

16

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 149/80

URTEIL

Verkündet am
22. Oktober 1981
Schorm,
Justizamtsinspektor

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

1. des Arztes Dr. Ernst S [REDACTED],
R[REDACTED]straße [REDACTED], St[REDACTED],
2. des Kaufmanns Walter K [REDACTED],
Ra[REDACTED] Straße [REDACTED] A, St[REDACTED],
3. des Notars Karl I [REDACTED],
C[REDACTED]straße [REDACTED], St[REDACTED],
4. des Wirtschaftsprüfers Dr. Adolf F [REDACTED],
R[REDACTED]straße [REDACTED], St[REDACTED],
5. des Kaufmanns Wilhelm D [REDACTED],
A[REDACTED]ring [REDACTED], B[REDACTED],
6. des Arztes Dr. Siegfried R [REDACTED],
Ba[REDACTED]straße [REDACTED], W[REDACTED],

Beklagte und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Firma T [REDACTED] Finanzgesellschaft AG,
M[REDACTED] Straße [REDACTED], [REDACTED] Ba[REDACTED]/Sc[REDACTED],
vertreten durch den Präsidenten des Verwaltungsrats
Werner G[REDACTED], daselbst,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Oktober 1981 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Nüßgens und die Richter Dr. G. Krohn, Dr. Tidow, Boujong und Dr. Scholz-Hoppe

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 28. Januar 1980 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin, eine schweizerische Finanzierungsgesellschaft, macht Bürgschaftsforderungen gegen die Beklagten geltend. Diese waren als Kommanditisten an der Bad K[REDACTED]-Ga[REDACTED] Hotelbau GmbH Sta[REDACTED] KG (im folgenden: BKG), einer Abschreibungsgesellschaft mit etwa 700 Kommanditisten, beteiligt. Die BKG errichtete ab Spätsommer 1971 in Bad K[REDACTED]-Ga[REDACTED] ein Kurhotel mit einem Sanatorium und einer Klinik. Anfang 1972 bemühte die BKG sich um ein Darlehen in Höhe von 9,7 Mio DM. In verschiedenen Rundschreiben informierte sie darüber ihre Kommanditisten und wies u.a. darauf hin, daß die Aufnahme eines Auslandskredits in Erwägung gezogen werde; das erfordere jedoch ein

- 3 -

umständliches Verfahren, damit der Kredit nicht der (damals bestehenden) Depotpflicht unterliege. In der Folgezeit trat die BKG mit der Klägerin wegen des benötigten Kredits in Verhandlungen ein. 5,1 Mio.DM sollten durch zweitrangige Grundschulden und Ausfallbürgschaften von Kommanditisten gesichert werden; 4,6 Mio DM waren als Vorfinanzierungskredit für gezeichnete und noch zu zeichnende Kommanditanteile und Gesellschaftsdarlehen gedacht. In einem Rundschreiben vom 4. Mai 1972 teilte die BKG ihren Kommanditisten mit, daß die Finanzierung nur über eine Schweizer Kreditgruppe möglich sei, wobei die Kommanditisten zur Sicherung des Darlehens Rückbürgschaften übernehmen müßten. In einem weiteren Rundbrief vom 12. Juni 1972 wurde die Klägerin als Kreditgeber namentlich genannt.

Da die Aufnahme von Auslandskrediten bis zu bestimmten Höchstgrenzen (Freibeträgen) der Depotpflicht nicht unterlag (bis zum 28. Juni 1972: 2 Mio.DM, ab 29. Juni 1972: 500.000 DM), vereinbarten die Klägerin und die BKG, Darlehensverträge über jeweils innerhalb der Freigrenze liegende Teilbeträge mit vier deutschen Gesellschaften (im folgenden: Gläubigerfirmen) zu schließen. Die Geschäftsführer dieser Gesellschaften waren zugleich die Initiatoren des Kurhotelprojekts sowie die alleinigen Gesellschafter der Komplementär-GmbH der BKG. Mit den Gläubigerfirmen schloß die Klägerin unter dem 14. Juni 1972 Darlehensverträge über insgesamt 5,1 Mio.DM, aufgeteilt in Beträge jeweils unter 2 Mio.DM und verbunden mit der Absprache, diese an die BKG weiterzureichen. In den Verträgen wurde vereinbart, daß das Darlehensverhältnis ausschließlich deutschem Recht unterstehe.

Auf gesonderten Urkunden, die gleichfalls als Datum den 14. Juni 1972 tragen, vereinbarte die Klägerin mit den



16

vier Gläubigerfirmen, daß diese "persönlich aus dem Darlehen, sei es wegen der Hauptsumme, sei es wegen Zinsen, Kosten oder sonstigen Forderungen nicht in Anspruch genommen" werden könnten. Die Klägerin als Darlehensgeberin müsse "sich vielmehr ausschließlich an die BKG ... und an die ihr übertragenen Sicherheiten ... halten".

Die Gläubigerfirmen wiederum versprachen der BKG mit Verträgen, die auf den 15. Juni 1972 datiert sind, Darlehen in entsprechender Höhe. In Ziffer 7 der Darlehensbedingungen wurde die Anwendung schweizerischen Rechts vereinbart.

Aufgrund dieser Absprachen überwies die Klägerin am 28. Juni 1972 im Einvernehmen mit der BKG an die Bank für Gemeinwirtschaft auf ein Konto der Allgemeinen Hypotheken-Bank (im folgenden: AHB) Schweizer Franken in der Höhe eines Gegenwerts von insgesamt 9.480.500 DM. Die AHB tilgte damit Verbindlichkeiten der BKG.

Nachdem die Darlehensbeträge auf dem Konto der AHB eingegangen waren, versandte die BKG einen Informationsbericht vom 12. Juli 1972 an die Kommanditisten, in dem die Klägerin erneut als die das Darlehen gewährende Bank genannt wurde. Zugleich wurden die Kommanditisten aufgefordert, entsprechend den bereits abgegebenen Verpflichtungserklärungen Ausfallbürgschaften zu übernehmen. Die Beklagten unterzeichneten daraufhin Bürgschaftsurkunden, in denen die vier Gläubigerfirmen als Darlehensgeber aufgeführt sind, und zwar der Beklagte Kä[REDACTED] am 20. Juli 1972 über 30.000 DM, der Beklagte Dr. F[REDACTED] am 24. Juli 1972 über 14.000 DM, der Beklagte D[REDACTED] am 24. Juli 1972 über 12.000 DM, der Beklagte I[REDACTED] am 27. Juli 1972

Über 15.000 DM, der Beklagte Dr. Spindler am 4. August 1972 über 12.000 DM und der Beklagte Dr. R. [REDACTED] am 7. August 1972 über 24.000 DM. Die Bürgschaften waren begrenzt auf den Ausfall, den die Gläubigerfirmen bei der Verwertung der dinglichen Sicherheiten etwa erleiden würden. Die Beklagten erklärten sich in den Bürgschaftsurkunden damit einverstanden, daß die Gläubigerinnen die Bürgschaftserklärungen "weiter abtreten können".

Da in der Zwischenzeit mit Wirkung vom 29. Juni 1972 die Depotfreibeträge auf 500.000 DM gesenkt worden waren, wurde zusätzlich zu den vorhandenen Darlehensverträgen, frühestens im September 1972, ein weiteres Vertragswerk geschaffen, das auf die Zeit vor der Änderung der Freibetragsgrenze zurückdatiert wurde. Mit im wesentlichen übereinstimmenden Schreiben, die das Datum vom 26. Juni 1972 tragen, bestätigte die Klägerin den Gläubigerfirmen sowie weiteren sieben deutschen Firmen Darlehenszusagen vom 14. Juli 1972 über Einzelbeträge zwischen 239.900 DM und 599.750 DM Schweizer Franken. Die Gesellschaften erklärten sich schriftlich mit diesen Darlehensbestätigungen einverstanden. Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß diese sog. "Darlehensverträge zweiter Generation" nur zum Scheine abgeschlossen wurden.

Mit "Abtretungs- und Erlaßverträgen II", die das Datum des 14. Dezember 1972 tragen, traten die Gläubigerfirmen ihre Darlehensforderungen gegen die BKG samt den Bürgschaften der Beklagten an die Klägerin ab. Diese Übernahme mit Wirkung vom 1. Januar 1973 alle Rechte und Pflichten der vier Gläubigerfirmen aus deren Darlehensverträgen mit der BKG; dem stimmte die BKG zu. Wann die "Abtretungs- und Erlaßverträge II" unterzeichnet wurden, ist zwischen den Parteien umstritten. Auch die Klägerin geht davon aus, daß die Verträge möglicherweise nicht am 14. Dezember 1972,

sondern erst Monate später geschlossen wurden. Da der entgeltliche Erwerb von Darlehensforderungen gegenüber Gebietsansässigen durch Gebietsfremde von Gebietsansässigen in der Zeit vom 15. Juni 1973 bis 12. September 1974 der Genehmigung durch die Deutsche Bundesbank bedurfte, die nicht erteilt ist, ließ sich die Klägerin im Jahre 1979 von zwei Gläubigerfirmen - vertreten durch deren Liquidatoren - deren Ansprüche aus den Verträgen vom 15. Juni 1972 erneut abtreten.

Nachdem die BKG die Zahlungen eingestellt hatte, kündigte die Klägerin mit Schreiben vom 16. April 1974 das Darlehen und forderte erfolglos dessen Rückzahlung. In der Zwangsversteigerung der Betriebsgrundstücke fiel die Klägerin mit den an sie abgetretenen zweitrangigen Grundschulden aus. Die Klägerin nimmt die Beklagten aus deren Bürgschaftserklärungen in Anspruch.

Die Beklagten Kälberer und Dr. Flegler haben ihre Bürgschaftserklärungen im Januar bzw. Februar 1975 angefochten.

Das Landgericht hat den Klagen stattgegeben. Die Berufungen der Beklagten sind im wesentlichen erfolglos geblieben. Mit den Revisionen, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgen die Beklagten weiter die Abweisung der Klagen.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat die Frage, ob die durch die Bürgschaften gesicherten Verträge zwischen den Gläubigerfirmen und der BKG vom 15. Juni 1972 wirksam sind oder ob sie Scheingeschäfte darstellen, nach deutschem Recht beurteilt, da die Bürgschaft ihrem eigenen Recht folge. Ob mit dieser Begründung die Prüfung der Darlehensverträge nach deutschem Recht gerechtfertigt werden kann (zur international-privatrechtlichen Behandlung der Bürgschaft vgl. Soergel/Siebert/Kegel, 10. Aufl. vor Art. 7 EGBGB Rdn. 301 ff.), braucht nicht entschieden zu werden. Das insoweit in Betracht kommende schweizerische Recht weist keine für den Streitfall entscheidungserheblichen Unterschiede zum deutschen Recht auf (vgl. die zu denselben Verträgen zwischen der BKG und den Gläubigerfirmen ergangenen Senatsurteile vom 24. Januar 1980 - III ZR 169/78 = WM 80, 1372 und vom 7. Juli 1980 - III ZR 28/79 = WM 80, 1085). Welches Recht anzuwenden ist, ist schon deshalb für die Entscheidung ohne Belang, weil das angefochtene Urteil aus anderen Gründen keinen Bestand hat.

II.

1. Bei der Prüfung der Frage, ob die durch die Bürgschaften gesicherten Verträge vom 15. Juni 1972 wirksam sind, hat das Berufungsgericht auch die Verträge vom 14. Juni 1972 zwischen der Klägerin und den Gläubigerfirmen rechtlich gewürdigt, und zwar nach deutschem Recht.

Dieses Vorgehen ist rechtlich nicht zu beanstanden (vgl. Senatsurteil vom 7. Juli 1980 aaO S. 1086). Auch die Revision erhebt insoweit keine Beanstandungen.

2. a) Das Berufungsgericht hat sich nicht davon zu überzeugen vermocht, daß die Verträge vom 14. Juni 1972 unwirksame Scheingeschäfte darstellten, diese Verträge vielmehr als typische Strohmanngeschäfte angesehen.

b) Die Angriffe der Revision gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts haben Erfolg.

aa) Das Berufungsgericht geht im Ansatz zutreffend davon aus, daß ein Scheingeschäft vorliegt, wenn die Parteien einverständlich nur den äußeren Schein des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts hervorrufen, dagegen die mit dem betreffenden Rechtsgeschäft verbundenen Rechtswirkungen nicht eintreten lassen wollen (vgl. die Nachweise aus der Rechtsprechung in den Senatsurteilen vom 24. Januar 1980 - aaO und vom 7. Juli 1980 - aaO). Wenn beim Vertragsschluß eine Person als Vertragspartner vorgeschoben wird (sog. Strohmann), so sind die Voraussetzungen eines Scheingeschäfts in der Regel nicht erfüllt. Die erklärte Rechtsfolge ist von den Beteiligten normalerweise ernstlich gewollt, weil andernfalls der erstrebte wirtschaftliche Zweck nicht oder nicht in rechtsbeständiger Weise erreicht würde. Das gilt auch, wenn der Vertragspartner die Strohmann-eigenschaft kannte; auch hier ist entscheidend, ob die Parteien die Rechtsfolge der Vereinbarung wirklich herbeiführen wollen (Senatsurteile aaO m.w.Nachw.). Allerdings ist im Schrifttum und in der Rechtsprechung anerkannt, daß nicht jede im Rechtsleben vorgeschobene Mittelsperson "Strohmann" in diesem Sinne ist. So liegt bei der Gründung einer GmbH durch vorgeschobene Dritte nur eine Scheingründung vor, wenn die vorgeschobene Person selbst gar nicht Gesellschafter werden, insbesondere keine Stammeinlage übernehmen will (BGH, Beschluß vom 9. Oktober 1956 - II ZB 11/56 = BGHZ 21, 378, 381); "Strohmanneigenschaft" kommt

ihr nur zu, wenn sie die abgegebene Gründungserklärung und die damit für sie selbst verbundenen Pflichten ernstlich will (BGH aaO S. 382). Dementsprechend ist es allgemeine Auffassung, daß ein "Strohmann" aus abgeschlossenen Geschäften persönlich haftet (BGH, Urteil vom 11. Dezember 1963 - VIII ZR 129/62=WM 1964, 179; Staudinger/Dilcher, 12. Aufl. Vorbem. 50; Erman/Brox, 7. Aufl. Vorbem. 21, jeweils vor § 164 BGB), selbst wenn der Geschäftspartner von der Strohmanneigenschaft Kenntnis hatte (OLG Hamburg, MDR 72, 237; BGB-RGRK, 12. Aufl. Vorbem. 2 vor § 164). Dem entspricht es, daß die Gläubiger gegen den Hintermann des Strohmanns erst vorgehen können, wenn sie den Befreiungsanspruch des Strohmanns gegen seinen Hintermann gepfändet haben (Staudinger/Dilcher aaO). Fehlt es dagegen an dieser charakteristischen Haftung des Strohmanns im Außenverhältnis und soll sich der Dritte ausschließlich und unmittelbar an den Hintermann halten, wird regelmäßig kein Strohmannesgeschäft, sondern ein Scheingeschäft vorliegen (Larenz, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. § 20 I c S. 333; vgl. auch Soergel/Siebert/Hefermehl, 11. Aufl. § 117, Rdz. 11; OLG Karlsruhe/Freiburg, NJW 71, 619). Ob ein Rechtsgeschäft ernstlich gemeint oder nur zum Schein abgeschlossen ist, ist allerdings überwiegend Tatfrage und insoweit der Nachprüfung in der Revisionsinstanz entzogen (Senatsurteil vom 7. Juli 1980 aaO S. 1087 m.w. Nachw. aus der Rspr.).

bb) Bei seiner Würdigung, die Verträge der Klägerin mit den vier Gläubigerfirmen (angegebenes Datum: 14. Juni 1972) stellten keine Scheingeschäfte dar, hat das Berufungsgericht indes entscheidungserheblichen Prozeßstoff übergangen. Seine Ausführungen beruhen zudem auf einer Verkennung der Rechtsgrundsätze, die für die Abgrenzung zwischen Scheingeschäft und Strohmannesgeschäft maßgebend sind.

Das Berufungsgericht erwägt zu den Freistellungsvereinbarungen (Datum: 14. Juni 1972), daß sich aus ihnen das Bestreben der Gläubigerfirmen ergebe, sich gegen eine Inanspruchnahme durch die Klägerin zu sichern. Auch das Berufungsgericht geht davon aus, daß nach den übereinstimmenden Vorstellungen der Beteiligten die Gläubigerfirmen für den Kredit nicht "haftbar zu machen" sein sollten. Zu Recht rügt die Revision, daß das Berufungsgericht den sog. Freistellungserklärungen (richtiger: Haftungsausschlußerklärungen) nicht die ihnen gebührende Bedeutung beigemessen hat.

Sollten die Gläubigerfirmen der Klägerin nämlich von vornherein nichts schulden, so hätten sich dem Berufungsgericht Zweifel aufdrängen müssen, ob von einem ernstlichen Darlehensvertrag noch gesprochen werden kann, wenn die Valuta nicht dem "Kreditnehmer" ausbezahlt wird, der auch keinerlei Verpflichtungen eingeht, wohl aber der Dritte dieses soll, an den die Valuta fließt. Es lag nahe, daß bei einer so gestalteten "papiermäßigen Zwischenschaltung der vier Gläubigerfirmen", wie die Klägerin selbst das Vertragswerk vom 14./15. Juni 1972 charakterisiert hat, die für einen Darlehensvertrag wesentliche Haftung des Darlehensnehmers jedenfalls im Verhältnis der Klägerin zu den Gläubigerfirmen fehlte. Das Berufungsgericht ist auf diese Bedenken nicht eingegangen. Es hat die Regelung, wonach die "Kreditnehmer" (Gläubigerfirmen) nicht "haftbar zu machen" sein sollten, sogar als typisch für ein Strohmannesgeschäft bezeichnet, bei dem der Strohmann durch seinen Hintermann von den eingegangenen Verpflichtungen freigestellt sein wolle.

Diese Ausführungen gehen (an sich zutreffend) davon aus, daß beim Strohmannesgeschäft der (im Außenverhältnis

haftende) Strohmann einen Freistellungsanspruch gegen seinen Hintermann hat. Diese Frage stellte sich bei dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt aber gerade nicht. Die erwähnten "Freistellungsvereinbarungen" enthielten keine Freistellung der Strohleute durch ihren Hintermann (BKG), zumal auch keinerlei "eingegangene Verpflichtungen" ersichtlich waren, von denen die BKG die Gläubigerfirmen hätte freistellen können. Die Vereinbarungen betrafen vielmehr das Außenverhältnis der Gläubigerfirmen zur Klägerin, in dem die Gläubigerfirmen erfolgreich bemüht waren, das Entstehen von "eingegangenen Verpflichtungen" von vornherein zu vermeiden. Nach alledem hat das Berufungsgericht auch die charakteristische Verteilung von Berechtigungen und Verpflichtungen, von Innenverhältnis und Außenverhältnis bei einem Strohmannsgeschäft verkannt.

Das Berufungsgericht hat weiter nicht erwogen, daß nach seiner Konstruktion der Vertragswerke der Klägerin über Monate hinweg kein Darlehensschuldner zur Verfügung gestanden hätte. Die Freistellungsvereinbarungen sollten auch nach der Auffassung des Berufungsgerichts eine Inanspruchnahme der Gläubigerfirmen ausschließen. Unmittelbare Ansprüche der Klägerin gegen die BKG bestanden nach der Auffassung des Berufungsgerichts nicht. Gegen die BKG konnte die Klägerin erst nach der Abtretung der Ansprüche der Gläubigerfirmen vorgehen, die frühestens am 14. Dezember 1972, möglicherweise aber auch erst Monate später erfolgte. Diese Zweifel können nicht damit abgetan werden, es könne offenbleiben, ob der Klägerin bis zu den Abtretungen kein Darlehensschuldner gehaftet habe, da die Klägerin jedenfalls die Abtretungen jederzeit haben verlangen können; dieser "formale Akt" sei offenbar vernachlässigt oder vergessen worden. Entgegen der Ansicht der Revisions-

16

erwiderung kann dieser außergewöhnlichen Abwicklung (Auszahlung eines Kredits in Millionenhöhe, ohne daß ein direkter Darlehensschuldner vorhanden gewesen sei; Verzicht auf Sicherheiten, da man diese jederzeit habe verlangen können) eine Aussagekraft für die Frage der Ernsthaftigkeit der Verträge vom 14. Juni 1972 zwischen den Gläubigerfirmen und der Klägerin nicht abgesprochen werden.

III.

Bei der erneuten tatrichterlichen Verhandlung haben die Beklagten Gelegenheit, die von ihnen aufgeworfenen Bedenken gegen die Wirksamkeit der Abtretungen im Jahre 1979 vorzubringen. Gegebenenfalls hat das Berufungsgericht auch zu erwägen, ob - wie die Klägerin vorbringt - der Wegfall des Erfordernisses einer außenwirtschaftsrechtlichen Genehmigung zur Wirksamkeit nicht genehmigter Geschäfte führen konnte (vgl. Senatsurteile vom 23. Oktober 1980 - III ZR 100/79 = WM 81, 186 und III ZR 62/79 = WM 81, 189). Wie der Senat in seinem Urteil vom 7. Juli 1980 - III ZR 28/79 = WM 80, 1085 bereits ausgeführt hat, wird das Berufungsgericht, wenn es die Verträge vom 14. und 15. Juni 1972 als Scheingeschäfte beurteilen sollte, zu prüfen haben, ob die Bürgschaftserklärungen der Beklagten nicht dahin auszulegen sind, daß diese sich für den Darlehensrückzahlungsanspruch der Klägerin aus dem durch - die Scheingeschäfte verdeckten - Darlehensvertrag zwischen ihr und der BKG verbürgen wollten. In diesem Falle würde die Rechtsgültigkeit der Bürgschaftserklärungen der Beklagten davon abhängen, daß die nach § 766 Satz 1 BGB erforderliche Schriftform gewahrt ist. Die Erklärungen waren nicht gemäß § 350 HGB formlos gültig, soweit die Beklagten keine Kaufleute

sind; ihre Stellung als Kommanditisten begründet als solche nicht die Kaufmannseigenschaft (BGHZ 45, 282, 285; Baumbach/Duden HGB 23. Aufl. § 161 Anm. 2 B). Das Formerfordernis des § 766 BGB gilt für alle wesentlichen Teile der Bürgschaft. Deshalb müssen die Person des Gläubigers und die Schuld, für die gebürgt werden soll, aus der Bürgschaftsurkunde hervorgehen (RGZ 145, 229, 231 f.; BGHZ 26, 142, 146; BGH WM 1962, 575; Senatsurteil WM 1980, 372; BGB-RGRK aaO § 766 Rdn. 4). Die Schriftform ist nicht eingehalten, wenn sich der Parteiwille insoweit nur aufgrund von Umständen außerhalb der Urkunde ermitteln läßt; vielmehr muß für ihn irgendein Anhalt in der schriftlichen Bürgschaftserklärung selbst zu finden sein (RGZ 145, 229, 232; BGHZ 26, 142, 146; BGB-RGRK aaO). Wegen der weiteren Fragen, die sich in diesem Zusammenhang ergeben können, wird auf die Ausführungen zu III des bereits mehrfach erwähnten - eine Parallelsache betreffenden - Senatsurteils in WM 1980, 372 verwiesen.

Schließlich wird zu bedenken sein, daß es den Beklagten nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt sein kann, sich auf einen etwaigen Formmangel zu berufen. Ein solcher Einwand ist gegenüber einer Bürgschaft aber nur unter ganz besonderen Umständen möglich (BGHZ 26, 142, 151; BGH WM 1962, 575).

Von diesen Hinweisen ist auch im Streitfall auszugehen. Zusätzlich wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob die Beklagten Kä[REDACTED] und D[REDACTED] als Kaufleute sich möglicherweise formfrei (§ 350 HGB) für eine Darlehensschuld der BKG der Klägerin gegenüber verbürgen konnten. Die Be-



antwortung dieser Frage wird u.a. davon abhängen, ob die
Übernahme der Bürgschaften zum Betriebe des Handelsge-
schäfts dieser Beklagten gehörte (§§ 343 Abs. 1, 344 Abs. 1 HGB).

Nußgens

Krohn

Tidow

Boujong

Scholz-Hoppe