

38. Ist der Gläubiger verpflichtet, dem Bürgen (Selbstschuldnerbürgen) von einem gegen den Hauptschuldner eingeleiteten Zwangsversteigerungsverfahren Nachricht zu geben? Kann die Vorschrift des § 1166 B.G.B. hier analog angewendet werden? Ergibt sich eine Benachrichtigungspflicht aus einer bisher in dem Verhältnisse zum Bürgen vom Gläubiger eingehaltene Geschäftsübung?

VI. Zivilsenat. Ur. v. 31. Januar 1907 i. S. Rn. (Wekl. u. Widerkl.)
w. Leih- u. Sparkasse St. (Kl. u. Widerbell.). Rep. VI 246/06.

I. Landgericht Ravensburg.

II. Oberlandesgericht Stuttgart.

Der Beklagte hatte am 21. Nov. 1903 zwei Forderungen im Betrage von 1120 *M* und 2500 *M* gegen die Eheleute S. in R., welche auf dem Grundbesitz der Schuldner mit zweiter und dritter Hypothek sicher gestellt waren, durch „Zessionsvertrag“ auf die Klägerin übertragen und gleichzeitig sich für die Forderungen als Bürge und Selbstzahler verbindlich erklärt. Die verpfändete Liegenschaft kam am 18. April 1905 zur Zwangsversteigerung. Diese war auf Antrag der ersten Hypothekengläubigerin, der W. Sparkasse in St., angeordnet,

und es war der Beitritt der Klägerin zur Zwangsversteigerung wegen mehrfacher Ansprüche auf Zinsen und Kosten zugelassen worden. Im Versteigerungstermine erschien der Rechtsanwalt M. als Bevollmächtigter der Klägerin, zugleich aber auch in eigenem Interesse, da er selbst auf dem H.'schen Grundstücke eine Hypothek an vierter Stelle hatte. Dieser erfuhr erst im Laufe des Versteigerungstermins, daß der Beklagte der Klägerin als Bürge haftete. Er ersteigerte in eigenem Namen das Anwesen, wobei seine Hypothek und ebenso die Hypotheken der Klägerin ausfielen. Gegenüber der Klage, mit welcher die Klägerin zunächst Zahlung eines Teilbetrages der Forderungen vom Beklagten als Bürgen verlangte, erhob dieser den Einwand, daß die Klägerin verpflichtet gewesen wäre, ihn von der Zwangsversteigerung zu benachrichtigen, wie solches bisher während der langjährigen Geschäftsverbindung der Parteien in gleichen Fällen regelmäßig geschehen sei. Wäre ihm rechtzeitig Mitteilung gemacht worden, so hätte er das Anwesen, dessen Wert den Versteigerungserlös erheblich überstiegen habe, für sich ersteigert. Der Beklagte erhob aus diesem Grunde auch eine Feststellungswiderklage. Von den Vorinstanzen wurde der Einwand verworfen, und die Widerklage abgewiesen. Die Revision des Beklagten wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

... „Die Revision nimmt Bezug auf die Ausführung von Dernburg, Das preussische Hypothekenrecht, Abt. 2 § 10 Nr. 4 S. 66, 67, wo die Frage aufgeworfen und bejaht wird, ob der persönliche Schuldner befugt sein solle, zu fordern, daß ihm der Gläubiger von der Einleitung der Zwangsvollstreckung in das verpfändete Grundstück Mitteilung mache, wenn dieser ihn mit der Forderungsklage auf den Ausfall bei der Zwangsversteigerung in Anspruch nehmen will. Diese Ausführungen, meint die Revision, trafen in erster Linie das römische, in zweiter das preussische Hypothekenrecht; es gehe aber aus ihnen hervor, daß die Auffassung des Berufungsgerichts bezüglich des § 1166 B.G.B. unzutreffend sei. Es handle sich nicht um eine besondere Gesetzesvorschrift, sondern um die Anwendung eines Prinzips. Die entsprechende Anwendung der Bestimmung des § 1166 B.G.B. auf Fälle der vorliegenden Art rechtfertige sich aus den Grundsätzen in betreff der Analogie. Für deren Zulässigkeit beruft sich die Revision auf § 1 des ersten Ent-

wurfes zum Bürgerlichen Gesetzbuch, der nur deshalb, weil er entbehrlich erschien, im Gesetze gestrichen worden sei. Ubrigens sei der selbstschuldnerische Bürge gegenüber dem Gläubiger einfach Solidarschuldner; das Bürgschaftsverhältnis komme nur noch gegenüber dem Mitschuldner in Frage. Verlezt sei vom Berufungsgericht weiter § 242 B.G.B.: Treu und Glaube verlangten die Benachrichtigung des Bürgen. Ein hiergegen verstößendes Verhalten ihres Bevollmächtigten habe die Klägerin zu vertreten.

Diese Angriffe konnten nicht für begründet erachtet werden. Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch, welches mit Recht (vgl. Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 54 S. 315 fig.) von den Vorinstanzen auf den gegenwärtigen Fall zur Anwendung gebracht ist, hat in bewußtem Gegensatz zu andern Gesetzgebungen und zu der vorherrschenden gemeinrechtlichen Lehre eine Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen, eine Verpflichtung des Gläubigers, beim Vorgehen gegen den Hauptschuldner auf die Interessen des Bürgen Rücksicht zu nehmen, grundsätzlich nicht angenommen und nur in besonders bestimmten Fällen — § 776 (der Fall des § 777 kommt hierfür nicht in Betracht) — eine Befreiung des Bürgen zufolge Aufgebens gewisser Rechte von seiten des Gläubigers statuiert.

Vgl. Motive zum Entw. des B.G.B. Bd. 2 S. 678 fig.; Planck, B.G.B. § 776 Bem. 1; v. Staubinger, Kommentar Bd. 2 Abt. 2 zu § 776 Bem. 3; Dertmann, Recht der Schuldverhältnisse, zu § 776 2. Aufl. Bem. 2 S. 853.

Auch aus der Bestimmung des § 242 B.G.B. könnte eine Verpflichtung des Gläubigers zur Rücksichtnahme auf den Bürgen im allgemeinen und von besonders gestalteten Rechtsbeziehungen der Beteiligten abgesehen nicht wohl hergeleitet werden, da durch den Bürgschaftsvertrag an sich für den Gläubiger nur Rechte, keine Verpflichtungen begründet werden, und es sich also insofern nicht um eine „Leistung“ des Gläubigers an den Bürgen handelt, die nach Treu und Glauben zu erfüllen wäre.

Vgl. Planck, a. a. D. Bem. 1; Dertmann, a. a. D. zu § 776 Bem. 3 d; Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse § 86 Nr. 8 S. 226.

Im besonderen wird eine Verpflichtung des Gläubigers, den Bürgen von einem die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners be-

treffenden Vorgange, namentlich von der Einleitung einer Zwangsvollstreckung, zu benachrichtigen, im Bürgerlichen Gesetzbuche nirgends aufgestellt. Wohl aber weisen die Vorschriften in § 775 B.G.B. darauf hin, daß der Bürge selbst nach dieser Richtung die Augen offen halten muß. Für die Begründung einer Benachrichtigungspflicht des Gläubigers könnte nur an § 1166 B.G.B. gedacht werden.

Daß diese Gesetzesvorschrift hierfür direkt verwendbar sei, ist nach ihrem Wortlaute ausgeschlossen. Es läme nur die Anwendung im Wege der (Gesetzes-)Analogie in Frage. Daß die Analogie auch für das Gebiet des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches zugelassen sei, ist der Revision ohne weiteres zuzugeben; von der analogen Rechtsanwendung ist auf diesem Gebiete auch schon in der Rechtsprechung des Reichsgerichts häufig genug Gebrauch gemacht worden. Das Berufungsgericht hat aber nicht, wie ihm die Revision vorwirft, die Rechtsgrundsätze der Analogie verkannt. Die Anwendung einer für bestimmte Verhältnisse gegebenen Rechtsnorm auf andere verwandte Verhältnisse im Wege der Analogie setzt voraus, daß auf der einen und der anderen Seite wesensgleiche oder rechtsähnliche Tatbestände vorliegen, und daß auf beide der gleiche innere Grund zutrifft. Von diesem Gesichtspunkte aus erscheint es nicht als angängig, die Vorschrift des § 1166 B.G.B. auf das Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen zu übertragen.

Der § 1166 steht in engem Zusammenhange mit den vorangehenden §§ 1164 und 1165. Es sind hier gegenüber der Regelnorm des § 1163 Sonderbestimmungen für den Fall getroffen, wenn der persönliche Schuldner und der Eigentümer des verpfändeten Grundstückes verschiedene Personen sind. In diesem Falle soll, wenn der persönliche Schuldner den Gläubiger befriedigt, die Hypothek insoweit auf ihn (nicht auf den Eigentümer) übergehen, als er vom Eigentümer oder von einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann. Hierbei ist namentlich an den Fall gedacht, wo bei der Veräußerung eines Grundstückes, das mit einer Hypothek für eine Schuld des Veräußerers belastet ist, die Übernahme der Schuld durch den Erwerber vereinbart war, die persönliche Haftung des Veräußerers aber fortbesteht, weil die Schuldübernahme nicht zustande gekommen ist. Im Anschlusse hieran ist in § 1165 die Befreiung des persönlichen Schuldners, falls der Gläubiger die Hypothek preis-

gibt, festgesetzt. Und nun folgt der § 1166, welcher gleichfalls den Schutz des mit dem Eigentümer nicht identischen persönlichen Schuldners bezweckt, der berechtigt ist, vom Eigentümer Ersatz zu verlangen, wenn er den Gläubiger befriedigt. Diese Vorschriften sind von der II. Kommission in den Gesetzentwurf eingestellt worden, und zwar der § 1166 (Entw. Bd. 2 § 1073) gerade infolge der durch jene Ausführungen Dernburg's gegebenen Anregung. Indes wurde in der Kommission für die Ablehnung weiter gehender Anträge erwogen: die Benachrichtigungspflicht dürfe nicht jedem Gläubiger auferlegt werden; ein besonderer Schutz des Schuldners sei nur in den Fällen durch das praktische Bedürfnis geboten, in welchen ein Gläubiger mit einer durchaus sicheren Hypothek, namentlich eine Hypothekbank, die Zwangsversteigerung betreibe, das Grundstück selbst gegen ein ganz niedriges Gebot erstehe und sich dann wegen des Ausfalles an den persönlichen Schuldner halte, obwohl er durch den Wert des von ihm erworbenen Grundstückes mehr als gedeckt sei. In diesen Fällen erfordere es die Billigkeit, daß der Gläubiger, soweit tunlich, den Schuldner von der Zwangsversteigerung benachrichtige, damit dieser Gelegenheit habe, durch eigenes Mitbieten oder Herbeischaffung anderer Bieter den Ausfall der Hypothek des Gläubigers zu verhindern. Dagegen sei es ungerechtfertigt, auch jeden dem betreibenden Gläubiger nachstehenden Hypothekar zur Benachrichtigung des Schuldners zu verpflichten.

Vgl. hierzu Protokolle-Bd. 2 S. 4509 flg.; Mugdan, Materialien zum B.G.B. Bd. 3 S. 848 flg.; Denkschrift S. 145 (Mugdan, Bd. 3 S. 986); Turnau u. Förster, Liegenschaftsrecht zu § 1166 S. 694 Bem. 1, 3, 5; v. Staudinger, Kommentar Bd. 3 zu § 1166 Bem. 1, 2; Planck, B.G.B. zu § 1164 Bem. 2o, zu § 1165 Bem. 1, 2, zu § 1166 Bem. 1, 4b; Crome, System Bd. 3 § 475 S. 747 flg.

Überall ist hier nur vom persönlichen Schuldner, nicht auch vom Bürgen die Rede. Die Gründe, welche für die (aus Billigkeitsrückichten) zur Sicherung des persönlichen Schuldners getroffenen Ausnahmegestimmungen maßgebend gewesen sind, würden aber auch keineswegs ebenso auf das Rechtsverhältnis der Bürgschaft zutreffen. Die Vorschrift des § 1164 B.G.B. greift zugunsten des Bürgen, abgesehen von dem Falle, wo die Hypothek für die Bürgschaftsschuld

bestellt, der Bürge also der persönliche Schuldner der Hypothekenforderung ist (vgl. Planck, a. a. D. zu § 1164 Bem. 2c), nicht Maß; vielmehr erlischt mit der Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen die Forderung nicht, sondern geht mit der Hypothek nach §§ 774, 1153 B.G.B. auf den Bürgen über. Die in diesem Falle auf den Bürgen übergehende Forderung aber darf nicht der Ersatzforderung des persönlichen Schuldners gegen den Eigentümer, die das Gesetz bei §§ 1164—1166 allein im Auge hat, gleichgestellt werden. Allerdings kann der Bürge auf ähnliche Weise in Nachteil kommen, wenn zufolge der ohne sein Vorwissen durchgeführten Zwangsversteigerung nunmehr die Hypothek, die nach § 774 B.G.B. mit der Forderung auf ihn übergegangen wäre, erloschen ist. Indes fehlt es an jedem genügenden Anhalte dafür, daß gegen eine solche Gefährdung dem Bürgen ein gesetzlicher Schutz gewährt sein sollte, und zwar durch Verpflichtung des Gläubigers zu einer bestimmten positiven Tätigkeit. Die Rechtsstellung des Gläubigers dem Bürgen gegenüber ist eine wesentlich andere als die gegenüber dem persönlichen Hauptschuldner. Die Zweckbestimmung der Bürgschaft ist lediglich die, dem Gläubiger Sicherheit zu gewähren; und nur in verstärktem Maße tritt dieser Zweck bei der Selbstschuldnerbürgschaft hervor. Die Auffassung der Revision, daß der Selbstschuldnerbürgen im Verhältnis zum Gläubiger lediglich Gesamtschuldner sei, ist nicht zutreffend. Der Bürge, der sich als Selbstschuldner oder Selbstzahler verbindlich macht, verzichtet auf die Einrede der Vorausklage (B.G.B. § 773 Abs. 1 Nr. 1), ist und bleibt aber gleichwohl Bürge; seine Haftung bleibt eine akzessorische und ist nicht nach den Grundsätzen der prinzipialen Gesamtschuld zu beurteilen.

Vgl. Dertmann, a. a. D. zu § 773 Bem. 2a; Planck, a. a. D. zu § 773 Bem. 1a; Crome, a. a. D. Bd. 2 § 296 S. 882 ff.

Gegen eine analoge Anwendung der Sondervorschrift des § 1166 B.G.B. auf die Bürgschaft spricht aber vor allem, daß das Bürgerliche Gesetzbuch, wie schon ausgeführt, auf dem prinzipiellen Standpunkte steht, wonach der Gläubiger nicht verpflichtet ist, das Interesse des Bürgen zu wahren, und daß es die Fälle, in welchen der Gläubiger durch ein den Bürgen benachteiligendes Vorgehen frei werden soll, in bestimmter Weise abgrenzt. Allerdings entspricht die in § 1165 B.G.B. zum Schutze des persönlichen Schuldners getroffene

Bestimmung dem Wesen nach der in § 776 B.G.B. zugunsten des Bürgen gegebenen Vorschrift. Allein gerade der Umstand, daß eine dem nachfolgenden § 1166 entsprechende Bestimmung, was sonst ja nahe gelegen hätte, unter die Vorschriften über die Bürgschaft nicht aufgenommen ist, dient zur Unterstützung der Annahme, daß der Gesetzgeber dem Gläubiger eine entsprechende Benachrichtigungspflicht dem Bürgen gegenüber nicht hat auferlegen wollen, und daß deshalb eine Analogie nicht Platz greifen kann. Hiernach kann davon abgesehen werden, ob im vorliegenden Falle die Voraussetzungen des § 1166 B.G.B. als gegeben angenommen werden dürften, sofern etwa dem Beklagten (was übrigens in keiner Weise ersichtlich ist) gegenüber dem Hauptschuldner und Grundstückseigentümer ein Regreßanspruch bei Befriedigung des Gläubigers zustände, ob die Klägerin als betreibende Gläubigerin im Sinne von § 1166 nach § 27 Abs. 2 des Zwangsversteigerungsgesetzes vom 20. Mai 1898 angesehen werden könnte, obwohl ihr Beitritt zu dem Verfahren nicht wegen der Hauptsumme der jetzt den Gegenstand von Klage und Widerklage bildenden Forderungen erfolgt und zugelassen worden ist.

Es stand mithin nur in Frage, ob nicht eine Benachrichtigungspflicht der Klägerin aus den besonderen im gegebenen Falle zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen zu begründen war.

Daß aus dem Inhalte der zwischen dem Beklagten und der Klägerin urkundlich abgeschlossenen Verträge, dem Fessionvertrage und dem Bürgschaftsvertrage, nichts von einer derartigen Verpflichtung zu entnehmen ist, hat der Berufungsrichter einwandsfrei festgestellt. Er folgert aus der Bedingung Ziff. 4 des Fessionvertrages, daß sich die Klägerin eher bestrebt, ihre Pflichten vertragsmäßig zu verringern, und daß sie keineswegs gewillt gewesen sei, Pflichten, die ihr nicht nach dem Gesetze schon oblagen, zu übernehmen. Auf das der Fession zugrunde liegende kausale Rechtsgeschäft, das aus der Urkunde nicht ersichtlich ist, hat der Beklagte selbst seinen Einwand nicht gestützt. Was aber die Geschäftsübung betrifft, die nach der Behauptung des Beklagten im Rechtsverkehre der Parteien bestanden hat, so ist die Annahme des Berufungsgerichts, daß hieraus keine Rechtspflicht der Klägerin zur Benachrichtigung des Beklagten von Zwangsversteigerungen herzuleiten sei, bei dem im Berufungsurteile zugrunde gelegten Sachverhalte

gleichfalls rechtlich nicht zu beanstanden. Ein einheitliches, dauerndes Vertragsverhältnis, in dessen Rahmen auch die hier in Frage stehende Abtretung von Hypotheken mit Bürgschaftsübernahme gefallen wäre, hat auch nach der Darstellung des Beklagten zwischen den Parteien nicht bestanden, und es fehlt insofern an einem Grunde für die Annahme, daß sich die regelmäßig geübte Benachrichtigung im Laufe der Zeit zu einem Bestandteile des Vertragsinhaltes herausgebildet habe. Es handelt sich nach dem Vorbringen des Beklagten um einzelne, gesonderte, allerdings gleichartige und öfters wiederkehrende Geschäfte, welche die Klägerin mit dem Beklagten, wie auch mit anderen Güterhändlern abgeschlossen hat. Die Frage, ob etwa die in früheren Fällen geübte Benachrichtigung bei Abschluß der späteren Einzelgeschäfte zur stillschweigenden Vertragsbestimmung gemacht worden sei, liegt wesentlich auf dem Gebiete der Vertragsauslegung für den konkreten Fall. Das Berufungsgericht hat die Frage in Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse verneint. Nun kann sich zwar bei einer bestehenden, namentlich kaufmännischen, Geschäftsverbindung ein Vertrauensverhältnis ausgebildet haben, in dem die Wahrung von Treu und Glauben in erhöhtem Maße und in weiterem Umfange, als im Verkehre zwischen einander fremd gegenüberstehenden Personen, zur notwendigen Übung wird, und es kann solchenfalls eine Haftung nach Vertragsgrundsätzen auch für Handlungen (wie z. B. Auskunftserteilung) begründet sein, die nicht unmittelbar in Erfüllung der eigentlichen Vertragspflicht, aber im Zusammenhange der Geschäftsverbindung erfolgen.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Zivils. Bd. 27 Nr. 28 S. 120 fig.;
 Staub, Kommentar zum H.G.B. 6./7. Aufl., Exkurs zu § 349
 Anm. 12, 13.

Allein auch dieser Gesichtspunkt würde im vorliegenden Falle angesichts der Feststellungen des Berufungsurteils nicht dazu führen, daß die Klägerin wegen der unterlassenen Benachrichtigung des Beklagten haftbar zu machen und dem als Bürgen in Anspruch genommenen Beklagten deswegen eine Einrede zu verstatten wäre. Einmal ist das Bestehen einer Geschäftsverbindung von der Art, wie es für die Anwendung jenes Rechtsgebankens vorausgesetzt wird, vorliegend nicht dargetan. Sodann handelt es sich hier nicht um Vernachlässigung der erforderlichen Sorgfalt bei einer für den Ge-

schäftsfreund oder auf dessen Ansuchen von dem anderen Teile vorgenommenen Handlung, sondern um die Unterlassung eines in früheren Fällen betätigten Aktes, und zwar eines solchen, den die Klägerin nach Annahme des Berufungsgerichts bisher nicht in der Meinung und Absicht, eine Rechtspflicht zu erfüllen, vielmehr lediglich aus Gefälligkeit geübt hatte. Aus einer bloßen Gefälligkeit, die nur als solche, wenngleich wiederholt oder sogar regelmäßig, geübt wird, entsteht aber unter gewöhnlichen Verhältnissen keine rechtliche Bindung, und die beim anderen Teile dadurch etwa hervorgerufene Erwartung, daß es auch fernerhin immer in gleicher Weise würde gehalten werden, verschafft diesem außerhalb des Vertragsgebietes noch keinen Rechtsanspruch. Hier würde man auch nicht durch Herbeiziehung des Grundsatzes, daß Verträge nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrsitte auszuliegen und zu erfüllen sind (§§ 157, 242 B.G.B.), zu der Annahme der streitigen Benachrichtigungspflicht auf seiten der Klägerin gelangen. Das Berufungsgericht weist nicht mit Unrecht auf den Unterschied hin, der zwischen der versehentlichen Unterlassung und einem Handeln gegen Treu und Glauben besteht. Die Sache würde wesentlich anders liegen, wenn die Klägerin geflissentlich die bisher regelmäßig erfolgte Benachrichtigung im gegebenen Falle unterlassen hätte, obwohl sie wußte oder sich denken konnte, daß sich der Beklagte darauf verließ, er würde rechtzeitig benachrichtigt werden. Diesfalls könnte nach Umständen selbst die Vorschrift des § 826 B.G.B. in Frage kommen. Von einer Arglist oder einem illoyalen Verhalten der Klägerin kann aber nach den Ausführungen des Berufungsurteils nicht die Rede sein. Daß der vom Beklagten erhobene Einwand schließlich auch nicht aus dem Verhalten des klägerischen Bevollmächtigten Rechtsanwalts M. im Zwangsversteigerungstermin begründet werden kann, ist vom Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß angenommen.“ . . .