

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 123/65

URTEIL

Verkündet am

25. März 1968

Schorm,

Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Eheleute Fritz und Hildegard F [REDACTED],
[REDACTED] G [REDACTED], Ge [REDACTED]-K [REDACTED]-Straße [REDACTED]

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Sp [REDACTED] zu B [REDACTED] in B [REDACTED]
vertreten durch ihren Vorstand, die Sp [REDACTED]
direktoren Ernst M [REDACTED] und Antonius Sch [REDACTED]

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. März 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Arndt, Dr. Hußla, Keßler und Dr. Nüßgens

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 11. März 1965 wird zurückgewiesen mit der Maßgabe, daß die Beklagten nicht als Gesamtschuldner, sondern der beklagte Ehemann als Schuldner und die beklagte Ehefrau als Bürgin zur Zahlung verpflichtet sind.

Die Beklagten tragen die Kosten des Rechtsstreits je zur Hälfte; insoweit werden das genannte Urteil des Oberlandesgerichts und das Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 29. April 1964 im Kostenpunkt abgeändert.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Auf Grund eines mit der Klägerin am 31. März 1952 abgeschlossenen Darlehensvertrages erhielt der beklagte Ehemann aus Mitteln des Soforthilfefonds ein sogenanntes Gemeinschaftshilfe-Darlehen von 30.000 DM, für das die beklagte Ehefrau durch schriftliche Erklärung vom gleichen Tage die selbstschuldnerische Bürgschaft

übernahm. Außerdem wurden der Klägerin Maschinen und Einrichtungsgegenstände aus dem Holzverarbeitungsbetrieb des Beklagten sicherungsweise übereignet.

Durch Vertrag vom 8. November 1952 verkaufte der Beklagte mit Kenntnis der Klägerin seinen Betrieb an Franz Josef S. [REDACTED]. Dieser verpflichtete sich, den Beklagten von allen Zahlungspflichten aus dem Darlehensvertrag mit der Klägerin freizustellen. Es war vorgesehen, die Umschreibung des Kredites auf S. [REDACTED] zu erwirken.

Wegen der Betriebsveräußerung kündigte die Klägerin das Darlehen mit Schreiben vom 3. November 1953 unter Hinweis auf die Darlehensbedingungen fristlos. Dabei wies sie den Beklagten auf das Fortbestehen seiner Schuldverpflichtung hin und bat um ein schriftliches Anerkenntnis. Durch Schreiben vom gleichen Tage benachrichtigte sie die beklagte Ehefrau von der Kündigung.

Mit Bescheid vom 8. April 1954 genehmigte der Regierungspräsident in Köln die Übertragung des Darlehens F. [REDACTED] auf S. [REDACTED] mit der Bestimmung, daß die Erstdarlehensnehmerin - die Firma F.R. F. [REDACTED] - das Weiterbestehen der Schuldverpflichtung ausdrücklich anzuerkennen habe. Daraufhin schloß die Klägerin am 19. Juli 1954 mit S. [REDACTED] einen Darlehensvertrag, nach dem diesem ein Aufbaudarlehen zur Übernahme des Gemeinschaftshilfe-Darlehens der Firma F.R. F. [REDACTED] von 30.000 DM gewährt wurde. Als S. [REDACTED], der seine Zahlungsverpflichtungen zunächst erfüllt hatte, nicht mehr zahlte, kündigte die Klägerin nach Einholung der erforderlichen Genehmigung das Darlehen zum



28. Februar 1957 und teilte dies dem beklagten Ehemann mit Schreiben vom 27. Februar 1957 mit. Sie fügte hinzu, sie werde nach erfolgter Verwertung der ihr sicherungsweise übereigneten Maschinen und Einrichtungsgegenstände auf die Angelegenheit zurückkommen.

Im Sommer 1960 verkaufte die Klägerin das Sicherungsgut zum Schätzwert von 5.116 DM. Den Erlös abzüglich der Unkosten in Höhe von 1.616 DM schrieb sie dem Konto S. [REDACTED] gut. Dann forderte sie mit Schreiben vom 2. August 1961 die Beklagten zu angemessenen Ratenzahlungen auf.

Im Rechtsstreit hat die Klägerin zunächst nur einen Teilbetrag geltend gemacht und beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin 3.000 DM zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie haben vorgetragen: Die Klägerin habe den beklagten Ehemann aus der Haftung entlassen, nachdem die Schuld von S. [REDACTED] übernommen worden sei. Die Klägerin habe die ihr sicherungsweise übereigneten Gegenstände zu billig verkauft; diese hätten zum Zeitpunkt des Verkaufs einen Wert von mindestens 12.000 bis 15.000 DM besessen. Die Klägerin habe es auch versäumt, an die Beklagten heranzutreten, so daß diese keine Möglichkeit gehabt hätten, bei der Verwertung der Maschinen mitzuwirken.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Behauptung, der Ehemann sei aus der Haftung entlassen worden, hält es auf Grund der Beweisaufnahme für widerlegt.

Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Auf die Anschlußberufung der Klägerin sind sie als Gesamtschuldner verurteilt worden, an die Klägerin 15.100 DM zu zahlen.

Mit ihrer Revision verfolgen die Beklagten ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

In den beiden ersten Rechtszügen sind Gerichte und Parteien davon ausgegangen, daß der Klaganspruch vor den bürgerlichen Gerichten zu verfolgen sei. Die Revision bezweifelt letzteres zu Unrecht. Es ist nicht, wie sie meint, der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten deshalb gegeben, weil die Darlehensmittel aus öffentlichen Geldern stammen und es sich bei dem behördlichen Bescheid, durch den das Darlehen bewilligt worden ist, um einen öffentlich-rechtlichen Verwaltungsakt handelt. Beide Umstände schlossen die Möglichkeit nicht aus, die Darlehensgewährung selbst in Form eines bürgerlich-rechtlichen Vertrages vorzunehmen. Die öffentliche Hand bedient sich, besonders auf dem Gebiete der vorsorgenden Verwaltung, zur Erfüllung ihrer hoheitlichen Aufgaben in weitem Umfang bürgerlich-rechtlicher Formen und Geschäfte. Wenn sie im Rahmen der Daseinsvorsorge Kredite gewährt, z.B. Flüchtlings- oder Wiederaufbaukredite, dann sind ihre Beziehungen zu den Darlehensempfängern jedenfalls in der Regel zweistufig

geordnet: der Bewilligungsbescheid gehört dem öffentlichen Rechte an, der zu seiner Ausführung geschlossene Darlehensvertrag dem bürgerlichen Recht (BGH Urteil vom 22. Mai 1962 - VI ZR 256/61 = WM 1962, 929; BGHZ 40, 206, 210 mit Nachweisen). Der Vertrag vom 31. März 1952 stellt sich als bürgerlich-rechtlicher Darlehensvertrag dar sowohl nach seiner Bezeichnung und dem Inhalt seiner wesentlichsten Einzelbestimmungen wie auf Grund der Tatsache, daß er von der Klägerin abgeschlossen wurde, die - wie unten noch darzulegen sein wird - nicht als Vertreterin der Behörde, sondern - wenn auch für deren Rechnung - eigenen Namens handelte, und die gegenüber dem Beklagten keine hoheitlichen Befugnisse besaß, sondern ihm auf bürgerlich-rechtlicher Ebene gegenübertrat, wie das zwischen einem Kreditinstitut und seinen Kunden normalerweise der Fall ist. Daran ändert es nichts, daß in Ziffer I des Darlehensvertrages die Weisung über die Gewährung von Gemeinschaftshilfe zur Schaffung von Dauerarbeitsplätzen vom 17. Juli 1951 (BANz Nr. 165) zum wesentlichen Bestandteil des Vertrages erklärt, der Präsident des Hauptamtes für Soforthilfe - Verwalter des Soforthilfefonds - als Darlehensgeber bezeichnet und auf den Bewilligungsbescheid Bezug genommen ist. Der Revision ist einzuräumen, daß der Text des Darlehensvertrages nicht in allen Punkten volle Klarheit zeigt und die öffentlich-rechtlichen und privat-rechtlichen Beziehungen zwischen der öffentlichen Hand, der Klägerin und dem Beklagten nicht in der an sich wünschenswerten Weise auseinanderhält. Dies muß aber zurücktreten gegenüber den oben aufgeführten Umständen, die entscheidend für das Vorliegen eines bürgerlich-rechtlichen Darlehensvertrages sprechen. Der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten ist daher gegeben.

II.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht sei in der letzten mündlichen Verhandlung vom 28. Januar 1965 nicht richtig besetzt gewesen (§ 551 Nr. 1 ZPO). Nach dem Geschäftsverteilungsplan des Oberlandesgerichts Köln war dessen 10. Zivilsenat im Januar 1965 mit einem Senatspräsidenten, drei Oberlandesgerichtsräten und einem Hilfsrichter, dem Landgerichtsrat Schmitz-Justen, besetzt. Die Besetzung des Senats mit einem Vorsitzenden und vier Beisitzern wurde vom Präsidium wegen des starken Geschäftsumfanges zur Gewährleistung einer geordneten Rechtspflege für unvermeidbar gehalten. Die Unterteilung der Senate in Sitzgruppen war vom Präsidium den Vorsitzenden übertragen und für den hier in Rede stehenden 10. Zivilsenat dahin geregelt worden, daß für das Geschäftsjahr alle anfallenden Geschäftsnummern auf die Sachbearbeiter in einer Nummerntafel vorweg aufgeteilt, die Sitzungstage jeweils für mehrere Monate im voraus nach Sitzungstag und Besetzung festgelegt wurden und die Besetzung des Senats für die einzelnen Sachen in der Weise bestimmt wurde, daß die erste mündliche Verhandlung auf den nächsten Termin angesetzt wurde, an dem der Berichterstatter als Beisitzer mitwirkte.

Die Rüge ist unbegründet. Die Besetzung mit insgesamt 5 Richtern ist jedenfalls unter den hier gegebenen Umständen nicht zu beanstanden. Ein oder zwei Mitglieder über die gesetzlich vorgeschriebene Zahl hinaus kann der Geschäftsverteilungsplan einem Spruchkörper unbedenklich zuteilen, wenn dies zur Gewährleistung einer geordneten Rechtspflege, insbesondere im Hinblick auf den Umfang der Geschäftslast, erforder-

lich ist (BVerfGE 18, 344 = NJW 1965, 1219; ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Urteile vom 21. Oktober 1965 - II ZR 2/65; vom 7. Dezember 1965 - V ZR 123/64; vom 14. Juni 1966 - VI ZR 279/64). Die Möglichkeit der willkürlichen Bildung mehrerer Sitzgruppen, die die Revision offensichtlich lediglich auf Grund der Tatsache behauptet, daß der Senat mit fünf Richtern besetzt war, scheidet auf Grund der vom Vorsitzenden getroffenen Maßnahmen aus. Auch daraus, daß zur fraglichen Zeit sämtliche Berufungssenate des Oberlandesgerichts Köln überbesetzt waren, kann die Revision nichts herleiten, und zwar schon deshalb nicht, weil diese Behauptung nicht in der Revisionsbegründung und innerhalb der Begründungsfrist, sondern erst nach deren Ablauf in der Revisionsverhandlung geltend gemacht wurde.

III.

Ebenfalls ohne Erfolg zweifelt die Revision die Sachbefugnis der Klägerin an. Sie stützt sich dabei auf den Darlehensvertrag vom 31. März 1952. Allerdings ist dort in Ziffer I 1 der Präsident des Hauptamtes für Soforthilfe als Darlehensgeber bezeichnet, der "über" das Kreditinstitut, nämlich die Klägerin, dem Darlehensnehmer auf Grund eines Bescheides des Hauptamtes vom 25. März 1952 aus Mitteln des Soforthilfefonds ein Gemeinschaftshilfe-Darlehen in Höhe von 30.000 DM zur Verfügung stellt.

Die Revision meint, nach diesem Vertrage sei die Klägerin als das zwischengeschaltete Kreditinstitut offensichtlich nicht Gläubigerin, sondern übe nur eine Art Abwicklungs- oder Durchführungstätigkeit hin-

sichtlich des vom Präsidenten des Hauptamtes für Soforthilfe gewährten Darlehens aus. Aus den Bedingungen sei keinesfalls eine Ermächtigung der Klägerin abzulesen, Prozesse in eigenem Namen zu führen. Diese Regelung entspreche durchaus der Bestimmung des § 46 des Soforthilfegesetzes, wonach im Rahmen der verfügbaren Mittel Beträge für Schaffung von Arbeitsplätzen unter bestimmten Voraussetzungen bereitgestellt würden, und der Vorschrift des § 70 Abs. 3 Soforthilfegesetz, wonach der Präsident des Hauptamtes für Soforthilfe über die Bereitstellung von Mitteln für Zwecke der Gemeinschaftshilfe, worunter auch die Hilfe für Arbeitsplätze falle, zu entscheiden habe. Die Revision verweist dann noch auf die anderslautende Fassung des mit Seeburger geschlossenen Vertrages, in dem "das Kreditinstitut" das Darlehen auf Grund eines Bescheides des Lastenausgleichsamtes zur Verfügung stellt.

Dem ist entgegenzuhalten: Die Aktivlegitimation der Klägerin ist in den Tatsacheninstanzen nicht in Zweifel gezogen und deshalb vom Berufungsgericht nicht eigens begründet worden. Nach dem Tatbestand des Berufungsurteils, dessen Berichtigung nicht beantragt worden ist, hat die Klägerin dem beklagten Ehemann das Darlehen gewährt. Was die Revision will, ist nicht lediglich eine andere rechtliche Wertung eines unstreitigen Sachverhalts, sondern auch eine abweichende Feststellung dahin, daß die Klägerin nicht, wovon entsprechend ihrem insoweit unbestritten gebliebenen Vortrag das Berufungsgericht offensichtlich ausgegangen ist, das Darlehen in eigenem Namen für Rechnung des Ausgleichsamtes gegeben hat, d.h. in treuhänderischer Verwaltung von Mitteln, die ihr von der öffentlichen Hand zur Verfügung gestellt worden sind. Schon des-

halb kann die Rüge, die Klägerin sei nicht aktiv legitimiert, keinen Erfolg haben.

Damit ist zugleich der Meinung der Revision die Grundlage entzogen, die Bürgschaftserklärung der beklagten Ehefrau sei nicht dem Darlehensgeber gegenüber abgegeben worden und deshalb wirkungslos.

IV.

Die Beklagten sind auch nicht, wie die Revision weiter meint, durch den Eintritt S. [REDACTED] von ihren Verpflichtungen gegenüber der Klägerin frei geworden. Die Tatsache, daß Seeburger Schuldner des Darlehens geworden ist, und die Umstände, unter denen das geschehen ist, haben nicht kraft Gesetzes entgegen dem Willen der Gläubigerin die Entlassung der Beklagten aus ihren Verpflichtungen zur Folge. Die Umwandlung des Gemeinschaftshilfe-Darlehens, das den Beklagten gegeben war, in ein Aufbaudarlehen, wie es S. [REDACTED] gewährt worden ist, bedeutete nicht das Erlöschen des ursprünglichen Schuldverhältnisses. Es ist nicht richtig, daß jede Umwandlung eines Schuldverhältnisses, die mit dem Eintritt eines neuen Schuldners verbunden ist, die Verpflichtung des bisherigen Schuldners erlöschen läßt. Es kommt vielmehr, jedenfalls im Rahmen der grundsätzlich bestehenden Vertragsfreiheit (§ 305 BGB), in erster Linie auf die besondere Gestaltung an, die die Beteiligten dem Rechtsverhältnis gegeben haben. Hier ist gerade nicht die Leistung eines Dritten vom Gläubiger an Erfüllungs Statt angenommen worden, wie die Revision vorgibt, und infolgedessen ist nicht der in § 364 BGB vorgesehene Erfolg des Erlö-

schens des ursprünglichen Schuldverhältnisses eingetreten. Der Wille, den Beklagten weiter haften zu lassen, ist im Schreiben der Klägerin vom 3. November 1953 deutlich zum Ausdruck gebracht, ebenso in dem Bescheid des Regierungspräsidenten vom 8. April 1954, durch den Seeburger das Aufbaudarlehen von 30.000 DM "für die Übernahme des der früheren Firma F.R. F. ... bewilligten Gemeinschaftsdarlehens gewährt" wurde und in dem es unter Ziffer 9 heißt, die Erstdarlehensnehmerin habe das Weiterbestehen der Schuldverpflichtung ausdrücklich anzuerkennen. Der Wille der Klägerin war also - entsprechend dem Bescheid des Regierungspräsidenten - darauf gerichtet, S. ... zusätzlich als Schuldner neben dem Beklagten haften zu lassen. Es bestand für sie keinerlei Anlaß, den Beklagten aus der Haftung zu entlassen. Die Übernahme des Darlehens durch S. ... lag im Interesse des Beklagten, der in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten war und seinen Betrieb nicht fortführen konnte.

Unrichtig ist die Ansicht der Revision, der Beklagte hätte nur dann weiter gehaftet, wenn er die verlangte dahingehende Bestätigung abgegeben hätte. Vielmehr hätte seine Freistellung, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, die Zustimmung der Gläubigerin vorausgesetzt. Aus den Bestimmungen der §§ 414, 415 BGB, auf die die Revision abstellen will, kann nichts anderes hergeleitet werden. Sie schließen die sog. kumulative Schuldübernahme, deren Möglichkeit in ständiger Rechtsprechung anerkannt ist, nicht aus und verlangen für die befreiende Schuldübernahme eine Erklärung des Gläubigers, durch die der bisherige Schuldner aus seiner Haftung entlassen wird, und die hier eben nicht vorliegt.

V.

Das Berufungsgericht hält den von den Beklagten erhobenen Verwirkungseinwand für unbegründet. Auch das greift die Revision ohne Erfolg an. Nach gefestigter Rechtsprechung setzt die Verwirkung eines Anspruchs voraus, daß seit der Möglichkeit, ihn geltend zu machen, längere Zeit verstrichen ist und besondere Umstände dazukommen, die die verspätete Verfolgung des Anspruchs als gegen Treu und Glauben verstoßend erscheinen lassen (RGZ 155, 148, 152; 158, 100, 107; BGHZ 25, 47, 52). Das Vorliegen solcher Umstände hat das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß verneint. Die Klägerin hat nichts getan, woraus die Beklagten den Schluß hätten ziehen können, die Klägerin werde sie nicht mehr in Anspruch nehmen.

VI.

Auch im übrigen läßt das Berufungsurteil keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten erkennen.

Richtigzustellen bleibt indes folgendes:

Das Berufungsgericht hat die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts, der sich der Bundesgerichtshof angeschlossen hat (RGZ 65, 134, 139; 134, 126, 128; 148, 65, 66; BGH LM zu ZPO § 100 Nr. 2 mit zustimmender Besprechung von Lauterbach in JZ 1956, 99; RGR 11. Aufl. § 773 Anm. 2; ausführlich Staudinger, BGB 11. Aufl. Anm. 9, 42 vor § 765), haften Hauptschuldner und Bürge - auch bei selbstschuldnerischer Bürgschaft - nicht als Gesamtschuldner. Dementsprechend

muß der Urteilssatz des Berufungsurteils anders gefaßt werden.

Weil die Beklagten nicht Gesamtschuldner sind, können ihnen auch nicht die Kosten als Gesamtschuldnern auferlegt werden. Vielmehr fallen ihnen die Kosten des Rechtsstreits je zur Hälfte zur Last (§§ 91, 97, 100 Abs. 1, 4 ZPO; BGH LM § 100 ZPO Nr. 2).

Dr. Kreft

Dr. Arndt

Dr. Hußla

Keßler

Dr. Nüßgens