

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 182 Abs. 2; GmbHG § 15 Abs. 3 und 4

Die Verpflichtung zur Genehmigung des durch einen Vertreter abgeschlossenen Kaufvertrages über einen GmbH-Geschäftsanteil bedarf nicht der Form des § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG.

BGB § 162

Zur Anwendbarkeit des Rechtsgedankens des § 162 BGB auf eine Wollensbedingung, deren Eintritt nicht im freien Belieben einer Partei steht.

BGH, Urteil vom 25. September 1996 - VIII ZR 172/95 - OLG Celle
LG Stade

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 172/95

Verkündet am:
25. September 1996
Böhringer-Mangold
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. September 1996 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Zülch, Dr. Paulusch, Dr. Beyer und Wiechers

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 29. März 1995 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Klägerin nimmt den Beklagten aufgrund einer Bürgschaft und einer Gewährsübernahme auf Zahlung des Kaufpreises für den Geschäftsanteil einer GmbH in Anspruch.

Die Treuhandanstalt, die Rechtsvorgängerin der Klägerin, war Alleingesellschafterin der K.

GmbH mit einem Geschäftsanteil zum Nennwert von 300.000 DM. Mit notariellem Vertrag vom 27. Oktober 1992 verkaufte sie den Geschäftsanteil an die in Gründung befindliche, noch nicht im Handelsregister eingetragene A. GmbH (künftig: A. GmbH). Der Kaufpreis betrug 250.000 DM vorbehaltlich einer vom Ergebnis der noch zu erstellenden Übernahmebilanz abhängigen Erhöhung oder Ermäßigung um bis zu 50.000 DM. Der Beklagte, ein Steuerberater, trat bei Vertragsabschluß als Vertreter der Käuferin, als Vertreter von deren Alleingesellschafterin, der C.

mbH (künftig: C. GmbH), und zugleich im eigenen Namen auf. In dem abschließenden § 28 des notariellen Vertrages übernahm der Beklagte die selbstschuldnerische Bürgschaft zur Sicherung der Kaufpreisforderung. Für die Käuferin war ein Genehmigungsvorbehalt vereinbart.

In einer ebenfalls am 27. Oktober 1992 unterzeichneten privatschriftlichen Urkunde übernahm der Geschäftsführer der A. GmbH, S., die Verpflichtung, den notariellen Kaufvertrag innerhalb einer Frist von vier Wochen ab Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister "nachzuge-

nehmigen". In derselben Urkunde verpflichtete sich der Beklagte "persönlich als Hauptgesellschafter" der C. GmbH, alles rechtlich Gebotene unverzüglich zu veranlassen, um die Eintragung der A. GmbH im Handelsregister zu erreichen. In derselben Eigenschaft übernahm er ferner "die Gewähr dafür, daß der Vertrag, wie oben festgelegt, nachgezeichnet wird."

Am 23. Dezember 1992 wurde die A. GmbH im Handelsregister eingetragen. Mit Schreiben vom 9. Januar 1993 forderte der Beklagte als Geschäftsführer der C. GmbH den Geschäftsführer S. der A. GmbH auf, unverzüglich die Genehmigungserklärung in notariell beglaubigter Form abzugeben. Dieser Aufforderung kam S. jedoch nicht nach, sondern verlangte von der Treuhandanstalt Nachverhandlungen über den Erwerb des Geschäftsanteils. Kurz darauf widerrief der Beklagte die in dem Kaufvertrag vom 27. Oktober 1992 übernommene Bürgschaft. Am 11. März 1993 legte S. - dem Vorbringen des Beklagten zufolge - sein Amt als Geschäftsführer der A. GmbH nieder; seitdem ist die Gesellschaft angeblich handlungsunfähig. Eine Genehmigung des notariellen Kaufvertrages ist jedenfalls in der Folgezeit nicht erteilt worden.

Die Klägerin nimmt den Beklagten als selbstschuldnerischen Bürgen auf Zahlung des Kaufpreises in Anspruch, wobei sie lediglich den Mindestbetrag von 200.000 DM geltend macht. Sie ist der Auffassung, der Beklagte habe die Genehmigung des Kaufvertrages treuwidrig verhindert; gemäß § 162 BGB müsse er sich deshalb so behandeln lassen, als sei die Genehmigung erfolgt und der Kaufpreis damit fällig gewor-

den. In der Berufungsinstanz hat die Klägerin darüber hinaus erklärt, der Beklagte werde "selbstverständlich" auch aus der von ihm persönlich übernommenen Gewähr für die Genehmigung des Kaufvertrages in Anspruch genommen.

Der Beklagte behauptet, er habe sich erfolglos um die Genehmigung bemüht. Zunächst habe der Geschäftsführer der Käuferin die Genehmigung verweigert. Später sei sie an der ablehnenden Haltung der Treugeber, deren Anteile die von ihm vertretene C. GmbH treuhänderisch verwaltet habe, gescheitert.

Das Landgericht hat der Klage im wesentlichen stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Beklagte sein Ziel der Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Bei dem im Kaufvertrag enthaltenen Genehmigungsvorbehalt handele es sich um eine zulässige Bedingung für die Wirksamkeit des Vertrages. Den Eintritt dieser Bedingung habe der Beklagte wider Treu und Glauben verhindert. Durch

die in der privatschriftlichen Erklärung vom 27. Oktober 1992 übernommene Gewähr für die Genehmigung des Vertrages habe er sich zur aktiven Mitwirkung bei der Erteilung der Genehmigung verpflichtet. Dieser Verpflichtung sei er jedenfalls in der Zeit zwischen dem 29. Januar und dem 11. März 1993 nicht nachgekommen, obwohl er als Geschäftsführer der C. GmbH über ausreichende Einwirkungsmöglichkeiten verfügt habe, um den Geschäftsführer der Käuferin, der A. GmbH, zur Abgabe der Genehmigungserklärung zu veranlassen. Zu einer entsprechenden Weisung sei die C. GmbH als echte Treuhänderin auch berechtigt gewesen. Daß der Geschäftsführer der A. GmbH einer solchen Anweisung nicht nachgekommen wäre, habe der Beklagte nicht dargelegt. Infolgedessen sei die Genehmigung des Vertrages vom 27. Oktober 1992 als eingetreten anzusehen; für den als fällig geltenden Kaufpreis müsse der Beklagte aufgrund der übernommenen selbstschuldnerischen Bürgschaft, deren Geschäftsgrundlage unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt weggefallen sei, eintreten. Auch die angeblichen Rückübertragungsansprüche der früheren Eigentümerin der Grundstücke der verkauften Gesellschaft berührten die Geschäftsgrundlage nicht, da die Klägerin nach dem Gesamtzusammenhang der einschlägigen vertraglichen Regelungen die Gewähr dafür übernommen habe, daß diese Grundstücke frei von Rückübertragungsansprüchen der Alteigentümer seien.

II. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Überprüfung in dem entscheidenden Punkt nicht stand.

1. Unbegründet sind die Angriffe der Revision allerdings insofern, als sie sich gegen die Wirksamkeit der Verpflichtungserklärung des Geschäftsführers S. zur Genehmigung des Kaufvertrages und der damit zusammenhängenden Verpflichtung des Beklagten zur Herbeiführung dieser Genehmigung richten. Die Revision meint, beide Erklärungen, mindestens aber die des Geschäftsführers S., seien formungültig, weil sie die Bindung der Käuferin an den notariellen Kaufvertrag wesentlich verstärkt hätten, überdies als Nebenabreden des obligatorischen Vertrages anzusehen seien und daher ebenfalls der notariellen Beurkundung bedurft hätten. Letzteres trifft nicht zu.

a) Zwar ist der Revision zuzugeben, daß die privatschriftliche Verpflichtung des Geschäftsführers S. der in Gründung befindlichen A. GmbH, den Kaufvertrag über den Geschäftsanteil an der K.

GmbH zu genehmigen, die Bindung der Käuferin an den - schwebend unwirksamen - Kaufvertrag verstärkte. Richtig ist ferner, daß der erkennende Senat in dem von der Revision in Bezug genommenen Urteil vom 23. November 1988 (VIII ZR 262/87 = WM 1989, 256) ausgesprochen hat, dem Beurkundungszwang unterlägen alle Vereinbarungen, die nach dem Willen der Vertragsparteien zu dem schuldrechtlichen Veräußerungsgeschäft gehörten, so z.B. über den Wegfall von Bedingungen, weil hierdurch eine stärkere Bindung an den noch nicht vollzogenen Kaufvertrag eintreten würde (aaO S. 258 = BGHR GmbHG § 15 Abs. 4 Verpflichtungsantrag 1 m.w.Nachw.). Zuzustimmen ist der Revision schließlich auch darin, daß der Beurkundungszwang des § 15 Abs. 4 GmbHG den gesamten obligatorischen Vertrag einschließlich aller Ne-

benabreden, auch solcher über die Modalitäten der Vertragserfüllung, erfaßt (allg. Meinung, z.B. Hachenburg/Zutt, GmbHG, 8. Aufl., § 15 Rdnrn. 48 f; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 14. Aufl., § 15 Rdnr. 17; Scholz/Winter, GmbHG, 8. Aufl., § 15 Rdnr. 69).

b) Daraus kann entgegen der Auffassung der Revision aber nicht gefolgert werden, auch die Verpflichtung des Geschäftsführers S. zur Genehmigung des Kaufvertrages hätte der notariellen Beurkundung bedurft.

Daß die Genehmigung nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form bedarf, ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz (§ 182 Abs. 2 BGB). Angesichts des eindeutigen Wortlauts dieser Vorschrift ist für eine einengende Auslegung kein Raum (so mit eingehender Begründung BGHZ 125, 218, 220 ff = BGHR BGB § 182 Abs. 2 Grundstückskaufvertrag 1). Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, daß der Genehmigungsvorbehalt in dem notariellen Kaufvertrag selbst enthalten ist; insbesondere wird die Erteilung der Genehmigung dadurch nicht zu einer Modalität der Vertragserfüllung.

c) War demnach die Genehmigung des Kaufvertrages durch den Geschäftsführer der Käuferin kraft Gesetzes formfrei möglich, so gilt dies erst recht für die Verpflichtung zur Erteilung dieser Genehmigung.

d) Die Anerkennung der Formfreiheit sowohl der Verpflichtungserklärung als auch der Genehmigung selbst begründet nicht die Gefahr einer Umgehung des § 15 Abs. 4

GmbHG. Durch die Beurkundung des Kaufvertrages bleibt der Schutzzweck der Norm uneingeschränkt gewahrt.

Die Formvorschriften des § 15 Abs. 3 und Abs. 4 Satz 1 GmbHG dienen nicht dem Schutz des Verkäufers. In Rechtsprechung und Schrifttum besteht vielmehr Einigkeit darin, daß das Formerfordernis in erster Linie den Handel mit GmbH-Geschäftsanteilen erschweren und daneben den Beweis erleichtern soll (so z.B. BGH, Urteil vom 30. Juni 1969 - II ZR 71/68 = WM 1969, 1257 unter III; Baumbach/Hueck, GmbHG, 16. Aufl., § 15 Rdnr. 20; Lutter/Hommelhoff aaO Rdnrn. 1 und 11; Scholz/Winter aaO Rdnr. 38). Diesem Zweck ist im vorliegenden Fall durch die Beurkundung des Kaufvertrages und der Abtretungserklärung in vollem Umfang Rechnung getragen worden. Anlaß für den Genehmigungsvorbehalt und die damit zusammenhängenden privatschriftlichen Verpflichtungserklärungen des Geschäftsführers S. und des Beklagten war lediglich die Tatsache, daß die Käuferin, die A. GmbH, bei Abschluß des notariellen Vertrages noch nicht im Handelsregister eingetragen war und deshalb "als solche", d.h. als juristische Person, noch nicht bestand (§§ 11 Abs. 1, 13 Abs. 1 GmbHG). Durch die außerhalb der notariellen Urkunde privatschriftlich übernommene Verpflichtung zur Genehmigung ist die Abtretung der Geschäftsanteile weder erleichtert worden, noch waren Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der Beteiligungsverhältnisse an der verkauften GmbH zu befürchten. Es würde deshalb eine Überspannung des Formerfordernisses des § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG bedeuten, wollte man dieser Bestimmung auch die Verpflichtungserklärung in bezug auf die Genehmigung unterstellen, obwohl die Genehmigung selbst kraft ausdrücklicher Vorschrift trotz

ihrer weitreichenden Rechtsfolgen formfrei erteilt werden konnte.

e) Auf die von der Revision weiter erörterte (und verneinte) Frage, ob die geltend gemachte Formnichtigkeit durch die notarielle Beurkundung der Abtretung des Geschäftsanteils nach § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG geheilt worden ist, kommt es nach alledem nicht mehr an.

2. "Vorsorglich" wendet die Revision ferner ein, entgegen der Annahme des Berufungsgerichts habe der Beklagte seine Mitwirkungspflicht hinsichtlich der Genehmigung des Kaufvertrages nicht verletzt. Zwar habe das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang zutreffend auf den Zeitraum vom 29. Januar bis 11. März 1993 abgestellt. Es habe jedoch übersehen, daß der Geschäftsführer der Käuferin bereits mit Schreiben vom 25. Januar 1993 der Klägerin mitgeteilt habe, die Käuferin habe sich über wesentliche Vertragsgrundlagen geirrt und könne an der Verwirklichung des Projekts nur festhalten, wenn der Vertrag in bestimmten Punkten geändert werde. Diese Erklärung könne nur als Ablehnung der Genehmigung betrachtet werden mit der Folge, daß die schwebende Unwirksamkeit des Vertrages beendet und der Vertrag nichtig geworden sei. Der Beklagte habe daher nach diesem Zeitpunkt keinerlei Mitwirkungspflichten mehr verletzen können.

a) Dabei verkennt die Revision, daß der Beklagte in der privatschriftlichen Erklärung vom 27. Oktober 1992 gegenüber der Klägerin sich verpflichtet hatte, "alles rechtlich Gebotene unverzüglich zu veranlassen, um die Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister zu erreichen"; daneben hat-

te er "persönlich als Hauptgesellschafter der alleinigen Gesellschafterin der Gesellschaft ... die Gewähr dafür (übernommen), daß der Vertrag, wie oben festgelegt (d.h. innerhalb von vier Wochen ab Eintragung der A. GmbH), nachgenehmigt wird". Er hatte also zunächst alles ihm Zumutbare und rechtlich Mögliche zu tun, um den Geschäftsführer S. zur Abgabe der Genehmigungserklärung zu veranlassen. Eine einmalige schriftliche Aufforderung genügte hierfür nicht. Notfalls hätte der Beklagte von seiner Weisungsbefugnis Gebrauch machen müssen; hierauf hat das Berufungsgericht zu Recht abgestellt. Alles, was die Revision zum späteren Geschehensablauf vorträgt - Differenzen zwischen den Treugebern der C. GmbH, fristlose Kündigung der Treuhandverträge, Ausscheiden des Geschäftsführers S. am 11. März 1993 -, ändert nichts daran, daß der Beklagte die von ihm übernommene Gewähr für die Genehmigung des Kaufvertrages weder innerhalb der vereinbarten 4-Wochen-Frist noch später erfüllt hat. Insofern unterscheidet sich die Rechtsstellung des Beklagten nicht von der eines Verkäufers, der die Garantie für die Beibringung einer etwa erforderlichen Zustimmung der Mitgesellschafter zur Veräußerung eines Geschäftsanteils übernommen hat und dem Käufer hierauf haftet (vgl. Hachenburg/Zutt aaO Anh. § 15 Rdnr. 16 a.E.).

b) Entgegen der Auffassung der Revision kann es den Beklagten auch nicht entlasten, daß die von ihm vertretene C. GmbH die Geschäftsanteile an der Käuferin-GmbH nur treuhänderisch hielt. Daß der Beklagte etwa bei Abschluß des Kaufvertrages hierauf hingewiesen hätte, behauptet die Revision nicht. Infolgedessen kann sich der Beklagte, wie

das Berufungsgericht zu Recht ausgeführt hat, im Außenverhältnis auf eine etwaige treuhänderische Bindung der von ihm vertretenen GmbH nicht berufen (vgl. insgesamt Hachenburg/Zutt aaO Anh. § 15 Rdnrn. 51, 54 ff).

c) Gegen die Annahme des Berufungsgerichts, durch seine Untätigkeit (bzw. ungenügende Tätigkeit) habe der Beklagte den Eintritt der Bedingung für die Wirksamkeit des Kaufvertrages, nämlich der Genehmigung durch den Geschäftsführer S. der A. GmbH, treuwidrig verhindert, er müsse sich deshalb nach § 162 Abs. 1 BGB so behandeln lassen, als ob die Bedingung eingetreten sei, und hafte demzufolge für die Kaufpreisschuld als Bürge, bestehen allerdings durchgreifende Bedenken.

aa) Zweifelhaft erscheint bereits die Annahme des Berufungsgerichts, das Erfordernis der Genehmigung des Anteilskaufvertrages durch die A. GmbH stelle eine Bedingung im Sinne des § 162 BGB dar. Daß die A. GmbH nach den Feststellungen des Berufungsgerichts schon im Gründungsstadium durch ihren Geschäftsführer S. vertreten wurde, könnte dafür sprechen, daß der Beklagte als Geschäftsführer ihrer Alleingesellschafterin nicht zu ihrer Vertretung berechtigt war. Dann würde es sich bei dem Genehmigungsvorbehalt um eine Wirksamkeitsvoraussetzung des Vertrages handeln, mithin um eine Rechtsbedingung (Ermann/Hefermehl, BGB, 9. Aufl. Rdnr. 5 vor § 158 für die Genehmigung des vollmachtlos Vertretenen; RGZ 129, 357, 376 für die behördliche Genehmigung), für die der Rechtsgedanke des § 162 BGB nur ausnahmsweise gemäß dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) herangezogen werden kann (Ermann/

Hefermehl aaO § 162 Rdnr. 1; vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 55. Aufl., § 162 Rdnr. 1).

Das Berufungsgericht hingegen hat den Genehmigungsvorbehalt als Wollensbedingung verstanden. Da es zudem ausdrücklich von einer "Nachgenehmigung" spricht, deren Vereinbarung habe verhindern sollen, daß der im Gründungsstadium abgeschlossene Vertrag mit der Eintragung automatisch wirksam werde, geht das Berufungsgericht offensichtlich davon aus, daß der Beklagte mit Vertretungsmacht für die A. GmbH gehandelt hat. Bei einer Wollensbedingung, die die Bindungswirkung des Rechtsgeschäfts in das freie Belieben stellt, auch bei der Selbstbeschränkung eines befugten Vertreters (Soergel/Wolf, BGB, 12. Aufl. Rdnr. 37 vor § 158), ist § 162 BGB aber gleichfalls nicht anwendbar (RGZ 115, 296, 302; Palandt/Heinrichs aaO; Soergel/Wolf aaO Rdnr. 38 vor § 158), jedenfalls nicht für das Verhalten desjenigen der Vertragspartner, der die Entscheidung zu treffen hat (Soergel/Wolf aaO § 162 Rdnr. 6).

Anders wäre die Rechtslage zu beurteilen, wenn sich die A. GmbH - wie die Klägerin in der mündlichen Revisionsverhandlung ausgeführt hat - durch die Erklärung ihres Geschäftsführers S. vom 27. Oktober 1992 selbst zur Genehmigung des Anteilskaufvertrages verpflichtet hätte. Das liegt deshalb nahe, weil S. die Verpflichtungserklärung ausdrücklich "als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Fa. A. GmbH i.Gr." abgegeben hat. Unter diesem Gesichtspunkt hat das Berufungsgericht die Urkunde vom 27. Oktober 1992 nicht gewürdigt.

Sollte die erneute Überprüfung und Auslegung der privatschriftlichen Erklärung vom 27. Oktober 1992 zur Annahme einer Verpflichtung der A. GmbH zur Genehmigung des Kaufvertrages führen, so würde es sich bei dieser Genehmigung nicht mehr um eine Wollensbedingung in dem oben dargelegten Sinn handeln; denn der Eintritt der Bedingung wäre dann nicht in das freie Belieben der Partei, die sich die endgültige Erklärung vorbehalten hat, gestellt. In einem solchen Fall besteht vielmehr auch für diese Partei bereits vor Eintritt der Bedingung auf Grund ihrer Verpflichtungserklärung eine vertragsähnliche Bindung, von der sie sich nur noch in den Grenzen von Treu und Glauben lösen kann. Verhindert sie den Eintritt der Bedingung - hier durch Nichtabgabe der Genehmigungserklärung - ohne triftigen Grund, so gilt die Bedingung nach der - zumindest analog anwendbaren - Vorschrift des § 162 Abs. 1 BGB als eingetreten. Auch bei der Annahme einer Rechtsbedingung wäre eine derartige Bindung der Partei zu bejahen, wenn von deren Genehmigung die Wirksamkeit des Vertrages kraft Gesetzes abhängig ist. Sie muß sich dann, wenn sie die Genehmigung wider Treu und Glauben verweigert, dem Rechtsgedanken des § 162 BGB entsprechend so behandeln lassen, als habe sie dem Vertrag zugestimmt.

Das hätte im vorliegenden Fall zur Folge, daß der Anteilskaufvertrag unmittelbar im Verhältnis der Vertragsparteien als genehmigt gelten würde und damit wirksam zustande gekommen wäre. Für die so begründete Kaufpreisforderung der Klägerin würde der Beklagte als Bürge haften.

bb) Ist der Kaufvertrag dagegen mangels Genehmigung durch die von den Beklagten vertretene A. GmbH unwirksam und kann die Erteilung der Genehmigung nicht nach § 162 BGB zwischen den Vertragsschließenden fingiert werden, ist eine Bürgschaftsverpflichtung des Beklagten nicht entstanden. Das Berufungsgericht meint allerdings, die Genehmigung des Kaufvertrages sei im Verhältnis der Parteien als Partner des Bürgschaftsvertrages als abgegeben anzusehen, so daß gegenüber dem Beklagten als Bürgen die Hauptverbindlichkeit als bestehend gelte. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Die Inanspruchnahme des Beklagten hängt kraft Gesetzes (§ 767 BGB) von dem jeweiligen Bestand der Hauptverbindlichkeit ab. Ohne Entstehung und Fälligkeit der Hauptforderung (hier: der Kaufpreisforderung) wird auch die Verpflichtung des Bürgen nicht existent. Das folgt unmittelbar aus der Akzessorietät der Bürgschaft. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist es daher nicht möglich, die Entstehung einer wirksamen Hauptverbindlichkeit beschränkt auf das Verhältnis der Parteien eines Bürgschaftsvertrages zu fingieren. Von dem Grundsatz der Akzessorietät kann auch bei einem treuwidrigen Verhalten des Bürgen in bezug auf das Nichtentstehen der Hauptforderung nicht abgegangen werden. Überdies würde der vom Berufungsgericht eingeschlagene Weg zu einem unakzeptablen Ergebnis führen: Der Gläubiger käme über die Bürgschaft in den Genuß der vollen vertraglichen Leistung, wäre aber mangels Wirksamkeit des Hauptvertrages nicht verpflichtet, dem Hauptschuldner die Gegenleistung zu erbringen.

III. Sollten die weiteren Feststellungen zu dem Ergebnis führen, daß die Bürgschaftsforderung der Klägerin nicht besteht, so bedeutet das jedoch nicht, daß damit jeglicher Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten entfällt. Die in der privatschriftlichen Erklärung vom 27. Oktober 1992 gegenüber der Treuhandanstalt übernommene Gewähr des Beklagten für die Genehmigung des notariellen Kaufvertrages erschöpfte sich nicht in der vom Berufungsgericht angenommenen Bedeutung als tatsächliche und rechtliche Grundlage für die Fiktion des § 162 Abs. 1 BGB. Hierfür hätte bereits die vom Beklagten eingegangene Verpflichtung zur Herbeiführung der Genehmigung ausgereicht. Der Beklagte hat aber darüber hinaus ausdrücklich "auch die Gewähr dafür (übernommen), daß der Vertrag ... nachgenehmigt wird." Sowohl der Wortlaut als auch die gesamten Begleitumstände dieser Erklärung sprechen vor dem Hintergrund der bei der Verkäuferin und dem Beklagten (Steuerberater) vorauszusetzenden Rechtskenntnisse dafür, daß der Beklagte damit die Garantie für das Zustandekommen des Kaufvertrages übernehmen wollte und sollte. Dieses Verständnis entspricht auch dem Grundsatz einer nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung (vgl. Senatsurteil vom 8. Juni 1994 - VIII ZR 103/93 = WM 1994, 1720 unter II 2 b). Die Treuhandanstalt war schon aufgrund ihrer Aufgabenstellung an der Veräußerung, der Beklagte in seiner Eigenschaft als Hauptgesellschafter und Geschäftsführer der Alleingesellschafterin der Käuferin am Erwerb der GmbH interessiert. Zweck der Gewährsübernahme war es offensichtlich, daß der Beklagte für den versprochenen Erfolg persönlich einstehen sollte, und zwar auch dann, wenn es zum Abschluß eines wirksamen Kaufvertrages - aus welchen Gründen auch immer - nicht kommen sollte. Diese

Loslösung von Entstehen, Bestand und Höhe der Hauptschuld macht das Wesen der Gewährsübernahme oder des gesetzlich nicht geregelten Garantievertrages aus (vgl. MünchKomm/Pecher, 2. Aufl. Rdnrn. 3 und 18 vor § 765; BGH, Urteil vom 13. Juni 1996 - IX ZR 172/95 = WM 1996, 1467 unter II 2 a m.w.Nachw.; Palandt/Thomas aaO, Einführung 16 vor § 765; Rdnr. 11 zu § 765 BGB).

Zwar hat die Klägerin in ihrer Berufungserwiderung ihr Klagebegehren ausdrücklich auch auf jenen Gesichtspunkt gestützt und ausgeführt, "selbstverständlich (werde) der Beklagte auch aus dieser von ihm persönlich übernommenen Gewähr (Hervorhebung im Original) in Anspruch genommen". Die Geltendmachung einer Forderung aus dem Garantieversprechen des Beklagten stellt jedoch eine Klageänderung dar (vgl. Zöllner/Greger, 19. Aufl., § 263 Rdnrn. 7 und 8); sie ist nicht auf Erfüllung einer Hauptforderung, sondern auf Schadloshaltung des Gläubigers gerichtet. Für sie gelten die Grundsätze des Schadensersatzrechts (BGH, Urteile vom 21. Februar 1968 - Ib ZR 132/66 = WM 1968, 680; vom 9. Dezember 1993 - III ZR 94/92 = BGHR BGB vor § 765 Garantievertrag 1; MünchKomm/Pecher aaO; Palandt/Thomas aaO, Einführung 16 vor § 765). Der Anspruch konnte deshalb - von der vom Berufungsgericht im Rahmen des § 162 Abs. 1 BGB bereits abgehandelten Gewährserklärung abgesehen - nur auf neuer Tatsachengrundlage geprüft werden. Insbesondere hätte die Klägerin vortragen müssen, welcher Schaden ihr durch die Nichtdurchführung des Kaufvertrages entstanden ist. Andererseits bestand nach dem gesamten Prozeßverlauf für sie kein Anlaß zu einem derartigen Vortrag, zumal auch das Berufungsgericht - aus seiner Sicht folgerichtig - auf das

Hilfsargument der Klägerin nicht eingegangen ist und den Parteien keinen entsprechenden rechtlichen Hinweis erteilt hat.

Eine solche Klageänderung wäre jedoch nur unter den Voraussetzungen des § 263 ZPO zulässig gewesen. Die - vom Berufungsgericht unterlassene - Prüfung der Sachdienlichkeit kann das Revisionsgericht nachholen (BGHR ZPO § 263 Sachdienlichkeit 1, 2 und 5); sie ist zu bejahen, weil kein völlig neuer Streitstoff zur Beurteilung und Entscheidung gestellt wird, vielmehr das Ergebnis der bisherigen Prozeßführung jedenfalls teilweise verwertet und ein weiterer Prozeß vermieden werden kann. Daß die Klageänderung schon in erster Instanz möglich gewesen wäre und in der Berufungsinstanz neue Parteierklärungen und Beweiserhebungen erforderlich werden, steht der Sachdienlichkeit nicht entgegen (BGHR aaO Sachdienlichkeit 3 m.w.Nachw.).

Da das Berufungsurteil auf der bisherigen Grundlage nicht bestehen bleiben kann, der Klageanspruch aber unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Haftung aus einer Gewährsübernahme mindestens teilweise begründet erscheint und die Klageänderung sachdienlich ist, war die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen; eine eigene Sachentscheidung des Senats kommt nicht in Betracht (§ 565 Abs. 1 und 3 ZPO). In der neuen Berufungsverhandlung werden die

Parteien Gelegenheit haben, zu dem Gesichtspunkt der Übernahme einer Gewähr oder Garantie in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ergänzend vorzutragen.

Dr. Deppert

Dr. Zülch

Dr. Paulusch

Dr. Beyer

Wiechers