

89. 1. Einfluß einer Änderung der Hauptverbindlichkeit auf die Verpflichtung des Bürgen.

2. Kann bei der Annahme der verspäteten Erfüllung der zur Erhaltung des Rechts auf die Vertragsstrafe erforderliche Vorbehalt vom Bürgen des Empfängers der Leistung ausgesprochen werden?

3. Beweislast in Ansehung des Vorbehaltes.

B.G.B. §§ 341. 767. 768.

VI. Zivilsenat. Urtr. v. 26. Januar 1903 i. S. R. (Bekl.) w. R. (Kl.).
Rep. VI. 393/02.

- I. Landgericht Essen.
- II. Oberlandesgericht Hamm.

Der Kläger verkaufte am 18. Februar 1900 an die Firma B. & Co. einen Gasmotor zum Preise von 4000 *M.* Die Lieferung sollte zum 5. März 1900 erfolgen, und bei verspäteter Lieferung eine Vertragsstrafe von 10 *M.* täglich gezahlt werden. Für den Käufer übernahm der Beklagte die selbstschuldnerische Bürgschaft. Aus dieser wurde er dann vom Kläger in Anspruch genommen.

Aus den Gründen:

„Der Beklagte hat seine Haftung aus dem Bürgschaftsvertrage zuvörderst um deswillen bestritten, weil der nach dem Vertrage vom 18. Februar dem Käufer gelieferte Motor auf Grund einer Abmachung zwischen Käufer und Verkäufer von diesem wegen vertragswidriger Beschaffenheit zurückgenommen, und dann die Lieferung eines anderen Motors von größerer Stärke vereinbart sei. Für die Bezahlung des letzteren habe er die Bürgschaft nicht übernommen. Das Berufungsgericht hat diese Verteidigung zurückgewiesen. Es sieht die Lieferung des der letzten Abrede entsprechenden Motors als die Erfüllung des ursprünglichen, nur teilweise geänderten Kaufvertrages an und erstreckt darum die Haftung des Bürgen auf die Bezahlung dieses, für den zuerst bedungenen Preis gelieferten, Motors. . . . Diese Auffassung ist nicht, wie die Revision meint, rechtlich unzulässig. Nach § 767 B.G.B. bleibt die Verpflichtung des Bürgen bestehen, wenn auch der Bestand der Hauptverbindlichkeit sich ändert. Dies gilt auch, wenn die Änderung durch ein vom Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vorgenommenes Rechtsgeschäft erfolgt, nur daß in diesem, hier zutreffenden, Falle die Verpflichtung des Bürgen durch die nachträgliche Änderung nicht erweitert werden kann. Die Verpflichtung des Beklagten ist ungeachtet der späteren Änderungen des Vertragsinhalts die gleiche geblieben; denn der Preis ist trotz der Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Motors unverändert gelassen.

Der Beklagte will eventuell an dem Kaufpreise die Vertragsstrafe kürzen, die der Kläger durch die verspätete Lieferung des Motors gegenüber dem Hauptschuldner verwirkt habe. Hat dieser den Anspruch auf die Strafe, so kann nach § 768 B.G.B. der Beklagte ihn einredeweise geltend machen. Aber nach der Annahme der Erfüllung, die hier erfolgt ist, kann gemäß § 341 Abs. 3 B.G.B. der Gläubiger die Strafe nur verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme vorbehalten hat. Der Beklagte behauptet solchen Vorbehalt,

den sowohl er selbst als auch B. bei der Annahme des Motors gemacht habe. Das Berufungsgericht hält einen Vorbehalt des Bürgen für rechtlich unerheblich, und dagegen wendet sich die Revision, die aus der Stellung des Beklagten als selbstschuldnerischen Bürgen seine Befugnis herleiten will, den Vorbehalt wirksam zu erklären. Allein das ist irrig. Der Hinweis der Revision, daß auch ein Vertreter des Gläubigers, an den die Leistung erfolge, den Vorbehalt machen könne, trifft nicht zu, weil nicht festgestellt ist, daß der Beklagte als Vertreter B.'s den Motor angenommen hat. Im übrigen hat der Bürge, auch wenn er Selbstschuldner ist, lediglich für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners einzustehen, und aus der Person des letzteren kein weiteres Recht als das, seine Einreden geltend zu machen. Dieses Recht kann ihm freilich auch durch einen Verzicht des Hauptschuldners auf die Einrede nicht entzogen werden; aber hier handelt es sich nicht um einen Verzicht. Zwar nach gemeinem Recht konnte unter Umständen die vorbehaltlose Annahme der verspäteten Leistung als Verzicht auf die bedungene Vertragsstrafe aufgefaßt werden,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 9 S. 200, und auch in Bezug auf § 307 preuß. A.L.R. I. 5 ist die gleiche Auffassung vertreten worden.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 2 S. 28.

Hätte für das jetzige Recht das Gleiche zu gelten, so würde sich daraus mit dem Revisionskläger der Schluß ziehen lassen, daß der in dem Unterlassen des Vorbehalts liegende Verzicht dem Bürgen die Einrede nicht entziehe (§ 768 Abs. 2 B.G.B.). Zugleich würde daraus folgen, daß nicht der Beklagte den Vorbehalt, sondern der Kläger den Untergang des Rechts durch Verzicht zu beweisen haben würde. Aber das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Sache anders geregelt. Nach § 341 Abs. 3 kann der Gläubiger nach der Annahme der Erfüllung die Strafe nur fordern, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme vorbehalten hat. Der Bestand seines Rechts wird dadurch von einer vom Gesetz geforderten Handlung abhängig gemacht, ohne die es nach dem Zeitpunkte der Annahme erlischt. Unterbleibt sie, so tritt der Verlust des Rechts kraft Gesetzes ein, unabhängig von dem Willen des Berechtigten, also nicht infolge seines Verzichts. Der Revisionskläger behauptet zu Unrecht, daß das Unterlassen einer zur

Erhaltung des Rechts erforderlichen Handlung allemal als Verzicht aufgefaßt werden müsse. Der Beklagte, der das Recht des Hauptschuldners geltend machen will, hat den Tatbestand zu behaupten und zu beweisen, von dessen Vorhandensein die Existenz des Rechts gesetzlich abhängig ist. Hiernach hat das Berufungsgericht mit Recht angenommen, daß der Beklagte einen von W. gemachten Vorbehalt zu beweisen hat.“ . . .