

5. 1. Kann der Bürge die Befriedigung des Gläubigers nach § 770 Abs. 2 BGB. verweigern, wenn dem Gläubiger die Befugnis zur Aufrechnung gegenüber dem Hauptschuldner gemäß § 393 BGB. fehlt?

2. Kann der Bürge wegen einer Forderung des Hauptschuldners, gegen die der Gläubiger nicht aufrechnen darf, das Zurückbehaltungsrecht nach § 768 Abs. 1 BGB. geltend machen, wenn sie auf demselben rechtlichen Verhältnis beruht wie der Anspruch gegen den Bürgen?

VIII. Zivilsenat. Urf. v. 16. Juni 1932 i. S. R. (Bekl.) w. B. (Pl.).
VIII 662/31.

- I. Landgericht Freiberg.
- II. Oberlandesgericht Dresden.

Der Kläger verpachtete sein Erwerbsgeschäft durch Vertrag vom 19. Oktober 1927 an Albin L., der sodann mit dem Beklagten unter Mitwirkung des Klägers einen Vertrag vom 27. Dezember 1927 schloß. Hiernach trat der Beklagte vom 1. Januar 1928 ab als persönlich haftender Gesellschafter in das Geschäft ein und übernahm die selbstschuldnerische Bürgschaft für die Verbindlichkeiten des L. aus dem ersten Vertrage. L. ist verstorben. Der Beklagte ist als Bürge zur Zahlung von 6196,93 RM. samt Zinsen an den Kläger verurteilt worden. Seine Revision führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

... Die Aufrechnung des Beklagten mit einer Schadenserfordernng läßt das Berufungsgericht nicht durchgreifen. Er hatte diesen Gegenanspruch damit begründet, daß der Kläger den Abschluß des ersten Vertrages vom 19. Oktober 1927 durch Wucher und arglistige Täuschung erreicht, daß infolgedessen L. für ein wertloses Geschäft 1750 RM. Pachtzins gezahlt habe. Da kein Gewinn erzielt worden sei, so sei in dieser Höhe ein Schaden entstanden. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß der Beklagte an jenem Vertragschluß nicht beteiligt war und daß infolgedessen dieser Schadenserfordernng nur dem L. oder seinen Rechtsnachfolgern zustehen kann. Der Beklagte kann deshalb mit dieser Forderung nicht gegenüber dem Kläger aufrechnen.

Dem Berufungsrichter ist auch darin zuzustimmen, daß der Beklagte als Bürge im Hinblick auf diese angebliche Forderung der Erben des L. nicht die Einrede aus § 770 Abs. 2 BGB. erheben kann. Die Forderung würde eine solche aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung des Klägers sein. Gegen eine solche ist aber nach § 393 BGB. die Aufrechnung nicht zulässig. Nach § 770 Abs. 2 das. kann der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann. Nach diesem Wortlaut setzt die Einrede des Bürgen die Aufrechnungsbefugnis des Gläubigers, hier also des Klägers, voraus. Sie besteht nicht, weil der Kläger gegen die angebliche Schadensersatzforderung der Erben nicht aufrechnen könnte.

Es ist streitig, ob nicht trotz des Wortlauts der Vorschrift der Bürge schon dann zur Leistungsverweigerung befugt ist, wenn nur der Hauptschuldner aufrechnen könnte. Wenn diese Ansicht auch nicht die herrschende ist, so wird sie doch im Schrifttum häufig vertreten. Ihr ist nicht zuzustimmen. Zunächst spricht der Wortlaut der Vorschrift klar für die herrschende Meinung. § 770 Abs. 2 BGB. fordert, daß sich der Gläubiger durch Aufrechnung befriedigen kann. Es ist nicht anzunehmen, daß trotzdem die Aufrechnungsbefugnis des Hauptschuldners gemeint sein sollte. Gerade nachdem im ersten Absatz von dem Anfechtungsrecht des Hauptschuldners gehandelt war, muß es eine besondere Bedeutung haben, daß das Gesetz im nächsten Absatz nicht wiederum vom Hauptschuldner, sondern vom Gläubiger spricht. Aus den Verhandlungen, die zur Aufnahme der Vorschrift führten (Prot. Bd. II S. 470 f.), ist ersichtlich, daß sie den Bürgen vor der Inanspruchnahme schützen soll, soweit der Gläubiger sich durch Aufrechnung unmittelbar Befriedigung vom Hauptschuldner verschaffen kann. Das ist aber nur möglich, wenn der Gläubiger selbst zur Aufrechnung befugt ist. . . . Eine vom Wortlaut des § 770 Abs. 2 BGB. abweichende Auslegung kann auch nicht hinreichend durch Erwägungen der Billigkeit oder durch den Hinweis auf die dem Bürgen günstigere Rechtslage im gemeinen Recht gestützt werden. Es ist vielmehr daran festzuhalten, daß dem Bürgen die Einrede nicht zusteht, wenn dem Gläubiger die Aufrechnung aus irgendeinem Grunde, insbesondere durch §§ 393, 394, 395 BGB., verwehrt ist.

In Übereinstimmung hiermit hat der Senat bereits im Urteil vom 27. Januar 1930 VIII 337/29, wenn auch ohne ausführliche Begründung, ausgesprochen, soweit der Bürge sich darauf berufe, daß dem Hauptschuldner eine Aufrechnungsforderung zustehe, dürfe ihm dieses Recht nur in den Schranken des § 770 Abs. 2 BGB., d. h. so bewilligt werden, daß er die Befriedigung verweigern könne, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen könne. Auch das Urteil vom 26. November 1931 VIII 352/31 enthält nichts Abweichendes. Dort ist zwar allgemein gesagt, wenn dem Hauptschuldner gegen den Gläubiger ein Anspruch zustehe, so sei der Bürge nach § 770 Abs. 2 zur Weigerung der Befriedigung wegen einer etwaigen Aufrechnungsmöglichkeit befugt gewesen. Indessen ist dort nirgends zum Ausdruck gebracht worden, daß die Aufrechnungsbefugnis des Gläubigers fehlen dürfe, sondern nur eine etwaige Aufrechnungsbefugnis ohne jeden Zusatz erwähnt, die Prüfung, ob eine nach der genannten Vorschrift ausreichende Befugnis zur Aufrechnung vorliegt, also offen gelassen.

Auch bei der zutreffenden Auslegung des § 770 Abs. 2 BGB. bleibt noch zu erwägen, ob etwa bei der Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung Folgerungen zu Gunsten des Beklagten aus § 393 BGB. gezogen werden könnten. Doch ist diese Frage zu verneinen. Wenn demjenigen, der aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung haftet, die Aufrechnung gegen diesen Schadensersatzanspruch untersagt ist, so ist das offenbar mit Rücksicht auf den Geschädigten geschehen. Dieser soll den Ersatz für den ihm vorsätzlich zugefügten Schaden durch eine Leistung des Täters erhalten und davor geschützt werden, daß er mittels Aufrechnung befriedigt wird und tatsächlich keinen Ersatz in die Hand bekommt. Diese Regelung ist ohne weiteres verständlich. Hingegen fehlt es an einem Grunde dafür, daß auch der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines besonderen Schutzes nach § 393 BGB. bedürfte, wenn er von den Folgen der vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen gar nicht betroffen worden ist.

Hat das Berufungsgericht dem Beklagten hiernach zu Recht die Einrede aus § 770 Abs. 2 BGB. aberkannt, so hätte es doch prüfen müssen, ob durch dessen Vorbringen nicht zugleich ein Zurückbehaltungsrecht wegen derselben Gegenforderung der Hauptschuldner

geltend gemacht und seine Einrede nach § 768 Abs. 1 BGB. begründet war. Steht den Erben des L. der Schadenersatzanspruch aus dem Verhalten des Klägers beim Abschluß des Vertrages vom 19. Oktober 1927 in der Tat zu, so beruht er auf demselben rechtlichen Verhältnis wie der Klagenanspruch, weil der die Anfechtung des Vertrages begründende Tatbestand zugleich die Voraussetzungen für die angebliche unerlaubte Handlung bildet. Hat aber der Hauptschuldner eine Forderung aus demselben rechtlichen Verhältnis, mit der er selbst aufrechnen könnte, so kann der Bürge seine Leistung nach § 768 Abs. 1 BGB. zurückhalten (vgl. RGRKomm. Anm. 2 zu § 770 BGB.). . .