BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 146/07

Verkündet am:
16. Dezember 2009
Breskic,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB §§ 166, 177, 181, 242 A, Be, Cd, 421, 426

a) Bei der Prüfung, ob das nur von einem der beiden gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts - entgegen § 181 BGB - vorgenommene Rechtsgeschäft von dem anderen konkludent genehmigt wurde, ist allein auf dessen Kenntnisstand abzustellen.

b) Gemäß § 421 Satz 1 BGB kann der Gläubiger frei wählen, welchen der Gesamtschuldner er in Anspruch nehmen will, soweit sich sein Vorgehen nicht als rechtsmissbräuchlich erweist. Dabei ist er grundsätzlich dem von ihm in Anspruch genommenen Gesamtschuldner gegenüber nicht verpflichtet, auf ausbleibende Zahlungen des anderen Gesamtschuldners hinzuweisen.

BGH, Urteil vom 16. Dezember 2009 - XII ZR 146/07 - OLG Schleswig
LG Kiel

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Dezember 2009 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne, die Richterinnen Weber-Monecke und Dr. Vézina und die Richter Dose und Schilling

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten zu 1 wird zurückgewiesen.

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 4. Zivilsenates des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 28. September 2007 aufgehoben.

Die Berufung gegen das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Kiel vom 6. September 2006 wird auf Kosten des Beklagten zu 1 zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden dem Beklagten zu 1 auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger begehrt als Prozessstandschafter Zahlung rückständigen Mietzinses aus abgetretenem Recht.

2 Am 15. Juni 2001 schlossen sich der Kläger und der Beklagte zu 2 zu einer Grundstücksgesellschaft in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (im

Folgenden: GbR) zusammen. Zweck der Gesellschaft waren Erwerb und Verwaltung eines Grundbesitzes in K. (E.), das die GbR in der Folgezeit erwarb. Ebenfalls am 15. Juni 2001 schloss die GbR mit den Beklagten zu 1 und zu 2 einen Mietvertrag über die Anmietung u.a. einer Bürofläche in dem E. zum 1. November 2001. Zudem unterzeichneten die Beklagten eine Vereinbarung vom 28. Juni 2001, wobei der Beklagte zu 2 gleichzeitig für die GbR handelte. Danach sollte mit Beginn des Mietvertrages jede Partei für sich jeweils den hälftigen Mietzins nebst Nebenkosten zahlen und insoweit die Haftung für die Gesamtmiete begrenzt werden. Ob der Kläger, der die Vereinbarung nicht unterzeichnete, von dieser Kenntnis erlangte bzw. sie billigte, ist streitig. Mit Schreiben vom 5. Juni 2002 teilte der Kläger dem Beklagten zu 1 mit, dass sich für die Büroetage eine auf die Mieter umlagepflichtige monatliche Vorauszahlung von 578,78 € ergebe, "also pro Mietanteil 289,39 €".

3 Zur Absicherung der im Zusammenhang mit der Finanzierung des Immobilienprojekts entstandenen Darlehensrückzahlungsansprüche traten der Kläger und der Beklagte zu 2 als Gesellschafter der GbR ihre Mietzinsansprüche an die finanzierende D. A. im Oktober 2001 ab.

4 Während der Beklagte zu 1 regelmäßig die Hälfte des Mietzinses zahlte, leistete der Beklagte zu 2, der mit jenem ursprünglich eine Anwaltssozietät, später eine Bürogemeinschaft betrieben hatte, hingegen nur unregelmäßig Zahlungen; später geriet er in Vermögensverfall. Mit Schreiben vom 26. September 2003 ermächtigte die D. A. den Kläger zur gerichtlichen Geltendmachung der bestehenden Mietrückstände in eigenem Namen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

5 Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß als Gesamtschuldner zur Zahlung der rückständigen Mietzinsen in Höhe von 28.261,98 € nebst Zinsen verurteilt. Auf die hiergegen von dem Beklagten zu 1 eingelegte Berufung hat das Oberlandesgericht den Zahlbetrag um ein Viertel reduziert und im Hinblick auf die von ihm zu Lasten der Klägerseite angenommene Warn- bzw. Hinweispflicht die Revision zugelassen. Der Kläger erstrebt mit seiner Revision die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, während der Beklagte zu 1 mit der Revision sein Klageabweisungsbegehren weiter verfolgt.

Entscheidungsgründe:

A.

6 Die Revisionen der Parteien sind zulässig. Sie sind gemäß § 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO statthaft.

7 Zu Recht weist der Beklagte zu 1 darauf hin, dass das Berufungsgericht die Revision der Sache nach nicht beschränkt nur für den Kläger zugelassen habe.

8 Eine beschränkte Zulassung der Revision ist nur möglich, wenn sie einen Teil des Streitgegenstandes betrifft, der Gegenstand eines Teilurteils sein könnte oder auf den der Revisionskläger selbst seine Revision beschränken könnte (BGHZ 101, 276, 278 m.w.N.; s.a. Senatsurteil BGHZ 153, 358, 362; BGH Urteil vom 8. Dezember 1998 - VI ZR 66/98 - NJW 1999, 500). Demgegenüber ist es nicht zulässig, die Revisionszulassung auf eine bestimmte Rechtsfrage zu beschränken (BGHZ 101, 276, 278).

9 Zwar wollte das Berufungsgericht ersichtlich die Revision nur wegen der Frage zulassen, ob die von ihm angenommene Warn- bzw. Hinweispflicht bestehe. Auch wenn damit die Frage, ob die Mietvertragsparteien wirksam eine Teilschuld vereinbart haben, nicht mehr zur Überprüfung gestellt werden sollte, umfasst die Revisionszulassung den gesamten Streitgegenstand, nämlich hier die aus dem Mietvertrag herrührende Verpflichtung zur Zahlung der rückständigen Mietzinsen in voller Höhe. Die vom Berufungsgericht aufgeworfene Frage betrifft damit keinen eindeutig abgrenzbaren selbständigen Teil des Streitstoffes.

B.

10 Die Revision des Beklagten zu 1 ist unbegründet, die des Klägers dagegen begründet.

I.

11 Das Berufungsgericht hat ausgeführt, zutreffend habe das Landgericht angenommen, dass die "Teilungsvereinbarung" vom 28. Juni 2001 nicht wirksam zustande gekommen sei. Der Beklagte zu 2, der wegen der bestehenden Gesamtvertretung nicht berechtigt gewesen sei, die GbR allein zu vertreten, habe die Vereinbarung als Vertreter ohne Vertretungsmacht im Sinne von § 177 Abs. 1 BGB unterzeichnet, weshalb die Vereinbarung zunächst schwebend unwirksam gewesen sei. Dies folge auch aus § 181 BGB, von dessen Beschränkungen der Beklagte zu 2 nicht befreit gewesen sei. Es habe insoweit eine Interessenkollision vorgelegen, da der Beklagte zu 2 als Mitgesellschafter der GbR einerseits und als Mieter andererseits auf beiden Vertragsseiten beteiligt gewe-

sen sei. Soweit der Beklagte zu 1 behauptet habe, der Kläger sei von dem Beklagten zu 2 von der Teilungsvereinbarung unterrichtet worden und mit ihr einverstanden gewesen, sei er beweisfällig geblieben. Ebenso wenig sei eine Zustimmung bzw. Genehmigung seitens des Klägers durch schlüssiges Verhalten bewiesen worden. Voraussetzung für die Zurechnung des schlüssigen Verhaltens als Willenserklärung sei, dass der Handelnde bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen können, dass sein Verhalten als Willenserklärung aufgefasst werden könne. Zudem müsse der Erklärungsempfänger schutzbedürftig sein.

12 Allein die faktische Hinnahme der hälftigen Mietbeträge durch den Kläger sei nicht geeignet, einen solchen Erklärungswert zu entfalten. Die Schreiben des Klägers vom 5. Juni 2002, 8. Januar 2003 und 6. Februar 2003 stellten ebenfalls keinen geeigneten Nachweis für die Zustimmung bzw. Genehmigung einer Teilschuld dar. Es sei nicht bewiesen, dass der Kläger zum Zeitpunkt der Abfassung der vorgenannten Schreiben Kenntnis von der schriftlichen Teilungsvereinbarung vom 28. Juni 2001 gehabt habe. Der Kläger habe gerade wegen seiner finanziellen Verpflichtungen gegenüber der D. A. und der vorgenommenen Sicherungsabtretung vom Oktober 2001 keine Veranlassung gehabt, den Beklagten zu 1 aus seiner gesamtschuldnerischen Haftung zu entlassen. Die Einlassung des Klägers, mit den vorgenannten Schreiben lediglich eine rechnerische Hilfe bieten zu wollen, lasse sich letztlich nicht widerlegen. Der Beklagte zu 1, der von Beruf Rechtsanwalt sei, habe auch nicht auf den von ihm angenommen Erklärungsinhalt der vorgenannten Schreiben vertrauen dürfen.

13 Der gesamtschuldnerische Haftungsanteil des Beklagten zu 1 sei jedoch wegen Verletzung einer nebenvertraglichen Warn- und Hinweispflicht des Klägers gemäß § 242 BGB im Ergebnis um 1/4 zu kürzen. Es sei auch im Si-

cherheitenrecht anerkannt, dass dem Gläubiger aus der vertraglichen Begründung einer Gesamtschuld gewisse Nebenpflichten aus dem Grundgedanken des § 242 BGB erwüchsen (vgl. Prütting in jurisPK - BGB 3. Aufl. 2006 zu § 765 BGB Rdn. 47, 48). Der Gläubiger sei u.a. verpflichtet, alles zu unterlassen, was den Rückgriff des Bürgen auf den Hauptschuldner (analog dazu den Rückgriff im Rahmen des Gesamtschuldnerausgleichs nach § 426 BGB) vereiteln oder wesentlich beeinträchtigen könne. Dazu gehöre hier auch die rechtzeitige Information des einen Gesamtschuldners über auflaufende Mietrückstände des anderen Gesamtschuldners durch den Gläubiger. Das gelte hier zu Lasten des Klägers insbesondere deshalb, weil er bei dem in Anspruch genommenen Gesamtschuldner (Beklagter zu 1) schon ab Beginn des Mietverhältnisses das Vertrauen erweckt habe, er würde die Teilzahlung von jeweils 50 % durch die Gesamtschuldner faktisch akzeptieren, ohne rechtlich an der gesamtschuldnerischen Haftung festzuhalten. Der Kläger habe unstreitig den Beklagten erlaubt, seit Beginn des Mietverhältnisses jeweils nur die Hälfte des Mietzinses und der Nebenkosten zu entrichten. Zugunsten des Beklagten zu 1 sei davon auszugehen, dass er durch einen rechtzeitigen Warnhinweis des Klägers den Beklagten zu 2 zur Bezahlung seines Anteils an den rückständigen Mieten und Nebenkosten erfolgreich hätte anhalten können. Andererseits sei auch die Verletzung eigener Obliegenheiten durch den Beklagten zu 1 zu berücksichtigen. Trotz Beendigung der Sozietät mit dem Beklagten zu 2 schon im April 2001 und der ihm bekannten Zahlungsschwäche des Beklagten zu 2 habe der Beklagte zu 1 in dem Mietvertrag vom 15. Juni 2001 die gesamtschuldnerische Haftung übernommen. Der Beklagte zu 1 sei deshalb auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben gehalten gewesen, die pünktliche Mietzahlung seines Mitmieters "mit wachem Auge zu begleiten".

II.

14 Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

15 1. Soweit das Berufungsgericht zum Nachteil des Beklagten zu 1 entschieden hat, ist das Berufungsurteil nicht zu beanstanden. Zu Recht hat das Berufungsgericht ausgeführt, dass die ursprünglich zwischen den Mietvertragsparteien gemäß §§ 421 ff., 427 BGB bestehende Gesamtschuld nicht durch die Vereinbarung vom 28. Juni 2001 in eine Teilschuld umgewandelt worden sei.

16 a) Unstreitig beteiligt an dieser Vereinbarung waren der Beklagte zu 1 und der Beklagte zu 2, letzterer zudem handelnd für die GbR. Nach den von der Revision des Beklagten zu 1 insoweit nicht beanstandeten weiteren Feststellungen des Berufungsgerichts hatten die Gesellschafter der GbR, also neben dem Beklagten zu 2 auch der Kläger, gemäß §§ 709, 714 BGB Gesamtvertretungsmacht, so dass der Beklagte zu 2 die GbR allein nicht wirksam verpflichten konnte. Ferner handelte es sich bei der Vereinbarung bezogen auf den Beklagten zu 2 um ein Insichgeschäft gemäß § 181 BGB, wozu er nach dem Gesellschaftsvertrag den Feststellungen des Berufungsgerichts zufolge nicht ermächtigt war.

17 b) Nicht zu beanstanden sind die Ausführungen des Berufungsgerichts, wonach der Kläger der Vereinbarung nicht ausdrücklich zugestimmt hat. Hierzu hat das Berufungsgericht - vom Beklagten zu 1 in seiner Revision nicht gerügt - ausgeführt, dass der Beklagte zu 1 für seine Behauptung, der Kläger sei von dem Beklagten zu 2 von der Teilungsvereinbarung vom 28. Juni 2001 unterrichtet worden und einverstanden gewesen, beweisfällig geblieben sei.

18 c) Schließlich hat das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend ausgeführt, dass der Kläger die besagte Vereinbarung auch nicht konkludent genehmigt habe.

19 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt eine Willenserklärung trotz fehlenden Erklärungsbewusstseins vor, wenn der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte, und wenn der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat (BGH Urteile vom 13. Juli 2005 - VIII ZR 255/04 - NJW 2005, 2620, 2621 und vom 29. November 1994 - XI ZR 175/93 - NJW 1995, 953).

20 aa) Die Auffassung des Berufungsgerichts, die faktische Hinnahme der hälftigen Mietbeträge durch den Kläger sei nicht geeignet, einen solchen Erklärungswert zu entfalten, da entscheidend für den Vermieter allein die vollständige Zahlung der Gesamtmieten sei, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Ebenso verhält es sich mit der Auslegung der Schreiben des Klägers vom 5. Juni 2002, 8. Januar 2003 und 6. Februar 2003. Während das erst genannte Schreiben lediglich den Hinweis enthält, wie hoch die monatliche Vorauszahlung "pro Mietanteil" ausfalle, bezieht sich die in den weiteren Schreiben erwähnte Rückerstattung zugunsten des Beklagten zu 1 nicht etwa auf die Mietzinsforderungen, sondern auf ein Guthaben auf einem zur Finanzierung der Büroetage eingerichteten Notaranderkonto. Dass das Berufungsgericht diese Schreiben ausgehend von der Prämisse, der Kläger habe zum Zeitpunkt ihrer Abfassung keine Kenntnis von der Vereinbarung vom 28. Juni 2001 gehabt, nicht als konkludente Genehmigung dieses Rechtsgeschäfts gewertet hat, liegt im tatrichterlichen Ermessen und wird auch vom Beklagten zu 1 mit seiner Revision nicht in Zweifel gezogen. Dabei hat das Berufungsgericht zutreffend dar-

auf hingewiesen, dass der Kläger wegen seiner finanziellen Verpflichtung gegenüber der D. A. und der vorgenommenen Sicherungsabtretung keine Veranlassung hatte, den Beklagten zu 1 aus seiner gesamtschuldnerischen Haftung zu entlassen.

21 bb) Allerdings hat der Beklagte zu 1 in seiner Revisionsbegründung zutreffend darauf hingewiesen, dass sich das Berufungsgericht nicht mit der Frage auseinandergesetzt habe, ob der GbR möglicherweise die Kenntnis des Beklagten zu 2 vom Abschluss der Vereinbarung zuzurechnen sei. Dies ist jedoch unschädlich, da vorliegend eine Wissenszurechnung, die eine konkludente Genehmigung der Vereinbarung begründen könnte, nicht in Betracht kommt. Dabei kann offen bleiben, ob die Kenntnis des Beklagten zu 2 von der Vereinbarung der GbR überhaupt zugerechnet werden kann. Eine solche Kenntnis wäre jedenfalls dem Kläger nicht zuzurechnen, der als weiterer vertretungsberechtigter Gesellschafter über die Genehmigung zu entscheiden hatte.

22 (1) Nach § 166 Abs. 1 BGB kann dem Vertretenen das Wissen seines Vertreters grundsätzlich nur dann zugerechnet werden, wenn letzterer Vertretungsmacht hatte oder der Vertretene im Nachhinein das Handeln des Vertreters genehmigt hat (BGHZ 83, 293, 296; BGH Urteil vom 8. November 1991 - V ZR 260/90 - NJW 1992, 899, 900; BGH Urteil vom 20. Januar 1989 - V ZR 137/87 - NJW-RR 1989, 650 und vom 29. März 2000 - VIII ZR 81/99 - NJW 2000, 2272). Die Frage, ob eine Wissenszurechnung zu Lasten einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch dann möglich ist, wenn - wie hier - nur ein Gesamtvertreter ohne hinreichende Vertretungsmacht gehandelt hat (vgl. dazu etwa BGHZ 140, 54, 61 f.; BGH Urteil vom 13. Oktober 2000 - V ZR 349/99 - NJW 2001, 359, 360; Staub/Habersack HGB 5. Aufl. § 125 Rdn. 24; Schmidt Gesellschaftsrecht 4. Aufl. S. 285 ff.; Ulmer/Schäfer MünchKomm-BGB 5. Aufl.

§ 714 Rdn. 27; Staudinger/Schilken BGB Neubearbeitung 2004 § 166 Rdn. 24), kann hier aus den nachstehenden Gründen jedoch dahinstehen.

23 (2) Bei der Prüfung, ob die vom Beklagten zu 2 für die GbR eingegangene Vereinbarung konkludent genehmigt worden ist, ist nicht auf den Kenntnisstand der GbR, sondern auf den des Klägers in seiner Funktion als gesamtvertretungsberechtigter Gesellschafter abzustellen. Denn bei der Gesamtvertretung hängt die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts analog § 177 Abs. 1 BGB von der Genehmigung der anderen vertretungsberechtigten Person ab (BGH Urteil vom 4. Dezember 1981 - V ZR 241/80 - NJW 1982, 1036, 1037; BAG NJW 1996, 2594, 2595; Palandt/Heinrichs BGB 69. Aufl. § 167 Rdn. 13).

24 Hinzu kommt, dass der Beklagte zu 2 ein Insichgeschäft vorgenommen hat. Von daher bedarf es nicht nur einer Genehmigung des vollmachtlosen Handelns, sondern zudem einer nachträglichen Befreiung von dem - nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hier vorliegenden - Verbot des § 181 BGB (Palandt/Heinrichs aaO § 181 Rdn. 15 a.E.). Unbeschadet der Frage, ob der gesamtvertretungsberechtigte Kläger zu einer solchen Befreiung überhaupt berechtigt war (vgl. hierzu Ulmer/Schäfer aaO § 714 Rdn. 30 m.w.N.), steht jedenfalls § 181 BGB einer - auch hier für die Annahme einer konkludenten Genehmigung erforderlichen - Wissenszurechnung entgegen. Dies ergibt sich aus dem Schutzzweck der Norm (vgl. dazu BGHZ 59, 236, 239 f.). Danach soll sich der Vertretene eine Handlung seines Vertreters dann nicht zurechnen lassen müssen, wenn die Gefahr eines Interessenkonflikts besteht. Dieser Schutz würde jedoch umgangen werden, wenn dem einen Gesamtvertreter das Wissen des zuvor - entgegen dem Verbot des § 181 BGB - handelnden anderen Gesamtvertreters bei der Prüfung einer konkludenten Genehmigung zugerechnet und der Vertretene damit möglicherweise zu einem Rechtsgeschäft verpflichtet werden würde, vor dessen Eingehung ihn § 181 BGB gerade schützen will.

25 (3) Da nach alledem der Kläger mangels Wissenszurechnung auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nach den nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts weder hätte erkennen noch vermeiden können, dass sein Verhalten als konkludente Genehmigung der Vereinbarung vom 28. Juni 2001 gewertet wird, kommt es auf die Frage, ob der Beklagte zu 1 das Verhalten des Klägers auch tatsächlich als Genehmigung verstanden hat, nicht mehr an.

26 d) Die Revision des Beklagten zu 1 ist auch unbegründet, soweit er mit ihr die Auffassung vertritt, dass er wegen der Verletzung von Warn- und Hinweispflichten seitens des Klägers weitere Mietzinsen nicht schulde bzw. einen entsprechenden Schadensersatzanspruch habe. Insoweit wird auf die unten stehenden Ausführungen zur Revision des Klägers Bezug genommen.

27 2. Die Revision des Klägers ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

28 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann der Beklagte zu 1 dem Mietzinsanspruch im Hinblick auf seine Inanspruchnahme als Gesamtschuldner § 242 BGB wegen der Verletzung einer Warn- bzw. Hinweispflicht nicht entgegenhalten. Ebenso wenig kann sich der Beklagte zu 1 auf einen entsprechenden Schadensersatzanspruch berufen.

29 Indem das Berufungsgericht den Mietzinsanspruch um ein Viertel gekürzt hat, hat es dem Kläger der Sache nach die Möglichkeit versagt, den Beklagten zu 1 als Gesamtschuldner in vollem Umfang auch für den im Innenverhältnis der Beklagten von dem Beklagten zu 2 geschuldeten Anteil an der Miete in Anspruch zu nehmen. Dem steht jedoch die Regelung des § 421 Satz 1 BGB entgegen.

30 a) Grundsätzlich kann der Gläubiger gemäß § 421 Satz 1 BGB frei wählen, welchen Gesamtschuldner er in Anspruch nehmen will. Der in Anspruch genommene Gesamtschuldner hat dies hinzunehmen. Nach den für die Gesamtschuld geltenden Grundsätzen trägt der Gesamtschuldner im Außenverhältnis zum Gläubiger das Risiko dafür, dass der andere Gesamtschuldner die ihm nach dem Innenverhältnis obliegenden Leistungen nicht (vollständig) erbringt. Dies ergibt sich zum einen aus § 421 Satz 1 BGB und zum anderen aus § 426 BGB. Während der Gläubiger gemäß § 421 Satz 1 BGB die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teil fordern kann, sind die Gesamtschuldner gemäß § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB im Verhältnis zueinander grundsätzlich zu gleichen Anteilen verpflichtet. Das heißt, dass sich der zahlende Gesamtschuldner bei dem anderen Gesamtschuldner, mit dem er gleichsam - vorliegend als gemeinsame Mieter - im selben Lager steht, schadlos halten muss. Deshalb ist der Gläubiger grundsätzlich dem von ihm in Anspruch genommenen Gesamtschuldner gegenüber auch nicht verpflichtet, auf ausbleibende Zahlungen des anderen Gesamtschuldners aufmerksam zu machen. Zu Recht weist der Kläger in seiner Revisionsbegründung darauf hin, dass es insofern dem Gesamtschuldner obliegt, sich bei dem anderen Gesamtschuldner danach zu erkundigen, ob er seiner Zahlungspflicht nachkomme. Das Gesetz weist ihm mit § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB gegen den anderen Gesamtschuldner einen selbständigen Ausgleichsanspruch zu, der nicht etwa erst mit der Befriedigung des Gläubigers, sondern schon mit der Entstehung des Gesamtschuldverhältnisses entsteht (BGH Urteil vom 15. Oktober 2007 - II ZR 136/06 - NJW-RR 2008, 256 Tz. 14). Ist die Schuld fällig, kann der mithaftende Gesamtschuldner schon vor Erbringung seiner eigenen Leistung von seinen Mitschuldnern verlangen, ihren Anteilen entsprechend an der Befriedigung des Gläubigers mitzuwirken und ihn von einer Inanspruchnahme durch den Gläubiger freizustellen (BGH Urteil vom 15. Oktober 2007 - II ZR

136/06 - NJW-RR 2008, 256 Tz. 14). Demgegenüber braucht der Gläubiger im Allgemeinen keine Rücksicht darauf zu nehmen, welcher Gesamtschuldner im Innenverhältnis ausgleichspflichtig ist (BGH Urteile vom 22. Januar 1991 - XI ZR 342/89 - NJW 1991, 1289 und vom 10. Dezember 1982 - V ZR 244/81 - NJW 1983, 1423, 1424). In der Regel ist einem Gesamtschuldner auch der Einwand versagt, der Gläubiger hätte sich durch rechtzeitigen Zugriff bei dem im Innenverhältnis verpflichteten Gesamtschuldner befriedigen können und müssen (BGH Urteile vom 26. Juli 2007 - VII ZR 5/06 - NJW-RR 2008, 176, 178 und vom 22. Januar 1991 - XI ZR 342/89 - NJW 1991, 1289). Wenn der Gläubiger gemäß § 421 BGB das Recht hat, einen Gesamtschuldner in vollem Umfang in Anspruch zu nehmen und ihn dadurch mit dem Regressrisiko zu belasten, so kann allein das billigende Bewusstsein, dass dadurch diesen Schuldner ein endgültiger Vermögensverlust treffen kann, für einen Schadensersatzanspruch nicht ausreichen (BGH Beschluss vom 22. Mai 1984 - III ZR 75/83 - WM 1984, 906).

31 Allerdings sind der Wahlfreiheit des Gläubigers nach dem Grundsatz von Treu und Glauben Grenzen gesetzt, nämlich dann, wenn sich das Vorgehen des Gläubigers gegen einen bestimmten Gesamtschuldner als rechtsmissbräuchlich darstellt (BGH Urteile vom 26. Juli 2007 - VII ZR 5/06 - NJW-RR 2008, 176, 178; vom 22. Januar 1991 - XI ZR 342/89 - NJW 1991, 1289 und vom 10. Dezember 1982 - V ZR 244/81 - NJW 1983, 1423, 1424). Ob dies der Fall ist, ist am Maßstab der §§ 421 ff. BGB festzustellen. Dabei kommt es grundsätzlich nicht auf die Art des der Gesamtschuld zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses, hier also das Mietverhältnis, an. Rechtsmissbräuchlich erscheint die Inanspruchnahme des - im Innenverhältnis nicht verpflichteten - Gesamtschuldners gemäß § 421 Satz 1 BGB, wenn der Gläubiger durch sein Verhalten für jenen ein besonderes Risiko begründet hat. Dies ist etwa der Fall, wenn er eine dingliche Sicherheit aufgibt, die von einem Gesamtschuldner be-

stellt worden ist und im Falle der Befriedigung des Gläubigers durch einen - im Innenverhältnis ausgleichsberechtigten - anderen Gesamtschuldner gemäß § 426 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. §§ 412, 401 Abs. 1 BGB auf diesen übergegangen wäre (BGH Urteil vom 10. Dezember 1982 - V ZR 244/81 - NJW 1983, 1423, 1424). Ein Missbrauch kann auch vorliegen, wenn sich der Gläubiger deswegen nur an einen von mehreren Gesamtschuldnern hält, weil er aus missbilligenswerten Motiven die Absicht hat, gerade diesem Schuldner Schaden zuzufügen (BGH Urteil vom 26. Juli 2007 - VII ZR 5/06 - NJW-RR 2008, 176, 178; Beschluss vom 22. Mai 1984 - III ZR 75/83 - WM 1984, 906).

32 Eine Warn- bzw. Hinweispflicht des Gläubigers hinsichtlich ausbleibender Zahlungen des anderen Gesamtschuldners, deren Verletzung den Einwand nach § 242 BGB eröffnen könnte, wäre nach diesen Grundsätzen allenfalls dann begründet, wenn der Gläubiger dem von ihm in Anspruch genommenen Gesamtschuldner in treuwidriger Weise den - unzutreffenden - Eindruck vermittelt hätte, der andere Gesamtschuldner habe regelmäßig gezahlt, und ihn so davon abgehalten hätte, die erforderlichen Erkundigungen einzuholen, um den anderen Schuldner gegebenenfalls noch rechtzeitig in Anspruch nehmen zu können.

33 b) Ähnliche Grundsätze wie im Recht der Gesamtschuld gelten im Sicherungsrecht, namentlich im Bürgschaftsrecht. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Gläubiger grundsätzlich nicht verpflichtet, den künftigen Bürgen ungefragt über den Umfang seines Risikos oder die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners zu unterrichten (BGH Urteile vom 9. Oktober 1990 - XI ZR 200/89 - NJW-RR 1991, 170; vom 16. März 1983 - VIII ZR 347/81 - NJW 1983, 1850; BGH Urteil vom 17. März 1994 - IX ZR 174/93 - NJW 1994, 2146, 2148). Weil das Risiko, aus einer Bürgschaft ohne Gegenleistung des Gläubigers in Anspruch genommen zu werden, allgemein

bekannt und zudem durch die Schriftform offen gelegt ist, kann der Gläubiger davon ausgehen, dass der Bürge sich über die Wahrscheinlichkeit, in Anspruch genommen zu werden, ausreichend informiert hat (BGH Urteil vom 9. Oktober 1990 - XI ZR 200/89 - NJW-RR 1991, 170). Nichts anders ergibt sich aus der vom Berufungsgericht angeführten Kommentarstelle (jurisPK-BGB/Prütting - nunmehr - 4. Aufl. § 765 Rdn. 48). Auch dort heißt es, dass den Gläubiger keine Aufklärungspflicht über die Person des Schuldners oder dessen Bonität trifft.

34 Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist nur für den Fall anerkannt, dass der Gläubiger durch sein Verhalten erkennbar einen Irrtum des Bürgen über dessen erhöhtes Risiko veranlasst hatte (BGH Urteile vom 9. Oktober 1990 - XI ZR 200/89 - NJW-RR 1991, 170 und vom 16. März 1983 - VIII ZR 347/81 - NJW 1983, 1850).

35 c) Gemessen an den vorstehenden Anforderungen kann sich der Beklagte zu 1 nach den von dem Berufungsgericht hierzu getroffenen Feststellungen weder auf § 242 BGB noch auf einen Schadensersatzanspruch berufen.

36 Nach Auffassung des Berufungsgerichts hat der Kläger bei dem Beklagten zu 1 schon ab Beginn des Mietverhältnisses im November 2001 das Vertrauen erweckt, er würde die Teilzahlung von jeweils 50 % durch die Gesamtschuldner faktisch akzeptieren, ohne rechtlich an der gesamtschuldnerischen Haftung festzuhalten. Die hierzu gemachten Ausführungen des Berufungsgerichts vermögen nach den oben genannten Kriterien eine Warn- bzw. Hinweispflicht der GbR, deren Verletzung den Rückgriff auf § 242 BGB bzw. einen Schadensersatzanspruch zuließe, nicht zu begründen.

37 Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist bei der Prüfung, ob eine Pflichtverletzung vorliegt, nicht auf die Person des Klägers, sondern auf die GbR als Vermieterin und (ursprüngliche) Gläubigerin abzustellen. Ein Vertrauen

darauf, dass der Beklagte zu 2 seine anteiligen Mietzahlungen erbracht hat, hat auch nach den Feststellungen des Berufungsgerichts weder die GbR noch der Kläger bei dem Beklagten zu 1 begründet. Ebenso wenig vermögen die übrigen Umstände eine Warn- bzw. Hinweispflicht zu begründen. Unbeschadet der Frage, ob die Hinnahme der Teilzahlung des Beklagten zu 1 durch den nicht zur Einzelvertretung befugten Kläger der GbR überhaupt zugerechnet werden kann, vermag allein der Umstand, dass Teilzahlungen akzeptiert wurden, dem Gläubiger nicht sein Recht zu nehmen, gemäß § 421 Satz 1 BGB die noch offene Schuld nach seinem Belieben von einem der Gesamtschuldner zu fordern. Jedenfalls stellt dieses Verhalten gerade vor dem vom Berufungsgericht an anderer Stelle festgestellten Hintergrund, wonach der Kläger dem Beklagten zu 1 mit den entsprechenden Schreiben eine rechnerische Hilfe bieten wollte, keinen Rechtsmissbrauch im oben genannten Sinne dar, selbst wenn bei dem Beklagten zu 1 ein anderer Eindruck entstanden sein sollte. Für einen Rechtsmissbrauch spricht entgegen der Auffassung des Beklagten zu 1 auch nicht die Einlassung des Klägers im Protokoll vom 13. Januar 2006 vor dem Landgericht, die das Berufungsgericht - anders als der Beklagte zu 1 meint - auch berücksichtigt hat. Aus dieser Einlassung ergibt sich, dass der Beklagte zu 1 dem Kläger erläutert habe, jeder der Gesamtschuldner werde seinen Anteil jedenfalls "zunächst" auf den ihn entfallenden Anteil zahlen; der Kläger wollte seiner dortigen Einlassung zufolge das Gesamtschuldverhältnis jedoch gerade nicht als aufgelöst betrachten. Wie oben bereits dargelegt, folgt auch nichts anderes aus den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Schreiben (siehe oben II 1 c) aa)). Hätte der Beklagte zu 1 als Rechtsanwalt sichergehen wollen, dass er aus der Teilschuld entlassen wird, hätte er eine entsprechende Erklärung von der GbR erbitten müssen. Dies gilt um so mehr, als er - worauf das Berufungsgericht an anderer Stelle zu Recht hingewiesen hat - wusste, dass alle anderen Dokumente, die im zeitlichen Zusammenhang mit der Vereinbarung über die

Teilschuld vom 28. Juni 2001 standen, jeweils auch von dem Kläger unterschrieben worden waren. Hinzu kommt, dass die GbR wegen der Abtretung der Mietzinsforderung im Rahmen der Finanzierung des Immobilienprojektes ersichtlich keine Veranlassung hatte, einen solventen Schuldner aus der Haftung zu entlassen. Solange der Beklagte zu 1 aber davon ausgehen musste, weiterhin neben dem Beklagten zu 2 als Gesamtschuldner zu haften, hätte er sich über die von diesem erbrachten Zahlungen erkundigen und gegebenenfalls den Beklagten zu 2 auf (gegebenenfalls anteilige) Freistellung in Anspruch nehmen müssen. Hinzu kommt, dass der Beklagte zu 1 nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in Kenntnis der Zahlungsschwäche des Beklagten zu 2 gemeinsam mit ihm die gesamtschuldnerische Haftung übernommen hat und deshalb - so das Berufungsgericht - gehalten war, die pünktliche Mietzahlung des Beklagten zu 2 "mit wachem Auge zu begleiten".

38 Schließlich ist die Herleitung der vom Berufungsgericht angenommenen Warn- bzw. Hinweispflicht nicht überzeugend. Folgt man seinen Ausführungen, wonach eine solche Pflicht darin begründet liegt, dass der Kläger bei dem Beklagten zu 1 den Eindruck erweckt habe, die GbR gebe sich mit Teilzahlungen zufrieden, würde eine Verpflichtung, den Beklagten zu 1 darüber zu unterrichten, dass der Beklagte zu 2 seinen Zahlungspflichten nicht nachkomme, keinen Sinn ergeben. Denn für den - danach von einer Teilschuld ausgehenden - Beklagten zu 1 hätte auch bei entsprechender Unterrichtung keine Veranlassung bestanden, sich wegen etwaiger Ausgleichsansprüche nach § 426 BGB an den Beklagten zu 2 zu wenden.

III.

39 Nach alledem konnte das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Der Senat konnte gemäß § 563 Abs. 3 ZPO in der Sache abschließend entscheiden. Das Berufungsurteil war aufzuheben und die Berufung des Beklagten zu 1 gegen das Urteil des Landgerichts zurückzuweisen.

Hahne Weber-Monecke Vézina

Dose Schilling

Vorinstanzen:
LG Kiel, Entscheidung vom 06.09.2006 - 2 O 345/03 -
OLG Schleswig, Entscheidung vom 28.09.2007 - 4 U 144/06 -