

30. 1. Kann die Gewährleistung des Zedenten für die Einbringlichkeit der Forderung zugleich als Bürgschaft und als ein Nebenrecht im Sinne des § 401 BGB. aufgefaßt werden?

2. Ist § 776 Satz 2 BGB. auf ein Garantieverprechen für den Eingang einer abgetretenen Forderung analog anwendbar, wenn der Zessionar auf eine erst nach der Forderungsabtretung entstandene Bürgschaft verzichtet hat?

II. Zivilsenat. Ur. v. 29. Oktober 1909 i. S. G. (Al.) w. H. (Bekl.).
Rep. II. 661/08.

I. Landgericht Elberfeld.

II. Oberlandesgericht Düsseldorf.

Der Beklagte trat gemäß Urkunde vom 13. Juni 1901 von einer ihm gegen E. zustehenden hypothekarisch eingetragenen Forde-

zung von 25000 *M* einen Teilbetrag von 10000 *M* unter Einräumung des Vorranges vor der Resthypothek an Witwe F. ab und zwar unter Garantie „für den richtigen Eingang und die jetzige und zukünftige Zahlungsfähigkeit des Schuldners.“ Am 1. Juli 1902 übernahm die Witwe H., die damals Gesellschafterin der klagenden Gesellschaft war und noch ist, gegenüber der Witwe F. die gesamtschuldnerische Bürgschaft für die Schuld des E. Im November 1907 wurde das Zwangsversteigerungsverfahren in die zur Hypothek gestellten Liegenschaften eingeleitet. Im Laufe dieses Verfahrens — am 25. Januar 1908 — trat die Witwe F. ihre Forderung von 10000 *M* an die Klägerin ab; wie die Klägerin behauptete, der Beklagte aber bestritt, wurde die Abtretung ausdrücklich mit allen Nebenrechten, insbesondere auch mit dem Ansprüche gegen den Beklagten erfolgt. In der notariellen Urkunde über die Abtretung ist von Nebenrechten nicht die Rede. Am nämlichen Tage entließ die Witwe F. die Witwe H. von ihrer Mithaftung als Bürgin, wie die Klägerin behauptet, Beklagte aber gleichfalls bestritt, vor der Forderungsabtretung. Die Klägerin ist mit der ihr abgetretenen Forderung in Höhe von 9914,34 *M* ausgefallen. Der verstorbene Schuldner E. war vermögenslos. Die Klägerin klagte nun auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 9914,34 *M* nebst Zinsen zu 4% seit dem 27. März 1908. Dem Antrage des Beklagten entsprechend hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat dagegen, unter teilweiser Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und unter Abweisung der Mehrforderung im übrigen, den Beklagten zur Zahlung von 4957,17 *M* nebst 4% Zinsen verurteilt. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Revision eingelegt. Die Revision des Beklagten wurde zurückgewiesen, dagegen der der Klägerin stattgegeben, aus folgenden

Gründen:

„Das Berufungsgericht ist von der Ansicht ausgegangen, die dem Juristen geläufige Unterscheidung zwischen Garantievertrag und Bürgschaft sei dem Laien in der Regel fremd. Deshalb sei im Zweifel und so auch im vorliegenden Falle in der Erklärung der Garantieübernahme für den richtigen Eingang der Forderung und für jetzige und zukünftige Zahlungsfähigkeit des Schuldners nicht nur der Ausdruck der Übernahme der Gewährleistung eines bestimmten

Erfolges — nämlich der Befriedigung des Gläubigers — sondern auch der Ausdruck des Verpflichtungswillens zu finden, dem Fessionar für die Verbindlichkeit des Schuldners einzustehen und sie nötigenfalls als Bürge anstatt des Schuldners zu erfüllen. Von diesem Standpunkte aus ist ausgeführt, die Abtretung der Forderung gegen den im Vermögensverfall verstorbenen Schuldner E. habe ohne weiteres den Übergang der Forderung gegen den Beklagten aus der formgerechten Bürgschaft auf die Klägerin zur Folge gehabt; der Beklagte habe jedoch, nachdem die Witwe F. die Mitbürgin Witwe H. von ihrer Bürgschaft befreit habe, gemäß §§ 776, 774, 426 BGB. nur für die Hälfte der eingeklagten Forderung.

Mit Recht wird der Ausgangspunkt dieser Entscheidung von beiden Parteien als rechtsirrtümlich bekämpft. In der Rechtsprechung des Reichsgerichts steht fest, daß eine Bürgschaft und die Übernahme der Garantie für die Güte der Forderung in einem Fessionsvertrage, ungeachtet ihres gemeinsamen wirtschaftlichen Zweckes, die Befriedigung des Gläubigers zu sichern, zwei ihrer rechtlichen Natur nach verschiedene Vertragsarten darstellen. Die Bürgschaft besteht in der Übernahme einer Haftung für eine fremde Schuld; sie setzt eine Forderung voraus, ist daher wesentlich akzessorischer Natur, ein Nebenrecht. Dagegen begründet die vertragsmäßige Gewährleistung für die Sicherheit einer abgetretenen Forderung (§§ 498, 365 BGB.) eine eigene, aus dem Veräußerungsgeschäfte sich ergebende Verbindlichkeit, die ihre Wirkung namentlich auch für den Fall äußert, daß die abgetretene Forderung gar nicht existiert. Ob nun die bei Abtretung einer Forderung übernommene Haftung für ihren Eingang niemals die Natur einer Bürgschaft annehmen kann, wie die Revisionsklägerin aufstellt, bedarf nach Lage des Falles der Entscheidung nicht. Nur heiläufig sei die in den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Bd. 2 S. 127), sowie auch in der Rechtslehre mehrfach vertretene Meinung erwähnt, es handele sich um die Ermittlung des Parteiwillens, ob in solcher Vereinbarung eine Erweiterung der gesetzlichen Haftpflicht, eine Verpflichtung zur Gewährleistung, oder eine Bürgschaftsübernahme zu erblicken sei. Keinenfalls ist es aber bei der angegebenen wesentlichen Verschiedenheit beider Vertragsarten rechtlich möglich, daß in der Übernahme der Gewährleistung für die Sicherheit der abgetretenen Forderung zugleich, wie das Berufungs-

gericht annimmt, eine Bürgschaftsübernahme gesunden werden könne. Denn die Verpflichtung zur Gewährleistung mit ihrer selbständigen Natur und ihrer weiter reichenden Wirkung läßt für eine Bürgschaft zur Sicherung derselben Forderung keinen Raum. Dem Berufungsgerichte kann aber auch darin nicht beigetreten werden, daß nach der Verkehrsauffassung in der Übernahme einer Garantie für den Eingang der abgetretenen Forderung im Zweifel eine Bürgschaft zu erblicken sei. Für eine Spaltung des Vertrages in einen Kauf und in ein Geschäft besonderer Art — Bürgschaft — besteht weder ein Verkehrsbedürfnis, noch entspricht sie der Natur des Vertragsverhältnisses, das vielmehr eine einheitliche Beurteilung im Sinne einer Erweiterung der gesetzlichen Haftpflicht im Rahmen des Kaufgeschäftes jedenfalls für die Regel und abgesehen von besonderen Umständen des Falles natürlicher erscheinen läßt. Besondere den konkreten Verhältnissen entnommene Gründe dafür, daß die von dem Beklagten gegenüber der Witwe F. übernommene Garantie für den Eingang der Forderung von den Vertragsparteien ausnahmsweise als eine Bürgschaft gedacht und gewollt gewesen sei, sind aber vom Berufungsgerichte nicht angeführt und auch nicht erkennbar. Vielmehr haben die Parteien selbst einer derartigen Auffassung des Vertragsverhältnisses widersprochen.

Handelt es sich hiernach speziell bei der Forderung gegen den Beklagten aus der übernommenen Garantie nicht um eine Bürgschaft, sondern um einen selbständigen Gewährleistungsanspruch, so ist dieser Anspruch zufolge der Urkunde vom 25. Januar 1908, wodurch die Witwe F. die Forderung gegen E. ohne besondere Erwähnung des Gewährleistungsanspruches gegen den Beklagten der Klägerin abgetreten hat, auf diese nicht schon ohne weiteres gemäß § 401 BGB. übergegangen (vgl. Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 60 S. 369). Vielmehr hätte es hierzu einer dahingehenden Vereinbarung bedurft. Mit Rücksicht auf die selbständige Natur des Anspruches aus einem Gewährleistungsversprechen war indessen noch die nachträgliche Abtretung desselben zulässig, solange die Forderung gegen E. noch nicht getilgt war (vgl. Urteil des V. Zivilsenats des Reichsgerichtes, Rep. V. 74/05). Eine solche Abtretung des Gewährleistungsanspruches an die Klägerin ist nun jedenfalls, wenn nicht schon gleichzeitig mit der Abtretung der Forderung gegen E., wie Klägerin unter

Beweis gestellt, unstreitig in der notariellen Urkunde vom 5. Juni 1908 seitens der Witwe F. erfolgt. Damit ist die Klägerin zur Geltendmachung der Rechte aus dem Garantieverprechen gegen den Beklagten berechtigt, wenn auch mit anderer Begründung (§ 563 BPO.). Die Einrede unzulässiger Klageänderung kommt nicht in Betracht, da diese Einrede in den Vorinstanzen nicht erhoben war.

Der weitere Einwand des Beklagten, daß er von seiner Verpflichtung infolge des wider Treu und Glauben verstoßenden Verzichts der Witwe F. auf die Bürgschaft der Witwe H. befreit worden sei, ist mit Recht von dem Berufungsgerichte als unbegründet zurückgewiesen worden. Denn der Verzicht der Witwe F. auf die erst nach der Forderungsabtretung des Beklagten erworbene Bürgschaft der Witwe H. stand im freien Ermessen der Gläubigerin; und wenn auch dieser Verzicht auf die Bürgschaft den Zweck verfolgt hat, „auf Kosten des Beklagten ohne Schaden für die Witwe H. deren Bürgschaftsverpflichtung los zu werden“, so kann hierin doch, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen hat, kein Verstoß gegen Treu und Glauben gefunden werden. Nun bestimmt zwar § 776 Satz 2 BGB., daß der Bürge von seiner Bürgschaft frei wird, soweit zu seinem Nachteil der Gläubiger ein zur Sicherheit der Forderung dienendes Nebenrecht aufgibt, und zwar ohne Unterschied, ob das aufgegebenes Recht vor, oder erst nach der Übernahme der Bürgschaft entstanden ist. Allein eine analoge Anwendung dieser für die Bürgschaft gegebenen Bestimmung auf das Gewährleistungsverprechen erscheint bei der hervorgehobenen rechtlichen Verschiedenheit beider Vertragsarten bezüglich einer erst nach der Forderungsabtretung entstandenen Bürgschaft ausgeschlossen. Dieser Entscheidung steht auch das Urteil des V. Zivilsenats, Rep. V. 621/06, nicht entgegen, da es sich in dem dort entschiedenen Falle um bereits zur Zeit der Forderungsabtretung bestehende Rechte handelte.

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, daß der Beklagte zum Erfolge des ganzen Ausfalles der Forderung der Klägerin in Höhe von 9914,43 *M* nebst 4% Zinsen seit dem 27. März 1908 verpflichtet ist. Zu diesem Betrage war daher der Beklagte unter Zurückweisung seiner Revision und entsprechender Aufhebung des angefochtenen Urteils zu verurteilen.“