



Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 2 U 117/12 = 8 O 2183/11 Landgericht Bremen

Verkündet am: 12.07.2013

Im Namen des Volkes

U r t e i l

In dem Rechtsstreit

[...],

Klägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte [...]

gegen

[...],

Beklagte und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte [...]

Beteiligte:

[...],

Nebenintervenientin,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte [...]

hat der 2. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen auf die mündliche Verhandlung vom 21.06.2013 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Blum, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Schnelle und die Richterin am Oberlandesgericht Witt für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Bremen, 8. Zivilkammer, vom 24.10.2012 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Beklagte auch die durch die Nebenintervention verursachten Kosten erster Instanz zu tragen hat.

Die Kosten der Berufung einschließlich der durch die Nebenintervention verursachten Kosten hat die Beklagte zu tragen.

Die Urteile des Senats und des Landgerichts Bremen sind vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des nach den Urteilen vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn und soweit nicht die Klägerin bzw. die Nebenintervenientin zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer Bürgschaft.

Die Klägerin ist ein Kreditinstitut, die Beklagte und die auf Seiten der Klägerin dem Rechtsstreit beigetretene Nebenintervenientin sind in der Baubranche tätig. Die Klägerin übergab der Nebenintervenientin zur Weiterleitung an die Beklagte das Original einer an die Beklagte gerichteten Bürgschaftserklärung vom 31.01.2007, mit der die Klägerin sich in Höhe von 53.571,95 € selbstschuldnerisch gegenüber der Beklagten für deren Ansprüche gegen die Nebenintervenientin auf Vertragserfüllung betreffend das Bauvorhaben „Umgestaltung Bahnhof [...]“ verbürgte. In der Erklärung heißt es u.a.: „Die Verpflichtungen aus der Bürgschaft enden, wenn die Forderung erlischt oder wenn uns diese Bürgschaftserklärung zurückgegeben wird, spätestens aber,

wenn...“ Ob die Nebenintervenientin mit ihrem Schreiben vom 01.02.2007 (Anlage B 1, Bl. 34 d.A.) das Original (Bl. 87 d.A.) oder aber eine Kopie davon (Bl. 88 d.A.) an die Beklagte weiterleitete, ist zwischen den Parteien streitig. Mit Schreiben vom 14.03.2007 (Anlage 2, Bl. 5 d.A.) sandte die Nebenintervenientin der Klägerin die Bürgschaftsurkunde - wie mittlerweile unstrittig ist im Original - mit der Bitte um Kenntnisnahme und Gutschrift auf dem Avalkonto zurück.

Mit Anwaltsschreiben vom 28.10.2011 (Anlage 3, Bl. 6 ff d.A.) nahm die Beklagte die Klägerin unter Fristsetzung zum 08.11.2011 aus der Bürgschaft auf Zahlung von 53.571,95 € erfolglos in Anspruch.

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, ihre Verpflichtungen aus der streitgegenständlichen Bürgschaft seien mit deren Rückgabe vollumfänglich erloschen. Sie hat behauptet, die ihr zurückgereichte Bürgschaftsurkunde sei der Nebenintervenientin unmittelbar vor dem 14.03.2007 von der Beklagten übergeben worden. Sollte die Nebenintervenientin der Beklagten die Originalbürgschaft gar nicht überreicht haben, sei ein Bürgschaftsvertrag schon nicht wirksam zustande gekommen.

Die Klägerin hat beantragt, festzustellen, dass die Klägerin aus der von ihr gefertigten Bürgschaft vom 31.01.2007, Aktenzeichen 5010/KBB5 8857583 über 53.571,95 € gegenüber der Beklagten keine Zahlungsverpflichtungen hat.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat behauptet, ihr sei niemals eine andere Urkunde als diejenige übergeben worden, die sich bis zur Vorlage im Termin vor dem Landgericht in ihren Bauakten befunden habe. Sie habe zu keiner Zeit die Bürgschaftsurkunde an die Nebenintervenientin oder die Klägerin zurückgeben wollen. Die Klägerin habe es versäumt zu überprüfen, ob die Rückgabe der Bürgschaft auch mit Wissen und Willen der Beklagten erfolgt sei. Der Klägerin habe klar sein müssen, dass nach derart kurzer Zeit die Verpflichtungen der Nebenintervenientin nicht hätten erledigt sein können.

Das Landgericht Bremen, 8. Zivilkammer, hat die von den Parteien vorgelegten Bürgschaftsurkunden im Termin zur mündlichen Verhandlung in Augenschein genommen und mit Urteil vom 24.10.2012 antragsgemäß festgestellt, dass die Klägerin aus der

Bürgschaft gegenüber der Beklagten keine Zahlungspflichten hat.

Es könne dahinstehen, ob der Bürgschaftsvertrag ursprünglich wirksam geschlossen worden sei oder aber, was angesichts der Vorschrift des § 350 HGB zweifelhaft sei, die Übergabe der Originalbürgschaft an die Beklagte erforderlich gewesen wäre. Jedenfalls sei die Bürgschaft erloschen, weil die in den Vertragsbedingungen als Beendigungsgrund für die Verpflichtungen vereinbarte Rückgabe stattgefunden habe. Die Nebenintervenientin habe der Klägerin das Original der Urkunde zurückgereicht. Zwar könne nicht jede Form der Besitzerlangung eine Rückgabe im Vertragssinne sein. Es müsse damit zumindest stillschweigend die Erklärung verbunden sein, dass der Gläubiger der Bürgin die Bürgenhaftung erlasse. Die Übersendung durch die Nebenintervenientin habe die Klägerin gemäß §§ 133, 157 i.V.m. 164 Abs. 1 BGB aber so verstehen dürfen, dass die Beklagte das Sicherungsmittel für die Zwecke des Bauvorhabens nicht mehr benötige, was näher ausgeführt wird. Die Klägerin sei auch nicht verpflichtet gewesen, bei der Beklagten nachzufragen, ob die Rückgabe in ihrem Interesse erfolge, was ebenfalls näher begründet ist.

Auf die Urteilsbegründung wird wegen der Einzelheiten ergänzend Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit ihrer jeweils rechtzeitig eingelegten und begründeten Berufung.

Die Beklagte meint unter Bezugnahme auf ihren erstinstanzlichen Sachvortrag weiterhin, die Klägerin habe sich angesichts der zeitnahen Rückgabe der Urkunde durch die Nebenintervenientin und angesichts des Bürgschaftszweckes über den tatsächlichen Willen der Beklagten rückversichern müssen. Diese habe die ihr übergebene Urkunde nie aus den Händen gegeben. Es sei zudem unbillig, die Klägerin aufgrund dolosen Verhaltens der Nebenintervenientin von der Leistung frei zu stellen. Eine eigene Prüfungspflicht der Beklagten, wie im Urteil angedeutet, habe demgegenüber nicht bestanden. Die Beklagte habe keinen Grund zu der Annahme gehabt, dass es sich um eine Kopie handele, wofür deren äußeres Erscheinungsbild ohne eingehenden Vergleich mit dem Original nicht gesprochen habe.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Bremen vom 24.10.2012 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das Urteil und hält an ihrer Rechtsauffassung fest, dass auch nach Darstellung der Beklagten, wonach diese das Original niemals erhalten habe, Bürgschaftsverpflichtungen nicht bestünden, weil ein Bürgschaftsvertrag dann nicht wirksam zustande gekommen sei. Es sei, wie bei einer Bankbürgschaft generell anzunehmen, von einer gewillkürten Schriftform im Sinne des § 127 Abs. 1 BGB auszugehen. Die dispositive Norm des § 350 HGB komme dabei nicht zur Anwendung, weil unstreitig in der streitgegenständlichen Bürgschaft vereinbart gewesen sei, dass diese bei Rückgabe der Original-Urkunde erlösche. Das Zustandekommen eines wirksamen Bürgschaftsvertrages habe deshalb die Aushändigung der Originalbürgschaft an die Beklagte vorausgesetzt.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im ersten Rechtszuge wird auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen. Zur Ergänzung des Parteivorbringens im Berufungsrechtszug wird auf die Schriftsätze vom 10.12.2012 (Bl. 141 d.A.), 30.01.2013 (Bl. 151 ff d.A.), 22.02.2013 (Bl. 163 ff d.A.), 13.06.2013 (Bl. 179 ff d.A.) und 28.06.2013 (Bl. 221 d.A.) Bezug genommen.

Über das Vermögen der Nebenintervenientin ist im Verlaufe des Berufungsverfahrens das Insolvenzverfahren vor dem Amtsgericht Stade eröffnet worden. Die Beklagte hat dort ihr angeblich zustehende Forderungen über insgesamt 337.704,73 € angemeldet.

II.

Die Berufung der Beklagten ist statthaft (§ 511 ZPO) und auch im Übrigen zulässig, insbesondere in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden (§§ 517, 519, 520 ZPO).

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der nicht streitgenössischen Nebenintervenientin hat auf den Prozess keinen Einfluss. Sie führt insbesondere nicht zur Unterbrechung nach § 240 ZPO (vgl. Zöller/Greger, 29. Aufl., § 240 ZPO Rz.7).

Die Berufung hat in der Sache aber keinen Erfolg.

Das Landgericht hat jedenfalls im Ergebnis zu Recht der zulässigen negativen Feststellungsklage der Klägerin stattgegeben. Das Berufungsvorbringen der Beklagten rechtfertigt keine andere Beurteilung.

Dabei kann dahinstehen, ob - das wirksame Zustandekommen eines Bürgschaftsvertrages auch bei Weiterleitung nur einer Kopie der Erklärung vom 31.01.2007 an die Beklagte unterstellt - die Bürgschaftsverpflichtung deshalb erloschen ist, weil die Klägerin das Original von der Nebenintervenientin zurückerhalten hat. Auch wenn nach dem Text der Bürgschaftsurkunde die Bürgschaft mit Rückgabe der Urkunde erlischt, kommt die Bürgenhaftung nicht durch bloße Aushändigung der Bürgschaftsurkunde, sondern durch Erlassvertrag in Wegfall (OLG Hamburg WM 1996, 523, 525; OLG München OLGR 2002, 151f). Die konkludente, auf den Abschluss eines Erlassvertrages gerichtete Willenserklärung des Gläubigers liegt dabei regelmäßig in der Rückgabe der Urkunde (OLG Hamburg a.a.O.). Die Annahme einer entsprechenden Vollmacht der Nebenintervenientin begegnet auf Grundlage des Vortrages der Beklagten auch unter vom Landgericht offenbar herangezogenen Rechtsscheinsgesichtspunkten allerdings Bedenken.

Im Ergebnis zu Recht ist aber das Landgericht der Behauptung der Klägerin, die Nebenintervenientin habe das Original der Bürgschaftsurkunde, nicht nur eine Kopie an die Beklagte weitergeleitet, nicht weiter nachgegangen. Bei Unterstellung dieses von der Klägerin in erster Linie geltend gemachten Sachvortrages, auf den sich die Beklagte zudem auch nicht hilfsweise berufen hat, wäre ein anderer Sachverhalt als der, dass die Beklagte sich dieser Urkunde willentlich begeben hat, kaum denkbar. Dass die Nebenintervenientin etwa die in der Bauakte befindlich gewesene Originalurkunde ausgetauscht haben könnte, ist weder von der Beklagten behauptet noch sonst ersichtlich.

Die Klägerin hat sich den Vortrag der Beklagten, diese habe nur eine Kopie erhalten, hilfsweise zu Eigen gemacht, weshalb es einer Erhebung des von der Klägerin angebotenen Zeugenbeweises zur Frage der Aushändigung des Originals an die Nebenintervenientin durch die Beklagte nicht bedarf. Auch bei dieser Sachverhaltskonstellation kommen Bürgschaftsverpflichtungen der Klägerin nämlich nicht in Betracht, weil es in diesem Fall an dem wirksamen Abschluss eines Bürgschaftsvertrages fehlt:

§ 766 Satz 1 und 2 BGB, wonach zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages die schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich und die Erteilung in elektronischer Form ausgeschlossen ist, findet gemäß § 350 HGB auf eine Bürgschaft, die wie vorliegend auf der Seite des Bürgen ein Handelsgeschäft ist, allerdings keine Anwendung.

Für die Wahrung der Schriftform i.S.d. § 766 BGB ist die Überlassung der Originalurkunde an den Bürgschaftsempfänger erforderlich. Überlässt der Bürge die Urkunde dem Hauptschuldner zur Aushändigung an den Gläubiger, ist die Bürgschaftserklärung erst mit Übergabe des Originals an den Gläubiger erteilt (vgl. Palandt/Sprau, 72. Aufl., § 766 BGB Rz. 4; BGH WM 1978, 1065).

Nicht ausgeschlossen ist durch § 350 HGB aber die Vereinbarung der Schriftform, für die § 127 BGB Auslegungsregeln enthält und die grundsätzlich nicht denselben Anforderungen wie denen des § 766 BGB entsprechen muss (vgl. BGH NJW 1993, 724; Baumbach/Hopt, 35. Aufl., § 350 HGB Rz. 7). Grundsätzlich ist zur Wahrung der gewillkürten Schriftform der Zugang eines eigenhändig unterschriebenen Originals deshalb nicht erforderlich (vgl. Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, 2. Aufl., § 350 HGB Rz. 22). Ob für Bankbürgschaften ein Handelsbrauch dahin besteht, dass in Abweichung von § 350 HGB Schriftform vereinbart wird (vgl. dazu Ebenroth a.a.O.), kann dahinstehen. Im vorliegenden Fall sollten nach dem Inhalt der schriftlichen Erklärung vom 31.01.2007 die Verpflichtungen aus der Bürgschaft enden, „...wenn uns diese Bürgschaftserklärung zurückgegeben wird ..“. Hierin kommt der von der Auslegungsregel des § 127 BGB abweichende eindeutige Wille der Bürgin zum Ausdruck, dass bereits die wirksame Eingehung ihrer Verpflichtung von der Übergabe des Originals an den Gläubiger abhängig sein soll. Das Erlöschen der Bürgenpflichten aufgrund willentlich und wissentlich erfolgter Rückgabe „dieser“ Bürgschaftsurkunde setzt ersichtlich nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Beweisfunktion der gewillkürten Schriftform den Zugang des Originals bei der Gläubigerin voraus. Für die Beklagte als Gläubigerin erkennbar hat die Klägerin, für die die Erteilung von Bürgschaften zum Massengeschäft, jedenfalls zum alltäglichen Bankgeschäft gehört, mit der so formulierten Erklärung ein klares und möglichst sicheres Verfahren zur Abwicklung ihrer Bürgschaftsgeschäfte wählen wollen. Sollte demgegenüber auch die Weiterleitung nur einer Kopie ohne Abgabe weiterer Erklärungen zum Vertragsschluss führen können, könnte die Bank nicht sicher sein, ob mit der jedenfalls nicht selten über ihren Kunden als Schuldner abgewickelten Rückgabe der Urkunde tatsächlich der Wille des Gläubigers auf Abschluss eines Erlassvertrages verbunden ist. Sie wäre vielmehr im eigenen Interesse genötigt, in solchen Fällen oder bei kommentarloser Rückgabe einer Kopie durch den Gläubiger selbst stets auf eine ausdrückliche entsprechende Erklärung des Gläubigers zu bestehen. Derartige regelmäßige Rückfragen zu vermeiden dient aber erkennbar die gewählte Formulierung. Dieser Gesichtspunkt gilt jedenfalls für den hier vorliegenden Fall, dass nur ein Original dem Schuldner zur Weiterleitung an den Gläubiger zur Verfügung gestellt worden ist.

Da es mithin bereits an der wirksamen Begründung einer Bürgschaftsverpflichtung fehlt, kommt es nicht auf die Frage an, ob der Klägerin eine Verletzung von Nebenpflichten eines solchen Vertrages deshalb vorgeworfen werden kann, weil sie nicht Rückfrage bei der Beklagten hinsichtlich deren Rückgabeabsichten gehalten hat. Auch unter dem Gesichtspunkt eines Verschuldens bei Vertragsanbahnung (§ 311 Abs. 2 BGB) vermag aber auch der Senat eine der Beklagten gegenüber bestehende entsprechende Verpflichtung der Klägerin nicht zu erkennen. Zur Begründung kann auf die Ausführungen des Landgerichts verwiesen werden, denen der Senat sich insoweit anschließt. Hinreichende Anhaltspunkte für die Klägerin bei Rückgabe der Urkunde dafür, dass sich die Nebenintervenientin vertragswidrig verhielt oder die Beklagte gar zu schädigen beabsichtigte, zeigt auch die Berufung nicht auf. Die Bank ist dem – hier vermeintlichen – Bürgschaftsgläubiger gegenüber grundsätzlich nicht zur Überwachung des Zahlungsverkehrs ihres Bankkunden, des Schuldners, verpflichtet. Ob und weshalb Rechnungen, deren Grund und Höhe sie nicht kennt, gekürzt oder ungekürzt bezahlt werden, kann und muss sie grundsätzlich nicht im Interesse des Gläubigers hinterfragen. Hinreichende Verdachtsmomente, die bei der Klägerin Anlass zur Nachfrage hätte bieten müssen, kann auch der Senat dem Vortrag der Beklagten nicht entnehmen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1, 97 Abs. 1, 101 ZPO. Nachdem das Landgericht den Ausspruch über die Kosten der auf Seiten der Klägerin beigetretenen Nebenintervenientin übergangen hat, hat der Senat auch über die in erster Instanz verursachten Kosten der Nebenintervention zu entscheiden. Dem steht nicht entgegen, dass die Nebenintervenientin einen Berichtigungsantrag innerhalb der Frist des § 321 Abs. 2 ZPO nicht gestellt hat und auch nicht Berufungsführerin ist, weil nach § 308 Abs. 2 ZPO das Rechtsmittelgericht auch über die Kosten der ersten Instanz ohne Antrag zu erkennen hat (vgl. Zöller/Vollkommer, 29. Aufl., § 321 ZPO Rz. 8)

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10 Satz 2, 711 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Der Senat setzt sich bei Beurteilung der Frage eines wirksamen Vertragsschlusses zu obergerichtlicher Rechtsprechung nicht in Widerspruch. Soweit das OLG Köln in seinem Urteil vom 07.12.1990, Az. 20 U 24/90, NJW-RR 1992, 555 ent-

schieden hat, dass es für den Zugang der Bürgschaftserklärung der Übersendung der Originalbürgschaftsurkunden nicht bedarf, wenn der Bürge Kaufmann ist und die Übernahme der Bürgschaft zu seinen Handelsgeschäften gehört, lag dem ein anderer Sachverhalt zugrunde. Eine Bestimmung, nach der die Rückgabe der Bürgschaftsurkunde an den Bürgen zum Erlöschen der Bürgschaft führen sollte, enthielten die dort in Rede stehenden Urkunden gerade nicht.

ROLG Dr. Schnelle kann wegen
Urlaubs nicht unterzeichnen

gez. Blum

gez. Blum

gez. Witt