

10. Wer ist Hauptschuldner im Sinne des § 774 BGB., wenn der Rückbürge den Bürgen befriedigt und von dem Schuldner, der wieder dem genannten Rückbürgen gegenüber Rückbürgschaft übernommen hat, Erstattung verlangt?

VI. Zivilsenat. Urt. v. 3. Dezember 1934 i. S. S. (N.) w. S. Genossenschaftsbank eingetr. Gen. m. beschr. G. (Bekl.). VI 266/34.

I. Landgericht Frankfurt a. M.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger hatte im Jahre 1925 beim Landgericht einen Arrest wegen eines Anspruchs von 250000 RM. gegen die Firma B. erwirkt. Das Landgericht hatte die Vollziehung des Arrestes von der Stellung einer selbstschuldnerischen Bürgschaft einer D-Bank in Höhe von 200000 RM. abhängig gemacht. Um eine solche Bürgschaft zu erlangen, hatte sich dann der Schwiegervater des Klägers, F., an die verklagte

Bank, mit der er in Geschäftsverbindung stand, gewandt mit dem Auftrag, die geforderte Bürgschaft zu vermitteln. In Ausführung dieses Auftrags trat die Beklagte an eine Großbank heran, die durch Urkunde vom 2. März 1925 eine selbstschuldnerische Bürgschaft für die aus der Erwirkung des Arrestbefehls der Firma B. und dem Kaufmann B. etwa erwachsenden Ansprüche gegen den Kläger in Höhe von 200000 RM. übernahm. Am Schlusse der Erklärung befindet sich vor der Unterschrift der Vermerk: „gültig bis 3. September 25“. Die Beklagte hat der Großbank Rückbürgschaft geleistet; sie hat dieser Bank nachträglich teilweise Deckung in bar geben und Effekten verpfänden müssen. Sie selbst hatte sich von F. und dem Kläger Rückbürgschaften ausstellen lassen.

Der Arrest wurde vom Landgericht durch Teilurteil vom 5. März 1925 unter Erhöhung der Bürgschaft auf 250000 RM. bestätigt, aber vom Oberlandesgericht durch Urteil vom 8. April 1925 aufgehoben. Noch an demselben Tage verlangten die Rechtsanwälte des B. unter Berufung auf die Bürgschaft von der Großbank die Zahlung ihrer noch nicht festgesetzten Anwaltsgebühren beider Rechtszüge und des Offenbarungsseidsverfahrens, berechnet nach einem Streitgegenstand von 280000 RM., mit insgesamt 14742,05 RM. Diesem Verlangen kam die Großbank am folgenden Tage, dem 9. April 1925, nach und belastete die Beklagte auf Grund der Rückbürgschaft mit dem ausgezahlten Betrag.

Durch Schreiben vom 14. April teilte die Beklagte dem Kläger mit, daß die Großbank einen Betrag von 14742,05 RM. an das Landgericht für Kosten habe zahlen müssen und Anschaffung des gesamten Betrags von 200000 RM. verlange, da der Arrest abgewiesen sei. Der Kläger widersprach an demselben Tage der Belastung, da die Auszahlung ohne seine Zustimmung erfolgt sei und er mit Forderungen gegen die Firma B. aufrechne. Im Kostenfestsetzungsverfahren wurden die von dem Kläger an die Firma B. zu erstattenden Kosten später auf 8897,50 RM. festgesetzt. Die Beklagte hat dem Kläger den Betrag von 14742,05 RM. und außerdem die ihr von der Großbank berechnete Abalprovision mit einem Zuschlag von 50% als eigene Abalprovision in Rechnung gestellt. Der Kläger hat im März 1928 an die Beklagte 9084,81 RM. und 1521,48 RM. gezahlt und vertritt die Auffassung, daß er der Beklagten aus der Bürgschaft nichts mehr schulde. Das will er im Wege der Fest-

stellungsfrage festgestellt sehen. Die Beklagte hat durch Widerklage Zahlung von 37414 RM. nebst Zinsen verlangt. Im Laufe des Rechtsstreits hat der Prozeßbevollmächtigte der Firma B. 3500 RM. an die Großbank zu Gunsten der Beklagten gezahlt.

Das Landgericht hat die Klage für gegenstandslos erklärt und den Kläger auf die Widerklage zur Zahlung von 29350 RM. nebst Zinsen abzüglich der 3500 RM. verurteilt. Auf die Berufung des Klägers ist die von ihm zu zahlende Summe auf 17181,82 RM. nebst Zinsen herabgesetzt worden. Die Revisionen beider Parteien wurden zurückgewiesen. Zur Revision der Beklagten heißt es in den

#### Gründen:

Was den Kostenersatzanspruch angeht, gegen dessen Abweisung sich die Revision der Beklagten wendet, so nimmt das Berufungsgericht zunächst zwar an, daß die Arrestbürgschaft eine Haftung nur für Vollzugschäden, nicht aber für die Kosten des Verfahrens begründe. Eines Eingehens auf diese von der Revision gerügte Ausführung bedarf es nicht, da das Berufungsgericht in einer Hilferwägung die Haftung für jene Kosten in die Arrestbürgschaft einschließt, aber gleichwohl zur Abweisung des Erstattungsanspruchs der Beklagten gelangt und diese Entscheidung im Ergebnis zutrifft.

Die Rechte des Bürgen, der den Gläubiger befriedigt hat, können unter zwei Gesichtspunkten ihre Begründung finden. Einmal kann der Bürge die Rechte aus § 774 BGB. geltend machen, da auf ihn, soweit er den Gläubiger befriedigt, dessen Forderung gegen den Hauptschuldner übergeht. In diesem Fall bleiben aber die Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnis unberührt. Sodann kann der Bürge Rechte aus dem Rechtsverhältnis herleiten, das zwischen ihm selbst und dem Schuldner besteht (RGB. Bd. 59 S. 207).

Zu § 774 BGB. geht die Beklagte und mit ihr das Berufungsgericht davon aus, daß sie gegenüber der Großbank die Rückbürgschaft übernommen habe. Wie das Berufungsgericht feststellt, hat die Großbank die Bürgschaft für den Kläger, nicht für die Beklagte übernommen. Die Übernahme der Rückbürgschaft seitens der Beklagten bedeutet in dem Sinn, wie sie in der Rechtsprechung und im Schriftum aufgefaßt wird: der Rückbürge übernimmt dem Bürgen gegenüber die Bürgschaft, daß der Hauptschuldner seine Ersatzverpflich-

tung gegenüber dem Bürgen erfüllt (RG. in LZ. 1915 Sp. 221 Nr. 2; RGRRomm. Vorbem. 5d vor § 765 BGB.; Pland BGB. Vorbem. III 4 vor § 765; Trompe System des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. II 2 § 297 zu Anm. 3; Staudinger BGB. Bem. 9b zu § 765). Daraus folgt auch, daß der Bürge den Rückbürgen erst in Anspruch nehmen kann, wenn er selbst auf Grund seiner Bürgschaft geleistet hat. Betrachtet man von diesem Sachverhalt aus die in § 774 BGB. getroffene Regelung, so ist die Rechtslage diese: Der Rückbürge — die Beklagte — befriedigt nicht den Gläubiger — B. — des Hauptschuldners — des Klägers —, so daß auf ihn also nicht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner kraft Gesetzes übergehen kann. Gläubiger im Verhältnis zum Rückbürgen ist vielmehr der Bürge — Großbank —, dem gegenüber die Bürgschaft übernommen wird für die Rückgriffsforderung des Bürgen gegen den Hauptschuldner (vgl. RGRRomm. Bem. 5 zu § 774 BGB.; Staub-Gadow Anm. 53 zu § 349 BGB.). Die Forderung der Firma B. gegen den Kläger, die kraft Gesetzes auf die Großbank übergegangen ist, konnte also nur durch Abtretung seitens der Großbank auf die Beklagte übergehen. Denn die Rückbürgschaft als solche steht in keiner unmittelbaren Beziehung zur Bürgschaft der Großbank gegenüber dem Gläubiger des Hauptschuldners. Ob die Rechtslage zu § 774 anders wäre, wenn nicht der Bürge, sondern der Rückbürge den Gläubiger befriedigte, kann dahin gestellt bleiben. Auf diesen Fall bezieht sich wohl die Bemerkung von Pland im ersten Satz der Anm. 8 zu § 774 BGB.

Anders ist die Rechtslage bei der Übernahme einer Nachbürgschaft; der Nachbürge ist für die Frage des Übergangs der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner aus § 774 ebenso anzusehen wie der Vorbürge. Hier handelt es sich bei der übergehenden Forderung nicht um eine Forderung aus dem Bürgschaftsvertrag (RGZ. Bd. 83 S. 342).

Einer tatsächlichen Feststellung, ob die Großbank die Rechte, die sie durch den kraft Gesetzes eingetretenen Übergang der Forderung der Firma B. gegen den Kläger auf sie erworben hatte, an die Beklagte abgetreten hat, bedarf es nicht. Ist eine solche Abtretung erfolgt, wie zu Gunsten der Beklagten unterstellt werden kann, so würde der Kläger der Beklagten, wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt, entgegenhalten können (§ 774 Abs. 1 Satz 3 BGB.), daß die

Großbank nach Treu und Glauben die Kostenersatzforderung, welche von den Prozeßbevollmächtigten der Firma B. unmittelbar im Anschluß an die Aufhebung des Arrestes dem Bürgen — der Großbank — gegenüber geltend gemacht wurde, nicht sofort befriedigen durfte, ohne den Kläger anzuhören. Ein begründeter Anlaß zur sofortigen Zahlung ohne Anhörung des Klägers fehlte. Ein Kostenfestsetzungsbeschluß, insbesondere ein solcher, der auf das Urteil gesetzt wäre, lag nicht vor. Denn die Beklagte macht geltend, daß das Kostenfestsetzungsverfahren nicht hätte abgewartet zu werden brauchen. Eine Vollstreckung aus einem solchen Beschluß hätte nach § 798 ZPO. nur beginnen können, wenn der Schuldtitel mindestens eine Woche vorher zugestellt worden wäre. Davon abgesehen hätte eine Anfrage der Großbank beim Kläger mittels Fernsprecher oder Fernschreibers, wie sie seitens der Beklagten nachträglich erfolgt ist, der Sachlage entsprochen. Wäre sie rechtzeitig erfolgt, so hätte der Kläger hinreichend Zeit gehabt, die Aufrechnung mit der ihm nach der Feststellung des Berufungsgerichts gegen die schon damals zahlungsunfähige Firma B. zustehenden Forderung zu erklären. Die Möglichkeit dazu ist ihm durch die übereilte Zahlung der Großbank genommen. Der Kläger braucht daher die Zahlung nicht gegen sich gelten zu lassen. Hätte sich der Widerspruch des Klägers gegen die Zahlung nachträglich als unbegründet herausgestellt, so wären die dadurch entstehenden Mehrkosten entgegen der Annahme der Beklagten unter die ihr zu erstattenden Kosten gefallen . . .