

**31. Verwandelt sich der Befreiungsanspruch des Bürgen in einen Zahlungsanspruch, wenn der Bürge aus der Bürgschaft in Anspruch genommen wurde und der Hauptschuldner zahlungsunfähig ist?**  
 BGB. § 775.

II. Zivilsenat. Ur. v. 12. Januar 1934 i. S. F. (Bekl.) m. S. als  
 Verwalter im Konkurs über das Vermögen der Th. Gesellschaft  
 mbH. (Rl.). II 190/33.

I. Landgericht Karlsruhe.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Beklagte war Gesellschafter der ursprünglich klagenden Gesellschaft mbH. Sie forderte von ihm mit der Klage für Aufwendungen 116 095,66 RM. und Ersatz der Bankzinsen, die ihr infolge der Aufwendungen für den Beklagten erwachsen sind. Unter Abänderung eines Teilurteils des Landgerichts verurteilte das Berufungsgericht den Beklagten zur Zahlung von 41 085,04 RM. nebst Zinsen. Zu dieser Verurteilung gelangte es, indem es von der zu Gunsten der Klägerin festgestellten Forderung wegen einer Gegenforderung des Beklagten 35 000 RM. absetzte. Seine Aufrechnungseinrede hatte der Beklagte damit begründet, daß er für die Gesellschaft mbH. bei der D.-Bank die selbstschuldnerische Bürgschaft übernommen und der Bank zur Sicherung zwei Grundschuldbriefe über insgesamt 120 000 RM. übergeben habe. Die Grundschulden seien jeweils an erster Stelle auf zwei ihm gehörigen Grundstücken eingetragen. Nachdem der Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet worden und diese somit zahlungsunfähig sei, nehme die Bank ihn als Bürgen in Anspruch. Dadurch sei sein Anspruch auf Befreiung von der geleisteten Sicherheit in einen fälligen Zahlungsanspruch gegen die Gesellschaft mbH. verwandelt; mit diesem rechne er gegen den Zahlungsanspruch auf. Sein Anspruch betrage entsprechend der Höhe der Grundschulden 120 000 RM., mindestens aber 65 000 RM., da sich die Bank bereit erklärt habe, gegen Zahlung dieses Betrages die Sicherheiten herauszugeben. Nach der tatsächlichen Feststellung des Berufungsgerichts hat die Bank durch Erklärung vom 23. Januar 1932 an den Konkursverwalter (und durch entsprechende Erklärung an den Beklagten vom 23. Dezember 1931) ihre Forderung gegen den Bürgen auf 65 000 RM. ermäßigt. Sie hat sich ferner durch Vertrag mit dem Beklagten vom 17. Mai 1933 bereit

erklärt, die beiden dinglichen Klageverfahren gegen den Beklagten ruhen zu lassen, und sich für ihre sämtlichen vom Beklagten geleisteten Sicherheiten für befriedigt zu erklären, den Beklagten also aus seiner Bürgschaft zu entlassen und die Löschung der beiden Grundschulden zu bewilligen, falls an die Bank in der Zeit vom 1. Mai 1933 bis 1. Mai 1934 35000 RM. in bar bezahlt werden; der zu zahlende Betrag soll auf 40000 RM. erhöht werden, falls die Zahlung erst in der Zeit vom 1. Mai 1934 bis 1. November 1934 erfolgt, und auf 45000 RM., falls die Zahlung erst in der Zeit vom 1. November 1934 bis 1. Mai 1935 geschieht; die Bank ist nach fruchtlosem Ablauf der letztgenannten Frist berechtigt, die beiden dinglichen Klagen wieder aufzunehmen, der Beklagte anerkennt für diesen Fall eine Gesamtverpflichtung aus Bürgschaft und Grundschulden an die Bank in Höhe von 65000 RM. Die Revision des Beklagten richtet sich unter anderem dagegen, daß die Aufrechnung nur in Höhe von 35000 und nicht in Höhe von 65000 RM. für berechtigt angesehen worden sei. Der Angriff ist zurückgewiesen worden aus folgenden

#### Gründen:

Ohne Rechtsirrtum nimmt das Berufungsgericht an, daß der Beklagte die Bürgschaft für die Klägerin in deren Auftrag übernommen hat und daß er von ihr gemäß § 775 Nr. 1 BGB. Befreiung von der Bürgschaft verlangen kann, weil sich ihre Vermögensverhältnisse wesentlich verschlechtert haben. Es unterliegt auch für den vorliegenden Fall keinen rechtlichen Bedenken, anzunehmen, daß sich der Befreiungsanspruch des Beklagten — mindestens zum Teil — in einen Zahlungsanspruch umgewandelt hat. Diese Folge ist allerdings nicht schon dadurch eingetreten, daß der Gläubiger seinerseits den Bürgen zur Zahlung aufgefordert hat; denn mit einer solchen Aufforderung wäre noch keine Gewähr dafür gegeben, daß der Bürge nun auch tatsächlich an den Gläubiger bezahlte und den Hauptschuldner von seiner Schuld befreite. Zahle der Bürge nicht an den Gläubiger, so würde die Schuld des Hauptschuldners fortbestehen. Erwürbe der Bürge also sofort den Anspruch, daß der Hauptschuldner an ihn zahlt, so könnte der Bürge diesen Anspruch einklagen und vollstrecken, oder er könnte mit ihm gegen eine Forderung des Schuldners aufrechnen. In letzterem Fall müßte der Hauptschuldner mit seiner Klage abgewiesen werden, weil seine Forderung durch Aufrechnung erloschen

wäre, während seine eigene Schuld, für die die Bürgschaft geleistet ist, bestehen bliebe. In dem Urteil des V. Zivilsenats RGZ. Bd. 78 S. 26 (34) ist freilich, unter Bezugnahme auf einige zu § 415 BGB. ergangene Entscheidungen, ausgesprochen, daß sich der Befreiungsanspruch des Bürgen in einen Zahlungsanspruch verwandelt, wenn die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners und die nunmehrige Inanspruchnahme des Bürgen aus der Bürgschaft feststeht. Auch von Staudinger-Engelmann, § 775 BGB. Ann. A 1b wird der Satz ohne Begründung übernommen. Die gerade für den Fall der Aufrechnung eintretenden Rechtswirkungen zeigen aber, daß unter „Inanspruchnahme“ nicht die bloße Zahlungsaufforderung des Gläubigers an einen selbst zahlungsunfähigen Bürgen verstanden werden kann. Es muß vielmehr außer Zweifel sein, daß die Leistung durch den Bürgen an den Gläubiger an Stelle des Hauptschuldners tatsächlich erfolgt, sei es, weil der Bürge dem Gläubiger ein Pfand gegeben hat, sei es, weil seine Zahlungsfähigkeit feststeht. In diesem Falle wird man allerdings sagen müssen, daß der Bürge sich in derselben Lage befindet, wie wenn er bereits geleistet hätte, und deshalb im Rückgriffswege gegen den Hauptschuldner vorgehen könnte. Denn dann ist sein Vermögen mit einer sofort eintreibbaren Schuld belastet. Wodann ist aber der Hauptschuldner, in dessen Auftrag der Bürge die Bürgschaft übernommen hat, kraft des Auftragsverhältnisses verpflichtet, dem Bürgen die Mittel zur Befreiung von seiner Zahlungspflicht zur Verfügung zu stellen. Dieser Auffassung des in RGZ. Bd. 78 S. 26 ausgesprochenen Satzes steht auch der dort zugrundeliegende Sachverhalt nicht entgegen. Denn es ist nicht ersichtlich, daß dort die „Inanspruchnahme“ in einer bloßen Zahlungsaufforderung an einen zahlungsunfähigen Bürgen bestand. Außerdem war dort die Verurteilung zur Zahlung wahlweise an den Bürgen oder an den Gläubiger erfolgt und das Urteil stellt fest, daß der Beklagte mit der Fassung des Klageantrages, dem das Urteil entsprach, einverstanden war. Im vorliegenden Fall liegt nun eine Inanspruchnahme des Bürgen deshalb vor, weil die Gläubigerin bereits gegen den Bürgen die dingliche Klage aus den von ihm zur Sicherheit gegebenen Grundschulden erhoben hat. Damit hat die Gläubigerin mit der Verwertung des Pfandes begonnen. Der Beklagte konnte daher mit dem Betrag aufrechnen, den er als Bürge zu bezahlen hat und tatsächlich zahlen kann. Da er aber selbst erklärt, nicht zahlen zu können, auch nicht innerhalb der ihm von der Bank durch das

Abkommen vom 17. Mai 1933 bewilligten Fristen, so hat er eine Forderung auf Zahlung nur, soweit die Grundschulden zur Befriedigung der Bank ausreichen, also nur hinsichtlich des Betrags, den die Bank durch Zwangsversteigerung der verpfändeten Grundstücke erzielen kann. Einer Feststellung dieses Betrags bedarf es jedoch nicht. Soweit das Berufungsgericht die Aufrechnung zugelassen hat, kommt eine Nachprüfung des Berufungsurteils nicht in Frage, da der Konkursverwalter das Urteil nicht anfechtet. Hinsichtlich des weiteren Betrags von 30000 RM. nimmt das Berufungsgericht mit Recht an, daß dem Beklagten auf Grund des Abkommens vom 17. Mai 1933 kein Anspruch zustehe. Die Revision glaubt freilich, die Aufrechnungssumme müsse sich um weitere 30000 RM. erhöhen. Die Ermäßigung der Forderung der Bank auf 35000, 40000 oder 45000 RM. sei nur bedingt erfolgt. Daß der Beklagte in der Lage wäre, die 35000 RM. fristgerecht an die Bank zu zahlen, habe das Berufungsgericht weder festgestellt noch biete der Akteninhalt hierfür irgendeinen Anhalt. Er ergebe im Gegenteil, daß der Beklagte sein Vermögen verloren habe. Der Angriff ist nicht begründet. Würde man mit dem Beklagten annehmen, daß er sofort mit 65000 RM. aufrechnen, damit also die Klageforderung in dieser Höhe zum Erlöschen bringen könnte, so wäre er in dieser Höhe endgültig befreit, auch wenn er sich durch andertweitige Verpfändung seiner Grundstücke oder in anderer Weise durch rechtzeitige Zahlung von 35000 RM. von der Bürgschaft und den Grundschulden befreien könnte. Dies kann nicht der Zweck des Abkommens vom 17. Mai 1933 sein, dem auch der Konkursverwalter der Hauptschuldnerin zugestimmt hat. Bei der Forderung der Gesellschaft mbH. gegen den Beklagten handelte es sich um einen längst fälligen Anspruch. Durch die Aufrechnung sollte der Beklagte keinen Zahlungsausschub erhalten, die Aufrechnung sollte vielmehr einen Ersatz der sofortigen Barzahlung darstellen. Im Verhältnis zur Klägerin war also der Beklagte verpflichtet, sofort oder spätestens innerhalb der für die weitestgehende Schuldbefreiung bestimmten Frist an die Bank zu bezahlen und damit auch den Hauptschuldner gegenüber der Bank ganz von seinen Verbindlichkeiten zu befreien. Nach der Vereinbarung über den Vergleich konnte sich daher der Beklagte der Gemeinschuldnerin gegenüber nicht auf seine etwaige Zahlungsunfähigkeit berufen. Die Gesellschaft mbH. mußte so gestellt werden, wie wenn der Beklagte 35000 RM. sofort in bar an sie zahlen

würde. Geschähe dies, so könnte sie diesen Betrag in bar an die Bank zahlen und dadurch die Rückgabe der vom Beklagten der Bank geleisteten Sicherheiten bewirken. Hieraus ergibt sich, daß der Anspruch des Beklagten aus der Bürgschaft überhaupt und nicht nur zur Zeit nur 35000 RM. beträgt und daß ein auch nur bedingter höherer Anspruch des Beklagten nicht besteht. Damit erledigt sich die Frage, ob der Beklagte, nachdem die Gesellschaft mbH. in Konkurs geraten ist, nicht auch mit einer bedingten Forderung aufrechnen könnte. Handelte es sich bei der Forderung des Beklagten um eine solche unter einer auflösenden Bedingung, so würde dies der Aufrechnung nicht entgegenstehen; läge dagegen eine Forderung unter einer aufschiebenden Bedingung vor, so wäre der Beklagte von der Verpflichtung zur Barzahlung nicht befreit, sondern könnte nur Sicherstellung verlangen (§§ 54, 66, 67 R.D.; R.G.Z. Bd. 58 S. 11, Bd. 68 S. 342, Bd. 80 S. 415; Menzel R.D. § 54 Anm. 3). Übrigens würde nur eine aufschiebend bedingte Forderung vorliegen. Denn die Schuld des Beklagten als Bürgen würde durch den Vergleich auf 35000 RM. ermäßigt und erhöhte sich nur unter der Bedingung, daß der Beklagte die vereinbarten Zahlungsfristen nicht einhielte.