

2491 086

Nachschlagewerk: ja

Amtliche Sammlung: nein

BGB §§ 774 Abs. 2, 769, 426

Übernimmt ein Dritter neben den persönlich haftenden Gesellschaftern eine Mitbürgschaft für die Verbindlichkeit einer offenen Handelsgesellschaft, so hat der aus der Bürgschaft in Anspruch genommene Gesellschafter im Regelfall keinen Rückgriffsanspruch aus der Mitbürgschaft gegen den Dritten.

BGH, Urt. v. 26. Januar 1959 - II ZR 221/57 - KG Berlin

Verkündet

am 26. Januar 1959

Pfauz, Justizangestellter

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Martin F [REDACTED], B [REDACTED]-Sch [REDACTED]  
N [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED]-

gegen

1.) .....

2.) die Ehefrau Hildegard T [REDACTED]  
geb. G [REDACTED], D [REDACTED], R [REDACTED] str. [REDACTED] / [REDACTED] bei Br [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 26. Januar 1959 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter Dr. Haidinger, Dr. Fischer, Dr. Kuhn und Dr. Haager für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 8. Oktober 1957 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Ehemann der Beklagten betrieb in B. ein Reisebüro und Omnibusunternehmen. Zum Betrieb dieses Unternehmens hatte ihm die B. Volksbank einen Kredit in Höhe von 200.000 DM zur Verfügung gestellt. Im Spätsommer 1953 verlangte die Bank die beschleunigte Rückzahlung des Kredits oder eine weitere Sicherheit. Aus diesem Grunde sah sich der Ehemann der Beklagten nach einem Teilhaber um. Er bot dem Kläger eine 50 %ige Beteiligung an seinem Unternehmen an, während dieser als Gegenleistung den Kredit der Volksbank abdecken sollte. Gegenüber diesem Angebot schlug der Kläger vor, den Kredit der Volksbank weiter zu beanspruchen und diesen durch eine von ihm zu übernehmende Bürgschaft sicherzustellen.

Auf dieser Grundlage schlossen der Kläger und der Ehemann der Beklagten am 26. November 1953 einen Gesellschaftsvertrag. Der Ehemann der Beklagten brachte in die neu errichtete offene Handelsgesellschaft das von ihm bisher als Einzelkaufmann geführte Unternehmen ein, während der Kläger die selbstschuldnerische Bürgschaft gegenüber der Volksbank in Höhe von 200.000 DM als Einlage leistete. Weiter vereinbarten die Gesellschafter, daß bis zur Tilgung des Bankkredits kein Gewinn entnommen werden sollte. Die Beklagte sollte im Fall ihrer vollen Mitarbeit im Geschäftsbetrieb eine monatliche Vergütung von 500 DM erhalten, wobei diese Vergütung allerdings unter Hinzurechnung des ihrem Ehemann als Geschäftsführer zustehenden Entgelts durch den Jahresgewinn als Höchstbetrag begrenzt wurde.

Nach Abschluß des Gesellschaftsvertrages verlangte die Volksbank als zusätzliche Sicherung noch Bürgschaften der Beklagten und ihres Ehemannes. Daraufhin übernahmen diese sowie der Kläger die selbstschuldnerische Bürgschaft



für die Kreditverbindlichkeit der offenen Handelsgesellschaft gegenüber der Volksbank. Damit wurde die vom Kläger zunächst allein übernommene Bürgschaft hinfällig.

Im Oktober 1954 und im Oktober 1955 nahm die Volksbank den Kläger aus der Bürgschaft in Höhe von 137.000 DM in Anspruch. An die Beklagte und ihren Ehemann hielt sie sich hingegen nicht.

Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger die Beklagte und ihren Ehemann als Gesamtschuldner auf Zahlung eines Teilbetrages von 10.000 DM gemäß §§ 774 Abs. 2, 769, 426 BGB in Anspruch genommen. Das Landgericht hat beide antragsgemäß verurteilt.

Gegen dieses Urteil hat lediglich die Beklagte Berufung eingelegt. Zur Begründung ihres Abweisungsantrages hat sie ausgeführt, daß sie ohne eigenes wirtschaftliches Interesse die Mitbürgschaft im Auftrag der Gesellschaft übernommen habe und daher im Verhältnis zu den beiden anderen Mitbürgen nicht auf Ausgleich hafte. Das Oberlandesgericht ist dieser Meinung gefolgt und hat demgemäß die gegen sie gerichtete Klage abgewiesen. Mit der Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils gegen die Beklagte, während diese um Zurückweisung der Revision bittet.

#### Entscheidungsgründe:

1.) Bei der Beurteilung des Klagebegehrens geht das Berufungsgericht von den Vorschriften der §§ 774 Abs. 2, 769, 426 BGB aus und prüft dabei die Frage, ob die Ausgleichspflicht der Beklagten gegenüber dem Kläger gemäß § 426 BGB durch Vereinbarung ausgeschlossen ist. Diese Frage bejaht das Berufungsgericht. Zwar sei eine ausdrückliche

Vereinbarung in dieser Richtung nicht festzustellen, es müsse jedoch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur der zwischen den Beteiligten bestehenden Rechtsverhältnisse sowie aus deren Zweck eine stillschweigende Vereinbarung über den Ausschluß der Ausgleichspflicht der Beklagten entnommen werden.

Diese Ausführungen greift die Revision an. Sie meint, daß das Berufungsgericht das wirtschaftliche Interesse der Beklagten an der Gesellschaft nicht zutreffend berücksichtigt habe, das sich aus der Begrenzung ihres Lohnanspruchs durch den Reingewinn der Gesellschaft sowie aus ihrer Eigenschaft als Ehefrau des Mitgesellschafters ergebe.

Dieser Angriff der Revision ist nicht begründet. Das Berufungsgericht hat sich mit den von der Revision hervorgehobenen Gesichtspunkten auseinandergesetzt, ihnen aber aus tatsächlichen Gründen nicht die Bedeutung beigelegt, die die Revision diesen Umständen beimessen will. Daher liegt dieser Angriff der Revision auf tatsächlichem Gebiet. Dabei ist hervorzuheben, daß das Berufungsgericht rechtlich durchaus zutreffend bei seiner Beurteilung von der wirtschaftlichen Interessenlage ausgegangen ist.

Ausgangspunkt für diese Beurteilung ist der Umstand, daß sich die beiden Gesellschafter für eine Verbindlichkeit verbürgt haben, für die sie gemäß § 128 HGB ohnehin der Gläubigerin unmittelbar und persönlich hafteten. Ihre Bürgschaft stellte nur eine geringfügige Verstärkung ihrer Haftung dar, die für die Frage der Verjährung und für ihre Haftung in einem gerichtlichen Vergleichsverfahren und in einem Konkursverfahren über das Vermögen der Gesellschaft von Bedeutung war (vgl. dazu § 109 Nr. 3 VerglO; § 211 Abs. 2 KO). Auf das Verhältnis der beiden Gesellschafter

zueinander hatte die Übernahme der Bürgschaft keinen Einfluß, da ein etwaiger Ausgleichsanspruch des einen gegen den anderen sich nach dem Gesellschaftsverhältnis richtete (RGZ 88, 125), bei einer Inanspruchnahme auf Grund der Bürgschaft ihr Verhältnis zueinander also nicht anders war wie bei einer Inanspruchnahme auf Grund ihrer persönlichen Haftung nach § 128 HGB. Völlig unterschiedlich davon stellt sich dagegen nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge das Verhältnis der beiden Gesellschafter als Mitbürgen zu der Beklagten dar. Wäre diese auf Grund ihrer Bürgschaftsverpflichtung in Anspruch genommen worden, so würde, wie bei jedem Mitbürgen, der Anspruch des Gläubigers gegen den Hauptschuldner, hier also gegen die offene Handelsgesellschaft, auf sie übergegangen sein, so daß sie auf Grund dieses Anspruchs auch die beiden Gesellschafter persönlich (§ 128 HGB) hätte in Anspruch nehmen können. Das bedeutet, daß sie unabhängig von irgendwelchen Absprachen zwischen den Beteiligten nach dem für diese geltenden Rechtsverhältnis einen Anspruch gegen die beiden Gesellschafter auf Befreiung wegen einer Inanspruchnahme aus der Bürgschaft gehabt haben würde. Diese Rechtslage, die für das Verhältnis der beiden Gesellschafter als Mitbürgen zu der Beklagten als weitere Mitbürgin zunächst galt, konnte nur durch eine abweichende Vereinbarung zwischen den Beteiligten eine Abänderung erfahren. Ohne eine solche Vereinbarung muß daher nach § 426 BGB eine Ausgleichspflicht der Beklagten gegenüber einem der Gesellschafter, also auch gegenüber dem Kläger, verneint werden. Denn ohne eine solche Vereinbarung ist nach den bestehenden Rechtsbeziehungen der Schluß zwingend, daß nach diesen, so wie es § 426 BGB voraussetzt, eine Ausgleichspflicht der Beklagten gegenüber dem Kläger nicht in Betracht kommt.

Diese Ausführungen zeigen, daß die Beurteilung des Berufungsgerichts im Ergebnis zutreffend ist, wenn es da-

von ausgegangen ist, daß es bei den hier gegebenen Umständen eines besonderen Anhaltspunktes bedürfe, um eine Ausgleichspflicht der Beklagten bejahen zu können. Wenn es in den von der Revision angeführten tatsächlichen Umständen einen solchen Anhaltspunkt nicht erblickt hat, so ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, weil das eine rechtlich mögliche, auf tatsächlichem Gebiet liegende Beurteilung ist.

2.) Das Berufungsgericht hat einen weiteren Vortrag des Klägers über die Absprachen zwischen den Beteiligten nach § 529 Abs. 2 ZPO nicht berücksichtigt. Das greift die Revision ebenfalls an. Sie legt unter Hinweis auf eine entsprechende Äußerung im Schrifttum dar, daß für eine Anwendung des § 529 Abs. 2 Satz 1 ZPO gegen den Kläger kein Raum sei, da er in der ersten Instanz mit seiner Klage auch gegen die Beklagte durchgedrungen sei und für ihn daher kein Anlaß bestanden habe, den vom Berufungsgericht nicht berücksichtigten Vortrag schon in der ersten Instanz vorzubringen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob dieser Auffassung auch für den vorliegenden Fall zu folgen ist (vgl. dazu BGH LM Nr. 5 zu § 550 ZPO). Denn jedenfalls beruht das Berufungsurteil nicht auf einer etwaigen Verletzung des § 529 Abs. 2 Satz 1 ZPO, weil der nicht berücksichtigte Vortrag des Klägers aus sachlichrechtlichen Gründen nicht geeignet ist, eine andere Beurteilung des mit der Klage geltend gemachten Anspruchs zu rechtfertigen.

Dieser Vortrag des Klägers ging dahin, daß nicht nur die Bank zu ihrer Sicherheit, sondern auch der Kläger zu seiner Sicherheit die Bürgschaft der Beklagten verlangt habe und daß sich die Beklagte damit einverstanden erklärt habe. Das würde bedeuten, daß die Beklagte nicht nur der

Bank, sondern auch dem Kläger eine Bürgschaft gegeben habe, wobei nach Lage der Dinge die Bürgschaft zugunsten der Bank zur Sicherung ihrer Forderung gegenüber der offenen Handelsgesellschaft, die Bürgschaft zugunsten des Klägers zur Sicherung seines Rückgriffsanspruchs gegen die offene Handelsgesellschaft bei seiner Inanspruchnahme durch die Bank habe dienen sollen. Dieser Vortrag des Klägers enthält also im Rechtssinn die Behauptung, daß die Beklagte neben ihrer Mitbürgschaft zugunsten der Bank zugleich eine Rückbürgschaft zugunsten des Klägers habe leisten sollen und geleistet habe, daß sie also zwei Bürgschaftsverpflichtungen, einmal zur Sicherstellung der Bank und sodann auch zur Sicherstellung des Klägers geleistet habe. Selbst wenn das entsprechend dem Vortrag des Klägers Gegenstand der mündlichen Besprechungen und der Vereinbarungen zwischen den Beteiligten gewesen sein sollte, so könnte der Kläger daraus gleichwohl keine Rechte gegen die Beklagte herleiten. Denn eine solche Bürgschaftsverpflichtung der Beklagten gegenüber dem Kläger hätte zu ihrer Wirksamkeit ebenfalls der Schriftform (§ 766 BGB) bedurft, an der es jedoch nach dem eigenen Vortrag des Klägers gefehlt hat, weil das alles nur Gegenstand mündlicher Besprechungen gewesen ist. Daher kann der Vortrag des Klägers unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt nicht als Grundlage seines Klagebegehrens dienen.

Man kann auch nicht sagen, daß dieser Vortrag des Klägers dahin umgedeutet werden könnte, es sei Inhalt dieser mündlichen Vereinbarungen der gewesen, daß die Beklagte im Innenverhältnis zu dem Kläger gemäß § 426 BGB ausgleichspflichtig habe werden sollen. Denn eine solche Umdeutung würde voraussetzen, daß die Beklagte bei einer eigenen Inanspruchnahme aus der Bürgschaft durch die Bank auch nicht - oder teilweise nicht - den Anspruch der Bank gegen

die offene Handelsgesellschaft gemäß § 774 Abs. 1 BGB hätte geltend machen dürfen. Denn nur bei einem (teilweisen) Ausschluß dieses Forderungsübergangs hätte bei den hier gegebenen Verhältnissen eine Ausgleichspflicht der Beklagten gegenüber dem Kläger in Frage kommen können. Für einen solchen Ausschluß des nach § 774 Abs. 1 BGB vorgesehenen Forderungsübergangs gibt der Vortrag des Klägers keinen Anhaltspunkt, zumal ein solcher Ausschluß ohne weitere Vereinbarung die Folge gehabt haben würde, daß damit die Beklagte dem Kläger als dem einen Inhaber des Gesellschaftsvermögens ohne ersichtlichen Grund einen Vermögensvorteil zugewandt haben würde. Solange der Beklagten aber der Rückgriffsanspruch gegen die Hauptschuldnerin bei ihrer Inanspruchnahme als Mitbürdin - der Forderungsübergang nach § 774 Abs. 1 BGB gilt auch im Falle einer Inanspruchnahme des Mitbürgen im Wege des internen Ausgleichs nach § 774 Abs. 2 BGB - zustand, kommt eine Ausgleichspflicht der Beklagten gegenüber einem der Gesellschafter nicht in Betracht, weil für die Erfüllung dieses Rückgriffsanspruchs jeder Gesellschafter nach § 128 HGB unmittelbar und persönlich haftet.

3.) Der Kläger hat in der zweiten Instanz seinen Anspruch hilfsweise auch noch auf eine angeblich unerlaubte Handlung der Beklagten gestützt, da die Beklagte im Zusammenwirken mit ihrem Ehemann mindestens 10.000 DM aus der Gesellschaftskasse unbefugt entnommen habe. In diesem Vortrag des Klägers hat das Berufungsgericht eine unzulässige Klagänderung erblickt, da ihr ein völlig neuer Sachverhalt zugrunde liege und durch sie der Rechtsstreit damit auf eine ganz neue Grundlage gestellt werden würde.

Die Revision stellt zur Nachprüfung, ob damit das Berufungsgericht das ihm eingeräumte Ermessen bei der Zu-

lassung einer Klagänderung überschritten und die vom erkennenden Senat in seinem Urteil vom 23. Mai 1953 (LM Nr. 1 zu § 523 ZPO) aufgestellten Rechtsgrundsätze verletzt habe. Diese von der Revision gestellte Frage ist zu verneinen. Für die Zulassung einer Klagänderung, auch in der Berufungsinstanz, ist es zwar im allgemeinen entscheidend, ob die Klagänderung bei einer objektiven Beurteilung der Ausräumung des sachlichen Streitstoffes zwischen den Parteien im Rahmen des anhängigen Rechtsstreits dient und einem anderenfalls zu gewärtigenden weiteren Rechtsstreit zwischen den Parteien vorbeugt (BGHZ 1, 71). Dabei ist es in der Regel auf die Sachdienlichkeit der Klagänderung ohne Einfluß, ob diese weitere Erklärungen der Parteien und neue Beweiserhebungen notwendig macht, oder ob bei einer Klagänderung in der Berufungsinstanz dem Prozeßgegner durch ihre Zulassung eine zweite Tatsacheninstanz verlorengeht (BGH aaO). Von diesen Grundsätzen ist aber eine Ausnahme zu machen - und das hat der erkennende Senat in seinem von der Revision angeführten Urteil gegenüber seinem früheren Urteil in BGHZ 1, 71 bereits ausgeführt - , wenn das Gericht durch Zulassung der Klagänderung zur Beurteilung eines völlig neuen, bis dahin zwischen den Parteien überhaupt nicht vorhandenen Streitstoffes genötigt werden würde, das Gesicht des Rechtsstreits also grundlegend geändert würde. Denn eine solche Klagänderung läßt sich gerade unter dem insoweit maßgeblichen Gesichtspunkt der Prozeßwirtschaftlichkeit nicht rechtfertigen. Da es sich bei der vorliegenden Klagänderung um einen solchen Sachverhalt handelt, kann es aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden, wenn das Berufungsgericht hier die Sachdienlichkeit der Klagänderung verneint und diese deshalb nicht zugelassen hat.

Damit erweist sich die Revision als unbegründet, so daß sie mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen ist.

Dr. Nastelski

Dr. Haidinger

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Dr. Haager