

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 142/67

URTEIL

Verkündet am

28. Juni 1968
Werner,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Stadtparkasse B [REDACTED], vertreten durch ihren
Vorstand,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Kaufmann Alfred W [REDACTED] in S [REDACTED],
Am S [REDACTED],
2. den Kaufmann Adolf D [REDACTED] in B [REDACTED],
H [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juni 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Sprenkman, Dr. Mösl, Alff, Dr. Simon und Dr. Merkel

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 14. April 1967 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger waren die alleinigen Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft Bäckereibedarf W [REDACTED] & D [REDACTED] in Bodenwerder.

Die Gesellschaft stand mit der Beklagten in Bankverbindung und schuldete ihr aus einem Kontokorrentverhältnis DM 29 304,25. Auf Verlangen der Beklagten erkannten die Kläger und ihre Ehefrauen am 19. Mai 1965 in einer vor dem Notar von F [REDACTED] in Bodenwerder errichteten Urkunde an, der Beklagten "aus einer Kontokorrentschuld auf Konto Nr. 1871 (Kontobezeichnung Bäckereibedarf W [REDACTED] & D [REDACTED] in Bodenwerder) einen Betrag von DM 29 304,25 nebst 8 % Zinsen auf den jeweiligen Kontostand seit dem 1. April 1965 zu schulden"; sie unterwarfen sich wegen dieser Forderung der sofortigen Zwangsvollstreckung.

- 3 -

Am 31. Mai 1965 beantragten die Kläger die Eröffnung des Vergleichsverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft bei dem Amtsgericht Eschershausen. Das Amtsgericht eröffnete das Vergleichsverfahren am 20. Juli 1965.

Im Vergleichstermin vom 3. September 1965 ergaben sich die erforderlichen Mehrheiten für den Vergleichsvorschlag der Kläger, wonach die Vergleichsforderungen zu 35 % getilgt und im übrigen erlassen werden sollten. Die Beklagte stimmte dem Vergleich zu. Der Vergleich wurde durch Beschluß vom 3. September 1965 bestätigt, das Vergleichsverfahren nach Erfüllung des Vergleichs durch Beschluß vom 5. April 1966 aufgehoben.

Die in der genannten Urkunde vom 19. Mai 1965 bezeichnete Schuld ist durch die Vergleichszahlungen der offenen Handelsgesellschaft bis auf einen Betrag von DM 21 425,85 getilgt. Wegen dieses Betrages nimmt die Beklagte die Kläger in Anspruch.

Die Kläger sind der Auffassung, daß die von ihnen anerkannte Forderung eine solche aus ihrer persönlichen Haftung als Gesellschafter sei. Diese Forderung sei aber nach § 109 Nr. 3 VerglO auf die Vergleichsquote begrenzt.

Die Kläger haben beantragt,

die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Urkunde des Notars von F. [REDACTED] in Bodenwerder vom 19. Mai 1965 für unzulässig zu erklären.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.



Sie hat die Ansicht vertreten, daß durch das Schuldanerkenntnis ein neues selbständiges Schuldverhältnis zwischen ihr und den Klägern begründet worden sei, das neben die Schuld der Kläger aufgrund ihrer persönlichen Gesellschafterhaftung getreten sei. Das ergebe sich aus den Besprechungen und der Mitverpflichtung der Ehefrauen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihre Anträge aus dem zweiten Rechtszug weiter. Die Kläger bitten, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. In Übereinstimmung mit dem Landgericht hält das Berufungsgericht die Vollstreckung aus der notariellen Urkunde vom 19. Mai 1965 gegen die Kläger deshalb für unzulässig, weil ein Fall nach § 109 Nr. 3 VerglO vorliege und deshalb die persönliche Haftung der Kläger als Gesellschafter durch den bestätigten Vergleich auf die bereits erfüllte Vergleichsquote begrenzt sei, das Bestehen einer weiteren vom Vergleich unberührt gebliebenen schuldrechtlichen Verpflichtung der Kläger hingegen nicht nachgewiesen sei.

II. 1. Das Berufungsgericht führt im einzelnen aus, weder Wortlaut, Sinn und Zweck des notariellen Anerkenntnisses, noch weitere Umstände insbesondere etwa abgegebene

mündliche Erklärungen der Kläger gäben einen sicheren Hinweis, die Kläger hätten sich neben ihrer gesellschaftsrechtlichen Haftung persönlich zur Zahlung verpflichtet.

2. Die Revision rügt Verletzung des § 286 ZPO durch Übergehen von Parteivortrag über die Gründe des Anerkenntnisses vom 19. Mai 1965; aus diesem Parteivorbringen ergebe sich, daß die Kläger eine selbständige Verpflichtung übernommen hätten.

Das Berufungsgericht bezieht sich insoweit teilweise auf das Urteil des Landgerichts, in dem ausgeführt ist, die von der Beklagten vorgebrachten Umstände deuten nicht auf ein konstitutives Schuldanerkenntnis hin. Nach dem Vortrag der Beklagten solle Einigkeit unter den Beteiligten bestanden haben, daß die Forderung durch das Anerkenntnis sichergestellt werden sollte. Durch das Anerkenntnis hätte die Beklagte jedoch ohnehin keine Sicherheit im eigentlichen Sinne erhalten können, sondern nur eine Erleichterung ihres Vorgehens gegen die bereits haftenden Kläger. Diese Sicherheit hätte der Beklagten lediglich bei der Einzelvollstreckung in das Vermögen der Kläger einen zeitlichen Vorsprung gegenüber anderen Gläubigern geboten. Einen Vorteil für den Konkursfall hätte die Beklagte nicht erlangen können. Nur dann, wenn die Beklagte die Möglichkeit eines Ausfalls der Forderung in einem Vergleichsverfahren über das Vermögen der Gesellschaft hätte ausschließen wollen, liege ein Anhalt für ein konstitutives Anerkenntnis vor. Insoweit fehle es jedoch an jeglichem Anhalt. Wäre es aber der Fall, dann wäre das Abkommen nach § 8 Abs. 3 VerglO nichtig. Auch das spätere Verhalten der Kläger deute nicht auf eine selbständige Verpflichtung hin. Es möge sein, daß die

Kläger bei Unterredungen mit dem Leiter der Beklagten im Juni, Oktober und November 1965 nicht widersprochen hätten, als dieser darauf hingewiesen habe, daß der Beklagten wegen des persönlichen Schuldanerkenntnisses der Kläger kein Ausfall im Vergleichsverfahren entstehen könne. Das spreche aber nicht dafür, daß die Parteien auch schon zur Zeit der Abgabe des Schuldanerkenntnisses darüber einig gewesen seien, es solle eine Schuld begründet werden, die unabhängig sei von der Haftung der Kläger als Gesellschafter. Vielmehr lasse sich das Verhalten der Kläger auch daraus erklären, daß sie die Rechtslage nicht überschaut und angenommen hätten, die leitenden Angestellten der Beklagten mit ihren größeren Erfahrungen in solchen Angelegenheiten würden die Rechtslage wohl richtig beurteilen.

Zusätzlich führt das Berufungsgericht aus, die Beteiligung der Ehefrauen der Kläger ergebe keinen sicheren Hinweis auf die Art der Haftung der Kläger. Auch den weiteren Besprechungen könne nicht entnommen werden, daß sich die Kläger in einer über ihre Haftung als Gesellschafter hinausgehenden Weise verpflichtet hätten. Wenn die Kläger auf Vorhalt des Direktors der Beklagten versprochen haben sollten, Vorschläge für die Tilgung aus dem Schuldanerkenntnis vom 19. Mai 1965 zu machen, so könnten dafür verschiedene Gründe maßgebend gewesen sein, z.B. das Bestreben der Kläger, für die Erfüllung des Vergleichs einen neuen Kredit zu erhalten oder die Inanspruchnahme der Ehefrauen zu vermeiden. In Betracht komme auch, daß ein Rechtsirrtum auf Seiten der Kläger vorgelegen habe. Die Äußerung der Vertreter der Beklagten, daß die Beklagte wegen des persönlichen Anerkenntnisses der Kläger und ihrer Ehefrauen einen Ausfall im Vergleichs-

verfahren nicht erleiden könne und daß die Beklagte aus dem Schuldanerkenntnis befriedigt werde, gebe lediglich ihre eigene Rechtsansicht wieder. Eine hierauf etwa abgegebene zustimmende Erklärung der Kläger wäre als Schuldanerkenntnis schon mangels Einhaltung der Form unwirksam und als Indiz für die Auslegung der Urkunde vom 19. Mai 1965 aus den bereits erwähnten Gründen nicht ausreichend.

3. Die im wesentlichen tatrichterlichen Erwägungen über den Inhalt des notariellen Anerkenntnisses vom 19. Mai 1965 sind entgegen der Auffassung der Revision aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht verkennt nicht, daß zur Bestimmung des Inhalts des Anerkenntnisses auch die Umstände heranzuziehen sind, die zu dem Abkommen geführt haben, und daß auch das nach der Errichtung der notariellen Urkunde vom 19. Mai 1965 liegende Verhalten der Kläger darauf zu prüfen ist, ob sich daraus Rückschlüsse auf den Vertragsinhalt entnehmen lassen. Ohne Rechtsverstoß gelangt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, mangels anderer Gesichtspunkte scheine der Zweck der Urkunde bezüglich der Kläger lediglich darin gelegen zu haben, der Beklagten einen Vollstreckungstitel zu verschaffen. Die Revision zeigt keinen Parteivortrag auf, aus dem das Berufungsgericht etwas anderes zu Gunsten der Beklagten zu folgern genötigt gewesen wäre. Es ist auch kein Grund ersichtlich - wenn zunächst einmal eine Sicherung nach § 82 Abs. 2 VerglO durch Ausschluß der Regelfolge des § 109 Nr. 3 VerglO und des inhaltlich entsprechenden § 211 Abs. 2 KO außer Betracht bleibt -, aus dem die Kläger eine neben ihre persönliche Haftung nach § 128 HGB tretende weitere selbständige Verpflichtung hätten übernehmen sollen oder wollen. Das Vorbringen der Revision, es habe

nach den Besprechungen vom 5. und 10. Mai 1965 kein Vergleichsverfahren angestrebt werden sollen, den Klägern sei jeder Nachlaß verweigert worden, es sei von ihnen eine alsbaldige stille Abwicklung in Aussicht gestellt worden, enthält in dieser Richtung keinen Anhaltspunkt; gleiches gilt für die von der Revision erwähnte Vorschrift des § 164 KO.

Sollten aber die Parteien bei ausdrücklicher Ablehnung eines Vergleichsverfahrens dennoch eine Sicherung der Beklagten im Vergleichsverfahren gegen die Zustimmung der Beklagten zu einem Vergleich ausgehandelt haben - dafür spricht einerseits die Hervorhebung des Sicherungszwecks durch die in tatsächlicher Hinsicht (d.h. hinsichtlich der nicht mehr haltbaren wirtschaftlichen Lage der Kläger) informierte und in den einschlägigen Rechtsfragen unterrichtete Beklagte, andererseits der Umstand, daß die Kläger dem Rechtsanwalt G. [REDACTED] bereits am 22. Mai 1965, also drei Tage nach Abgabe des Anerkenntnisses Vollmacht zur "Eröffnung des Vergleichsverfahrens" (GA 3 der Akten 2 VN 2/65 Amtsgericht Eschershausen) erteilt haben - dann wäre diese Vereinbarung nach § 8 Abs. 3 VerglO nichtig, wonach ein Vorzugsabkommen zwischen dem Vergleichsschuldner und einem Vergleichsgläubiger nichtig ist, wenn es im Hinblick auf den Vergleich geschlossen wird, d.h. wenn sich die Beteiligten von der Absicht haben leiten lassen, daß das Abkommen neben dem Vergleich gelten solle (RGZ 136, 288, 290; BGH LM § 8 VerglO Nr. 2).

Die Revision meint, die vom Berufungsgericht angenommene zeitliche Nähe verneinen zu können, übersieht dabei aber, daß hier nicht die Eröffnung des Vergleichsverfahrens (20. Juli 1965), sondern bereits die ersten

Maßnahmen der Schuldner (Vollmachterteilung am 22. Mai und Antragsstellung vom 31. Mai, eingegangen bei Gericht am 1. Juni 1965) zu berücksichtigen sind. Die von der Beklagten unter Beweis gestellte Zusage der Kläger, es solle still abgewickelt werden und es solle kein Vergleichsverfahren angestrebt werden, ist ohne rechtliche Bedeutung, wenn aufgrund der Bilanzen, die die Beklagte kannte, jedem wirtschaftlich auch nur einigermaßen Bewanderten klar war, daß diese Möglichkeit ausschied und nur ein Konkurs- oder zur Abwendung des Konkurses ein Vergleichsverfahren in Betracht kam.

4. Dem Berufungsgericht ist aber auch darin im Ergebnis zu folgen, daß die Beklagte aus der notariellen Urkunde auch dann nicht gegen die Kläger vollstrecken darf, wenn die Kläger nach der Bestätigung des Vergleichs die Erfüllung der vollen sich aus der Urkunde ergebenden Verpflichtung anerkannt haben sollten.

Es kann dabei zu Gunsten der Beklagten unterstellt werden, daß diese Erklärungen ein konstitutives Schuldanerkennntnis enthielten. Wie das Berufungsgericht aber zutreffend annimmt, wäre das Anerkenntnis mangels der erforderlichen Schriftform unwirksam.

Entgegen der Auffassung der Revision kommt die Bestimmung des § 350 HGB nicht in Betracht, wonach die Formvorschrift des § 781 BGB keine Anwendung findet, wenn das Schuldanerkennntnis auf der Seite des Schuldners ein Handelsgeschäft ist. Die Kläger waren zwar als Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft Vollkaufleute. Die Vorschriften der §§ 350, 343 HGB verlangen aber weiter, daß das Geschäft zum Betrieb des Han-

delsgewerbes gehört. Wer aber nur in seiner Eigenschaft als offener Handelsgesellschafter Kaufmann ist, betreibt zwar in dieser Eigenschaft auch ein Handelsgewerbe (sonst wäre er nicht Kaufmann), aber es ist nicht sein eigenes Geschäft, sondern das der Gesellschaft (BGH LM § 406 HGB Nr. 1). Daraus folgt, daß das Anerkenntnis, solles zum Handelsgewerbe der Kläger als Gesellschafter-Kaufleute gehören, ein Geschäft der Gesellschaft sein muß. Nur dann, wenn demnach die Kläger das Anerkenntnis für die Handelsgesellschaft abgeschlossen haben, gehört es zum Handelsgewerbe der Gesellschaft und bedarf nicht der Form des § 781 BGB. Im Streitfall will aber die Beklagte die Kläger gerade aus einem persönlichen, für sich selbst abgegebenen Anerkenntnis in Anspruch nehmen; sie trägt damit vor, das Anerkenntnis sei gerade nicht für die Gesellschaft abgegeben worden. Ein solches Anerkenntnis hätten die Kläger für die Gesellschaft auch aus Rechtsgründen nicht abgeben können. Eine Anwendung des § 350 HGB kommt daher nicht in Betracht.

Da ein nach Bestätigung des Vergleichs etwa abgegebenes Anerkenntnis schon mangels der erforderlichen Schriftform unwirksam ist, bedarf es in dieser Richtung keines weiteren Eingehens auf die Ausführungen der Revision.

5. Etwaige mündliche Zusagen der Kläger können auch entgegen der Auffassung der Revision nicht in eine andere Verpflichtung der Kläger umgedeutet werden. Ein formlos möglicher Garantievertrag erfordert ein Versprechen, für einen Erfolg einzustehen, insbesondere die Gefahr, die dem anderen aus irgend einer Unternehmung erwächst, also einen künftigen, bisher noch nicht entstandenen Schaden zu übernehmen. Insoweit fehlt es an jeglichem Anhalt.

Es kann in den Erklärungen auch keine Bestätigung des Anerkenntnisses vom 19. Mai 1965 gesehen werden. Denn der über die Vergleichsquote hinausgehende Teil der Forderung ist nicht nichtig, sondern mit der Bestätigung des Vergleichs zu einer unvollkommenen Verbindlichkeit geworden, die noch gewisse Rechtswirkungen äußert (Bley, Vergleichsordnung 2. Aufl. Anm. 16 zu § 82). Diese unvollkommene Verbindlichkeit ist erfüllbar und kann Rechtsgrund für eine Leistung sein, ist aber nicht einklagbar. Eine Klagbarkeit wäre nur durch ein erfüllungshalber gegebenes Anerkenntnis herzustellen, das aber, wie bereits ausgeführt, mangels Schriftform nicht wirksam geworden wäre.

III. 1. Die Revision meint schließlich, aus dem Verhalten der Kläger lasse sich ein Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB herleiten, der einredeweise dem Klageanspruch entgegeng gehalten werden könne. Dazu verweist die Revision auf den Vortrag der Beklagten, die Kläger hätten mehrfach versichert, es komme nur eine stille Abwicklung der Gesellschaft in Frage. Die Revision führt dann weiter aus, dadurch hätten die Kläger die Beklagte davon abgehalten, aus dem gegebenen Anerkenntnis sofort zu vollstrecken. Sodann hätten die Kläger durch den Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens die Vollstreckung durch die Beklagte unmöglich gemacht, also den von beiden Seiten angestrebten und auch rechtlich möglichen Erfolg wider Treu und Glauben vereitelt. Die Kläger dürften sich daher auf die Nichtigkeit des Anerkenntnisses nicht berufen.

2. Dem ist entgegenzuhalten, daß das Vorbringen der Revision insoweit neuen und daher in der Revisionsinstanz nicht zu berücksichtigenden Tatsachenstoff ent-

hält, als die Beklagte durch die Erklärungen der Kläger veranlaßt worden sei, aus dem Anerkenntnis nicht sofort zu vollstrecken.

Aber auch bei Berücksichtigung dieses Vorbringens hat die Beklagte keinen Schadensersatzanspruch gegen die Kläger. Denn die Beklagte kannte die wirtschaftlichen Verhältnisse der Kläger in allen Einzelheiten. Nach ihrem eigenen Vortrag im Schriftsatz vom 19. September 1966 lag bei der Besprechung vom 10. Mai 1965 eine Bilanz per 30. April 1965 vor. Der Beklagten mußte als Bank daraus klar sein, daß der Betrieb konkursreif war und die Kläger pflichtgemäß die sich daraus ergebenden Folgerungen zu ziehen hatten. So hat die Beklagte es in demselben Schriftsatz auch durchaus nicht als ein besonderes Ereignis angesehen, daß kurz vor dem Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens der Kläger zu 1 und Rechtsanwalt G. [REDACTED] als Spezialist in Vergleichssachen bei ihr erschienen. Die Beklagte hat auch selbst vorggetragen (Schriftsatz vom 27. September 1966), die ihr vorliegende Bilanz habe ein höchst ungünstiges Bild von der wirtschaftlichen Situation der Kläger ergeben und sei Anlaß gewesen, ausreichende Sicherungen zu verlangen. Daß die Erklärungen der Kläger über eine stille Abwicklung der Gesellschaft nicht mehr als Worte, vielleicht allenfalls eine Bekundung des Willens der Kläger waren, konnte der Beklagten als informierte, fachkundige Stelle nicht verborgen bleiben. Der Beklagten mußte auch klar sein, daß es in erster Linie nicht vom Willen der Kläger, sondern von der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens abhing, ob sich eine stille Abwicklung durchführen ließ. Nach allem fehlt es daher schon an einem Anhalt, daß das Verhalten der Beklagten durch die bei den Besprechungen abgegebenen

Erklärungen der Kläger beeinflußt worden sei.

IV. Da das Berufungsurteil auch im übrigen keine Rechtsfehler erkennen läßt, war die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Sprenkmann

Mösl

Alff

Bundesrichter
Dr. Simon ist
beurlaubt und
daher verhin-
dert, zu un-
terschreiben.

Merkel

Sprenkmann