

BUNDESGERICHTSHOF

2138 015

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 153/65

URTEIL

Verkündet am

20. März 1968
Jodas, Just. Angest.

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Anton V [REDACTED] in H [REDACTED]-Kl [REDACTED],
W [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Forstwirt Dieter von Br [REDACTED] in L [REDACTED] über
Rh [REDACTED], Haus Wi [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. März 1968 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 8. April 1965 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 11. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Februar 1961 errichteten der Kläger, sein Bruder, der Dipl. Landwirt Konrad von Br[REDACTED], und der Kaufmann Heinz K[REDACTED] die "Heinz K[REDACTED] Gesellschaft mit beschränkter Haftung" mit einem Stammkapital von 20 000 DM, sowie die "Heinz K[REDACTED] GmbH & Co. KG", beide in R[REDACTED]. Einziger persönlich haftender Gesellschafter der KG war die GmbH, Kommanditisten waren deren drei Gesellschafter, und zwar mit einer Kommanditeinlage von je 250 000 DM. Zweck der Gesellschaften war die Entwicklung und Herstellung einer von Heinz K[REDACTED] projektierten Geschirrspülmaschine. Heinz K[REDACTED] brachte in Anrechnung auf die Kommanditeinlage seine Erfindung in die Ge-

sellschaft ein, die Gebrüder von Br[REDACTED] leisteten ihre Einlagen in bar. Die auf die K[REDACTED]sche Erfindung gesetzten Erwartungen erfüllten sich nicht. Darauf nahmen die Gebrüder von Br[REDACTED] im Sommer 1961 Verbindung zum Beklagten auf, der eine Geschirrspülmaschine "Sp[REDACTED]" entwickelt hatte. Am 3. September 1961 schlossen sie mit dem Beklagten einen Lizenz-Vorvertrag. Ferner wurde der Beklagte mit einer Stammeinlage von 2 750 DM Gesellschafter, sowie alleiniger Geschäftsführer der GmbH. Diese wurde in "Sp[REDACTED]-GmbH" - und entsprechend die KG in "Sp[REDACTED]-GmbH & Co. KG" - umbenannt. Im Dezember 1961 zog das Unternehmen von Re[REDACTED] nach H[REDACTED] - zunächst in Werkstatträume - um. Im April 1962 hatte der Beklagte die Konstruktionszeichnungen für die Sp[REDACTED] fertig. Anfang Mai mietete die KG zum 1. Oktober 1962 eine Fabrik in H[REDACTED], B[REDACTED] Straße. Um dem Unternehmen weiteres Kapital zuzuführen, besorgte Konrad von Br[REDACTED] von dritter Seite (Schn[REDACTED]) ein Darlehen von 100 000 DM, das er durch eine Grundschuld auf einem seiner Grundstücke sicherte. Ferner beschaffte sich die KG von der Volksbank He[REDACTED] (im folgenden: Volksbank) einen Betriebsmittelkredit von 250 000 DM, für den sich die Gebrüder von Br[REDACTED] und der Beklagte am 12. Mai 1962 verbürgten; am 18. Mai 1962 übernahmen der Beklagte und Konrad von Br[REDACTED] dem Kläger gegenüber schriftlich "die selbstschuldnerische Rückbürgschaft" für dessen Bürgschaftsverpflichtung gegenüber der Volksbank. Den Rückbürgen wurde dafür eine Vorausbeteiligung am Gewinn der KG von je 10 % eingeräumt.

Zur Deckung weiteren Kapitalbedarfs der Gesellschaft erhöhte im Oktober 1962 Konrad von Br[REDACTED]



seine Kommanditeinlage um 100 000 DM. Ferner übernahm nunmehr der Beklagte eine Kommanditeinlage in Höhe von 175 000 DM, seine Ehefrau eine solche in Höhe von 75 000 DM und Rechtsanwalt Dr. W[REDACTED], der die Beteiligten zusammengeführt hatte, eine Kommanditeinlage in Höhe von 100 000 DM. Bei dem Versuch, mit der Serienfertigung zu beginnen, zeigten sich im Herbst 1962 unerwartet technische Mängel der Maschine, wodurch sich der Beginn der serienmäßigen Fertigung um mehrere Monate verzögerte. Im Februar 1963 wurden die ersten 12 Maschinen montiert. Im Februar und März 1963 wurde die Sp[REDACTED] auf Messen in H[REDACTED] und Kö[REDACTED] ausgestellt, nach der Behauptung des Beklagten mit großem Erfolg. Anfang März 1963 beauftragten die Gebrüder von Brauchitsch den Dipl. Kaufmann Vo[REDACTED] mit einer Überprüfung des Unternehmens. Der Prüfer fertigte einen Status, der bei der KG per 25. März 1963 einen Überschuß der Schulden über das Vermögen von rd. 35 000 DM ergab. Nach einer vom Beklagten aufgestellten Gewinn- und Verlustrechnung für das Jahr 1962 ergab sich für dieses Jahr ein Verlust von rd. 373 000 DM, für die ersten 4 Monate des Jahres 1963 ein weiterer Verlust von rd. 139 000 DM.

Die Gebrüder von Br[REDACTED] waren seit Mitte April 1963 entschlossen, das Unternehmen durch Konkurs zu liquidieren. Dagegen kämpften die anderen Gesellschafter unter Führung des Beklagten um eine Weiterführung, weil sie sich unmittelbar vor dem Ziel einer gewinnbringenden Massenfertigung der Sp[REDACTED] glaubten. Der Kläger lehnte Mitte April 1963 ab, für einen Betriebsmittelkredit von 50 000 DM bei der Dresdner Bank mit den anderen Gesellschaftern die erforderliche

Bürgschaft zu übernehmen, obgleich der Beklagte und Dr. W. [REDACTED] ihn durch Rückbürgschaft zu sichern bereit waren. Die Gebrüder von Br. [REDACTED] veranlaßten im Gegenteil die Volksbank, am 19. April 1963 den Kredit von 250 000 DM auf den 31. Mai 1963 fällig zu stellen. Am 3. Mai 1963 luden sie zu einer Gesellschafterversammlung der GmbH auf den 17. Mai ein mit der Tagesordnung, den Geschäftsführer anzuweisen, Konkursantrag zu stellen. Die anderen Gesellschafter be- anstandeten die Formalitäten der Einberufung und blie- ben der Versammlung fern. Mit den Stimmen der Gebrüder von Br. [REDACTED] beschloß die Versammlung, den Geschäfts- führer anzuweisen, Konkursantrag zu stellen, "es sei denn, daß bis zum 31. Mai 1963 auf die Einlagen DM 50 000 eingezahlt würden, um die fälligen Verbindlichkeiten zu decken". Noch am selben Tage (17. Mai 1963) schrie- ben die Gebrüder von Br. [REDACTED] an die Volksbank, die aufgrund eines von ihr eingeholten Gutachtens bereit war, der Kommanditgesellschaft den Kredit zu belassen:

"Mit einer Verlängerung des ... Kredits, den Sie zum 30. ds. Mts. fällig gestellt haben, ... sind wir nicht einverstanden.

Falls Sie nicht unter unserer Entlassung aus der Bürgschaft den Kredit verlängern wollen, bitten wir Sie, die Forderung nach Fälligkeit beizutreiben.

Wir wären Ihnen dankbar, wenn Sie die Einzel- heiten der Beitreibungsmaßnahmen mit unseren Anwälten ... abstimmen würden ..."

Der Beklagte zahlte aufgrund des Beschlusses vom 17. Mai 1963 bis Ende Mai auf seine restliche, erst am 31. Dezember 1963 fällige Kommanditeinlage von 100 000 DM 60 000 DM ein. Durch Schreiben vom 30. Mai 1963 forder- te die Volksbank von den Bürgen Zahlung. Am 10. Juni 1963

wurde auf 2 weiteren Gesellschafterversammlungen, der wiederum die anderen Gesellschafter fern blieben, von den Gebrüdern von Br. [REDACTED] nochmals beschlossen, Konkursantrag zu stellen, ferner wurde anstelle des Beklagten ein anderer Geschäftsführer bestellt. Der Beklagte setzte sich mit zwei einstweiligen Verfügungen des Landgerichts Aachen vom 12. Juni und des Landgerichts Hannover vom 20. Juni 1963 zur Wehr, durch die dem neuen Geschäftsführer der GmbH, dieser selbst und den Gebrüdern von Br. [REDACTED] untersagt wurde, Konkursantrag zu stellen. Die einstweiligen Verfügungen wurden später aufgehoben. Auf einer weiteren Gesellschafterversammlung vom 20. Juni 1963 wurden die früheren Beschlüsse jeweils mit den 12 Stimmen der Gebrüder von Br. [REDACTED] gegen die 5 Stimmen der anderen Gesellschafter erneut gefaßt. Am 26. September 1963 wurde auf Antrag des Beklagten über das Vermögen beider Gesellschaften das gerichtliche Vergleichsverfahren eröffnet. Im Vergleichstermin stimmten die Gebrüder von Br. [REDACTED] gegen den Vergleichsvorschlag, der eine Vergleichsquote von 35 % vorsah. Am 5. November 1963 wurde das Anschlußkonkursverfahren eröffnet. Das Verfahren über das Vermögen der KG ist inzwischen, nachdem der Schlußtermin stattgefunden hat, aufgehoben worden. Nach dem Schlußverzeichnis entfällt auf einen Teil der bevorrechtigten Konkursgläubiger eine Konkursquote von 4 %, alle anderen Gläubiger sind ausgefallen. Das Konkursverfahren über das Vermögen der GmbH ist am 10. März 1964 mangels Masse eingestellt worden.

Der Kläger zahlte am 29. August 1963 auf die Kreditschuld der KG, die den Kredit in Höhe von 250 000 DM voll in Anspruch genommen hatte, an die Volksbank 60 000 DM.

Aufgrund der Rückbürgschaft vom 18. Mai 1962 verlangt er vom Beklagten anteilig 30 000 DM.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision erstrebt der Beklagte Klagabweisung. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Parteien streiten nur noch darüber, ob der Beklagte wegen des Verhaltens der Gebrüder von Br [REDACTED] im Jahre 1963 der Bürgschaftsforderung des Klägers den Einwand des Rechtsmißbrauchs entgegensetzen kann.

1. Der Beklagte behauptet, die Gebrüder von Br [REDACTED] hätten seit März 1963 planmäßig aus eigennützigen Motiven die Sp [REDACTED]-Gesellschaften in den Konkurs getrieben. Sie hätten die damit für sie verbundenen Einbußen (Verlust ihrer Einlagen, Inanspruchnahme aus den Bürgschaften) hinnehmen wollen, weil sie darauf gerechnet hätten, sich durch Vollstreckung in die Schutzrechte des Beklagten nicht nur schadlos zu halten, sondern darüber hinaus durch Auswertung dieser Rechte beträchtliche Gewinne zu erzielen. Das Berufungsgericht hält den Beweis für diese Behauptung nicht für erbracht. Diese Feststellung greift die Revision nicht an. Sie ist deshalb für das Revisionsgericht bindend.

2. Das Berufungsgericht verneint ferner, daß der Kläger seine Treuepflicht als Gesellschafter und Bürgschaftsgläubiger verletzt habe, wenn er unter den gegebenen Umständen seit Mai 1963 auf eine Liquidierung

der Sp[REDACTED]-Gesellschaften durch Konkurs hingearbeitet habe. Das Unternehmen habe bereits im Jahre 1961 einen Verlust von rd. 425 000 DM und im Jahre 1962 einen weiteren Verlust in Höhe von rd. 375 000 DM gehabt, der sich nach dem von Vo[REDACTED] aufgestellten Status per 30.4.1963 auf rd. 512 000 DM erhöht habe. Für den Monat Mai 1963 habe der Beklagte selbst in der Gesellschafterversammlung vom 17. Mai 1963 mit einem weiteren Verlust von 4 bis 6 000 DM gerechnet. Der Liquiditätsbedarf der Gesellschaft bis Ende Mai 1963 sei damals von ihm und dem Wirtschaftsprüfer Vo[REDACTED] übereinstimmend auf etwa 80 000 DM geschätzt worden. Im Mai 1963 seien nur 51 Maschinen hergestellt worden. Eine Rentabilität sei erst bei einer Produktion von 250 bis 300 Maschinen im Monat zu erwarten gewesen. Insoweit habe weder ein entsprechender Auftragsbestand vorgelegen, noch hätten die für eine solche Produktionsausweitung erforderlichen zusätzlichen Betriebsmittel von 500 000 bis 600 000 DM zur Verfügung gestanden. Wenn der Bruder des Klägers im Jahre 1962 versprochen habe, nach Verkauf von Grundbesitz weiteres Kapital zur Verfügung zu stellen, dieses Versprechen aber mit Rücksicht auf die ungünstige Entwicklung des Unternehmens nicht eingehalten habe, so könne das jedenfalls dem Kläger nicht angelastet werden. Denn der Beklagte habe nichts dafür vorgetragen, daß der Kläger insoweit seinen Bruder beeinflusst habe. Die Gebrüder von Br[REDACTED] hätten im Mai 1963 die Lage des Unternehmens zu Recht für aussichtslos halten und deshalb auf eine Liquidierung durch Konkurs hinwirken dürfen. Es sei ihnen daher auch nicht vorzuwerfen, daß sie im Vergleichsverfahren trotz der befürwortenden Stellungnahme des Insolvenzausschusses

der Industrie- und Handelskammer gegen den Vergleichsvorschlag gestimmt hätten.

Diese Begründung hält den Verfahrensrügen (§ 286 ZPO) der Revision nicht stand.

3. Beide Parteien waren Gesellschafter der KG. Sie waren deshalb im Verhältnis zueinander verpflichtet, die Interessen der Gesellschaft zu fördern, und alles zu unterlassen, was ihr nachteilig sein konnte. Den Konkurs der Gesellschaft anzustreben, war den Gebrüdern von Br [REDACTED] im Verhältnis zu den anderen Gesellschaftern gleichwohl erlaubt, wenn die Lage der Gesellschaft aussichtslos war und eine schnelle Liquidierung objektiv im Interesse aller Beteiligten lag.

Der Kläger war ferner Gläubiger des Beklagten aus der Rückbürgschaft vom 18. Mai 1962. Ein Bürgschaftsgläubiger kann seine Rechte aus der Bürgschaft verwirken, wenn er unter Verletzung von Treu und Glauben selbst den Bürgschaftsfall herbeiführt. Der Senat hat dies unter Heranziehung des Rechtsgedankens des § 162 BGB für den Fall bejaht, daß der Gläubiger treuwidrig zum Nachteil des Bürgen den Hauptschuldner veranlaßt, nicht zu zahlen, und damit selbst den Bürgschaftsfall auslöst (BB 1966, 305 = WM 1966, 317). Das gleiche muß gelten, wenn der Bürge den Gläubiger veranlaßt, einen dem Hauptschuldner gewährten Kredit zu einem Zeitpunkt fällig zu stellen, in dem der Hauptschuldner zur Zahlung nicht in der Lage ist und dadurch seine eigene Inanspruchnahme und den Rückgriff gegen den Rückbürgen herbeiführt. Im einen wie im anderen Falle verliert der Bürgschaftsgläubiger seinen Bürgschaftsanspruch wegen Rechtsmißbrauchs jedoch nur, wenn

sein Verhalten gegen Treu und Glauben verstößt. Das wäre hier zu verneinen, wenn die Lage der KG schon im Mai 1963 aussichtslos war.

Dies nimmt das Berufungsgericht zwar an. Seine Feststellung beruht jedoch zum Teil auf Verfahrensfehlern.

4. a) Die Revision rügt in erster Linie, der Investitionsbedarf der Gesellschaft im Mai 1963 hätte gedeckt werden können, wenn Konrad von Br[REDACTED] sein (unter Beweis gestelltes) Versprechen gehalten hätte, dem Unternehmen weiteres Kapital in Höhe von 500 000 DM zuzuführen. Zu Unrecht habe das Berufungsgericht dem Beklagten insoweit das vertragswidrige Verhalten seines Bruders nicht zugerechnet: Der Kläger habe, statt seinen Bruder anzuhalten, seiner Verpflichtung gegenüber den anderen Gesellschaftern nachzukommen, mit diesem beschlossen, das Unternehmen aufzugeben und die Anmeldung des Konkurses in die Wege zu leiten.

Der Revision ist zuzugeben, daß die Begründung, mit der das Berufungsgericht zwischen der Verantwortlichkeit des Klägers und der seines Bruders unterscheidet, nicht überzeugt. Denn ab März 1963 sind die Gebrüder von Br[REDACTED] sowohl auf den zahlreichen Gesellschafterversammlungen gegenüber den anderen Gesellschaftern als auch gegenüber der Volksbank immer als geschlossene Gruppe aufgetreten. Das legte den Schluß nahe, daß sie in der hier interessierenden Frage der Liquidierung des Sp[REDACTED]-Unternehmens von Anfang an planmäßig zusammengearbeitet haben, was sie auch nicht in Abrede stellen. Wollte das Berufungsgericht etwas anderes feststel-

len, so bedurfte das der Begründung. Mangels einer solchen ist von der Annahme eines planmäßigen Zusammenwirkens der Gebrüder von Br. [REDACTED] auszugehen. War Konrad von Br. [REDACTED] verpflichtet, im Mai 1963 den Investitionsbedarf der Gesellschaft bis zu 500 000 DM zu decken, so durfte auch der Kläger nicht - im Einvernehmen mit ihm - ohne Rücksicht auf die Verpflichtung seines Bruders die Liquidierung des Unternehmens betreiben.

Da das Berufungsgericht den vom Beklagten angebotenen Beweis (Schriftsatz vom 11. Juni 1964 S. 10, 11; GA Bl. 66, 67) über die angebliche Zusage des Bruders des Klägers nicht erhoben hat, ist für die Revisionsinstanz zu unterstellen, daß dieser am 11. Mai 1962 zugesichert hat, für den bei Anlaufen der Serienfertigung zu erwartenden Kapitalbedarf mindestens 500 000 DM zur Verfügung zu stellen. Mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts ist mindestens nicht auszuschließen, daß mit diesem Betrag zur Serienfertigung übergegangen werden konnte, wovon auch der Insolvenzausschuß der Industrie- und Handelskammer in seiner Stellungnahme vom 13. September 1963 ausgeht, sowie anscheinend auch das Berufungsgericht selbst (BU S. 30).

Ein weiteres Hindernis für den Übergang zu einer rentablen Serienfertigung (250 bis 300 Geräte pro Monat) sieht das Berufungsgericht darin, daß im Mai 1963 ein entsprechender Auftragsbestand nicht vorgelegen habe. Demgegenüber rügt die Revision zu Recht, das Berufungsgericht setze sich mit dieser Feststellung in Widerspruch zu der vom Beklagten unter Beweis gestellten Behauptung, "auf der Haushaltswarenmesse Ende Februar 1963

sei die aus der endgültigen Serienfabrikation stammende Sp[REDACTED] vorgeführt und mit 1000 Aufträgen honoriert worden". Das war mithin in der Revisionsinstanz zu unterstellen.

b) Schließlich führt das Berufungsgericht für die hoffnungslose Lage der KG noch die beträchtlichen Verluste an, die sie bis dahin erlitten hatte. Diese Argumentation ist für sich allein nicht beweiskräftig. Abgesehen davon, daß ein großer Teil der Verluste auf die Entwicklung der K[REDACTED]'schen Spülmaschine entfällt und deshalb hier außer Betracht zu bleiben hat, arbeitet ein Unternehmen, das ein bestimmtes Fabrikat entwickelt, bis zur Produktionsreife des Fabrikats notwendig mit Verlust. Entscheidend sind nicht die roten Zahlen während dieser Zeit, sondern, ob die Entwicklungsarbeiten ein produktionsreifes Fabrikat mit guten Marktchancen hervorgebracht haben, und ob das für eine Serienfertigung erforderliche Kapital beschafft werden kann. Da für die Revisionsinstanz beides zu unterstellen ist, war demnach davon auszugehen, daß im Mai 1963 für die Gebrüder von Br[REDACTED] kein hinreichender Anlaß bestand, das Unternehmen als verloren anzusehen und seine Liquidierung durch Konkurs zu betreiben.

5. Bei dieser Sachlage konnte das Berufungsgericht den vom Beklagten erhobenen Einwand des Rechtsmißbrauchs nicht ohne Rechtsfehler verneinen: Hatte der Bruder des Klägers für den Zeitpunkt der Umstellung auf die Serienfertigung die Beschaffung der erforderlichen Betriebsmittel zugesagt und war eine rentable Serienfertigung möglich, so verletzte auch der Kläger gegenüber dem Beklagten seine Vertragspflichten, wenn er zusammen

mit seinem Bruder, ohne Rücksicht auf dessen nicht erfüllte Zusage, den Kredit der Volksbank fällig stellen ließ und dadurch die Bürgenhaftung des Beklagten aktuell machte. Dies konnte den Einwand des Rechtsmißbrauchs gegenüber der Forderung aus der Rückbürgschaft begründen. Das Berufungsurteil war deshalb gemäß § 564 ZPO aufzuheben.

Für die neue Verhandlung (§ 565 ZPO) wird auf folgendes hingewiesen:

In erster Linie wird das Berufungsgericht zu ermitteln haben, in welchem Umfang der Bruder des Klägers sich gegenüber dem Beklagten rechtsverbindlich verpflichtet hat, für die KG Betriebskapital zu beschaffen, und in welchem Umfang er gegebenenfalls dieser Pflicht nicht nachgekommen ist. Dabei wird Veranlassung gegeben sein, sich mit dem Schreiben des Beklagten an den Kläger vom 17. April 1963 (GA Bl. 132) auseinanderzusetzen, in dem der Beklagte - im Widerspruch zu seinem jetzigen Vortrag - zugibt, der Bruder des Klägers habe "im Großen und Ganzen das erfüllt, was er (dem Beklagten) in Aussicht stellte". In zweiter Linie ist, soweit möglich, festzustellen, wie im Frühjahr 1963 die Möglichkeiten und Aussichten einer rentablen Serienproduktion objektiv zu beurteilen waren. Je intensiver und umfassender die angeblichen Zusagen des Bruders des Klägers waren und je günstiger die Möglichkeiten einer rentablen Serienproduktion sich darstellten, um so eher könnte der Einwand des Rechtsmißbrauchs begründet sein. Je weniger weit aber etwaige Zusagen des Bruders des Klägers gingen und je ungünstiger die Chancen einer Serienfertigung im Frühjahr 1963 zu beurtei-

len waren, um so eher wäre ein Rechtsmißbrauch auf
seiten des Klägers zu verneinen.

Da von der neuen Entscheidung des Berufungsge-
richts auch abhängt, welche Partei die Kosten der Re-
vision zu tragen hat, war auch diese Kostenentschei-
dung dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr.Haidinger Dr.Gelhaar Dr.Mezger Mormann Braxmaier