverfahren hat das Landgericht Koblenz im Urteil vom 28. Oktober 1993 festgestellt, der Streithelfer, damals in der Position des Angeklagten, habe Kenntnis von der Scheckreiterei erst Anfang November 1992 erlangt (Seite 9 des Strafurteils, Bl. 1136 der Beilagen). Diese Feststellung ist für den Senat, wie die Parteien mit Recht geltend machen, allerdings nicht bindend. Ohnehin hat sich die Strafkammer nur mit einem vorsätzlichen Verhalten des - jetzigen - Streithelfers befassen müssen, während der Klägerin im hiesigen Verfahren auch schon leichtfertiges Verhalten schaden würde. Daß sich aber aus den Straftaten Anhaltspunkte ergeben könnten, die - ordnungsgemäß in das hiesige Verfahren eingeführt - zu weiteren Erhebungen Anlaß geben könnten, zeigt der Beklagte nicht auf. 61

Der Zeuge P. hat bekundet, es habe zwischen ihm und dem Streithelfer keine ausdrückliche Absprache über die Duldung von Scheckreiterei gegeben. Er - P. - habe seit Anfang 1991 begonnen, seine Kreditlinie durch Hereingabe von Schecks zu verbessern, denen kein Warenumsatz zugrunde gelegen habe. Dies sei bei anderen Banken sehr schnell aufgefallen. Aus diesem Grunde sei er davon ausgegangen, daß auch der Streithelfer spätestens Anfang 1992 die Scheckreiterei als solche erkannt gehabt habe. 62

Nach Auffassung des Senates kann bei diesem Beweisergebnis nicht mit der für die Bildung einer Überzeugung erforderlichen Sicherheit festgestellt werden, daß der Zeuge S. (Streithelfer der Klägerin) in dem hier maßgeblichen Zeitpunkt (Juli 1992) von der Scheckreiterei des Zeugen P. Kenntnis hatte oder diese nur aus Leichtfertigkeit nicht kannte. Überzeugung des Gerichtes bedeutet nicht, daß ein festzustellender Sachverhalt im naturwissenschaftlichen Sinne sicher geklärt ist, so daß jede andere Möglichkeit sicher ausscheidet. Überzeugung bedeutet vielmehr eine so hohe Wahrscheinlichkeit, daß jeder vernünftige Zweifel an der Bejahung der Beweisfrage auszuschneiden hat. 63

Der Zeuge S. hat bekundet, ihm sei im August 1992 aufgefallen, daß die Kontenumsätze der P. höher gewesen seien, als die Handelsumsätze. Dies habe P. mit sogenannten 64

Streckengeschäften erklärt, was man auf Seiten der Klägerin als plausibel akzeptiert habe. Dagegen ist nach Auffassung des Senats nichts zu erinnern. Die Erklärung des Zeugen P., die Differenz der Umsätze habe ihren Grund in den vorerwähnten Streckengeschäften, war damals aus Sicht der Klägerin nicht von der Hand zu weisen. Damit ist auch das Argument des Beklagten entkräftet, die Klägerin habe aufgrund des Computerprogramms "Daisy" die vorerwähnte Differenz der Umsätze frühzeitig erkennen können und daraus ihre Schlüsse ziehen müssen. Denn es kann davon ausgegangen werden, daß für den Fall, daß dieses Auseinanderfallen der Umsätze vor Mitte Juli 1992 erkannt worden wäre, der Zeuge P. eine dem vorstehenden entsprechende Erklärung abgegeben hätte, die seitens der Klägerin nicht hätte widerlegt werden können.

Soweit der Zeuge P. bekundet hat, er gehe davon aus, der Streithelfer habe bereits frühzeitig die Scheckreiterei als solche erkannt, reicht dies nicht aus, um dem Senat in dem vorerwähnten Sinne die Überzeugung zu vermitteln, daß dem wirklich so gewesen ist. Der Zeuge äußert hier eine bloße Mutmaßung, die richtig sein kann oder auch nicht. Immerhin hat er weiter erklärt, mit der De. habe es erst Ende 1992 Schwierigkeiten gegeben. Also hat es auch andere Geschäftspartner gegeben, die lange Zeit nichts gemerkt haben. Denn daß die zuständigen Mitarbeiter der De. mit ihm zusammen gearbeitet hätten, sei es ausdrücklich oder auch nur stillschweigend, behauptet der Zeuge selbst nicht. 65

Danach ist weder vorsätzliches noch auch nur leichtfertiges Verhalten des Streithelfers zur Überzeugung des Senates anzunehmen. Entgegen der Auffassung des Beklagten war dem Streithelfer nicht anzusinnen, die Kontenbewegungen der P. ständig daraufhin zu kontrollieren, ob hier womöglich Unregelmäßigkeiten festzustellen seien. Er hat nur daraufhin kontrolliert, ob die Kreditlinie eingehalten wurde. Mehr mußte er zunächst nicht tun. Dies änderte sich erst in dem Augenblick, als ihm auffiel, daß die Konten und die Handelsumsätze "dramatisch" auseinanderfielen. Das war erst im November 1992 der Fall. Zu diesem Zeitpunkt aber war es aber bereits zu spät. Ein Vorwurf ist dem Streithelfer auch nicht daraus zu machen, daß er das Auseinanderfallen der Umsätze zwar im August 1992 erkannt hat, sich aber mit der Erklärung des Zeugen P., es handele sich hier um Einkünfte aus Streckengeschäften, zufrieden gegeben hat. Denn diese Erklärung war, wie bereits erwähnt worden ist, aus Sicht der Klägerin nicht von der Hand zu weisen. Deshalb mußte sie dem Zeugen S. nicht Anlaß geben, hier weitergehend tätig zu werden. 66

4. Zu Unrecht macht der Beklagte geltend, die Hauptforderung bestehe nicht mehr. Die Klägerin hat geltend gemacht, daß sie sich aus den ihr gegebenen Sicherheiten bei weitem nicht hinsichtlich der Darlehensforderungen gegen die P. hat erholen können. Die Darlegungs- und Beweislast für das Erlöschen der Hauptforderung trägt der Bürge (BGH NJW 88, 906; 95, 2161/62). Das Vorbringen des Beklagten hierzu ist weder hinreichend substantiiert noch unter Beweis gestellt. 67

II. Zur Widerklage 68

1. Hilfsantrag 1) der Widerklage ist gerichtet auf Zahlung nur Zug um Zug gegen Freistellung von einer Verbindlichkeit des Beklagten gegenüber der D. AG. 69

Ein solcher Anspruch besteht nicht, wie der Senat in dem inzwischen rechtskräftigen Teilurteil vom 3. November 1994 festgestellt hat. Deshalb kann auch dieser Antrag der Widerklage keinen Erfolg haben. 70

2. Hilfsantrag 2) der Widerklage ist auf Zahlung von 100.000,00 DM gerichtet. 71

72

Er hat seine Grundlage darin, daß der Beklagte befürchtet, mit einer Aufrechnung gegen die Bürgschaftsforderung aufgrund der Geschäftsbedingungen der Klägerin nicht zum Zuge zu kommen. Da ein möglicher - hier aber verneinter - Gegenanspruch des Beklagten auf Freistellung von der Verbindlichkeit aus dem Bürgschaftsvertrage lauten würde, ist die - zulässige - Bedingung, unter der dieser Hilfsantrag gestellt worden ist, nicht eingetreten. Der Hilfsantrag zu 2) hat deshalb keine Bedeutung. Er müßte im übrigen, wäre er unbedingt gestellt, aus den zu I) erwähnten Gründen in der Sache erfolglos bleiben.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 73

Streitwert für das Berufungsverfahren seit dem 16. September 1994 und Beschwer des Beklagten: 100.000,00 DM. 74

Der Schriftsatz des Beklagten vom 05.01.1996 gibt keine Veranlassung, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen. 75