

75. Enthält die Vorschrift des §. 425 A.L.R. I. 11 ein Verbotsgesetz gegen die Übernahme der selbstschuldnerischen Bürgschaft für eine cedierte Forderung seitens des Cedenten?

II. Hilfssenat. Urt. v. 10. März 1881 i. S. E. (Nl.) w. W. (Bekl.)  
Rep. Va. 416/80.

- I. Stadtgericht Berlin.
- II. Kammergericht daselbst.

Auf dem dem Marquis de St. gehörigen in der ... Straße Nr. 13 belegenen Grundstücke zu B. steht für den Kläger ein Kapital von 47 700 M. eingetragen, welches jährlich mit 6 Prozent in vierteljährlichen Raten zu verzinsen und sechs Monate nach der Kündigung zu zahlen ist. Kündigung vor dem 1. Oktober 1880 war ausgeschlossen, wenn die Zinsen innerhalb der ersten acht Tage nach deren Fälligkeitstermine bezahlt würden. Der Kläger hatte diese Forderung von dem Erblasser der Beklagten, dem Zimmermeister W., durch Cession erworben, und hatte letzterer dabei die selbstschuldnerische Bürgschaft für Kapital, Zinsen und Kosten unter Verzicht auf die Rechtswohlthat der Verweisung auf das Pfandgrundstück übernommen. Kläger behauptet, daß die am 1. Oktober 1878 fälligen Zinsen nicht bezahlt seien, und hat beantragt,

die Beklagten zu verurteilen, sechs Monate nach behändigter Klage an ihn 47 700 M. zu zahlen.

Die Klagebehändigung ist am 10. Mai 1879 erfolgt.

Die Beklagten beantragten, indem sie die Nichtzahlung der Zinsen bestreiten und die Übernahme der selbstschuldnerischen Bürgschaft als gegen das Verbotsgesetz A.L.R. I. 11. §. 425 verstoßend für rechtsunverbindlich erachten, Abweisung der Klage.

Die beiden Vorderrichter haben die Klage abgewiesen.

Auf die vom Kläger unter Rüge der Verletzung des §. 425 a. a. O. eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde ist das Erkenntnis des Kammergerichts vernichtet aus folgenden

#### Gründen:

„Die Nichtigkeitsbeschwerde rügt Verletzung des A.L.R.'s I. 11. §. 425 mit Recht. Der Appellationsrichter stützt seine Entscheidung lediglich auf diese Bestimmung, indem er sie für ein Verbotsgesetz hält, welches durch Übernahme einer selbstschuldnerischen Bürgschaft seitens des Cedenten nicht umgangen werden dürfe. Er erachtet dafür, daß die Bürgschaftsübernahme, als gegen ein Verbotsgesetz verstoßend, ungültig, und daß deshalb die Klage, welche nur auf sie sich gründe, nicht gerechtfertigt sei. Richtig ist nun zwar, daß das ehemalige preussische Obertribunal die gedachte Vorschrift in konstanter Praxis für ein Verbotsgesetz erklärt hat, welches durch Vertrag, insbesondere auch durch die Übernahme einer selbstschuldnerischen Bürgschaft des Cedenten, nicht umgangen werden dürfe. Vergl. Erkenntnis vom 16. Juni 1859 (Entsch. Bd. 41 S. 103), Erkenntnis vom 22. Juni 1869 (Entsch. Bd. 62 S. 71).

Diese Ansicht kann aber für richtig nicht erachtet werden. Der gedachte Charakter des §. 425 a. a. O. wird aus den Worten „Diese Verbindlichkeit ist... niemals auszudehnen“ hergeleitet. Es solle damit dem Wucher vorgebeugt werden. Zunächst aber ist nicht abzusehen, was den Gesetzgeber veranlaßt haben könnte, gerade den Betrüger gegen den Wucherer zu schützen. Daß nämlich §. 425 nur für den Fall des Betruges des Cedenten Bestimmung enthält, ergibt dessen Zusammenhang mit §. 424, nach welchem der betrügerische Cedent dem Cessionar das volle Interesse vergüten soll. Diese Verbindlichkeit soll aber nicht auf diejenige Summe, um welche die cedierte Forderung das für sie Gegebene übersteigt, ausgedehnt werden. Vergl. auch §. 441: „Hat aber der Cedent bei der Angabe der Sicherheit betrügerisch verfahren, so finden die Vorschriften der §§. 424. 425 Anwendung.“ Das „niemals“ muß also eine andere als die ihm beigelegte Bedeutung haben.

Diese ergibt sich klar aus dem Zusammenhange der Vorschriften der §§. 423 – 425. 440. 441, welche die gesetzliche Vertretungs- und Entschädigungspflicht des Cedenten — sofern dieser zur Vertretung überhaupt verbunden ist — regeln, mit den allgemeinen Vorschriften über Verträge. Es lauten:

§. 288. I. 5: Im Falle eines mäßigen oder geringen Versehens darf in der Regel nur der wirkliche Schaden ersetzt werden:

§§. 423 u. 440. I. 11: Ein Cedent, welcher die Nichtigkeit der cedierten Forderung zu vertreten schuldig ist, muß, bei sich ergebender Unrichtigkeit, dem Cessionario auch (d. i. außer dem Gegebenen) alle Schäden und Kosten erstatten.

Geht die cedierte Forderung, wegen Unsicherheit, ganz oder zum Teil verloren, und ist der Cedent, nach vorstehenden Grundsätzen, zur Gewährleistung verpflichtet, so muß er dem Cessionario für das, was dieser ihm gezahlt oder gegeben hat, ingleichen für Schäden und Kosten gerecht werden.

§. 285. I. 5: Wer bei Abschließung oder Erfüllung eines Vertrages seine Pflichten vorsätzlich oder aus grobem Versehen verletzt hat, muß dem anderen sein ganzes Interesse vergüten.

§. 424. I. 11: Hat er (der Cedent) betrügerlich gehandelt, so muß er dem Cessionario das volle Interesse vergüten.

§. 287. I. 5: Es wird also bei Bestimmung des Interesse nicht bloß auf den wirklichen Schaden, sondern auch auf den durch Nichterfüllung des Kontraktes entgangenen Vorteil Rücksicht genommen.

§. 425. I. 11: Diese Verbindlichkeit (zur Leistung des vollen Interesses) ist jedoch auf diejenige Summe, um welche die cedierte Forderung dasjenige, was der Cessionarius dafür gegeben hat, übersteigt, und die also der letztere bei dem Geschäfte zu gewinnen gedachte, niemals auszu dehnen.

Hiernach ist der Sinn des dem A.L.R. I. 11. §. 163 entsprechenden §. 425 a. a. O. lediglich der, daß der Cessionar zwar den entgangenen Vorteil fordern darf, daß aber bei Liquidation desselben nur die gezahlte Cessionsvaluta, dagegen die Differenz zwischen dem Nominalbetrage der Forderung und der Cessionsvaluta unter keinen Umständen in Rechnung gebracht werden darf, m. a. W., daß diese Differenz, wemgleich der Cessionar sie bei dem Geschäfte zu gewinnen gedachte,

nicht als Teil des vermög. Gesetzes demselben zu vergütenden entgangenen Vorteiles oder vollen Interesses angesehen werden darf.

Alles dieses setzt aber voraus, daß zwischen den Parteien keine Vereinbarung darüber getroffen ist, was der Cedent dem Cessionar im Fall der sich herausstellenden Unrichtigkeit oder des Ausfalles der cedierten Forderung oder eines Teiles derselben zu leisten hat. Ist aber eine dahingehende Vereinbarung getroffen, so handelt es sich nicht um Schadensersatz, Interesseleistung, sondern um die Erfüllung vertragsmäßiger Stipulationen. In der Regel müssen Verträge nach ihrem ganzen Inhalt erfüllt werden (A.L.R. I. 5. §. 290). Es kann sich also nur noch fragen, ob eine Vereinbarung dahin, daß der Cedent dem Cessionar ein mehreres, als wozu er schon vermög. Gesetzes verpflichtet ist, wirksam getroffen werden darf. Im allgemeinen steht einer solchen Vereinbarung ein gesetzliches Hindernis nicht entgegen. In dieser Beziehung ist insbesondere zuvörderst auf die Bestimmung des A.L.R. I. 5. §§. 292 flg. hinzuweisen. Danach kann das Interesse wegen nicht gehörig geleisteter Erfüllung eines Vertrages durch Verabredung einer Strafe im voraus bestimmt werden (§. 292). Die Höhe der Strafe war, zur Verhinderung des Wuchers, nur bei Darlehen gesetzlich eingeschränkt (A.L.R. I. 11. §. 299 in Verbindung mit §. 285). Bei anderen Verträgen hängt sie von der Bestimmung der Parteien ab, mit der Maßgabe jedoch, daß, wenn das Interesse schätzbar ist, der Richter die Strafe auf das Doppelte des ermittelten Interesses ermäßigen darf (§§. 300—302). Ferner findet sich nirgend eine ausdrückliche Bestimmung, — A.L.R. I. 11. §. 425 kann nach obigem außer Betracht bleiben — welche überhaupt verbietet, das bei der Cession zu vergütende Interesse vertraglich abweichend vom Gesetze zu normieren. Wenn es vielmehr bei einem Kaufvertrage im Falle der Eviction zulässig ist, hinsichtlich der Schadloshaltung des Käufers von dem Gesetze abweichende Bestimmungen zu treffen, und es bei einer desfallsigen Vereinbarung lediglich sein Bewenden behalten soll (A.L.R. I. 11. §. 153), so bezeugt dieses den Grundsatz, daß solche Vereinbarung bei Verträgen überhaupt, also auch bei der Cession zulässig ist. Und wie bei der Konventionalstrafe das, was geleistet werden soll, über das, was schon nach dem Gesetze gefordert werden darf, hinaus vereinbart werden kann, so muß es auch gestattet sein, für den Gewährleistungsfall das zu Vergütende der Höhe nach, durch Vertrag frei zu bestimmen.

Vertragsfreiheit ist Regel. Wie dieselbe im römischen Rechte bezüglich der Gewährleistung bei der Cession anerkannt ist (vgl. z. B. l. 4, 5 Dig. de hered. 18, 4, so spricht nichts dafür, daß sie im Landrecht habe eingeschränkt werden sollen. Vielmehr ergibt sich aus der Schlußrevision des Suarez zu Tit. 11 §§. 427—441 (von Kamptz, Jahrbücher Bd. 41 S. 19), daß die Regel des römischen Rechtes hat beibehalten werden sollen, mit der Maßgabe jedoch, daß in einem bestimmten Falle, in welchem nach römischen Rechte der Cedent ohne besonderes Versprechen nicht haftete, die Haftung für die Bonität „*citra pactum expressum*“ eintreten soll.

Ist also nach Landrecht ein *pactum expressum* hinsichtlich der Bonität zulässig und inhaltlich nicht beschränkt, so muß dieses um so mehr hinsichtlich der Richtigkeit der Forderung gelten. Wie aus dem §. 425 a. a. D., welcher, wie oben dargethan ist, nur die gesetzliche Gewährleistungspflicht betrifft, eine Einschränkung auch der Vertragsfreiheit in Bezug auf die Höhe des zu vergütenden Interesses hergeleitet werden soll, ist in der That nicht abzusehen. Allerdings muß zugegeben werden, daß, wenn in einem Vertrage die Gewährleistungspflicht schlechtweg übernommen wird, sowohl in solchen Fällen, in welchen sie gesetzlich schon besteht, als auch in solchen, in welchen sie nur infolge ausdrücklicher Übernahme eintritt, vgl. z. B. §§. 1083, 427, 429 a. a. D., mangels einer besonderen Vereinbarung, in welcher Art Gewähr zu leisten sei, die gesetzlichen Vorschriften über die Gewährleistung Platz greifen, daß also im Falle der Cession alsdann auch N. L. R. I. 11. §. 425 bezw. §. 441 anwendbar ist. Vgl. Striethorst, Archiv Bd. 7 S. 298, Entsch. des preuß. O. L. 's Bd. 74 S. 171. In letzterer Entscheidung ist aber auch anerkannt, daß in einem die Gewährleistung ausdrücklich stipulierenden Vertrage ein das gesetzliche übersteigendes Maß von Verpflichtungen übernommen werden kann und daß, wenn dieses geschehen, die Stipulation, als Teil des Vertrages, lediglich nach den Gesetzen über Verträge und nicht nach den Grundsätzen über die gesetzliche Gewährleistungspflicht zu beurteilen ist.

Findet dieses aber, wie notwendig, auch bei der Cession Anwendung, so macht es keinen Unterschied, in welcher Art der Cedent den Cessionar für den Fall der sich ergebenden Unrichtigkeit oder des etwaigen künftigen Ausfalles der cedierten Forderung sicher zu stellen sich ver-

pflichtet. Demnach ist es auch nicht ausgeschlossen, daß der Cedent für die Forderung dem Cessionar ein Pfand gewährt oder einen Bürgen stellt, oder daß er selbst die Bürgschaft einfach oder selbstschuldnerisch übernimmt, und hierdurch den neuen Gläubiger als Schuldner neben dem ursprünglichen Schuldner sich konstituiert. Der Fall der Pfandbestellung oder Bürgschaft hat übrigens nur praktische Bedeutung, wenn es um bloße Unsicherheit der Forderung sich handelt, da beide zu ihrer Wirksamkeit die Rechtsgültigkeit der zu sichernden Forderung zur Voraussetzung haben (A.L.R. I. 20. §. 12; I. 14. §. 251). Schon hierdurch erledigen sich im wesentlichen die volkswirtschaftlichen Erwägungen des Ober-Tribunals, welche dasselbe dahin geführt haben, in dem A.L.R. I. 11. §. 425 ein Verbotsgesetz gegen die Übernahme der selbstschuldnerischen Bürgschaft seitens des Cedenten zu finden.

Indem der Vorderrichter auf Grund des §. 425 a. a. D. die von dem Erblasser der Beklagten übernommene, selbstschuldnerische Bürgschaft für unwirksam erklärt, verletzt er diese Gesetzesstelle durch unrichtige Auslegung. Seine Entscheidung unterliegt daher der Vernichtung.“