

61. 1. Kann der Hauptschuldner dem Regreßansprüche des Bürgen oder dritten Verpfänders gegenüber mit einer ihm gegen den befriedigten Gläubiger zustehenden Gegenforderung aufrechnen?

2. Inwieweit kann der Hauptschuldner gegen den Regreßanspruch des Bürgen oder dritten Verpfänders eine Einwendung daraus hernehmen, daß der Bürge oder dritte Verpfänder wegen einer dem Gläubiger gegenüber begründeten Einwendung die Befriedigung des letzteren hätte unterlassen sollen?

3. Kann der Bürge dem Gläubiger gegenüber mit einer dem Hauptschuldner gegen den letzteren zustehenden Gegenforderung aufrechnen?

4. Form der Aufrechnungserklärung.

5. Schadensersatz durch Nichtbenutzung eines dem Erfassungstigen an sich erwachsenen Anspruchs.

VI. Zivilsenat. Ur. v. 17. Oktober 1904 i. S. L. (Bekl.) w. An. (Kl.) u. Allg. D. Kredit-Anstalt (Nebenintervenientin). Rep. VI. 587/03.

I. Landgericht Leipzig.

II. Oberlandesgericht Dresden.

## Gründe:

„Der Kläger hatte im Januar 1900 auf Ersuchen des Beklagten der Nebenintervenientin gegenüber für einen von dieser dem Beklagten eröffneten Kredit die Bürgschaft bis zur Höhe von 14000 *M* übernommen und zur weiteren Sicherung der Nebenintervenientin für jenen Kredit ihr gewisse Wertpapiere zu Pfand gegeben. Am 26. Juni 1901 hat er dann in Erfüllung der Bürgschaft 14000 *M* an die Nebenintervenientin bezahlt, und später, da hiermit die sich aus der laufenden Rechnung ergebende Schuld des Beklagten noch nicht getilgt war, auch in den Verlauf der Pfänder gewilligt, der sodann am 25. Oktober 1901 stattfand, und aus dessen Ertrag noch 7625,15 *M* zur Befriedigung der Nebenintervenientin erforderlich waren. Nunmehr hat der Kläger auf Erstattung dieser 21 625,15 *M* nebst Zinsen Klage erhoben und ist mit ihr in beiden vorigen Instanzen durchgedrungen, obgleich der Beklagte eingewandt hat, daß der Kläger nicht hätte zahlen sollen, weil, wie diesem bekannt gewesen sei, er, der Beklagte, gegen die Nebenintervenientin eine höhere Gegenforderung auf Schadenersatz gehabt habe, mit welcher er dieser gegenüber aufgerechnet gehabt habe oder doch jedenfalls habe aufrechnen können und wollen, und daß eventuell er, der Beklagte, jetzt noch dem Kläger gegenüber damit aufrechnen könne.

Mit Recht hat der Beklagte bei Begründung seiner Revision bemerkt, daß die Beurteilung dieser Fragen jedenfalls in Ansehung der Bürgschaft einerseits und der Pfandbestellung andererseits denselben Grundsätzen unterliegt. Denn das innere Verhältnis der Parteien regelt sich in beiden Beziehungen, da der Kläger Verbürgung wie Verpfändung auf Bitten des Beklagten unentgeltlich übernommen hat, nach den Rechtsnormen vom Auftrage (§ 662 B.G.B.), und was die Bestimmungen des § 774 Abs. 1 B.G.B. über den Übergang der Forderung des Gläubigers auf den den letzteren befriedigenden Bürgen anlangt, so ergibt sich aus § 1247 verglichen mit § 1225 daselbst die entsprechende Anwendung derselben auf den Fall, wo der Gläubiger aus dem Erlöse des von einem Dritten bestellten Pfandes befriedigt wird.

Es ist nun aber den vorigen Richtern darin allerdings beizustimmen, daß von einem Rechte des Beklagten, jetzt noch mit einer ihm gegen die frühere Gläubigerin, die Nebenintervenientin, zustehenden

Gegenforderung dem Kläger gegenüber aufzurechnen, nicht die Rede sein könnte. Er würde freilich nach § 412 verglichen mit § 406 B.G.B. aufrechnen können, insoweit der Anspruch des Klägers als der nach § 774 Abs. 1 B.G.B. auf diesen übergegangene der Nebenintervenientin gedacht würde; aber da der Kläger seinen Anspruch auch als einen selbständigen auf § 670 B.G.B. gründen kann, so ist selbstverständlich die Aufrechnung mit einem dem Beklagten gegen einen anderen als den Kläger zustehenden Ansprüche ausgeschlossen; denn der Kläger hat die Wahl, welche Art der Begründung er benutzen will.

Dagegen hat das Oberlandesgericht rechtlich verstoßen durch seine Auffassung der Voraussetzungen des Negrechtrechts des zahlenden beauftragten Bürgen. In dieser Beziehung nimmt es an, daß der Bürge in seinem Verhältnisse zum Hauptschuldner diesem gegenüber berechtigt sei, dem Gläubiger zu zahlen, wenn nur die Schuld an sich bestehe und fällig sei; das läßt sich aber so schlechtweg nicht sagen. Vielmehr ist es Sache der konkreten Beurteilung, wie weit man dem Bürgen zumuten kann, Einwendungen, bei denen ihn die Beweislast treffen würde, im Interesse des Hauptschuldners dem Gläubiger gegenüber zur Geltung zu bringen; der Bürge, als Beauftragter, ist keineswegs berechtigt, in dieser Hinsicht nur sein eigenes Interesse und seine eigene Bequemlichkeit walten zu lassen, sondern es gilt, hier einen billigen Ausgleich zwischen den beiderseitigen Interessen zu finden. Es handelt sich dabei, da das Bürgerliche Gesetzbuch in dem die Bürgschaft betreffenden 18. Titel des 7. Abschnittes des 2. Buchs besondere Vorschriften über diesen Punkt nicht enthält, und da, abgesehen etwa von einer Andeutung in § 670, auch der vom Auftrage handelnde 10. Titel desselben Abschnittes hier keinen Anhalt gewährt, nur um die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über Treue und Glauben und über Haftung für Verschulden in Vertragsverhältnissen (§§ 157. 242. 276 Abs. 1 B.G.B.). Das römische Recht, dessen Grundsätze in diesen Beziehungen auch die des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind, kann als Vorbild für die Anwendung derselben auf das hier fragliche Verhältniß dienen, in l. 10 § 12. l. 29 pr. Dig. mand. 17, 1 und l. 10 Cod. eod. 4, 35. Zum Teil scheinen diese Stellen sogar schlechtweg auf dem Standpunkte zu stehen, daß derjenige Bürge, der einen begründeten Einwand gegen den Anspruch des Gläubigers kenne, die Zahlung unterlassen müsse;

doch ist dies ohne Zweifel nicht als ausnahmslose Regel gemeint, und könnte jedenfalls auf dem Boden des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht als solche gelten. Immerhin ist aber nach Lage der Umstände des einzelnen Falls zu ermessen, wie sich der Bürge zu verhalten hat, von dem der Hauptschuldner unter Berufung auf ihm gegen den Gläubiger angeblich zustehende Einwendungen verlangt, daß er sich der Befriedigung des letzteren bis auf weiteres enthalte. Grundsätzlich steht der § 670 B.G.B. auf dem gleichen Standpunkte, wenn er dem Beauftragten einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen nur so weit beilegt, als dieser sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Von diesem Standpunkte aus hat nun aber das Berufungsgericht die vorliegende Sache nicht geprüft.

Allerdings dürfte aus diesem Grunde das angefochtene Urteil dann doch nicht aufgehoben werden, wenn gar keine Einrede denkbar wäre, welche einer Klage der Nebenintervenientin gegen den jetzigen Kläger mit Erfolg hätte entgegengesetzt werden können. In dieser Beziehung ist es richtig, daß der Kläger, als Bürge, die Aufrechnung mit einer dem Beklagten, als Hauptschuldner, zustehenden Gegenforderung nicht würde haben vornehmen können. Im gemeinen Rechte war das freilich nach l. 4. 5 Dig. de compens. 16, 2 anders; aber nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist eine solche Aufrechnung dadurch völlig ausgeschlossen, daß nach § 388 die Aufrechnung durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile erfolgt, und daß hierunter nur eine Erklärung des Schuldners selbst verstanden sein kann, weil in § 387 nur gesagt ist, daß jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Teils aufrechnen könne, während sich eine besondere Bestimmung, wonach der Bürge auch eine Gegenforderung des Hauptschuldners zur Aufrechnung bringen könnte, im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht findet. Also ist der, in der Literatur ganz vereinzelt dastehenden, Ansicht von Vertmann, welcher (Schuldverhältnisse Bem. 3 zu § 770 B.G.B. S. 497) dem Bürgen in analoger Anwendung von § 768 Abs. 1 B.G.B. das fragliche Aufrechnungsrecht zuschreibt — während er doch in der Bem. 1 zur § 768 (S. 495) selbst sagt, die Anfechtungseinrede sei nach § 770 dem Bürgen entzogen —, nicht zuzustimmen. Aber die Entscheidung des Berufungsgerichts, daß der Beklagte zur Zeit der Zahlung der 14000 M und des Verkaufes der verpfändeten Wertpapiere der

Nebenintervenientin gegenüber noch nicht die Aufrechnung erklärt gehabt habe, und daher die Forderung der Nebenintervenientin keinesfalls schon getilgt gewesen sei, kann nicht gebilligt werden und setzt mit Unrecht die Unanwendbarkeit des Satzes 1 des § 388 B.G.B. auf den gegebenen Fall voraus. Der Beklagte hat der Nebenintervenientin am 23. März 1901 geschrieben: „Ich beanspruche . . . eine Entschädigung von 3000 *M* in bar, die Aushändigung der hinterlegten Papiere und seines Bürgschaftscheines an Herrn Kn.“ (den Kläger) „und die Übernahme der . . . mir erwachsenen Schulb . . . à fonds perdu der Leipziger Kredit-Anstalt.“ Damit war so klar wie möglich gesagt, daß der Schreiber nun der Kredit-Anstalt nichts mehr schuldig sein wolle und sogar noch Geld dazu verlange, und damit war die Aufrechnung im Sinne des § 388 B.G.B. erklärt. Wenn das Oberlandesgericht meint, dies sei nur ein Vergleichsvorschlag gewesen, so fehlt es dafür, soviel die Aufhebung der ganzen Forderung der Nebenintervenientin an den Beklagten anlangt, an jeder Begründung. . . . Übrigens würde die Sache nicht einmal wesentlich anders liegen, wenn der Beklagte zu der Zeit, als die Nebenintervenientin für ihre Forderung an ihn Befriedigung aus den Mitteln des Klägers erhielt, noch nicht die Aufrechnung vorgenommen gehabt hätte; denn das hätte er dann ja, soweit es zur Sicherung des Klägers als Bürgen und Pfandgebers gegen die Ansprüche der Nebenintervenientin hierauf ankam, jederzeit noch tun können, und wäre hierzu gewiß auch gern bereit gewesen.

Es wird Sache des Berufungsgerichts sein, zu prüfen, ob die behauptete Gegenforderung des Beklagten an die Nebenintervenientin in der Tat begründet war, und ob billigerweise vom Kläger verlangt werden konnte, daß er deshalb die Befriedigung der Nebenintervenientin unterlasse. Dabei wird zu erwägen sein, ob die Gegenforderung des Beklagten nur als aus unerlaubter Handlung der Nebenintervenientin entspringend würde haben begründet werden können — in welchem Falle die Voraussetzungen des § 826 B.G.B. gegeben sein müßten —, oder ob zwischen dem Beklagten, als dem Verpfänder von Wertpapieren, und der Nebenintervenientin nicht auch ein Vertragsverhältnis bestand, aus welchem der letzteren nach § 276 Abs. 1 B.G.B. gewisse Verpflichtungen zur Anwendung von Sorgfalt erwachsen (vgl. Motive zum Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Bd. 3 S. 810 flg. und Bland, B.G.B. Bd. 3 Bem. 1 zu § 1215 S. 666), die nach den Behauptungen des Beklagten verletzt sein würden.

Der Beklagte hat noch einen weiteren rechtlichen Verstoß im angefochtenen Urteil mit Grund gerügt. Er hatte nämlich in der Berufungsinstanz die Behauptung aufgestellt, der Kläger habe ihm kurze Zeit vor dem 26. Juni 1901 (also dem Tage, an welchem jener die 14000 *M* zahlte) zugesichert gehabt, er werde an die Kredit-Anstalt nicht zahlen, sondern die Klage erwarten und die Einwendungen des Beklagten vorbringen, und hatte dem Kläger hierüber den Eid zugeschoben, welchen sodann dieser eventuell zurückzuschieben erklärt hatte, und das Berufungsgericht hat dieses Vorbringen des Beklagten deshalb für unerheblich erachtet, weil hieraus sich höchstens ein Anspruch auf Schadensersatz in Geld ergeben würde, ein solcher aber vom Beklagten nicht geltend gemacht sei. Dabei ist verkannt, daß, wenn der Kläger die Abweisung der Kredit-Anstalt mittels einer dem jetzigen Beklagten zustehenden Einrede erreicht hätte, er nichts zu zahlen gehabt und mithin keinen Erstattungsanspruch gegen den letzteren erworben haben würde, und daß dieser Zustand dann jetzt auf Grund des § 249 B.G.B. dadurch herzustellen sein würde, daß der Kläger seinen Anspruch fallen ließe.

Vgl. einen ähnlichen Fall der Realisierung eines Schadensersatzanspruches durch *exceptio doli* nach gemeinem Recht in den Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 14 S. 110 flg.

Auch hierbei kommen die vorigen Ausführungen in Betracht, wonach gewisse Einwendungen des Beklagten als der Nebenintervenientin gegenüber in *thesi* begründet gewesen erscheinen. Ubrigens ist mit Recht vom Beklagten darauf hingewiesen worden, daß die Einrede aus jenem vom Beklagten behaupteten Versprechen des Klägers eventuell nicht nur der Klage aus dem Auftrage gegenüber, sondern nach § 774 Abs. 1 B.G.B. auch der auf das übergegangene Recht des Gläubigers begründeten Klage gegenüber durchgreifen würde. Auch aus diesem Grunde mußte also das angefochtene Urteil aufgehoben werden. Nach § 565 Abs. 1 Z.P.O. war die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen."