

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 426, 242 Cd

Zur Frage, ob gesamtschuldnerisch haftende Bürgen ihre Leistungen gegenüber dem Gläubiger um eine Quote kürzen können, die im Innenverhältnis von einem Mitbürgen zu tragen ist, den der Gläubiger auf Grund eines Treuhandverhältnisses von der Haftung freizustellen hat.

BGH, Urt. v. 27. Februar 1989 - II ZR 182/88 - OLG

Düsseldorf

LG

Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 182/88

URTEIL

Verkündet am:
27. Februar 1989
Spengler,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Steuerberaters Horst D. K[REDACTED], G[REDACTED]straße [REDACTED],
D[REDACTED],

Klägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. Matthias B[REDACTED], R[REDACTED], R[REDACTED],
2. Gerhard B[REDACTED], Am P[REDACTED], R[REDACTED],

Beklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
zu Ziffer 1: F. [REDACTED] -

- Prozeßbevollmächtigter Rechtsanwalt [REDACTED] -
zu Ziffer 2:

WV

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Februar 1989 durch den Vorsitzenden Richter Boujong und die Richter Dr. Bauer, Brandes, Dr. Hesselberger und Dr. Henze

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird - unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels - das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 6. Mai 1988 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als in Höhe von 25.737,95 DM nebst Zinsen zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist.

Im Umfange der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Kläger trägt 7/10 der Kosten des Revisionsverfahrens; über 3/10 entscheidet das Berufungsgericht.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Im Jahre 1981 waren Gesellschafter der EVA E[REDACTED] -
[REDACTED] A[REDACTED] GmbH der Kläger und der Beklagte zu 1 mit Ge-
schäftsanteilen von insgesamt je 40.000 DM sowie G. B[REDACTED]
mit Anteilen von insgesamt 20.000 DM. In der Zeit von
September 1981 - Juli 1982 gewährte der Kläger der GmbH Dar-
lehen in Höhe von insgesamt 375.000 DM. Am 15. Februar 1982
trat der Kläger gegen ein Entgelt in Höhe des Nominalwerts
seine Geschäftsanteile an seine Ehefrau ab. Ebenfalls am
15. Februar 1982 erhöhten die Gesellschafter das Stammkapi-
tal um 300.000 DM auf 400.000 DM. Hiervon übernahm der Be-
klagte zu 2 eine Stammeinlage in Höhe von 200.000 DM, auf
die er 100.000 DM in bar und in Höhe der übrigen 100.000 DM
sein Elektrogeschäft als Sacheinlage einzubringen hatte.
Nach der Erhöhung waren an der GmbH der Beklagte zu 2 zu
50 %, der Beklagte zu 1 und die Ehefrau des Klägers zu je
20 % sowie G. B[REDACTED] zu 10 % beteiligt. Diese Gesellschaf-
ter verbürgten sich unter dem Datum vom 20. September 1982
als Gesamtschuldner selbstschuldnerisch für alle bestehenden
und künftigen Ansprüche des Klägers gegen die GmbH bis zur
Höhe von 250.000 DM zuzüglich Zinsen und Kosten; Ausgleichs-
verpflichtungen untereinander sollten in Höhe der Beteili-
gungsquoten bestehen.

Die GmbH tilgte ihre Darlehensverbindlichkeit gegenüber
dem Kläger in Höhe von 110.000 DM; 40.000 DM wurden am
5. Januar 1982 mit der Stammeinlage verrechnet, die die Ehe-
frau des Klägers nach der Kapitalerhöhung übernehmen sollte.

Im Jahre 1983 fiel die GmbH in Konkurs. Der Kläger meldete zur Konkurstabelle eine Darlehensforderung in Höhe von 236.914,67 DM (einschließlich Zinsen bis zum 28. Dezember 1983) sowie Honorarforderungen aus Steuerberatertätigkeit in Höhe von 12.404,04 DM an.

Aus Steuererstattungsansprüchen, die die Beklagten dem Kläger erfüllungshalber abgetreten hatten, flossen diesem in der Zeit von November 1984 - Februar 1986 insgesamt 215.451,68 DM zu; hiervon verrechnete der Kläger 39.339,58 DM auf Zinsen, die in der Zeit ab Konkurseröffnung bis zum 31. Dezember 1985 fällig geworden waren, und den Rest auf die Hauptforderung. Weitere 4.843,37 DM erhielt der Kläger vom Konkursverwalter.

Der Kläger hat in erster Instanz den Standpunkt vertreten, die Beklagten hätten aufgrund der Bürgschaft für die noch offene Darlehensschuld in Höhe von 55.959,20 DM und für seine Honorarforderungen in Höhe von 12.404,04 DM einzustehen; er hat auf Zahlung von 68.363,24 DM geklagt. Das Landgericht hat ihm im Hinblick auf die Darlehensforderung 1.677,03 DM zuerkannt und die Klage im übrigen abgewiesen. In der Berufungsinstanz hat der Kläger geltend gemacht, die Darlehensforderung habe im Zeitpunkt der Konkurseröffnung nicht 225.000 DM, sondern 265.000 DM betragen, weil sich die Verrechnung der Darlehensforderung mit der von seiner Ehefrau geschuldeten Stammeinlage in Höhe von 40.000 DM als unwirksam erwiesen habe; da die GmbH und der Konkursverwalter mit ihren Zahlungen in Höhe von 110.000 DM und 4.843,37 DM den nicht gesicherten Teil seiner Darlehensforderung getilgt

hätten, hätten die Beklagten in Höhe weiterer 32.172,44 DM (Hauptforderung: 25.000 DM + 4.843,37 DM + Zinsen: 2.329,07 DM) für die noch offene Darlehensforderung einzustehen. Mit der Berufung hat er beantragt, der Klage in Höhe weiterer 86.454,61 DM stattzugeben. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers und die Anschlußberufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Antrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt in Höhe von 25.737,95 DM zur Zurückverweisung; im übrigen ist sie unbegründet.

1. Nach Ansicht des Berufungsgerichts haben sich die Beklagten am 20. September 1982 wirksam für die Darlehensverbindlichkeiten der GmbH verbürgt. Zwar lasse die Bürgschaftsurkunde nicht erkennen, welcher Art die Schuld sei, für deren Erfüllung die Bürgen einstehen wollten; daß aber ausschließlich Darlehens- und nicht andere Ansprüche, insbesondere nicht Honorarforderungen des Klägers, gemeint waren, entnimmt das Berufungsgericht dem von den Bürgen und dem Kläger unterschriebenen Protokoll über die Gesellschafterversammlung vom 20. September 1982, in dem es heißt, daß die Gesellschafter die selbstschuldnerische Bürgschaft für das vom Kläger zur Verfügung gestellte Darlehen übernehmen. Diese Beurteilung läßt keinen Rechtsfehler erkennen; auch die Revision greift sie nicht an.

Gleichwohl hat das Berufungsgericht die Beklagten für den Teil der Darlehensforderung nicht einstehen lassen, der ursprünglich mit der Einlageverpflichtung verrechnet worden ist und von dem der Kläger nunmehr behauptet, daß er ihm nach wie vor zustehe, weil die Verrechnung sich nachträglich als unwirksam erwiesen habe. Das Berufungsgericht hat hierzu nichts festgestellt, weil es nach seiner Meinung nicht darauf ankommt, ob die Verrechnung wirksam oder unwirksam war. Das Berufungsgericht stellt vielmehr darauf ab, daß die Vertragspartner, als sie am 20. September 1982 die Bürgschaft vereinbarten, übereinstimmend davon ausgegangen seien, daß die Darlehensrestschuld nicht - wie nunmehr vom Kläger behauptet - 325.000 DM, sondern nur 285.000 DM betragen habe. Das Risiko, daß die Restschuld um 40.000 DM höher sei, daß insbesondere der Konkursverwalter die Verrechnung von Einlage- und Darlehensschuld nicht anerkennen würde, hätten die Bürgen - mangels anders lautender Hinweise in der Bürgschaftsurkunde - nicht übernehmen wollen. Diese Beurteilung ist rechtlich nicht haltbar.

Das Berufungsgericht verkennt, daß es der von ihm in der Bürgschaftsurkunde vermißten anderslautenden Hinweise nicht bedurfte, um die Einstandspflicht der Bürgen auch für die Erfüllung der zusätzlich geltend gemachten Darlehensforderung zu begründen. Durch diese wird die Bürgschaft - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - nicht erweitert und den Bürgen auch kein Risiko auferlegt, das sie nicht übernommen hätten. Ob die Darlehensforderung 325.000 DM oder nur 285.000 DM betrug, als die Beklagten sich verbürgten, ist rechtlich ohne Bedeutung, weil sie ihr Risiko im einen

wie im anderen Falle auf höchstens 250.000 DM zuzüglich Zinsen und Kosten begrenzt hatten. Von den Beklagten wird weder mehr noch etwas anderes gefordert als das, wofür sie sich verbürgt haben; die Hauptforderung ist nach wie vor die Darlehensforderung und für mehr als 250.000 DM zuzüglich Zinsen werden die Beklagten nicht in Anspruch genommen. Die Bürgschaftsurkunde gibt nichts her für die Annahme, die Bürgschaft habe den Teil der Hauptforderung nicht erfassen sollen, von dem sich möglicherweise später herausstellt, daß er mit der Stammeinlage nicht wirksam verrechnet worden ist.

Der Kläger hat hiernach zu Recht die letzte Zahlung der GmbH in Höhe von 60.000 DM auf den Teil der Darlehensforderung verrechnet, die nicht durch die Bürgschaft gesichert war (§ 366 Abs. 2 BGB). Dasselbe gilt für die 4.843,37 DM, die ihm später der Konkursverwalter gezahlt hat und die nunmehr - anders als in der Berechnung des Berufungsgerichts - nicht mehr den Bürgen zugute kommen. Für die danach noch offene Restschuld in Höhe von 260.156,63 DM (325.000 DM - 64.843,37 DM) haben die Bürgen in Höhe von 250.000 DM, also um 25.000 DM höher einzustehen, als das Berufungsgericht angenommen hat. Die 25.000 DM erhöhen sich um zusätzliche Zinsen in Höhe von 2.329,07 DM und um die Tilgungsleistung des Konkursverwalters (4.843,37 DM), die den Bürgen nicht mehr gutzubringen ist, so daß sich ein Gesamtbetrag in Höhe von 32.172,44 DM ergibt. Dieser Betrag steht dem Kläger aber allenfalls in Höhe von 4/5, also in Höhe von 25.737,95 DM zu; denn in Höhe von 1/5 kann der Kläger seine Bürgschaftsforderung nicht durchsetzen, weil er sich aus den nachfolgend

unter 2 genannten Gründen die Ausgleichsforderung entgegenhalten lassen muß, die die Beklagten im Falle vollständiger Erfüllung gegen die Ehefrau des Klägers hätten.

Das Berufungsgericht hat mit Recht dem Umstand keine Bedeutung beigemessen, daß das Darlehen des Klägers - wie die Beklagten behaupten - haftendes Eigenkapital der GmbH ersetzt hat. Dieser Umstand würde sich auf den rechtlichen Bestand der Darlehensforderung nur insofern auswirken, als sie im Range hinter die anderen Verbindlichkeiten der GmbH zurückzutreten hätte. Die Gesellschafter sind aber nicht gehindert, einem Mitgesellschafter dieses Risiko ganz oder teilweise dadurch abzunehmen, daß sie sich für die Rückzahlung des Darlehens verbürgen.

In Höhe von 4/5 ist dem Senat eine abschließende Entscheidung zugunsten des Klägers nicht möglich, weil bisher nicht feststeht, daß die Verrechnung von Einlage- und Darlehensforderung unwirksam war. Damit das Berufungsgericht die Feststellung nachholen kann, wird die Sache zurückverwiesen.

2. a) In Höhe von 54.282,17 DM haben die Vorinstanzen die Klage mit der Begründung abgewiesen, der Kläger müsse sich entgegenhalten lassen, daß seine Ehefrau ihm als Bürgin nicht verpflichtet sei und deshalb die Mitbürgen in Höhe der auf die Ehefrau entfallenden Quote keinen Ausgleichsanspruch hätten. Dieser gestörte Gesamtschuldnerausgleich wirke sich in der Weise zu Lasten des Klägers aus, daß dieser die Beklagten nur in Höhe von 4/5 seiner Forderung in Anspruch

nehmen könne. Die Ehefrau habe nämlich den Gesellschaftsanteil treuhänderisch für den Kläger innegehabt und auch die Verbindlichkeiten, die sie als Gesellschafterin übernommen habe, für dessen Rechnung begründet. Der sich hieraus ergebende Freistellungsanspruch führe dazu, daß der Kläger seine Ehefrau aus der Bürgschaft nicht in Anspruch nehmen könne. Diese Haftungsfreistellung wirke sich zwar regelmäßig nicht auf die Haftung der übrigen Gesamtschuldner gegenüber dem Gläubiger aus, weil dieser regelmäßig nicht überblicken könne, in welchem Umfange der begünstigte Gesamtschuldner den anderen ausgleichspflichtig gewesen wäre. Im vorliegenden Falle gelte aber etwas anderes; weil der Kläger genau wisse, mit welcher Quote seine Ehefrau im Innenverhältnis an der Bürgschaftsverpflichtung beteiligt sei, führe die Haftungsfreistellung seiner Ehefrau dazu, daß er die übrigen Bürgen nur wegen Forderungen in Anspruch nehmen könne, die um den internen Haftungsanteil seiner Ehefrau geringer seien. Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

b) Das Berufungsgericht hat aufgrund einer umfassenden Würdigung des Sachvortrags und der vom Landgericht erhobenen Beweise - wie schon das Landgericht - festgestellt, daß der Kläger am 15. Februar 1982 den Geschäftsanteil seiner Ehefrau lediglich treuhänderisch abtrat, daß diese ihn seitdem als "Strohmann" des Klägers hielt und in dieser Eigenschaft auch die Bürgschaftsverpflichtung einging. Rechtsfehler sind dem Berufungsgericht dabei nicht unterlaufen. Die Revision ersetzt die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts unzulässigerweise durch ihre eigene. Soweit sie Verfahrensrügen

erhebt, hat der Senat sie geprüft, sie jedoch nicht für durchgreifend erachtet; er sieht insoweit nach § 565 a ZPO von einer Begründung ab.

c) Mit Erfolg greift die Revision allerdings die Beurteilung des Berufungsgerichts zum gestörten Gesamtschuldnerausgleich an. Das Berufungsgericht geht bei seinen Ausführungen zutreffend davon aus, daß nach der Rechtsprechung eine vorgängige vertragliche Haftungsfreistellung eines Gesamtschuldners regelmäßig nur dessen Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger ausschließt, nicht aber zugunsten der übrigen Gesamtschuldner wirkt; andererseits kann sich der Wegfall des einen Schuldners infolge der Haftungsfreistellung auch nicht zum Nachteil der übrigen Schuldner auswirken, vielmehr wird in solchen Fällen für den Ausgleich ein Gesamtschuldnerverhältnis mit der Folge fingiert, daß jeder nicht privilegierte Schuldner auf das Ganze haftet und der privilegierte ihnen den Ausgleich schuldet. Das Berufungsgericht verkennt, daß der Gläubiger sich eine anteilige Kürzung seines Anspruchs gegenüber allen Gesamtschuldnern nur gefallen lassen muß, wenn sich die vom Gläubiger und privilegierten Schuldner vereinbarte Haftungsfreistellung ergänzend dahin auslegen läßt, daß sie - auch - ein pactum de non petendo zugunsten der übrigen Gesamtschuldner enthält (vgl. BGHZ 58, 216, 220). Daß eine solche Regelung zugunsten Dritter vereinbart worden sei, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Vielmehr ergibt der Sachverhalt eher, daß sie nicht gewollt war. In den üblichen Fällen eines gestörten Gesamtschuldnerausgleichs, in denen vorweg ein möglicher Schuldner von Schadensersatzverpflichtungen freigestellt wird, die

sich aus Vertrag oder Delikt ergeben können, mag im Einzelfall zweifelhaft sein, ob die Freistellung auch anderen, noch unbekannten Schädigern in der Weise zugute kommen soll, daß sie von vornherein eine um die Quote des Privilegierten geringere Verbindlichkeit trifft. Wird dagegen - wie im vorliegenden Falle - das Gesamtschuldverhältnis vertraglich begründet, bedarf es keines Vertrages zugunsten der nicht privilegierten Schuldner, läßt sich vielmehr unmittelbar dem mit ihnen geschlossenen Verträge entnehmen, ob auch ihnen im Verhältnis zum Gläubiger die Haftungsfreistellung des einen Schuldners zugute kommen soll. Anhaltspunkte dafür bestehen regelmäßig nicht, wenn ihre Schuld nicht schon vertraglich um die Quote des privilegierten Schuldners gekürzt worden ist. So war es hier; nach dem Bürgschaftsvertrage haben alle Gesamtschuldner für die Darlehensschuld bis zur Höhe von 250.000 DM einzustehen.

d) Das vom Berufungsgericht gefundene Ergebnis läßt sich jedoch mit anderer Begründung halten. Die Rechtsprechung ist bereits mehrfach mit Fällen befaßt gewesen, in denen ein Schuldner einem Treuhänder und einem Treugeber in der Weise gegenüberstand, daß er jenem etwas schuldete und von diesem etwas zu fordern hatte. Obwohl die Forderungen in diesen Fällen nicht gegenseitig sind, darf der Schuldner mit seiner Forderung, die er gegen den Treugeber hat, gegenüber der des Treuhänders aufrechnen, wenn dessen Stellung im Treuhandverhältnis unselbständig ist und die Berufung auf die formelle Rechtslage Treu und Glauben widerspricht (vgl. BGHZ 25, 360, 367; BGH, Urt. v. 20. September 1962 - VII ZR 90/61, WM 1962, 1174, 1175; v. 3. November 1967

- I b ZR 123/65, NJW 1968, 594, 595). Wegen der identischen Interessenlage gilt nichts anderes, wenn Inhaber der Forderung der Treugeber ist, und der Schuldner vom Treuhänder etwas zu fordern hat, wofür aufgrund des Treuhandverhältnisses der Treugeber einzustehen und jenen freizustellen hat, weil die Verbindlichkeit für seine Rechnung eingegangen worden ist. In solchen Fällen kann der Treugeber treuwidrig handeln, wenn er sich gegenüber der Aufrechnung des verklagten Schuldners auf das Fehlen der Gegenseitigkeit beruft.

Im vorliegenden Falle hat der Kläger das Treuhandverhältnis nicht nur beherrscht; es liegen auch Umstände vor, die es nach Treu und Glauben verbieten, daß der Kläger sich auf den Mangel der Gegenseitigkeit beruft. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Ehefrau des Klägers dessen Geschäftsanteil nur formal übernommen, ist wirtschaftlich der Kläger Inhaber des Anteils geblieben, so daß die aus dieser Gesellschafterstellung entstandenen Vorteile ebenso wie die deswegen eingegangenen Verbindlichkeiten für Rechnung des Klägers begründet worden sind. Daß der Kläger dieses Treuhandverhältnis beherrschte, folgt aus der Feststellung, daß er als Vertreter seiner Ehefrau die Gesellschafterrechte auch nach Abtretung des Anteils wie bisher ausgeübt hat. Das Berufungsgericht hat aufgrund der Aussage der Ehefrau ferner festgestellt, daß diese das Entgelt für den übernommenen Geschäftsanteil ebensowenig aufbringen konnte wie die Stammeinlage aus der Kapitalerhöhung. Sie hatte und hat auch nicht das Geld, um die Bürgschaftsverpflichtung erfüllen zu können; im Jahre 1985 hat sie die eidesstattliche Versicherung nach § 807 ZPO abgegeben.

Hiernach hätten die Beklagten, falls sie ihre Bürgschaftsverpflichtung vollen Umfangs erfüllen müßten und wegen der Ausgleichsverpflichtung gegen die Ehefrau des Klägers ein obsiegendes Urteil erstritten, nur die Möglichkeit, deren Freistellungsanspruch gegen den Kläger pfänden und sich überweisen zu lassen; sie müßten dann erneut prozessieren, um vom Kläger den Teil der in diesem Verfahren geltend gemachten Beträge erstattet zu erhalten, die im Innenverhältnis seine Ehefrau zu tragen hätte. Dieser Umweg ist den Beklagten nach Treu und Glauben nicht zuzumuten. Vielmehr kann der Kläger seine Bürgschaftsforderung von vornherein nicht durchsetzen, soweit er den Beklagten erstattungspflichtig wäre.

Rechtliche Bedenken gegen dieses Ergebnis ergeben sich nicht daraus, daß die Beklagten dem Zahlungsanspruch des Klägers lediglich Freistellungsansprüche entgegensetzen, es also nicht nur an der Gegenseitigkeit, vielmehr auch an der für die Aufrechnung erforderlichen Gleichartigkeit fehlt. Es braucht in diesem Zusammenhang nicht der Frage nachgegangen zu werden, ob die Freistellungsverpflichtung vielleicht deshalb wie eine Zahlungsverpflichtung zu behandeln wäre, weil sie dem Kläger als Gläubiger der Hauptforderung zugerechnet wird. Dafür könnte immerhin sprechen, daß sich der Freistellungsanspruch eines Gesamtschuldners gegen seine Mitschuldner in einen Zahlungsanspruch umwandelt, wenn er durch Schuldübernahme oder Gesamtrechtsnachfolge auf den Gläubiger übergeht (vgl. BGHZ 35, 317, 325). Auf eine solche Umwandlung kommt es im vorliegenden Falle jedoch nicht an. Denn selbst wenn der Freistellungsanspruch diesen Charakter behält, kann der Kläger seinen Anspruch nicht durchsetzen.

Entscheidend ist nämlich, daß der Kläger die Beklagte gerade von den Verbindlichkeiten freizustellen hat, derentwegen er sie in Anspruch nimmt. In einem solchen Falle bedarf es keiner Aufrechnung. Selbst wenn man den Bestand der Freistellungsverpflichtung allein nicht schon ausreichen läßt, um die Hauptforderung zum Erlöschen zu bringen, kann der Kläger diese deshalb nach Treu und Glauben nicht mehr durchsetzen, weil er den Beklagten alsbald zu erstatten hätte, was er von ihnen erhält (vgl. BGHZ 10, 69, 75; 38, 122, 126; 47, 266, 269 f.).

Boujong

Richter am Bundesgerichtshof Dr. Bauer
kann wegen Urlaubs
nicht unterschreiben.

Brandes

Boujong

Dr. Hesselberger

Dr. Henze