

Verkündet
am 14. Januar 1960
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Verlagsdirektors Walter Le [REDACTED] in H [REDACTED],
F [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma C [REDACTED] & B [REDACTED] KG in L [REDACTED], vertreten durch
den persönlich haftenden Gesellschafter Kaufmann Hinrich
B [REDACTED] in G [REDACTED], Kreis Sch [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 14. Januar 1960 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel, Dr. Heimann-
Trosien, Erbel und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle
vom 14. Oktober 1958 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision, an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte war Geschäftsführer und Alleingesellschafter der "Walter Le[REDACTED]-Verlag GmbH". Die Klägerin, eine Druckerei, hatte Wechselforderungen gegen die GmbH. Diese geriet Ende 1954 in Zahlungsschwierigkeiten und bat deswegen die Klägerin um Prolongierung von Wechseln zunächst in Höhe von 50.000 DM. Die Klägerin wandte sich an ihre Bank, die die Wechsel diskontiert hatte. Die Bank erklärte sich zur Verlängerung bereit, wenn der Beklagte und seine Ehefrau die persönliche Haftung übernahmen. Die Klägerin benachrichtigte den Beklagten hiervon mit Schreiben vom 2. März 1955.

Am 26. März 1955 teilte der Steuerberater der GmbH, Schu[REDACTED], der Klägerin mit, daß die Schuldnerin nicht in der Lage sei, die in der Hand der Klägerin befindlichen, von April bis Juli 1955 fällig werdenden Wechsel einzulösen und bat um deren Prolongierung; andernfalls sei ein Vergleichsverfahren mit einem Forderungsausfall von mindestens 60-70 % unvermeidlich. Ähnliche Stundungsgesuche richtete er an andere Gläubiger der GmbH.

Der persönlich haftende Gesellschafter der Klägerin begab sich darauf am 30. März 1955 zum Beklagten und verhandelte mit ihm. Er sagte die Prolongation grundsätzlich zu, verlangte jedoch erneut, daß sich der Beklagte und dessen Ehefrau für die Wechselschuld verbürgten. Der Beklagte lehnte dies zunächst ab, übernahm dann aber doch am 31. März 1955 "für alle Ausfälle, die (der Klägerin) aus der Wechselbeziehung ... entstehen sollten, ... die selbstschuldnerische Bürgschaft als Gesamtschuldner. ..."

Die GmbH konnte die übernommenen Zahlungsverpflichtungen nicht einhalten, zumal ein anderer Gläubiger einen

- 3 -

Wechsel protestieren ließ. Sie beantragte daher am 12. Mai 1955 die Eröffnung des Vergleichsverfahrens. Am 14. Oktober 1955 kam ein gerichtlich bestätigter Vergleich zustande; danach sollten die Gläubiger 40 % ihrer Forderungen, eine Zusatzquote von 5 % sowie eine Besserungsquote von 20 % erhalten. Die GmbH hat die geschuldeten 40 % gezahlt; die Zusatzquote von 5 % hat die Klägerin gestundet. Ob die Besserungsquote gezahlt werden wird, ist noch ungewiß.

Die Klägerin nimmt den Beklagten aus der Bürgschaft für den in Höhe von 35 % ihrer Wechselforderungen feststehenden Ausfall in Anspruch. Diesen berechnet sie von einem Gesamtbetrag von 363.417,90 DM auf 127.196,30 DM. Ferner verlangt sie die ihr durch Kreditaufnahmen entstandenen Unkosten mit 78.123,76 DM ersetzt. Sie hat die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 205.320,06 DM nebst 10 % Zinsen seit dem 1. Januar 1958 verlangt.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er hat geltend gemacht, die Bürgschaft sei gemäß dem § 138 BGB nichtig. Zudem habe er sie auch nur unter der Bedingung übernommen, daß ein Vergleichsverfahren über das Vermögen der GmbH vermieden werde; in jedem Falle sei durch die Eröffnung dieses Verfahrens die Geschäftsgrundlage für die Bürgschaftsverpflichtung weggefallen.

Das Landgericht hat der Klägerin durch Teilurteil 35 % der am 26. März 1955 bestehenden Wechselforderungen von insgesamt 316.271,33 DM, also 110.694,97 DM nebst 4 % Zinsen hiervon seit dem 1. Januar 1958 zugesprochen; die Entscheidung über die darüber hinausgehenden Ansprüche hat es sich vorbehalten. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen.



Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage, soweit ihr die Vorinstanzen stattgegeben haben. Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision macht in erster Linie geltend, das Vorgehen der Klägerin sei mit Treu und Glauben nicht vereinbar. Sie stützt sich hierbei auf das zum Teil von dem Berufungsgericht nicht berücksichtigte Vorbringen des Beklagten in den Tatsacheninstanzen. In sinngemäßer Auslegung der bereits in der Revisionsbegründung enthaltenen Angaben trägt sie vor:

Dem Beklagten habe zur Erfüllung der Bürgschaftsverpflichtung vom 31. März 1955 zunächst sein Privatvermögen zur Verfügung gestanden. Dieses habe er später in vollem Umfange der GmbH überlassen, um die Durchführung des Zwangsvergleichs zu ermöglichen. Hierzu habe er sich nur bereit gefunden, weil er angenommen habe, die Bürgschaft sei erloschen. Hätte er damit gerechnet, daß er der Klägerin nach wie vor persönlich hafte, hätte er sein Vermögen nicht weggegeben.

Der Klägerin seien alle diese Umstände, insbesondere auch die Annahme des Beklagten, daß seine Bürgschaftsverpflichtung sich infolge des Vergleichsverfahrens erledigt habe, bekannt gewesen. Trotzdem habe sie dessen Vorgehen ausdrücklich gefördert, ohne ihn darauf hinzuweisen, daß sie ihn weiter in Anspruch nehmen wolle. Unter diesen Umständen stelle ihr Klageverlangen, mit dem sie erstmalig rund 2 Jahre nach dem Vergleich und nach dessen Erfüllung hervorgetreten sei, eine unzulässige Rechtsausübung dar.

Auf eine solche Würdigung hatte sich der Beklagte bisher nicht berufen. Auch das Oberlandesgericht hatte sich nicht damit befaßt; es erörtert ausschließlich die Fragen, welchen Inhalt die Bürgschaftserklärung gehabt hat, ob sie gemäß dem § 138 BGB nichtig und ob die Geschäftsgrundlage dafür weggefallen ist.

Das hindert aber nicht die Berücksichtigung des neu erhobenen Einwandes, soweit er an Hand der Feststellungen des Berufungsgerichts und der Behauptungen des Beklagten, deren Übergehung die Revision gemäß dem § 286 ZPO rügt, schlüssig ist. Diese Voraussetzungen sind gegeben.

1.) Der Beklagte hat mehrfach behauptet, er habe der GmbH sein gesamtes Vermögen für den Zwangsvergleich überlassen, so Seite 3 und 9 seines Schriftsatzes vom 13. Mai und Seite 4 seines Schriftsatzes vom 15. September 1958; er hat dies in dem letztgenannten Schriftsatz auch unter Beweis gestellt. Nicht richtig ist zwar die Annahme der Revision, die Klägerin habe dieses Vorbringen zugestanden; sie hat es im Gegenteil, z.B. im Schriftsatz vom 30. August 1958, bestritten und behauptet, der Beklagte habe nur die Geltendmachung eigener Forderungen gegen die GmbH zurückgestellt, wie dies übrigens auch nach dem bei den Gerichtsakten befindlichen Protokoll der 1. Gläubigerbeirats-sitzung vom 27. Juni 1955 vorgesehen war. Das Revisionsgericht muß aber die Behauptungen des Beklagten unterstellen, da es sie nicht tatsächlich würdigen kann.

Den angeführten Schriftsätzen des Beklagten ist ferner die Behauptung zu entnehmen, er habe sein Vermögen nur deshalb für den Zwangsvergleich geopfert, weil er die Bürgschaft für erloschen gehalten habe; der Klägerin sei dies auch bekannt gewesen (vgl. insbesondere S. 13 des

Schriftsatzes vom 13. Mai 1958). Schließlich ist, soweit ersichtlich, bisher unstreitig, daß die Klägerin zwar die Großgläubiger, nicht aber den Beklagten auf das Fortbestehen der Bürgschaft hingewiesen (vgl. Schriftsatz der Klägerin vom 10. März 1958 S. 3), und daß sie sich für die Durchführung des Vergleichs unter den vorgesehenen Bedingungen eingesetzt hat.

2.) Dieses Vorbringen könnte, wenn es zutreffen sollte, die Annahme rechtfertigen, daß die Geltendmachung der Klageforderung gegen Treu und Glauben verstößt.

Die Klägerin hätte in diesem Falle den ihr bekannten Irrtum des Beklagten über den Wegfall der Bürgschaftsverpflichtung ausgenutzt, um ihn zu bewegen, sein Privatvermögen zur Erfüllung des Zwangsvergleichs der GmbH hinzugeben; dieses hätte dem Beklagten also, wie ihr dann nicht entgangen sein könnte, nicht mehr zur Befriedigung der gegenüber der Klägerin bestehenden Bürgschaftsverpflichtung zur Verfügung gestanden.

Hätte die Klägerin aber den Beklagten bewußt zu Maßnahmen veranlaßt, die ganz auf dem Nichtbestehen der Bürgschaft aufgebaut waren, oder hätte sie derartige Handlungen mindestens gefördert, dann würde einem späteren Zurückgreifen auf die Bürgschaftsforderung in der Tat die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung entgegenstehen. Denn die Klägerin würde sich in einem solchen Falle mit ihrem früheren Verhalten in einen mit Treu und Glauben nicht zu vereinenden Widerspruch gesetzt haben.

3.) Der Klägerin ist zuzugeben, daß es nach den Sachumständen fraglich ist, ob es dem Beklagten gelingen wird, den ihm obliegenden Beweis für die Tatsachen zu erbringen,

die eine dahingehende Beurteilung rechtfertigen könnten.

Eine solche Würdigung ist aber nicht ausgeschlossen. Es bedarf daher der nochmaligen tatrichterlichen Entscheidung, zu deren Nachholung das Urteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden muß. Das Oberlandesgericht wird sich dann auch mit dem beachtlichen Hinweise der Klägerin zu befassen haben, der Beklagte habe bei den Verhandlungen über den Abschluß des Zwangsvergleichs das Fortbestehen der Bürgschaftsschuld sehr wohl für möglich gehalten, aber bewußt geschwiegen.

II. Das Berufungsgericht verneint die von dem Beklagten behauptete Sittenwidrigkeit des Bürgschaftsvertrags. Es führt ferner aus, das Abkommen sei nicht unter der Bedingung geschlossen, daß es zu keinem Vergleichs- oder Konkursverfahren komme. Schließlich hält es auch die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht für anwendbar.

Diese Darlegungen sind rechtlich nicht zu beanstanden (vgl. zur Frage des Wegfalls der Geschäftsgrundlage bei der Bürgschaft das Urteil des Senats vom 9. März 1959 - VII ZR 90/58 - WM 1959, 855). Die Revision greift sie nur insoweit an, als es sich um die angebliche Bedingung handelt, von der die Bürgschaftsübernahme abhängig gewesen sein soll. Sie wendet sich hierbei aber nur gegen die tatsächliche Würdigung; das ist in diesem Rechtszuge unzulässig.

Es trifft auch nicht zu, daß der Senat in seinem Urteil vom 27. Juni 1957 - VII ZR 220/56 - WM 1957, 1006 - hinsichtlich der Nachprüfbarkeit einen anderen Standpunkt vertreten hat. Dort hatte das Berufungsgericht seine Entscheidung auf den Erfahrungssatz gestützt, ein Gläubiger verlange regelmäßig die Bürgschaft gerade für den

Fall, daß die Sanierung des Schuldners nicht gelinge; der Bürge werde deswegen im allgemeinen nicht frei, wenn der Hauptschuldner in Konkurs falle. Diesen Erfahrungssatz hat der Senat s. Zt. geprüft und für richtig befunden. Hiervon abzuweichen, besteht kein Anlaß. Im übrigen ist es aber allein Sache des Tatrichters, die Einzelumstände zu würdigen und zu entscheiden, ob sie eine von jenem Erfahrungssatz abweichende Beurteilung zulassen.

III. Auf den von der Revision erhobenen verfahrensrechtlichen Angriff (Verletzung der §§ 301 und 537 ZPO) kommt es nach dem Gesagten nicht mehr an. Für den Fall, daß das Oberlandesgericht zu demselben Ergebnis gelangen sollte, wie in dem angefochtenen Urteil, wird jedoch auf folgendes hingewiesen:

Die Klägerin hatte im ersten Rechtszuge beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 205.320,06 DM nebst 10 % Zinsen seit dem 1. Januar 1958 zu verurteilen. Das Landgericht hat diesem Antrage nur in Höhe von 110.694,97 DM nebst 4 % Zinsen durch Teilurteil entsprochen. Die Entscheidung über die Restforderung hat es sich vorbehalten. Der Rechtsstreit ist insoweit also noch beim Landgericht anhängig.

Das Oberlandesgericht ist der Ansicht, daß Zweifel beständen, ob das Landgericht der Klägerin nicht 5.950 DM zu viel zuerkannt habe (35 % von 17.000 DM). Es läßt dies jedoch dahingestellt und weist die Berufung auch in diesem Umfange mit der Begründung zurück, daß der Klägerin der Betrag in jedem Falle aus dem bei dem Landgericht anhängig gebliebenen Rest zustehe. Zu diesem Vorgehen hält es sich für befugt, weil es sich nicht um einen besonderen Anspruch, sondern nur um eine andere Berechnungsweise handele.

Dieses Vorgehen ist nicht zulässig. Der von dem Oberlandesgericht berücksichtigte Betrag von 5.950 DM ist noch in der ersten Instanz anhängig. Der Beklagte hatte sich auch nicht mit dessen Einbeziehung in das Berufungsverfahren einverstanden erklärt. Dann durfte das Berufungsgericht diesen Teil der Klageforderung aber nicht zum Gegenstand seiner Entscheidung machen. Zwar gibt es Ausnahmen von diesem Grundsatz; sie kommen hier jedoch nicht in Betracht. Es wird auf die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs NJW 1959, 1827 und BGHZ 30, 213 verwiesen.

Dr. Winkelmann Rietschel Dr. Heimann-Trosien

Bundesrichter Erbel ist Finke
wegen Krankheit verhindert,
zu unterschreiben.

Dr. Winkelmann