

48. 1. Hat der Bürge das Recht bei der Zahlung der verbürgten Schuld die Abtretung der dem Gläubiger gegen die Mitbürgen zustehenden Klagen zu fordern?

2. Ist der Gläubiger dem Bürgen bezw. der Bürge dem Rückbürgen gegenüber, zur Diligenz und insbesondere zur sorglichen Bewahrung der ihm gegen dritte Mitverpflichtete zustehenden Klagen verpflichtet?

3. Ist der Bürge zur Erhaltung seines Anspruches gegen den Rückbürgen verpflichtet, sich bei der Zahlung vom Gläubiger die Klagerechte desselben gegen etwaige Mitbürgen abtreten zu lassen?

4. Hat der Bürge noch nach der vorbehaltlos geleisteten Zahlung das Recht, vom Gläubiger die Abtretung der Klagen zu fordern?

III. Civilsenat. Art. v. 9. November 1886 i. S. S. (Rl.) w. S. (Bekl.)  
Rep. III. 121/86.

I. Landgericht Altona.

II. Oberlandesgericht Kiel.

Der Bruder des Beklagten Johann S. erhielt im Jahre 1881 von dem Ottenfener Kreditvereine ein Darlehn von 5000 M gegen Ausstellung eines eigenen Wechsels, welcher vom Kläger und der Firma „D. Witwe & Sohn“ als Bürgen mitunterzeichnet war. Der Beklagte hatte dem Kläger gegenüber die Rückbürgschaft übernommen. Nachdem

der Hauptschuldner anfangs 1885 in Konkurs geraten, wurde der Kläger vom Ottenfener Kreditvereine wegen eines noch nicht bezahlten Restes von 2000 M nebst Zinsen in Anspruch genommen. Der Kläger leistete Zahlung und ließ sich den Wechsel zurückgeben. Nach der Zahlung hat er Cession der Hauptforderung gegen den Hauptschuldner bzw. gegen die Mitbürgin gefordert, der Kreditverein aber solche abgelehnt. Nunmehr verlangt Kläger Zahlung vom Rückbürgen, welcher auf Grund der exceptio cedendarum actionum die Abweisung der Klage beantragt hat. In erster Instanz ist der Beklagte verurteilt zur Zahlung gegen Auskhändigung des Wechsels und Cession des dem Kläger (kraft eigenen Rechtes aus der negotiorum gestio) zustehenden Forderungsrechtes.

Auf die Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht die erhobene Klage abgewiesen.

Gegen das Urteil hat der Kläger Revision erhoben mit dem Antrage, das Urteil aufzuheben und die eingelegte Berufung zu verwerfen.

Das Berufungsurteil wurde abgeändert aus folgenden

Gründen:

„Die Entscheidung des Berufungsgerichtes beruht auf folgenden Sätzen:

1. Dem Bürgen steht kraft eigenen Rechtes ein Regreßanspruch gegen den Mitbürgen nicht zu; der Bürge hat aber das Recht, bei der Zahlung die Abtretung der Klagen gegen den Hauptschuldner und die Mitbürgen vom Gläubiger zu verlangen.

2. Der Kläger hatte aber auch — wollte er anders seinen Regreß gegen den Rückbürgen nehmen — die Verpflichtung, sich diese Klagen abtreten zu lassen, um imstande zu sein, bei Inanspruchnahme des Rückbürgen diesem die fraglichen Klagen zu cedieren.

3. Da der Kläger unterlassen hat, bei der Zahlung die Abtretung der Klagen zu fordern, so ist der Anspruch des Kreditvereines gegen den Hauptschuldner und den Mitbürgen untergegangen und der Kläger mithin durch seine Schuld außer stande, dem Beklagten diese Klagen, auf deren Abtretung derselbe ein Recht hat, zu cedieren. Die vom Beklagten vorgeschützte exceptio cedendarum actionum nimmt damit einen peremptorischen Charakter an.

Der erste dieser Sätze giebt zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß. Daß, abgesehen von besonderen zwischen mehreren Mitbürgen bestehen-

den Vertragsverhältnissen der Mitbürge als solcher kein Regreßrecht gegen die anderen Mitbürgen hat, ist unzweifelhaft (vgl. l. 39 Dig. de fidej. 46, 1). Ebenso ist aber auch mit dem Berufungsgerichte anzunehmen, daß der zahlende Bürge befugt ist, vom Gläubiger die Abtretung nicht bloß der Klage gegen den Hauptschuldner, sondern auch der Klagen gegen die solidarisch mit verhafteten Mitbürgen zu verlangen.

Das letztere ist zwar nicht unbestritten,<sup>1</sup> indem namentlich von Savigny (Obligationenrecht Bd. 1 S. 274 flg.) auf Grund der l. 39 Dig. de fidej. 46, 1, der l. 11 Cod. de fidej. 8, 41 und des §. 4 Inst. de fidej. 3, 20 die gegenteilige Ansicht vertreten hat. Diese Ansicht findet jedoch in den allegirten Stellen keine ausreichende Rechtfertigung, da in denselben nur dem Bürgen ein Regreßrecht gegen den Mitbürgen kraft eigenen Rechtes abgesprochen wird. Sie wird auch direkt widerlegt durch die ll. 17 und 36 Dig. de fidej. 46, 1.

Rechtswirktümlich ist es aber, wenn das Berufungsgericht in dem zweiten der oben wiedergegebenen Sätze annimmt, daß der Kläger verpflichtet gewesen sei, sich im Interesse des Rückbürgen die Klagen des Gläubigers gegen den Hauptschuldner und den Mitbürgen abtreten zu lassen. Für die Rückbürgschaft gelten keine besonderen Grundsätze; das Verhältnis des Rückbürgen zum Bürgen ist nach denselben Rechtsgrundsätzen zu beurteilen, welche bei der gewöhnlichen Bürgschaft für das Verhältnis des Bürgen zum Gläubiger in Betracht kommen. Es fragt sich daher, ob aus diesen Rechtsgrundsätzen sich eine derartige Verpflichtung des Bürgen ableiten läßt.

Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob und in welchem Umfange der Gläubiger dem Bürgen gegenüber (und folgeweise auch der Bürge gegenüber dem Rückbürgen) zur Diligenz verpflichtet ist.

Nach dem Rechte der Pandekten besteht eine derartige Verpflichtung des Gläubigers gegenüber dem fidejussor nicht. Nur für das *mandatum qualificatum* wird in den Quellen (l. 27 §. 5. l. 28 Dig. *mandati*

<sup>1</sup> Gegen die Savigny'sche Ansicht sprechen sich u. a. aus: die Pandektenlehrbücher von Buchta, §. 405 Nr. 3; Arndts, §. 355 Nr. 3; Windscheid, §. 481 Nr. 3, ferner die Monographien über die Bürgschaft von Girtanner, S. 538 Note 9 und Hasenbalg, S. 428—437 und die Entsch. bei Seuffert, Archiv Bd. 17 Nr. 39. 144, Bd. 20 Nr. 36, Bd. 26 Nr. 241, Bd. 28 Nr. 225, Bd. 32 Nr. 138.

17, 1; l. 95 §. 11 de solut. 46, 3) die Verpflichtung des Gläubigers zur Diligenz anerkannt; es folgt dies aus dem zwischen dem Mandator und Mandatar bestehenden Vertragsverhältnisse. Anders liegt die Sache bei der fidejussio. Bei dieser besteht kein zweiseitiges Rechtsverhältnis; der Gläubiger ist nur berechtigt, nicht auch verpflichtet, und umgekehrt der Bürge nur verpflichtet, nicht auch berechtigt. Eine Verpflichtung des Gläubigers zur Diligenz gegenüber dem Bürgen kann daher nicht angenommen werden, da eine solche voraussetzen würde, daß der Gläubiger überhaupt Verpflichtungen gegen den Bürgen hätte (vgl. l. 62 Dig. de fidej. 46, 1; anders bei der fidejussio indemnitate, l. 41 pr. eod.). War nun der Gläubiger dem Bürgen gegenüber nicht zur Diligenz verpflichtet, so wird auch eine Verpflichtung des ersteren zur sorglichen Bewahrung der Klagen, welche ihm gegen den Hauptschuldner und etwaige andere Bürgen zustanden, sich nicht konstruieren lassen. Dem steht auch nicht entgegen, daß der Gläubiger auch nach dem Rechte der Pandekten durch die exceptio cedendarum actionum genötigt werden konnte, die Klagen, welche er bei Geltendmachung seines Anspruches gegen den Bürgen noch besaß, dem Bürgen abzutreten. Denn diese Einrede ist keine besondere dem Bürgen zustehende Rechtswohlthat; sie wurde vielmehr geltend gemacht als eine exceptio doli generalis (vgl. l. 65 Dig. de evict. 21, 2; l. 25 Dig. de admin. et peric. tut. 26, 7). Einen Dolus kann man nun wohl dem Gläubiger vorwerfen, welcher sich weigern würde, die Ansprüche gegen den Hauptschuldner und etwaige Mitbürgen, die er zur Zeit seiner Befriedigung durch den Bürgen noch besitzt, diesem abzutreten, insoweit dies ohne Nachteil für ihn geschehen kann.

Vgl. v. Savigny, Obligationenrecht Bd. 1 S. 242 Note 9.

Daraus folgt aber nicht, daß auch der Gläubiger zu einer Diligenz rücksichtlich der ungeschmälerten Erhaltung dieser Klagen verbunden ist. Das Gegenteil wird auch in den Quellen ausdrücklich ausgesprochen (vgl. l. 21 i. f. l. 22. l. 32 Dig. de pact. 2, 14 und insbesondere l. 15 §. 1 Dig. de fidej. 46, 1). Dieser Rechtsstand hat sich nun allerdings dadurch geändert, daß in der Nov. 4 cap. 1 dem Bürgen die Einrede der Vorausklage gewährt worden ist. Obwohl dies nicht unbestritten ist,<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Vgl. die Pandektenlehrbücher von v. Wangerow, Bd. 3 S. 578 Anm. 4; Puchta, S. 405; Arndts, S. 357 Note 2; Windscheid, S. 478 Note 10 und die dort angeführte Literatur. U. M.: Jäger in der Zeitschrift für Civilrecht und

so muß doch mit der gemeinen Meinung angenommen werden, daß, wenn der Gläubiger es schuldhafterweise unterlassen hat, den Hauptschuldner zu belangen und sich von diesem die Befriedigung seiner Forderung zu verschaffen, die an sich nur verzögerliche Einrede der Vorausklage den Charakter einer zerstörlchen Einrede annimmt. Ist aber seit der Nov. 4, wenigstens dem gewöhnlichen Bürgen gegenüber, — ob auch im Verhältnisse zum selbstschuldnerischen Bürgen, kann hier unentschieden bleiben — insoweit eine Verpflichtung des Gläubigers zur Diligenz anzuerkennen, so erscheint es nur folgerichtig, den Gläubiger auch zur sorglichen Bewahrung der Klagerrechte, welche er hat, für verpflichtet zu erachten. Es hatte daher auch im vorliegenden Falle der Kläger als Bürge die Ansprüche, welche er gehabt hat, dem Rückbürgen zu erhalten, und er hatte dafür einzustehen, daß diese Ansprüche nicht durch seine Schuld verloren gingen. Das Berufungsgericht geht aber zu weit, wenn es annimmt, es sei der Kläger auch verpflichtet gewesen, im Interesse des Rückbürgen sich die Klagen bei der Zahlung vom Gläubiger abtreten zu lassen. Es würde damit dem Kläger zugemutet werden, das Recht, welches er hatte, nicht bloß zu bewahren, sondern auch auszuüben; es müßte alsdann auch konsequent vom Kläger gefordert werden können, daß er bei einer etwaigen Weigerung des Gläubigers diesen im Prozeßwege zur Abtretung zwingt, obwohl er persönlich kein Interesse an der Abtretung der Klage hat. Eine derartige Verpflichtung läßt sich aber weder aus den positiven Gesetzen noch aus den Grundsätzen über Treu und Glauben im Verkehre ableiten.

Vgl. auch Seuffert, Archiv Bd. 7 Nr. 312, Bd. 31 Nr. 33.

Der Kläger hat nie mehr Rechte gehabt als

1. den Regreßanspruch gegen den Hauptschuldner aus der negotiorum gestio, bezw. aus dem Mandate;
2. das Recht, vom Gläubiger die Abtretung der dem letzteren gegen den Hauptschuldner und den Mitbürgen zustehenden Ansprüche zu verlangen.

Prozeß Bd. 5 S. 231 und v. Bothmer bei Gans, Zeitschrift für Civilrecht und Kriminalrecht im Königreiche Hannover Bd. 1 S. 15. Aus der Praxis: Seuffert, Archiv Bd. 6 Nr. 41, Bd. 7 Nr. 34. 311. 312, Bd. 20 Nr. 36, Bd. 31 Nr. 33.

D. C.

Das ersterwähnte Recht steht dem Kläger noch zu; er ist auch bereit, dasselbe dem Beklagten abzutreten. Auch das letztere zu cedieren ist er erbötig, falls ihm solches Recht zustehet.

Es fragt sich aber, ob der Kläger das Recht noch besitzt und daher noch in der Lage ist, dasselbe an den Beklagten abtreten zu können? Wäre die Frage zu verneinen, dann würde weiter zu prüfen sein, ob der Kläger durch sein Verschulden den Untergang dieses Rechtes herbeigeführt habe. Ist dagegen die Frage zu bejahen, dann wird die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung der eingeklagten Summe gegen die vom Kläger zu bewirkende Abtretung jener Rechte auszusprechen sein.

Die Frage mußte aber im letzteren Sinne beantwortet werden, da, abweichend vom Berufungsgerichte, angenommen werden muß, daß auch nach der vorbehaltlosen Zahlung eines Bürgen die Abtretung der Forderungen gegen den Hauptschuldner und den Mitbürgen noch gefordert werden kann.

Es handelt sich hier allerdings um eine alte Streitfrage,<sup>1</sup> welche sich anknüpft an die l. 76 Dig. de solut. 46, 3 und die l. 36 Dig. de fidej. 46, 1. In dem Falle der l. 76 a. a. O. nimmt ein bisheriger Mündel einen Mitvormund aus der geführten Tutel in Anspruch. Es wird dabei ausgesprochen, daß, wenn der Mitvormund gezahlt habe, ohne sich die Abtretung der Klagen auszubedingen, dann eine spätere Klagenabtretung wirkungslos sei, weil die Ansprüche gegen die Mitvormünder durch die Zahlung untergegangen seien. Sei aber bei der Zahlung die Abtretung der Klagen abgemacht, dann sei die Zahlung als Kaufpreis für die abzutretenden Klagen anzusehen. In scheinbarem oder wirklichem Widerspruche damit wird in der l. 36 a. a. O. entschieden, daß auch nach der Zahlung durch einen Bürgen die Abtretung der Klagen gegen den Hauptschuldner und die Mitbürgen noch möglich

<sup>1</sup> Vgl. über die Geschichte dieser Kontroverse: Girtanner, Bürgschaft S. 217 flg. 251 flg. Für die hier vertretene Ansicht: Girtanner, a. a. O. S. 535 flg.; Hagenbalg, Bürgschaft S. 417; Arndts, Pandekten (in den neueren Auflagen) S. 356 Anm. 2; ferner die Urteile bei Seuffert, Archiv Bd. 7 S. 313, Bd. 17 Nr. 40, Bd. 22 S. 142. U. W.: Mühlenbruch, Cession S. 445 flg.; Seuffert, Pandekten Bd. 2 S. 385 Note 26; Buchta, Pandekten S. 405 Note 5 und Vorlesungen, S. 282 a. G. und die Urteile bei Seuffert, Archiv Bd. 12 Nr. 117, Bd. 22 Nr. 238, Bd. 28 Nr. 225. D. G.

sei. Der Jurist macht dabei sich selbst den Einwand, ob denn nicht diese Klagen durch die Zahlung untergegangen seien; er hält aber dies Bedenken für unbegründet, weil die Zahlung als Kaufpreis der Forderungen anzusehen sei („non enim in solutum accipit, sed quodam modo nomen debitoris vendidit“). Eine weitverbreitete Meinung sieht die l. 76 a. a. D. für das entscheidende Gesetz an und glaubt, daß die l. 36 a. a. D. damit nicht im Widerspruche stehe, da man annehmen müsse, daß auch in dem Falle der l. 36 a. a. D. der Bürge sich bei der Zahlung die Abtretung der Klage vorbehalten habe. Diese Unterstellung erscheint indes willkürlich. Wäre wirklich einem solchen Vorbehalte eine entscheidende Bedeutung beizulegen, so wäre es ganz unerklärlich, daß der Jurist bei der Erörterung des von ihm aufgeworfenen Bedenkens diesen wesentlichen Umstand hervorzuheben unterlassen hätte. Bei dieser Sachlage wird man annehmen dürfen, daß in der l. 36 a. a. D. eine, wenn auch nicht allgemeine, so doch wenigstens für den Fall der Bürgschaft für gerechtfertigt erachtete Fortentwicklung, bezw. eine Erweiterung der schon in der l. 76 a. a. D. statuierten Ausnahme von dem Grundsätze enthalten ist, nach welchem mit der Befriedigung des Gläubigers seitens eines Verpflichteten auch die Forderung desselben gegen die übrigen Mitverpflichteten untergeht. Wenn das Gesetz, wie mit Recht auf Grund der l. 76 a. a. D. allseitig angenommen wird, dem bloßen Vorbehalte des zahlenden Korrealschuldners die Wirkung beilegt, daß die von diesem geleistete Zahlung als Kaufpreis für die abzutretenden Forderungen gelten soll, ungeachtet in den weitaus meisten Fällen der Wille der Kontrahenten nicht auf den Abschluß eines Kaufvertrages gerichtet sein wird, so kann es nicht auffallend erscheinen, daß für den Fall der Bürgschaft in der l. 36 a. a. D., um den Untergang der Forderungen im Interesse des Bürgen zu vermeiden, die Zahlung des Bürgen auch ohne eine dahin gerichtete Erklärung des Bürgen als Zahlung des Kaufpreises für die noch abzutretenden Forderungen angesehen wird. Denn gerade bei dem Bürgen, welcher regelmäßig eine ihm fremde Schuld tilgt, wird man ohne weiteres unterstellen dürfen, daß er zahlt mit der Absicht, demnächst gegen den Hauptschuldner und etwa vorhandenen Mitbürgen seinen Regreß zu nehmen.

Hiernach hat aber der Kläger auch jetzt noch das Recht, die Abtretung der Klagen, welche dem Gläubiger gegen den Hauptschuldner und den Mitbürgen zustehen, zu verlangen in eben demselben Maße,

wie wenn er sich bei der Zahlung die Abtretung der Klagen ausdrücklich vorbehalten hätte. Dieses Recht ist er verpflichtet, bei der Zahlung an den Beklagten abzutreten. Er ist aber nicht verpflichtet, die Klagen des Gläubigers selbst abzutreten, weil er nach den obigen Ausführungen nicht genötigt werden kann, die Abtretung dieser Klagen an ihn im Interesse des Rückbürgen zu betreiben, andererseits aber diese Klagen auch nicht ipso jure auf ihn übergegangen sind.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 7 S. 314, Bd. 2 S. 167." . . .