

47. Ist die Haftung eines Ausfallbürgen stets davon abhängig, daß der Gläubiger die Gesamthöhe des Ausfalls nachzuweisen vermag? oder ist auch die Einlagung eines Teiles des Ausfalls zulässig?

VI. Zivilsenat. Urt. v. 22. Dezember 1910 i. S. J. Wwe. (Bekl.)
w. Sch. (Kl.). Rep. VI. 612/09.

I. Landgericht Potsdam.

II. Kammergericht Berlin.

Der verstorbene Kaufmann H. J. in Po. hatte in einer Urkunde vom 20. März 1905 bis zum Höchstbetrage von 10000 \mathcal{M} selbstschuldnerische Bürgschaft für jeden Ausfall übernommen, den die Klägerin aus einem der Firma L. J. & Sohn in Pa. eröffneten Kredit erleiden würde. Die Hauptschuldnerin geriet in Konkurs. Während das Verfahren noch schwebte, nahm die Klägerin die höchste aus dem Konkurse zu erwartende Dividende auf 10% an, brachte sie von ihrer Forderung vorläufig in Abzug und klagte den verbleibenden Rest mit 6700 \mathcal{M} nebst Zinsen und Provision ein.

Vom Landgerichte wurde die Klage abgewiesen; dagegen erachtete das Kammergericht den Anspruch, soweit er die Hauptforderung und

5% Zinsen betreffe, dem Grunde nach für gerechtfertigt. Die Revision der Witwe des ursprünglichen Beklagten hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

„Der Vorderrichter erachtet die von dem Kaufmanne H. F. übernommene Bürgschaft für eine Ausfallbürgschaft. Die Revision meint, es stehe im Widerspruche mit dieser Annahme, wenn er den Bürgen dem Grunde nach verurteile, bevor der Ausfall ziffermäßig und endgültig feststehe. Es liege im Wesen der Ausfallbürgschaft, daß die Verpflichtung des Bürgen durch die zahlenmäßige Feststellung des Ausfalls bedingt sei; vorher sei kein Klagerrecht auf Leistung vorhanden.

Zuzugeben ist der Revision, daß bei einer Ausfallbürgschaft der Bürge nur für das haftet, „was der Gläubiger bei Anwendung gehöriger Sorgfalt vom Hauptschuldner zu erlangen nicht imstande ist“ (vgl. Art. des RG.'s bei Seuffert, Archiv Bd. 51 Nr. 178). Seine Verpflichtung geht nur auf den Ausfall, ist mithin dadurch bedingt, daß ein Ausfall wirklich eintritt.

Vgl. Dertmann, Schuldverhältnisse, Vorbem. 3e zum Titel „Bürgschaft“; Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts § 411 Anm. 5.

Den Eintritt der Bedingung hat die Klägerin zu beweisen. Vom Vorderrichter ist das nicht verkannt; er sieht aber als erwiesen an, daß ein Ausfall feststehe. Aus der Konkursmasse von L. F. & Sohn könne die Klägerin selbst dann, wenn alle schwebenden Prozesse zu Gunsten der Masse entschieden würden, nicht mehr als 10% Dividende erhalten. Weiter haften der Klägerin für ihre Forderung zwar noch der Kaufmann S. und der Rentier G. als Mitunterzeichner von Wechseln. Aber S. ist in Konkurs geraten, und in dem beendeten Verfahren hat die Klägerin nur 952,88 M erhalten; S. hat den Offenbarungseid geleistet. Da nun die Beklagte selbst die Forderung der Klägerin auf 3182,71 M abzüglich der Konkursdividende berechnet, so konnte das Berufungsgericht das Vorhandensein eines ziffermäßig noch nicht genau bestimmten Ausfalls ohne Rechtsirrtum annehmen.

Es ist ihm weiter auch darin beizutreten, daß hiermit die Voraussetzungen der Leistungsklage gegeben sind, daß insbesondere der Umstand, daß das Konkursverfahren über das Vermögen der Hauptschuldnerin noch schwebt, kein rechtliches Hindernis für die Belangung

des Bürgen bildet. Allerdings hat das Reichsoberhandelsgericht in der von der Revision angezogenen Entscheidung, Bd. 13 S. 172, die Frage, ob es bei der Ausfallbürgschaft zur Klagebegründung gehört, daß der Gläubiger die Existenz eines Schadens von bestimmter Höhe nachweist, bejahend beantwortet. Hierbei ist aber der jetzt interessierende Fall, daß wenigstens der Mindestbetrag des Ausfalls ziffermäßig feststellbar ist, nicht erörtert; auch lassen die Gründe nicht erkennen, daß das Reichsoberhandelsgericht eine derartige Klage ihrem ganzen Umfange nach als versrührt erachtet hätte. Ebenso steht es mit der Bemerkung bei Dertmann a. a. D., es müsse bei einem etwaigen Konkurse des Hauptschuldners dessen Ausgang abgewartet werden, um den Ausfall festzustellen. Für den Regelfall ist dieser Ansicht beizutreten; ist aber der Gläubiger in der Lage, ausnahmsweise vor der Beendigung des Konkurses die Mindesthöhe seines Ausfalls nachzuweisen, so lassen sich aus dem Wesen der Ausfallbürgschaft keine Gründe dafür herleiten, daß trotzdem die Eintragung des Ausfallbürgen unzulässig sei. Die Ansicht der Revision steht auch im Widerspruche mit den Bedürfnissen des Verkehrs: es würde in vielen Fällen eine Härte für den Gläubiger bedeuten, wenn er nicht wenigstens den ziffermäßig nachweisbaren Teilbetrag seines Ausfalls unter Vorbehalt des Restes gerichtlich geltend machen könnte, sondern zuwarten müßte, bis die definitive Feststellung möglich geworden ist.“ . . .