

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 774 Abs. 2, 426

- a) Zur Frage des Ausgleichs zwischen Mitbürgen, wenn der Mitbürge, der an den Gläubiger gezahlt hat, dem Gläubiger zusätzlich eine Grundsuld als Sicherheit bestellt hatte und mit der Zahlung zugleich den dinglichen Anspruch des Gläubigers aus der Grundsuld erfüllt hat.
- b) Zur Frage des Ausgleichs zwischen Mitbürgen, die sich als Gesellschafter einer GmbH für Schulden der Gesellschaft verbürgt haben, wenn der eine Mitbürge dem anderen seinen Geschäftsanteil übertragen hat und dadurch aus der Gesellschaft ausgeschieden ist.

BGH, Urt. v. 11. Juli 1973 - VIII ZR 178/72 - KG Berlin
LG Berlin

31

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 178/72

URTEIL

Verkündet am
11. Juli 1973
Mückenhäusen,
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Hans-Jürgen K [REDACTED] in B [REDACTED],
S [REDACTED] weg [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Hausfrau Jutta P [REDACTED] in B [REDACTED],
F [REDACTED] Straße [REDACTED]

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Juli 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Claßen, Mormann, Braxmaier und Hoffmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 6. Juli 1972 insoweit aufgehoben, als der Beklagte zu I zur Zahlung von mehr als 21 241,01 DM nebst 10 vom Hundert Zinsen für das Jahr von

8	833,33	DM	seit dem 1. September 1970
weiteren 4	166,67	DM	seit dem 4. September 1970
weiteren 1	666,67	DM	seit dem 22. Oktober 1970
weiteren 1	666,67	DM	seit dem 4. Dezember 1970
weiteren 1	000,00	DM	seit dem 8. Januar 1971
weiteren 3	907,67	DM	seit dem 8. Februar 1971

verurteilt worden ist, ferner zu II insoweit, als dem Beklagten mehr als 3/7 der Kosten des ersten und zweiten Rechtszuges auferlegt worden sind.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen



Tatbestand

Der Beklagte und der Ehemann der Klägerin waren die Gesellschafter einer GmbH, die bei ihrer Hausbank einen Kontokorrentkredit in Anspruch nahm. Beide Parteien übernahmen am 22. Februar 1968 in gleichlautenden Formularen gegenüber der Bank eine Bürgschaft für alle Forderungen der Bank aus der Geschäftsverbindung mit der GmbH. In den Bürgschaftsurkunden heißt es:

"... Auf Ihr (der Bank) Verlangen bin ich verpflichtet, für diese Bürgschaft eine Ihnen genehme Sicherheit zu leisten..."

Auch der Ehemann der Klägerin verbürgte sich gegenüber der Bank. Die Klägerin bestellte am 10. Mai 1968 und 29. Januar 1969 außerdem zwei Sicherungsgrundschulden in Höhe von je 100 000 DM für die Bank. Am 22. Dezember 1969 schied der Beklagte durch Übertragung seines Geschäftsanteils auf den Ehemann der Klägerin aus der GmbH aus. Im Januar 1970 bat der Beklagte die Bank, ihn aus der Bürgschaft zu entlassen; die Bank lehnte dies ab. Am 6. Februar 1970 kündigte die Bank gegenüber der GmbH den Kontokorrentkredit. Mit Anwaltsschreiben vom 17. Februar 1970 kündigte der Beklagte mit Rücksicht auf sein Ausscheiden aus der GmbH gegenüber der Bank die Bürgschaft "für zukünftige Forderungen". Am 6. Juli 1970 fiel die GmbH in Konkurs.

Die Klägerin behauptet, nach der Konkurseröffnung als Bürgin elf Beträge von zusammen 149 261,08 DM an die

Bank gezahlt und diese damit voll befriedigt zu haben. Sie verlangt davon $1/3 = 49\,753,66$ DM nebst 10 % Zinsen vom Beklagten als Mitbürgen erstattet, und zwar in erster Linie als Mitbürgin aus eigenem Ausgleichsanspruch, hilfsweise auf Grund eines ihr von ihrem Ehemann abgetretenen Ausgleichsanspruchs. Das Landgericht hat nicht als bewiesen angesehen, daß die Klägerin von den elf geltend gemachten Beträgen drei Beträge von $5\,200 + 8\,500 + 71\,750,08$ DM als Bürgin an die Bank gezahlt habe und hat deshalb - unter Abweisung der Mehrforderung - den Beklagten nur zur Zahlung von $21\,241,01$ DM, außerdem nur zur Zahlung von 4 % Zinsen verurteilt. Gegen das Urteil hat nur die Klägerin Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat für erwiesen angesehen, daß die Klägerin auch die in der Berufungsinstanz noch streitigen drei Beträge als Bürgin an die Bank gezahlt habe und hat deshalb den Beklagten zur Zahlung von $49\,564,82$ DM, ferner zur Zahlung von 10 % Zinsen seit dem Zeitpunkt der Zahlungen an die Bank verurteilt. Die noch verbleibende Abweisung der geringen Mehrforderung der Klägerin rechtfertigt das Berufungsgericht damit, daß insoweit die Klägerin solche Forderungen der Bank bezahlt habe, die erst nach dem 31. März 1970 entstanden seien, zu welchem Zeitpunkt der Beklagte seine Bürgschaft wirksam gekündigt habe. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte Revision eingelegt mit dem Antrag, das Urteil des Landgerichtswiederherzustellen. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Der Rechtsstreit ist, weil der Beklagte gegen das Urteil des Landgerichts keine Berufung eingelegt hat, nur insoweit in die Revisionsinstanz gelangt, als das Berufungsgericht - über das Urteil des Landgerichts hinaus - den Beklagten auch zur Zahlung eines Drittels der in der Berufungsinstanz streitig gewesenen drei Beträge von 5 200 + 8 500 + 71 750,08 DM und zur Zahlung von mehr als 4 % Zinsen verurteilt hat.

1. Der Ausgleichsanspruch der Klägerin

a) Das Berufungsgericht geht davon aus, daß gemäß §§ 769, 774 Abs. 2, 426 Abs. 2 BGB der Beklagte als Mitbürge gegenüber der Klägerin und gegebenenfalls auch gegenüber deren Ehemann zur Ausgleichung in Höhe eines Drittels verpflichtet ist.

Bezüglich des am 7. Juli 1970 an die Bank gezahlten Betrages von 5 200 DM läßt das Berufungsgericht unentschieden, ob diesen Betrag die Klägerin oder deren Ehemann als Mitbürge gezahlt habe; im zweiten Fall sei der entsprechende Ausgleichsanspruch aus abgetretenem Recht des Ehemannes begründet.

Bei dem am 31. Juli 1970 an die Bank gezahlten Betrag von 8 500 DM handelt es sich um den Erlös aus dem Verkauf eines Kraftwagens des Ehemannes der Klägerin. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hat diesen Betrag der Ehemann der Klägerin im eigenen

Namen, und nicht im Namen seiner Ehefrau an die Bank bezahlt. Das Berufungsgericht hat deshalb der Klageforderung insoweit nur aus abgetretenem Recht des Ehemannes der Klägerin entsprochen.

Der am 5. November 1970 an die Bank gezahlte Betrag von 71 750,08 DM stammt aus einer von der Bank veranlaßten Umschuldung des Grundstücks der Klägerin, das für die Bank mit den zwei Grundschulden von je 100 000 DM belastet war. Das Berufungsgericht läßt unentschieden, ob der durch den Rechtsanwalt der Eheleute P. an die Bank gezahlte Betrag im Namen der Klägerin oder ihres Ehemannes oder im Namen beider Eheleute gezahlt worden ist, weil auch hier ein Ausgleichsanspruch in jedem Fall aus abgetretenem Recht des Ehemannes der Klägerin begründet sei.

b) Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Beweislast verkannt (§ 282 ZPO), ist offensichtlich unbegründet. Das Berufungsgericht hat nicht auf die Beweislast abgestellt, sondern in zwei Fällen zugunsten des Beklagten unterstellt, in einem weiteren Falle zugunsten des Beklagten festgestellt, daß nicht die Klägerin, sondern ihr Ehemann die streitigen Zahlungen an die Bank geleistet habe. Ebenso unbegründet ist die weitere Rüge der Revision, der Ehemann der Klägerin habe, soweit er gezahlt habe, als Geschäftsführer der GmbH, also für die Hauptschuldnerin und nicht in seiner Eigenschaft als Bürge an die Bank gezahlt. Insoweit handelt es sich um schon gemäß § 561 ZPO unbeachtliches neues Vorbringen in der Revisionsinstanz.

Die Revision kann auch nichts für den Beklagten Günstiges daraus herleiten, daß mit den am 5. November 1970 an die Bank gezahlten 71 750,08 DM zugleich deren Ansprüche aus den für sie bestellten Grundschulden befriedigt worden sind. Zwar ist seit langem im Schrifttum streitig, ob und in welcher Weise eine Ausgleichung im Verhältnis zwischen Bürgen und Verpfänder bzw. Grundstückseigentümer und umgekehrt verlangt werden kann. Nach überwiegender Meinung wird im Hinblick auf §§ 771, 776 BGB dem Bürgen der Rückgriff auf dingliche Sicherungen in voller Höhe zuerkannt, dem Pfand- und Hypothekenschuldner aber kein Rückgriff gegen den Bürgen (Strohal, DJZ 1903, 373 ff; Soergel/Augustin, BGB 10. Aufl. § 1225 Nr. 8; Staudinger/Spreng, BGB 11. Aufl. § 1225 Nr. 2 b m.w. Nachw.; anderer Meinung, für Ausgleich wie unter Gesamtschuldern: Esser, Schuldrecht 4. Aufl. Bd. II § 87 IV e; Westermann, Sachenrecht 5. Aufl. § 129 IV 2; vgl. auch Ehmann, Die Gesamtschuld, Berlin 1972 S. 353 f). Diese Frage ist jedoch hier nicht zu entscheiden. Im vorliegenden Falle waren alle drei Beteiligten (die Parteien und der Ehemann der Klägerin) Mitbürgen i. S. der §§ 769, 774 Abs. 2 BGB. Als solche hafteten sie nach der letztgenannten Bestimmung "einander nur nach § 426", d.h., "soweit nicht ein anderes bestimmt war" (was sich auch aus einer stillschweigenden Vereinbarung oder den Umständen bei Eingehung der Schuld ergeben konnte; vgl. dazu weiter unten unter c) "zu gleichen Anteilen" (§ 426 Abs. 1 Satz 1). Im vorliegenden Fall konnte die Tatsache, daß auf Verlangen der Gläubigerin eine der drei Mitbürgen, nämlich die Klägerin, zusätzlich zu ihrer Bürgschaft der Gläubigerin noch Grundschulden bestellt hatte, wozu sie - wie die beiden anderen Bürgen -

auf Grund des formularmäßigen Bürgschaftsvertrages verpflichtet war, das Innenverhältnis zwischen den Mitbürgen nicht berühren. Auch soweit die Klägerin die Mittel für die Befriedigung der Bank durch Umschuldung aus dem belasteten Grundstück gewann, leistete sie als Bürgin und hat deshalb gegen die Mitbürgen einen Ausgleichsanspruch gemäß §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 BGB.

c) Dagegen hat eine Verfahrensrüge des Beklagten (§ 286 ZPO) Erfolg.

Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß der Beklagte am 22. Dezember 1969 durch Übertragung seines Geschäftsanteils auf den Ehemann der Klägerin, der also seit diesem Zeitpunkt Alleingesellschafter der GmbH war, aus der Gesellschaft ausgeschieden ist. Auf dieses Ausscheiden hat der Beklagte sich schon in der Klagebegründung (GA Bl. 25 f), allerdings in anderem Zusammenhang, berufen. Er hat geltend gemacht, für alle Beteiligten sei erkennbar gewesen, daß die Bürgschaft an seine Gesellschaftereigenschaft geknüpft gewesen sei, und deshalb sei er berechtigt gewesen, nach seinem Ausscheiden die Bürgschaft mit der Wirkung zu kündigen, daß er für nach seinem Ausscheiden entstehende Verbindlichkeiten der GmbH nicht mehr hafte. Die Vorinstanzen und alle Prozeßbeteiligten haben sich mit diesem Vorbringen des Beklagten nur unter diesem von ihm angeschnittenen rechtlichen Gesichtspunkt befaßt.

Die Revision rügt demgegenüber, das Berufungsgericht habe das Ausscheiden des Beklagten aus der

Gesellschaft auch unter dem Gesichtspunkt berücksichtigen müssen, daß mit der Übertragung des Geschäftsanteils des Beklagten auf den Ehemann der Klägerin auch dessen etwaiger Ausgleichsanspruch gegen den Beklagten als Mitbürgen entfallen sei. Diese Rüge hat Erfolg.

Daß für den Ausgleichsanspruch eines Mitbürgen der Umstand von Bedeutung sein kann, daß er sich als Gesellschafter für Gesellschaftsschulden verbürgt hat, liegt auf der Hand und ist von der Rechtsprechung mehrfach anerkannt worden. So hat das Reichsgericht (WarnRspr 1914, 247) ausgesprochen, daß Gesellschafter einer GmbH aus einer von ihnen übernommenen Bürgschaft im Innenverhältnis nicht nach Kopfteilen, sondern im Zweifel nach dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile haften. Bei einer offenen Handelsgesellschaft hat im Regelfall der aus der Bürgschaft in Anspruch genommene Gesellschafter keinen Rückgriffsanspruch gegen einen Dritten, der sich neben den Gesellschaftern für eine Schuld der offenen Handelsgesellschaft verbürgt hatte (BGH MDR 1959, 277). Überträgt - wie hier - der eine von zwei Gesellschaftern einer GmbH, die sich beide für bestimmte Gesellschaftsschulden verbürgt haben, seinen Geschäftsanteil auf den anderen Gesellschafter, so liegt es, falls in dem Übertragungsvertrag nichts anderes vereinbart ist oder keine besonderen Umstände gegeben sind, mindestens nahe, daß nach dem Willen der Vertragsparteien im Innenverhältnis der nunmehrige Alleingesellschafter auch allein für die Erfüllung der Bürgschaftsschuld einzustehen hat. Damit wäre i. S. des § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB "ein anderes

bestimmt" worden. Dazu bedurfte es keiner ausdrücklichen Vereinbarung der Vertragsparteien, sie konnte sich als stillschweigende Vereinbarung aus den Umständen ergeben. Das Berufungsgericht hätte deshalb - gegebenenfalls unter Ausübung seines Fragerechts nach § 139 ZPO - prüfen müssen, ob durch das Ausscheiden des Beklagten aus der GmbH auch ein Ausgleichsanspruch des Ehemannes der Klägerin gegen den Beklagten betroffen wurde. Es ist nicht auszuschließen, daß dann das Berufungsgericht zu einer anderen Beurteilung jedenfalls insoweit gelangt wäre, als die Klägerin einen Ausgleichsanspruch aus abgetretenem Recht ihres Ehemannes herleitet. Da nach den Unterstellungen des Berufungsurteils dies für alle drei noch streitigen Beträge in Frage kommen kann, war das Berufungsurteil gemäß § 564 ZPO insoweit aufzuheben, als es den Beklagten über das Urteil des Landgerichts hinaus zur Zahlung von mehr als 21 241,01 DM Hauptforderung verurteilt hat.

2. Die Zinsforderung

Das Berufungsgericht hat den Beklagten unter Hinweis auf BGHZ 35, 172 antragsgemäß verurteilt, die Klageforderung, soweit ihr entsprochen ist, mit 10 % zu verzinsen, und zwar seit dem Zeitpunkt, in dem die Klägerin bzw. ihr Ehemann die einzelnen Beträge an die Bank gezahlt haben, weil die Bank als Gläubigerin von der GmbH als Hauptschuldnerin vertraglich höhere Zinsen habe verlangen können. Das unterliegt keinen rechtlichen Bedenken. Der Bundesgerichtshof hat in der erwähnten Entscheidung ausgesprochen, daß der Bürge, der den Gläubiger befriedigt und dadurch kraft Gesetzes

dessen Forderung gegen den Hauptschuldner erwirbt, vom Hauptschuldner die Zinsen beanspruchen kann, die dieser mit dem Gläubiger vertraglich vereinbart hatte. Demnach ist, soweit die Klägerin bzw. ihr Ehemann die Forderung der Bank bezahlt haben, diese mit mindestens 10 % zu verzinsende Forderung in Höhe der geleisteten Zahlungen auf die Klägerin bzw. ihren Ehemann übergegangen und mit ihr gemäß §§ 774, 412, 401 BGB auch die Bürgschaftsforderung der Bank gegen den Beklagten, soweit dieser im Innenverhältnis ausgleichspflichtig ist (§ 774 Abs. 2 BGB).

Insoweit ist die Revision des Beklagten, der zu Unrecht Verletzung des § 551 Abs. 1 Nr. 7 ZPO (fehlende Entscheidungsgründe) rügt, unbegründet.

3. Im Umfang der Aufhebung (s. oben zu 1) war die Sache gemäß § 565 ZPO zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Da von der neuen Entscheidung abhängt, welche Partei die Kosten der Revision zu tragen hat, war auch diese Entscheidung dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Haidinger

Claßen

Mormann

Braxmaier

Hoffmann