

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 156/98

Verkündet am:
10. Dezember 1998
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 765; DDR: ZGB §§ 86, 233, 244, 450

- a) Bei der Ausfallbürgschaft hat der Gläubiger nicht nur den objektiv eingetretenen Verlust nachzuweisen, sondern auch darzulegen und zu beweisen, daß der Ausfall trotz Einhaltung der bei der Verfolgung des verbürgten Anspruchs gebotenen Sorgfalt eingetreten ist oder auch eingetreten wäre, wenn er diese Sorgfalt angewandt hätte.
- b) Zum Kreis der Personen, die nach § 233 Abs. 2 ZGB Darlehensverträge abschließen konnten.

- c) § 244 Abs. 3 Satz 2 ZGB, wonach Zinsvereinbarungen nur bis zur Höhe der von den Kreditinstituten für entsprechende Spareinlagen gewährten Zinsen wirksam waren, sowie die nach dem Rechtsverständnis der damaligen DDR als zwingend angesehene Bestimmung des § 86 Abs. 3 ZGB, nach der höhere Verzugszinsen als 4 % jährlich nicht vereinbart werden konnten, sind auf nach dem 30. Juni 1990 geschlossene Darlehensverträge nicht mehr anzuwenden.

BGH, Urt. v. 10. Dezember 1998 - IX ZR 156/98 - KG Berlin
LG Berlin

- 3 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Dezember 1998 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Paulusch und die Richter Dr. Kreft, Stodolkowitz, Dr. Zugehör und Dr. Ganter

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 19. März 1998 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Mit Satzung vom 17. April 1990 wurde im Gebiet der ehemaligen DDR der "O. e.V." gegründet und zur Registrierung im Vereinigungsregister gemäß den Bestimmungen des Gesetzes über Vereinigungen vom 21. Februar 1990 (GBl. DDR I S. 75; VereinG) an-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

gemeldet. Der "O. e.V.", dessen satzungsmäßiger Zweck es war, in gemeinnütziger Weise wissenschaftliche Grundlagenforschung zu betreiben, erhielt vom Stadtbezirksgericht Berlin-Mitte eine Urkunde, wonach er am 14. Mai 1990 im Vereinigungsregister registriert worden war. Tatsächlich war aber die Eintragung unterblieben. Als dies nach der Wiedervereinigung bekannt wurde, wurde der klagende Verein "nach Beschlußfassung über eine neue Satzung vom 17. Januar 1991" - so lautet die Feststellung des Berufungsgerichts - von den Vorstandsmitgliedern des "O. e.V." zur Eintragung in das Vereinsregister angemeldet. Die Eintragung wurde am 20. Januar 1992 vollzogen.

Der Beklagte übernahm am 25. Juli 1990 - ebenfalls im Beitrittsgebiet - die Bürgschaft für ein Darlehen von 45.000 DM, das der "O. e.V." durch schriftlichen Vertrag vom selben Tage, der auch die Bürgschaftserklärung enthielt, U. R. gewährte. Dieser verpflichtete sich, das Geld zur Erhöhung des Stammkapitals der A. GmbH (künftig nur: GmbH) von 25.000 DM auf 70.000 DM zu verwenden. Auf die Darlehenssumme waren während der Laufzeit von drei Jahren Zinsen von 4 % zu entrichten. Den um die Zinsen auf 50.400 DM erhöhten Gesamtbetrag hatte der Darlehensnehmer in fünf halbjährlichen Raten von einmal 10.400 DM und viermal 10.000 DM, beginnend am 25. Juli 1991, zurückzuzahlen. Im einzelnen enthält § 4 folgende Regelungen:

"(1) Herr R. übereignet O. e.V. seinen gesamten, infolge der Darlehensgewährung auf DM 47.500,- ... lautenden Geschäftsanteil bei der A. Verlag GmbH zur Sicherheit der Forderungen.

...

- (3) Wenn Herr R. bei einer fälligen Rate um mehr als 20 Tage in Zahlungsverzug gerät, ist O. e.V. berechtigt, alle noch offenen Forderungen sofort durch Verkauf, Verpfändung oder Einbehaltung der übereigneten Sache zu befriedigen.
- (4) Herr T. W. (Beklagter) ... erklärt hiermit, die Bürgschaft für das Darlehen zu übernehmen und für Forderungen zu haften, auf die bei Zahlungsunfähigkeit von Herrn R. keine Befriedigung aus der Sicherheitsübereignung möglich sind."

Mit Anwaltsschreiben vom 1. November 1991 forderte der Kläger R. auf, die erste Rate zu zahlen oder zu erklären, daß er seinen Geschäftsanteil an der GmbH durch notariellen Vertrag an einen vom Kläger zu benennenden Erwerber veräußern werde. Bis Februar 1992 zahlte R. 10.400 DM. Weitere Zahlungen leistete er nicht. Mit Schreiben vom 16. November 1993 kündigte der Kläger den Darlehensvertrag. Er leitete am 22. März 1995 gegen R. das Mahnverfahren ein und erwirkte am 2. Mai 1995 einen Vollstreckungsbescheid. Die Zwangsvollstreckung verlief fruchtlos. Die GmbH befindet sich im Konkurs.

Das Landgericht hat der auf Zahlung von 40.000 DM zuzüglich Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 2.658,90 DM gerichteten Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten ist bis auf einen Teil des Zinsanspruchs erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte den Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I.

1. Der Beklagte hat sich gegen seine Inanspruchnahme damit verteidigt, daß der klagende Verein mit dem "O. e.V." nicht identisch sei. Der Kläger sei erst am 17. Januar 1991 mit der Errichtung der (neuen) Satzung gegründet worden; der am 17. April 1990 gegründete "O. e.V." habe zu existieren aufgehört. Dazu hat das Berufungsgericht gemeint, es könne offenbleiben, ob der am 17. April 1990 gegründete Verein Rechtsfähigkeit erlangt habe. Auch wenn erst die - unterbliebene - Eintragung im damaligen Vereinigungsregister der Akt gewesen wäre, der die Rechtsfähigkeit hätte herbeiführen können, hätte die Vereinigung jedenfalls als Vorverein bestanden. Es sei anerkannt, daß die Rechte und Pflichten eines Vorvereins ohne weiteres auf den eingetragenen Verein übergingen. Die Beschlußfassung über eine neue Satzung vom 17. Januar 1991 habe nicht die Gründung eines neuen Vereins bedeutet; vielmehr habe sich nur der alte, gemäß der Satzung vom 17. April 1990 errichtete Verein fortgesetzt.

2. Die Revision rügt mit Erfolg, daß das Berufungsgericht mit diesen Ausführungen dem Vortrag des Beklagten zur Identität

des Klägers mit der am 17. April 1990 gegründeten Vereinigung nicht gerecht geworden ist.

a) Mit Recht hat es das Berufungsgericht allerdings als unerheblich angesehen, ob der "O. e.V." bereits am 14. Mai 1990 trotz der damals unterbliebenen Eintragung im Vereinigungsregister Rechtsfähigkeit erlangt hat. Mit der Beschlußfassung über die Satzung am 17. April 1990 war der "O. e.V." als ein körperchaftlich organisierter Personenverband errichtet. Damit war er eine Vereinigung im Sinne von § 1 Abs. 1 VereinG. Falls ihm die Rechtsfähigkeit noch gefehlt haben sollte, bildete er eine nicht rechtsfähige Vereinigung im Sinne der §§ 16 ff VereinG, deren Mitglieder in ihrem Zusammenschluß Träger von Rechten und Pflichten sein konnten. Das entspricht dem Vereinsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, wonach ein Verein in der Zeit zwischen der Gründung und der Eintragung im Vereinsregister die Rechtsstellung eines nicht rechtsfähigen Vereins hat (sogenannter Vorverein, vgl. RGZ 85, 256, 258; BGH, Urt. v. 14. November 1977 - II ZR 107/76, WM 1978, 115, 116). Die Revision bezweifelt zu Unrecht, daß die "Rechtsfigur des Vorvereins" auf Vereinigungen nach dem Gesetz über Vereinigungen vom 21. Februar 1990 übertragen werden könne. Die Geltung der Regeln über nicht rechtsfähige Vereinigungen in den §§ 16 ff VereinG auf Vereinigungen, die die Rechtsfähigkeit noch nicht erlangt haben, ergibt sich schon aus diesen gesetzlichen Vorschriften. Der Beitritt der DDR zur Bundesrepublik Deutschland am 3. Oktober 1990 ließ die rechtliche Existenz des Vereins unberührt. War dieser bereits rechtsfähig, so sicherte Art. 231 § 2 Abs. 1 bis 3 EGBGB seinen Fortbestand auf der Grundlage der §§ 21 ff BGB.

Fehlte dem Verein damals die Rechtsfähigkeit noch, dann galt für ihn ab dem 3. Oktober 1990 die Bestimmung des § 54 BGB. Die Eintragung im Vereinsregister am 20. Januar 1992 änderte als solche an der Identität des Vereins nichts. Sie hatte nur deklaratorische Bedeutung, wenn der Verein schon nach den Bestimmungen des DDR-Gesetzes über Vereinigungen rechtsfähig geworden war. War er zunächst eine nicht rechtsfähige Vereinigung und ab dem 3. Oktober 1990 ein nicht rechtsfähiger Verein, so gingen seine Rechte und Pflichten auf den Kläger mit dessen Entstehung als rechtsfähiger Verein über, ohne daß es besonderer Übertragungsakte bedurft hätte (BGHZ 17, 385, 387; BGH, Urt. v. 14. November 1977 aaO).

b) Die Revision beanstandet aber zu Recht, daß das Berufungsgericht seine Feststellung, mit der Satzung vom 17. Januar 1991 sei kein neuer Verein gegründet worden, der "O. e.V." habe sich vielmehr auf der Grundlage der Satzung vom 17. April 1990 fortgesetzt, nicht begründet hat. Der Sachvortrag des Klägers ist allerdings so zu verstehen, daß sich mit der Satzung vom 17. Januar 1991 der Vereinszweck nicht änderte und daß der Mitgliederbestand jedenfalls im wesentlichen der gleiche blieb; daß der Vorstand nach wie vor mit denselben Personen besetzt war, läßt sich den vom Kläger eingereichten Unterlagen entnehmen. Unter solchen Voraussetzungen ist im Zweifel anzunehmen, daß sich die Identität des Vereins durch den Beschluß über eine neue Satzung nicht ändert (RGZ 85, 256, 258; BGH, Urt. v. 14. November 1977 aaO). Der Beklagte hat jedoch die Darstellung des Klägers, soweit es nicht um die Besetzung des Vorstands geht, bestritten. Ob der Kläger und der "O. e.V." identisch

sind, konnte das Berufungsgericht bei diesem Streitstand zumindest nicht ohne einen Vergleich der Satzung vom 17. Januar 1991 mit derjenigen vom 17. April 1990 beurteilen; der Kläger selbst hat von einer am 17. Januar 1991 beschlossenen Satzungsänderung gesprochen, die freilich für sich allein nicht zur Annahme einer Neugründung zwingen würde. Unter diesen Umständen kann jedenfalls nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß das vom Kläger zusammen mit dem Eintragungsantrag vom 18. Januar 1991 eingereichte Satzungsexemplar (Anl. K 11), das augenscheinlich mit der später von ihm vorgelegten Satzung vom 17. April 1990 (GA 85) wortgleich ist, tatsächlich die Satzung darstellt, die am 17. Januar 1991 beschlossen worden ist. Das Berufungsurteil enthält dazu keine Feststellung.

II.

Der Vertrag, den der "O. e.V.", dessen ordnungsgemäße Vertretung durch die damals für ihn handelnden Vorstandsmitglieder zwischen den Parteien nicht streitig ist, und R. über das diesem gewährte Darlehen geschlossen haben, ist, wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, wirksam. Diese Frage beurteilt sich gemäß Art. 232 § 1 EGBGB nach den Vorschriften des Zivilgesetzbuchs der ehemaligen DDR vom 19. Juni 1975 (GBI. DDR I S. 465; ZGB).

1. Nach § 233 Abs. 2 ZGB hatten "Darlehensverträge zwischen Bürgern sowie zwischen gesellschaftlichen Organisationen

und Bürgern ... die Gewährung von Darlehen als persönliche finanzielle Hilfe zum Inhalt" (Satz 1). Eine gewerbsmäßige Gewährung von Darlehen war unzulässig (Satz 2). Daß es sich für den "O. e.V." nicht um eine gewerbsmäßige Darlehensgewährung handelte, ist zwischen den Parteien unstreitig. Entgegen der Ansicht der Revision verstieß der Darlehensvertrag auch nicht gegen die in § 233 Abs. 2 Satz 1 ZGB enthaltene Regelung.

a) Der Kreis der rechtlich möglichen Darlehensgeber, zu denen nach der Terminologie des Zivilgesetzbuchs nicht die Kreditinstitute gehörten - mit diesen wurden "Kreditverträge" geschlossen (§ 233 Abs. 1, § 241) -, war nach dem in der ehemaligen DDR herrschenden Rechtsverständnis in § 233 Abs. 2 ZGB abschließend festgelegt; Darlehensverträge zwischen anderen als den in Satz 1 der Vorschrift genannten Vertragspartnern wurden gemäß § 68 Abs. 1 Nr. 1 ZGB als nichtig angesehen (Kommentar zum ZGB der DDR, herausgegeben vom Ministerium der Justiz, 2. Aufl. § 244 Anm. 1.1, im folgenden: Kommentar). "Gesellschaftliche Organisationen" kamen als Darlehensgeber nur in Betracht, wenn ihre Satzung die Ausreichung von Darlehen als Gewährung "persönlicher finanzieller Hilfe" vorsah (Kommentar aaO). Schon aus diesem Grunde, aber auch, weil der "O. e.V." nicht zu den "gesellschaftlichen Organisationen" gerechnet werden kann, war er - darin hat die Revision recht - unter diesem Gesichtspunkt kein geeigneter Partner eines Darlehensvertrages. Der gegenteilige Standpunkt des Berufungsgerichts verkennt, was unter einer "gesellschaftlichen Organisation" zu verstehen war. Nach dem Begriffsverständnis des DDR-Rechts waren damit die mit dem Staatsapparat verbundenen parteipolitischen und gewerk-

schaftlichen Massenorganisationen gemeint. Eine ohne Mitwirkung des Staates und der ihn tragenden Einrichtungen von einzelnen Personen zu wissenschaftlichen Zwecken gegründete Vereinigung nahm auch unter den nach Abschluß des Staatsvertrages vom 18. Mai 1990 (BGBl. II 537) geänderten politischen Verhältnissen keine "gesellschaftlichen" Aufgaben in jenem Sinne wahr.

Damit ist die Frage, ob der "O. e.V." einen wirksamen Darlehensvertrag schließen konnte, aber noch nicht beantwortet. Auch "zwischen Bürgern" konnten Darlehensverträge geschlossen werden. Was mit diesem Begriff gemeint war, erschließt sich, wenn man in Betracht zieht, daß er den Gegensatz zum Begriff des "Betriebes" darstellte. Der Betrieb wurde im Recht der DDR als Rechtssubjekt verstanden; mit ihm wurden Einheiten der Volkswirtschaft bezeichnet, die die "Bürger" mit materiellen und kulturellen Leistungen zu versorgen hatten. "Betrieb" in diesem Sinne waren auch die staatlichen Organe und Einrichtungen sowie die gesellschaftlichen Organisationen und Vereinigungen. Alle Subjekte zivilrechtlicher Beziehungen, die nicht "Betrieb" waren, wurden unter dem Begriff "Bürger" zusammengefaßt; auch Gemeinschaften sowie sonstige Mehrheiten von Bürgern gehörten dazu (Kommentar, Vorbem. vor § 10). Legt man dieses Verständnis zugrunde, so war der "O. e.V." Bürger im Sinne des § 233 Abs. 2 Satz 1 ZGB. Zwar mag es solche nicht vom Staat im weitesten Sinne getragenen gemeinnützigen Einrichtungen in der ehemaligen DDR bis zur "Wende" nicht gegeben haben. Das hindert es aber nicht, sie, als sie auf der Grundlage des Gesetzes über Vereinigungen vom 21. Februar 1990 entstanden, für die Zeit der

Weitergeltung von DDR-Recht in die dort bestehende Kategorie der "Bürger" einzuordnen.

b) § 233 Abs. 2 Satz 1 ZGB enthält die Einschränkung, daß das Darlehen der "persönlichen finanziellen Hilfe" dienen mußte. Die Revision meint, das Darlehen, das der "O. e.V." R. gewährt habe, sei deswegen keine persönliche Hilfe für diesen gewesen, weil es zur Erhöhung des Stammkapitals der vom Darlehensnehmer rechtlich verschiedenen GmbH verwendet werden sollte. Diese Ansicht ist unzutreffend.

Die das Darlehen im Gegensatz zum Kredit kennzeichnende "persönliche Hilfeleistung" sollte zum Ausdruck bringen, daß das Darlehen keine staatliche Lenkungsmaßnahme war, seine Gewährung aber andererseits auch nicht dem persönlichen wirtschaftlichen Vorteil des Darlehensgebers dienen durfte (Goldhahn/Schmidt, Konto-, Sparkonto-, Kredit- und Darlehensverträge - Versicherungen, Grundriß Zivilrecht Heft 7 S. 49 f). Daß die Geldmittel für die - im weitesten Sinne - wirtschaftlichen Zwecke des Darlehensnehmers bestimmt waren, wurde dadurch nicht ausgeschlossen, sondern war selbstverständlich. Es ist auch in diesem Zusammenhang rechtlich ohne Belang, daß aufgrund der wirtschaftlichen und sozialen Strukturen der ehemaligen DDR bis zu den Umwälzungen in den Jahren 1989/90 kaum Bedarf bestand, darlehensweise erhaltenes Geld für eine wirtschaftliche Betätigung als Einzelgewerbetreibender oder in der Form einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung zu verwenden. Das wurde im Zuge der wirtschaftlichen Umgestaltung anders. Rechtlich sprengte es aber nicht den durch § 233 Abs. 2, § 244 ZGB gesetzten Rahmen

einer Darlehensgewährung, wenn das Geld als Einlage in eine GmbH eingebracht wurde. Daß, wie es hier der Fall war, der Zweck des Darlehens schon im Vertrag festgelegt wurde, war nach § 244 Abs. 2 ZGB zulässig.

2. Die Revision bezweifelt unter Hinweis auf § 244 Abs. 3 Satz 2 ZGB, daß die Parteien des Darlehensvertrages einen Zinssatz von 4 % auf die Darlehenssumme vereinbaren konnten. Die genannte Bestimmung besagt, daß eine Zinsvereinbarung nur bis zu der Höhe wirksam ist, in der die Kreditinstitute für entsprechende Spareinlagen Zinsen gewähren. Die Zinshöhe betrug nach § 1 Abs. 1 der - zum 1. Juli 1990 mit Verordnung vom 28. Juni 1990 (GBl. DDR I S. 509) aufgehobenen - Anordnung über die Festsetzung eines einheitlichen Zinssatzes vom 15. Dezember 1970 (GBl. DDR II S. 723) für alle Arten von Spareinlagen 3,25 %. Höhere Zinsvereinbarungen waren nach § 68 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ZGB nichtig und wurden unter Aufrechterhaltung des Darlehensvertrages auf die Höhe des Sparzinssatzes zurückgeführt (Kommentar § 244 Anm. 3).

Die Bestimmung des § 244 Abs. 3 Satz 2 ZGB ist indessen jedenfalls auf Darlehensverträge, die nach dem 30. Juni 1990 (Inkrafttreten des Staatsvertrages; vgl. BGBl. II S. 700) abgeschlossen worden sind, nicht mehr anzuwenden. Nach Art. 4 Abs. 1 Satz 1 des Staatsvertrages ist das fortbestehende Recht der DDR gemäß den Grund- und Leitsätzen des Vertrages auszulegen und anzuwenden. Leitsatz A I 2 des Gemeinsamen Protokolls schließt die Fortgeltung von Bestimmungen aus, die auf spezifisch sozialistischen Wertungen beruhen.

Die Beschränkung der Zinsvereinbarung auf den staatlich festgesetzten Spareinlagezins wurde folgendermaßen begründet: "Der Zinshöhe sind ... Grenzen gesetzt, um zu verhindern, daß die Darlehensgewährung vom Streben nach persönlichen Vorteilen bestimmt wird. Es würde auch den sozialistischen Prinzipien der Bildung persönlichen Eigentums (§ 23) zuwiderlaufen, denn der sozialistischen Gesellschaft ist die Nutzung von Geld als Leihkapital zum Zwecke der Ausbeutung fremd. Außerdem darf die Darlehensgewährung nicht durch die Ausnutzung einer persönlichen finanziellen Notlage des Darlehensnehmers zur Begründung seiner ökonomischen Abhängigkeit mißbraucht werden" (so wörtlich übereinstimmend Göhring/Posch, Zivilrecht Teil 2 S. 118; Goldhahn/Schmidt aaO S. 53). Dieses deutlich von sozialistischem Rechtsbewußtsein und sozialistischer Anschauung geprägte Verständnis der Grenzen einer Darlehensgewährung ist mit der nach Art. 2 Abs. 1 Satz 2 des Staatsvertrages verbürgten Vertragsfreiheit (s. auch Leitsatz A II 2 des Gemeinsamen Protokolls) unvereinbar (vgl. BVerfG WM 1993, 1936, 1937). Die staatliche Reglementierung der Zinsen für ein Privatarlehen sollte sicherstellen, daß der Darlehensgeber sich weder besser noch schlechter steht, als wenn er den Betrag auf einem Sparkonto anlegt (Goldhahn/Schmidt aaO S. 53). Das war nach Aufhebung der Anordnung über die Festsetzung eines einheitlichen Zinssatzes zum 1. Juli 1990 nicht mehr gewährleistet. Den Darlehensgeber gleichwohl noch an einen Zinssatz für Spareinlagen zu binden, den die Kreditinstitute nunmehr frei bestimmen konnten, macht keinen Sinn. Dadurch würde nicht nur die Vertragsfreiheit des Darlehensgebers willkürlich eingeschränkt, sondern private

- also nicht von Kreditinstituten gewährte - Darlehen wären auch kaum noch zu erhalten gewesen, weil schwerlich ein Darlehensgeber noch bereit gewesen wäre, sich auf die Zinskonditionen des § 244 Abs. 3 Satz 2 ZGB - zumal bei einem längerfristigen Darlehen - einzulassen.

3. Die Revision greift das Berufungsurteil auch insoweit ohne Erfolg an, als der Beklagte entsprechend der im Darlehensvertrag enthaltenen Vereinbarung zur Zahlung von 5 % Verzugszinsen verurteilt worden ist.

Kam ein Darlehensnehmer mit der Rückzahlung des Darlehens in Verzug, so hatte er nach § 86 Abs. 3 ZGB Verzugszinsen in Höhe von 4 % jährlich zu zahlen, soweit sich nicht aus Rechtsvorschriften etwas anderes ergab. Der Zinssatz wurde freilich "im Interesse einer einheitlichen staatlichen Leitung der Finanzbeziehungen" als vertraglich nicht abänderbar angesehen (Kommentar § 86 Anm. 3). Diese vom sozialistischen Gedanken zentraler Leitung und Planung der Volkswirtschaft getragene Sicht hat aber aus den oben unter 2 dargelegten Gründen ebenfalls ihre Berechtigung verloren. Das hat zur Folge, daß § 86 Abs. 3 ZGB zumindest ab dem 30. Juni 1990 nicht mehr als zwingende Regelung verstanden werden kann.

4. Soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht habe es verfahrensfehlerhaft als erwiesen angesehen, daß das Darlehen durch Überweisung unmittelbar auf ein Konto der GmbH an den Darlehensnehmer ausgezahlt worden sei, hat der Senat die Ver-

fahrensrüge geprüft; er erachtet sie nicht für durchgreifend (§ 565 a ZPO).

III.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts muß der Beklagte als Bürge nach § 450 Abs. 1 und 2 ZGB für den Ausfall, den der Kläger bei der Verfolgung seines Anspruchs gegen den Darlehensnehmer erlitten hat, eintreten. Dabei ist ihm in einem Punkt ein Rechtsfehler unterlaufen, der ebenfalls zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führt.

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, die im Vertrag vom 25. Juli 1990 enthaltene Beschränkung der vom Beklagten übernommenen Bürgenhaftung auf "Forderungen ..., auf die bei Zahlungsunfähigkeit ... keine Befriedigung aus der Sicherheitsübereignung möglich" ist, sei als Ausfallbürgschaft zu verstehen; der Beklagte solle nur haften, wenn bei Zahlungsunfähigkeit des Darlehensschuldners keine Befriedigung aus dem nach dem Vertragswortlaut zur Sicherung übertragenen GmbH-Geschäftsanteil zu erlangen sei. Daß die Anteilsübertragung mangels Einhaltung der nach § 15 GmbHG dafür vorgeschriebenen Form nicht wirksam gewesen sei, habe die Verpflichtung des Beklagten nicht entfallen lassen; eine wirksame Sicherungsabtretung sei keine Bedingung für die Bürgschaftsübernahme gewesen. Auf der anderen Seite sei ein Ausfall des Klägers nicht allein dadurch bewirkt worden, daß die vorgesehene Sicherungsabtretung - auch später -

unterblieben sei; denn der Kläger habe auf den Geschäftsanteil auch durch Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung gegen den Darlehensschuldner zugreifen können. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe mit dieser Beurteilung der im Vertrag erwähnten Sicherungsübertragung eine zu geringe Bedeutung beigemessen; diese sei notwendige Voraussetzung für die Haftung des Beklagten gewesen.

Die Rüge hat im Ergebnis keinen Erfolg. Die Vertragsparteien sind offenbar - unter anderem in Unkenntnis der auch zum gültigen DDR-Recht gehörenden Vorschrift des § 15 GmbHG; vgl. auch § 244 Abs. 4 ZGB - übereinstimmend davon ausgegangen, daß mit Abschluß des Vertrages vom 25. Juli 1990 die dort vereinbarte Anteilsübertragung wirksam zustande gekommen sei. Infolge der Nichtigkeit der Sicherungsabtretung entstand eine Regelungslücke, die im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu schließen ist. Das Berufungsgericht ist, wie sich dem Gesamtzusammenhang seiner Ausführungen entnehmen läßt, zu der Überzeugung gelangt, daß die Parteien, hätten sie die Unwirksamkeit der Sicherungsabtretung erkannt, vereinbart hätten, daß der Beklagte für die Erfüllung des Anspruchs des Klägers (einschließlich Zinsen und Kosten) bei dessen Zahlungsunfähigkeit insoweit hafte, als er durch eine Pfändung des Anteils nicht gedeckt werden könne. Diese im wesentlichen tatrichterliche Würdigung läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Das DDR-Recht, das im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften Parteiautonomie anerkannte (§ 45 Abs. 3 ZGB), schloß eine Vereinbarung mit dem vom Berufungsgericht ermittelten Inhalt nicht aus.

2. Der Ausfallbürge hat dem Gläubiger für das einzustehen, was dieser trotz Anwendung gehöriger Sorgfalt vom Hauptschuldner nicht erlangen kann (BGH, Urt. v. 19. März 1998 - IX ZR 120/97, WM 1998, 976, 979 m.w.N.). Das Berufungsgericht hat angenommen, der Kläger habe sich bei der Geltendmachung seines Anspruchs gegen den Darlehensnehmer zögerlich und damit pflichtwidrig verhalten; denn er habe das Mahnverfahren erst mehr als drei Jahre nach der letzten Zahlung eingeleitet, die dieser geleistet habe, und er habe sich auch nicht darum bemüht, doch noch den GmbH-Anteil übertragen zu erhalten. Es lasse sich aber nicht feststellen, daß der Ausfall hätte vermieden werden können, wenn der Kläger mit der gebotenen Sorgfalt und ohne Nachlässigkeit gegen den Schuldner vorgegangen wäre. Entgegen der Ansicht des Beklagten trage insoweit nicht der Kläger, sondern er selbst die Darlegungs- und Beweislast. Er habe dazu nur vorgetragen, der Geschäftsanteil sei in Höhe von 47.500 DM zumindest bis Juli 1993 noch "vorhanden" gewesen. Dafür habe er jedoch, obwohl der Kläger es bestritten habe, keinen Beweis angetreten.

Mit dieser Beurteilung hat das Berufungsgericht, wie die Revision zutreffend rügt, die Darlegungs- und Beweislast verkannt. Die Haftung des Ausfallbürgen ist, wie schon erwähnt, nicht nur auf den objektiven Ausfall, sondern darüber hinaus auf das beschränkt, was der Gläubiger trotz Anwendung gehöriger Sorgfalt - je nach den vertraglichen Vereinbarungen insbesondere durch rechtzeitige Zwangsvollstreckung und durch Verwertung anderer Sicherheiten - vom Hauptschuldner nicht erlangen kann. Die darin liegende Einschränkung der Bürgenhaftung geht weiter

und ist rechtlich etwas anderes als das allgemein für den Gläubiger geltende, aus § 242 BGB folgende Gebot, bei seinem Verhalten gegenüber dem Hauptschuldner die Interessen des Bürgen nicht in treuwidriger Weise zu verletzen (vgl. dazu BGH, Urt. v. 5. Dezember 1962 - VIII ZR 251/61, WM 1963, 25). Bei der Ausfallbürgschaft begrenzt die durch eigene Nachlässigkeit des Gläubigers bewirkte Herbeiführung des Ausfalls den Anspruch aus der Bürgschaft als solchen. Dieser hängt damit bereits in seiner Entstehung davon ab, daß der Gläubiger bei dem Versuch, die Forderung gegen den Schuldner durchzusetzen, mit der auch im Interesse des Bürgen erforderlichen Sorgfalt vorgeht. Beruft sich der Ausfallbürge auf ein nachlässiges Verhalten des Gläubigers bei der Verwirklichung des verbürgten Anspruchs, so macht er deshalb keinen diesen ausschließenden Ausnahmetatbestand geltend, sondern er leugnet damit eine der den Anspruch begründenden Voraussetzungen und damit den Anspruchstatbestand selbst. Daraus ergibt sich, daß der Gläubiger nicht nur den Verlust nachweisen muß, den er objektiv erlitten hat; seine Sache ist es vielmehr auch, darzulegen und zu beweisen, daß der Ausfall trotz Einhaltung der bei der Verfolgung des verbürgten Anspruchs gebotenen Sorgfalt eingetreten ist oder daß er auch eingetreten wäre, wenn er diese Sorgfalt angewandt hätte (RG JW 1905, 720; MünchKomm-BGB/Habersack 3. Aufl. § 765 Rdnr. 102; Staudinger/Horn, BGB 13. Bearb. § 771 Rdnr. 11; Baumgärtel/Laumen, Handbuch der Beweislast im Privatrecht Band 1 § 765 BGB Rdnr. 13; vgl. auch BGH, Urt. v. 25. Mai 1977 - VIII ZR 280/75, WM 1977, 837, 839).

Die dem Gläubiger obliegende Einhaltung der gebotenen Sorgfalt bei der Verfolgung des verbürgten Anspruchs ist in der Rechtsprechung und im Schrifttum freilich gelegentlich unter rechtlichen Gesichtspunkten gesehen worden, die eine andere Beantwortung der Beweislastfrage nahelegen könnten. Das Reichsgericht hat teilweise die nachlässige Rechtsverfolgung durch den Gläubiger als gegen Treu und Glauben verstoßendes, vertragswidriges Verhalten bezeichnet (RGZ 87, 327, 328 f; 145, 167, 169). In anderen Entscheidungen hat es in dem Eintritt des Ausfalls eine Bedingung gesehen, unter der die Verpflichtung des Ausfallbürgen stehe (RGZ 75, 186, 187; RG SeuffA 51, 277, 279; RG WarnRspr. 1932, 122, 124; auch schon ROHG Bd. 13, 172, 174 f). Bereits im gemeinen Recht ist der Eintritt des Ausfalls als Bedingung aufgefaßt worden, unter der der Anspruch des Gläubigers aus der "Schadloshaltungsbürgschaft" stehe (Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts, 1870, S. 724; Dernburg, Pandekten II 5. Aufl., 1897, S. 216). Daraus ist der Schluß gezogen worden, daß die Verursachung des Ausfalls durch nachlässiges Verhalten des Gläubigers einen Fall treuwidriger Herbeiführung der Bedingung nach § 162 Abs. 2 BGB mit der sich daraus ergebenden Folge darstelle, daß der Ausfallbürge die Nachlässigkeit des Gläubigers zu beweisen habe (Knütel, Festschrift Flume I, 1978, S. 559, 590).

Von einem vertragswidrigen Verhalten des Gläubigers durch nachlässige Verfolgung des durch die Bürgschaft gesicherten Anspruchs kann deswegen nicht gesprochen werden, weil daraus keine Schadensersatzansprüche des Bürgen erwachsen. Ob es sich um eine Obliegenheit handelt (Knütel aaO S. 580), erscheint deswe-

gen zweifelhaft, weil darunter im allgemeinen ein bestimmtes - positives oder negatives - Verhalten, nicht aber allgemein die Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt verstanden wird (vgl. Prölss/Martin, VVG 26. Aufl. § 6 Rdnr. 19). Schließlich dürfte die verbreitete Ansicht, die Verpflichtung des Ausfallbürgen stehe unter der aufschiebenden Bedingung, daß ein Ausfall wirklich eintrete (so auch Knütel aaO S. 573), ebenfalls nicht zutreffen. Unter einer Bedingung versteht das Bürgerliche Gesetzbuch ein zukünftiges ungewisses Ereignis, von dessen Eintritt die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts abhängt (§ 158 Abs. 1, 2 BGB; Palandt/Heinrichs, BGB 57. Aufl. vor § 158 Rdnr. 1). Das Rechtsgeschäft der Ausfallbürgschaft hängt in seiner Wirksamkeit nicht davon ab, ob es zu einem Ausfall kommt. Es geht im Grundsatz bei ihr wie bei der "normalen" Bürgschaft lediglich darum, ob sich das vom Bürgen übernommene Risiko verwirklicht. Lediglich dieses ist bei der Ausfallbürgschaft enger begrenzt. Nur innerhalb der Sorgfalt, die der Gläubiger bei der Durchsetzung des verbürgten Anspruchs zu wahren hat, besteht die Einstandspflicht des Bürgen. Die Einhaltung der gebotenen Sorgfalt durch den Gläubiger markiert nach dem typischen Vertragsinhalt einer Ausfallbürgschaft von vornherein die Grenze, bis zu der das vom Bürgen übernommene Risiko reicht, und gehört deshalb zu den Haftungsvoraussetzungen, deren Vorliegen der Gläubiger zu beweisen hat. Das ist auch von der Interessenbewertung her gerechtfertigt. Der Gläubiger ist weit eher als der Bürge in der Lage, den Geschehensablauf, der zum Ausfall geführt hat, darzulegen und zu beweisen. Gelingt ihm das nicht, dann ist es nicht gerechtfertigt, die Folgen daraus den Bürgen tragen zu lassen.

IV.

Die Sache ist unter Aufhebung des Berufungsurteils an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird die Aktivlegitimation des Klägers zu klären haben. Die Zurückverweisung gibt zugleich dem Kläger Gelegenheit, seinen bislang unzureichenden Sachvortrag zu den näheren Umständen, die dazu geführt haben, daß er sich wegen seines Darlehensanspruchs nicht aus dem GmbH-Geschäftsanteil hat befriedigen können, zu ergänzen und unter Beweis zu stellen.

Paulusch

Kreft

Stodolkowitz

Zugehör

Ganter