

15. 1. Findet auf ein durch Umwandlung einer schon bestehenden Schuld zustande gekommenes Darlehn die Vorschrift des § 364 Abs. 2 B.G.B. Anwendung?

2. Inwiefern sind gegenüber der Klage aus einem solchen Darlehn Einwendungen aus dem früheren Schuldverhältnisse zulässig?

3. Muß der Bürge, der sich vom Hauptschuldner später Aussprüche aus irgendeinem Vertrage gegen den Gläubiger hat abtreten lassen, deshalb den ganzen Inhalt dieses Vertrages auch gegen sich gelten lassen?

4. Tragweite des § 768 und des § 767 Abs. 1 Satz 3 B.G.B. in Ansehung der Berufung des Bürgen auf dem Hauptschuldner gegen den Gläubiger zustehende Gegenforderungen.

VI. Zivilsenat. Ur. v. 13. November 1905 i. S. H. (Bekl.) w. D. & E. (Kl.). Rep. VI. 1/05.

I. Landgericht Hannover.

II. Oberlandesgericht Celle.

Aus den Gründen:

Der Beklagte ist aus einer selbstschuldnerischen Bürgschaft belangt, die er in der notariellen Urkunde vom 19. März 1900 für seinen Bruder, den Restaurateur E. H. zu H., der Klägerin gegenüber in Höhe von 15000 M übernommen hat. Die Hauptverbindlichkeit des E. H. ist nach derselben Urkunde eine Darlehns-

schuld von gleicher Höhe. Zwar steht unter den Parteien fest, daß E. S. das Darlehn von 15000 M., dessen Empfang er in der Urkunde anerkennt, nicht bar ausgezahlt erhalten hatte, sondern daß zwischen ihm und der Klägerin vereinbart war, daß eine Restschuld aus einem Bauvertrage (also Werkverdingungsvertrage) vom 20. April 1899, welche in Höhe von 15000 M. vorausgesetzt wurde, in die Darlehnschuld umgewandelt sein solle; aber nach § 607 Abs. 2 B.G.B. war nichtsdestoweniger das Geschäft ein Darlehn, falls nur die umgewandelte Schuld wirklich bestanden hatte. Daher hat das Berufungsgericht mit Unrecht hier den § 364 Abs. 2 B.G.B., nach welchem im Zweifel nicht anzunehmen ist, daß eine zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers vom Schuldner übernommene neue Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernommen sei, angezogen als Grundlage für die Annahme, daß die aus der Werkverdingung abzuleitenden Einwendungen durch die Umwandlung in eine Darlehnschuld nicht ausgeschlossen seien; denn hier hat das Geschuldete durch diese Umwandlung einen neuen Schuldgrund erhalten sollen, mit welchem die Fortdauer des alten nicht vereinbar sein würde.

Vgl. Rehbein, B.G.B. Bd. 2 zu §§ 362—371 Bem. 27 S. 293 und Bem. 28 S. 297.

Dennoch ist aber die Meinung selbst, daß Einwendungen aus der Werkverdingung hier zulässig seien, ganz richtig, jedoch einfach aus dem Grunde, weil, soweit die vorausgesetzte frühere Schuld in Wirklichkeit nicht bestand, auch das Darlehn nach § 607 Abs. 2 B.G.B. nicht zustande gekommen sein würde.

Das Berufungsgericht hat nun aber diejenigen Einwendungen des Beklagten, die sich auf solche Mängel des Baues stützten, welche schon vor dem am 10. April 1902 zwischen dem Hauptschuldner und der Klägerin geschlossenen Vergleiche hervorgetreten sein sollen, deswegen verworfen, weil der Hauptschuldner durch diesen Vergleich auf deren Geltendmachung verzichtet habe. Die Annahme dieses Verzichtes ist rechtlich unbedenklich. Nicht das gleiche gilt aber von dem Hauptgrunde, welchen das Oberlandesgericht dafür anführt, daß der Beklagte, wenn er auch als Bürge diesen Vergleich nicht genehmigt habe, doch den Verzicht des Hauptschuldners gegen sich gelten lassen müsse. Dieser Grund ist darin gefunden, daß der Beklagte sich später, am 14. August 1902, nachdem das Grundstück, auf welchem

die Klägerin für E. H. den Bau ausgeführt hatte, der Zwangsversteigerung verfallen und vom Beklagten erstanden worden war, von seinem Bruder alle diesem aus dem Bauvertrage vom 20. April 1899 und aus dem Vergleiche vom 10. April 1902 gegen die Klägerin zustehenden Rechte hat abtreten lassen und auf dieser Grundlage im Prozesse mit hierher gehörigen Gegenansprüchen auch aus eigenem Rechte hat aufrechnen wollen. Hierin hat das Oberlandesgericht eine nachträgliche Genehmigung des Vergleiches, also auch des fraglichen Verzichtes des Hauptschuldners, erblickt und daraus abgeleitet, daß die betreffende Replik nun auch dem Beklagten gegenüber durchgreife. Hierfür fehlt es jedoch an jedem rechtlichen Grunde. Es ist nicht abzusehen, warum sich jemand nicht bestimmte Ansprüche aus irgendeinem Vertrage, der ihn selbst bis dahin rechtlich nicht berührte, sollte abtreten lassen und geltend machen können, ohne sich selbst damit allen Bestimmungen des Vertrages zu unterwerfen.

Allerdings ist es andererseits unzweifelhaft, daß der Beklagte jetzt nicht aus eigenem Rechte als Possessor Gegenansprüche zur Aufrechnung bringen kann, auf die sein Zedent, der Hauptschuldner, schon vor der Abtretung durch den Vergleich vom 10. April 1902 verzichtet hatte. Aber nun entsteht die weitere Frage, ob er nicht als Bürge Einwendungen aus solchen Gegenrechten hernehmen kann, die dem Hauptschuldner bis zum Vergleiche vom 10. April 1902 zustanden, und auf die dieser eben ohne seine, des Bürgen, Zustimmung verzichtet hat. Das Oberlandesgericht verneint diese Frage, soweit es sich um Aufrechnungen handelt, und zwar deshalb, weil das bloße Bestehen der Gegenforderung noch keine Einrede im Sinne des § 768 B.G.B. begründe, auf welche der Hauptschuldner allerdings zum Nachteile des Bürgen nicht würde verzichten können, sondern weil der Bürge nur nach § 770 Abs. 2 das eine dilatorische Einrede habe, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen könne, nun aber diese Möglichkeit für den Gläubiger hier weggefallen sei, da der Hauptschuldner auf die hier fraglichen Gegenforderungen vergleichsweise verzichtet habe. Hiergegen hat nun der Revisionskläger zunächst erinnert, daß er ja nicht bloß Aufrechnungen, sondern auch das Zurückbehaltungsrecht, die sog. *exceptio non rite adimpleti contractus* aus dem Rechte des Hauptschuldners vorgeschützt habe, und daß es

sich dabei doch gewiß um eine wahre Einrede handele. Es ist auch richtig, daß, wenn der oben besprochene Hauptgrund des Berufungsgerichts wegfällt, die Ausführung desselben über die Aufrechnung nicht ausreicht, um die Verwerfung der Einrede des Zurückbehaltungsrechts zu decken, die hier übrigens nicht auf die §§ 237, 320 B.G.B., sondern, da der Bauvertrag schon im Jahre 1899 geschlossen ist, nur auf die Normen des damals in Hannover geltenden gemeinen Rechts begründet werden könnte. Aber die Verwerfung dieser Einrede ist aus andern Gründen aufrecht zu halten. Es genügt hier, den einen Grund hervorzuheben, daß es sich dabei nur um eine dilatorische Einrede handeln würde, und daß diese dem Hauptschuldner jedenfalls dadurch verloren gegangen ist, daß er seine Verbindlichkeit zur Werklohnzahlung, ohne die Einrede geltend zu machen, in eine Darlehnschuld hat umwandeln lassen, gerade so, wie sie durch Zahlung jener Schuld verloren gegangen sein würde; eine bloße dilatorische Einrede macht eben die Schuld nicht zu einer Nichtschuld; arg. l. 26 § 3. l. 56 Dig. de cond. ind. 12, 6 (entsprechend auch § 813 B.G.B.).

Der Revisionskläger hat aber weiter zur Erwägung gestellt, ob nicht, was die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen wegen mangelhafter Ausführung des Baues anlangt, das Berufungsgericht mit Unrecht die Anwendbarkeit des § 768 B.G.B. verneint habe, und ob nicht wenigstens § 767 Abs. 1 Satz 3 das. hier eingreife, wonach durch ein nachträgliches Rechtsgeschäft des Hauptschuldners die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert wird. Hierzu ist zunächst zu sagen, daß die Auffassung des Oberlandesgerichts, wonach eine noch nicht vollzogene Aufrechnung nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht unter die im § 768 in Rede stehenden Einreden fällt, zweifellos richtig ist, und daß im allgemeinen auch keine „Erweiterung“ der Verpflichtung im Sinne des § 767 Abs. 1 Satz 3 darin zu finden ist, daß er die ihm durch § 770 Abs. 2 beigelegte dilatorische Einrede infolge eines Rechtsgeschäftes des Hauptschuldners wieder verliert.

Vgl. wegen des letzteren Punktes Endemann, Lehrb. des Bürgerl. Rechts (8. Aufl.), Bd. 1 § 145 Anm. 6 S. 828 flg.; Crome, Deutsches Bürgerl. Recht, Bd. 2 Abt. 2 § 296 Anm. 46 S. 879; Fischer und v. Henle, B.G.B. (6. Aufl.), Bem. 3 zu § 770

§. 383; Ed-Deonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1 § 96 Anm. 4 S. 568; v. Staudinger (Engelmann), Kommentar, Bd. 2 Abt. 2 (2. Aufl.), Bem. 1 b β zu § 770 S. 715.

Sedoch entsteht die Frage, ob diejenigen Fälle der Aufrechnung, wo, wie hier, die Gegenforderung einen auf Grund desselben Vertrages erhobenen Schadenersatzanspruch zum Gegenstande hat, überhaupt notwendig unter diesen Gesichtspunkt gebracht werden müssen. Nach dem im vorliegenden Falle nach Art. 170 Einf.-Ges. zum B.G.B. zur Anwendung kommenden gemeinen Rechte könnte man ebensovot sagen, der Anspruch des Unternehmers auf den Werklohn verringere sich nach den Grundsätzen der bona fides ohne weiteres um den Schadenersatz, den der Besteller mit Recht von ihm verlangen könne (vgl. l. 4 Dig. de comp. 16, 2); was sich übrigens auch nach den §§ 157. 242 B.G.B. wohl nicht anders verhalten möchte. Indessen kommt es hierauf nicht einmal an. Denn zumal da nach dem Tatbestand erster Instanz der Bau entsprechend dem Bauvertrage vollendet, also auch bis zum Dezember 1899 fertig gestellt, folglich eventuell damals auch schon mit den fraglichen Mängeln behaftet war, so kommt weiter in Betracht, daß nach gemeinem Recht auch vom Standpunkte der Aufrechnung aus anders als nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch zu entscheiden sein würde. Denn nach gemeinem Rechte gilt schon die Schuld, gegen welche der Schuldner aufrechnen kann, als eine Nichtschuld (vgl. l. 10 § 1 Dig. de comp. 16, 2. arg. l. 30 Dig. de cond. ind. 12, 6); es würde also, soweit die Sache zur Zeit des Vertrages vom 19. März 1900 so gelegen haben sollte, schon aus diesem Grunde die Hauptschuld, die Darlehnschuld, gar nicht zustande gekommen sein.

Somit mußte das Berufungsurteil, soweit es gegen den Beklagten ergangen war, aufgehoben werden, und zwar, da die von ihm geltend gemachten Gegenansprüche nach seinen Behauptungen die ganze der Klägerin zuerkannte Summe deckten, und in dieser Beziehung noch keine tatsächliche Feststellung vorlag, in ganzem Umfange.“ . . .