

66. 1. Steht das Recht aus §. 356 A.L.R. I. 14 dem selbstschuldnerischen Bürgen zu?
2. Welches Prinzip schränkt die Schutzmittel des selbstschuld-

nerischen Bürgen gegen den Gläubiger auf ein geringeres Maß ein, als diejenigen des gewöhnlichen Bürgen?

3. Gibt es eigenartige Fälle, in denen aus der Unterlassung aktiven Vorgehens des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auch dem selbstschuldnerischen Bürgen die Einrede arglistiger Rechtsverfolgung gegen den ihn in Anspruch nehmenden Gläubiger entstehen kann? ¹

I. Civilsenat. Urt. v. 20. Januar 1883 i. S. F. (Bekl.) w. G. (Rl.)
... Rep. I. 491/82.

I. Landgericht Hagen.

II. Oberlandesgericht Hamm.

Die Fälligkeit des Rechtes einer Forderung, für welche F. sich als Selbstschuldner verbürgt hatte, trat ein beim Verzuge des Hauptschuldners in Berichtigung einer Schuldrate. Der längere Zeit nach Eintritt des Verzuges verfolgte Bürge setzte der Klage die Einrede entgegen, daß ihm lediglich durch ein schuldhaftes Verhalten des Gläubigers die Möglichkeit entzogen sei, wenn er den Gläubiger befriedige, von dem Hauptschuldner der Berichtigung der auf ihn alsdann übergehenden Forderung des Gläubigers, beziehungsweise seines Rückgriffsanspruches, zu erwirken. Der Gläubiger habe gewußt, daß der Hauptschuldner zur Zeit seines Verzuges imstande sei die Hauptforderung zu berichtigen, beziehungsweise dem dieselbe berichtigenden Bürgen gerecht zu werden; er habe Kenntnis gehabt von späteren Vorgängen (deren Eintritt er durch Einschreiten gegen den Hauptschuldner habe verhindern können), durch welche der Hauptschuldner, wie er wußte, gänzlich zahlungsunfähig werden mußte und wurde. Es sei dem Gläubiger bekannt gewesen, daß der Bürge den Verzug des Schuldners und jenen ganzen sonstigen Thatbestand nicht wissen konnte; dennoch habe er sich völlig passiv verhalten. Außerdem war ein Versprecher des Gläubigers behauptet, dem Bürgen den Eintritt des schuldnerischen Verzuges anzuzeigen und mit ihm gemeinschaftlich gegen den Hauptschuldner vorzugehen.

Das Berufungsgericht hatte den erwähnten Thatbestand für nicht beachtlich erklärt, weil der §. 328 A.L.R. I. 14 auf den selbstschuldnerischen Bürgen nicht anwendbar sei. Es hatte ferner (unter B seiner

¹ Vgl. unten Nr. 72 S. 289.

(Entscheidungsgründe) bemerkt, es liege kein Grund vor, den Beklagten durch die lehterwähnte Thatsache von der Verpflichtung aus der selbstschuldnerischen Bürgschaft für befreit zu erachten. Das Berufungsurteil wurde aufgehoben und die Sache in die Berufungsinstanz zurückverwiesen aus folgenden

Gründen:

„I. Das Berufungsgericht begehrt eine Gesetzesverletzung im Sinne des §. 513 Ziffer 7 C.P.D., wenn es unter B der Devisivbegründung seines Urtheiles sagt, es liege kein rechtlicher Grund zu der Annahme vor, den Beklagten durch den dort angegebenen Thatbestand von der Haftung aus der selbstschuldnerischen Verpflichtung für befreit zu erachten. Es lag dem Berufungsgerichte ob, klarzulegen, nach welchen bestimmten Richtungen es die Relevanz der in Rede stehenden Thatsache geprüft und aus welchen bestimmten Erwägungen es in jeder dieser Richtungen die Thatsache nicht für schlüssig erachtet habe. Es hätte geprüft werden müssen, ob in dem behaupteten, von dem Gläubiger dem selbstschuldnerischen Bürgen gegebenen Versprechen, „auf pünktliche Zahlung der Raten seitens des Hauptschuldners zu dringen, im Verzugsfalle den Bürgen zu benachrichtigen und mit dem Bürgen gemeinschaftlich die nötigen Schritte zur Erwirkung der Zahlung des Hauptschuldners zu thun, erforderlichenfalls durch gerichtliche Verfolgung des Hauptschuldners“, eine rechtsgeschäftliche Erklärung liege, insbesondere etwa ein Verzicht auf die ursprünglich konstituierte Befugnis des Klägers, sich mit gänzlicher Übergehung des Hauptschuldners sofort an den Beklagten zu halten, oder doch etwa ein bindendes Versprechen, an dessen Erfüllung der Bürge (nach Lage der sonstigen konkreten Umstände des Falles) vielleicht ein sehr erhebliches rechtliches Interesse haben könne (auch wenn er der rechtlichen Möglichkeit des gegen ihn zuerst zu richtenden Gläubigerangriffes ausgesetzt geblieben sein sollte); weil er sich, sobald er von dem Zahlungsverzuge bei einer Rate und der dadurch eingetretenen Zahlbarkeit des ganzen schuldigen Kapitals Kenntnis erhalten hätte, noch rechtzeitig (durch Geltendmachung der ihm nach den Bestimmungen der §§. 356. 357 A.L.R. I. 14 gegen den Hauptschuldner gegebenen Rechte) hätte sichern können. Der §. 356 a. a. D., welcher lautet:

„Nach verfloßener Zahlungszeit kann der Bürge auf Befreiung von der Bürgschaft gegen den Hauptschuldner klagen,“

ist nämlich keineswegs (wie zu Unrecht in der 6. Ausgabe des Koch'schen Kommentars, infolge einer unzutreffenden Gleichstellung der auf das Rechtsverhältnis des Gläubigers zum Bürgen sich beziehenden §§. 316. 317 mit dem §. 356 in der fraglichen Richtung, behauptet wird) unanwendbar in dem Verhältnisse des mit Vorbewußt des Hauptschuldners sich selbstschuldnerisch Verbürgenden zu dem Hauptschuldner. Daß letztere Auffassung verfehlt sei, ist bei vorausgesetzter gleichartiger Lage der einschlagenden Normen in den Motiven zu dem Artikel 884 des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für Bayern, welcher lautet:

„Der Bürge ist berechtigt, von dem Gläubiger zu verlangen, daß er ihn entweder von der Bürgschaft befreie oder für seine Schadloshaltung sicherstelle,

1. wenn der Hauptschuldner dem Gläubiger gegenüber in Verzug kommt,
2. wenn die Beforgnis begründet ist, daß der Hauptschuldner zahlungsunfähig oder mit seinem Vermögen außer Landes ziehen werde,“

zutreffend dahin hervorgehoben:

„Diese Berechtigung steht selbstverständlich dem Bürgen auch dann zu, wenn er auf die Einrede der Vorausklage ausdrücklich oder thatsächlich verzichtet hat, weil dieser Verzicht nur von Einfluß auf das Klagerecht des Gläubigers ist, an dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Bürgen und Hauptschuldner aber nichts ändert.“

Auch führt der Gesetzesgrund des §. 356 a. a. D. dazu, eine Verbindung der Klagbarkeit der Hauptforderung, wie die im konkreten Falle in Rede stehende, der verfloffenen Zahlungszeit für gleichwirkend zu erachten.

Bei der Prüfung, ob das in Rede stehende Versprechen des Klägers denselben rechtsgeschäftlich verpflichtete, war in das Auge zu fassen, daß sowohl die Parteien als auch der Hauptschuldner (vermügte seines Gewerbebetriebes als Gastwirt und Konditor) zur erheblichen Zeit Kaufleute waren, die zwischen ihnen gethätigten Akte also zu ihrer Verbindlichkeit nach Art. 317 H.G.B. der schriftlichen Abfassung oder sonstigen Förmlichkeiten nicht bedurften.

II. Das Berufungsgericht mußte ferner den gekennzeichneten, unter Eidesbeweis gestellten Thatbestand auch mit allen sonstigen Behaup-

tungen des Beklagten in Beziehung setzen und erwägen, ob nicht etwa die Kette dieser Behauptungen in ihrer Gesamtheit geeignet sei, einen schlüssigen Grund für den (beklagterseits) ersichtlich intendierten Verteidigungsbehelf herzustellen, daß nach den zur Zeit der Klagerhebung entstandenen konkreten Umständen die Verfolgung des klägerischen Anspruches sich als eine arglistige, gegen die gute Treue im Bürgschaftsverhältnisse verstoßende und deswegen nach dem Willen des Gesetzgebers nicht statthafte erweise.

Die betreffenden Würdigungen bleiben, insofern dieselben rein tatsächlichen Wesens sind, lediglich dem nach anderweitiger Verhandlung erkennenden Berufungsgerichte anheimgestellt. Rechtlich sind aber dabei folgende Grundsätze maßgebend.

... Die Anwendbarkeit der Normen des Allgemeinen Landrechtes auf die dem Beklagten im vorliegenden Streitfalle zustehenden Behelfe werden dadurch nicht ausgeschlossen, daß es sich (wie bereits oben hervorgehoben ist) um Verhältnisse zwischen Kaufleuten handelt und gemäß Artt. 373. 374 H.G.B. anzunehmen ist, es seien sowohl das Darlehnsgeschäft zwischen dem Hauptschuldner und dem Kläger, als auch die Bürgschaft des Beklagten Handelsgeschäfte. Art. 381 H.G.B. hätte nur, auch ohne besondere Abrede, dieselbe Wirkung auf die Strenge der Verpflichtung des klagten Bürgen gehabt, wie dieselbe nach dem Allgemeinen Landrechte nur infolge der Verpflichtung als selbstschuldnerischer Bürge eintritt.

Aus der Stellung der §§. 283. 297. 399—401 A.L.R. I. 14 im Systeme des Gesetzbuches, aus ihrer Wortfassung und geschichtlichen Voraussetzung folgt, daß nach dem Willen des Gesetzes der Dritte, welcher dem Berechtigten dadurch Sicherheit verschafft, daß er sich demselben für die Erfüllung der Obliegenheiten des Verpflichteten als Selbstschuldner verbürgt, kein Korrealhauptschuldner im Sinne des §. 424 Titel 5 a. a. D., sondern ein Bürge für den Hauptschuldner ist, dessen Verpflichtung sich nur insofern strenger als die regelmäßige eines Bürgen gestaltet, als der Gläubiger sich an den selbstschuldnerischen Bürgen mit Übergehung des Hauptschuldners sofort zu halten befugt ist.

Da keine Bestimmung des Allgemeinen Landrechtes etwas Abweichendes verordnet, so folgt aus jenem Bordersatz, daß alle diejenigen Behelfe, welche das Allgemeine Landrecht dem Bürgen überhaupt in dem

Rechtsverhältnisse zum Gläubiger einräumt, auch dem selbstschuldnerischen Bürgen zustehen, insofern und insoweit diese Befehle nicht in Widerspruch stehen mit den notwendigen Konsequenzen des Gläubigerrechtes, sich an den selbstschuldnerischen Bürgen (wiewohl derselbe nur Bürge ist) mit gänzlicher Übergehung des Hauptschuldners sofort zu halten.

In einem solchen Widerspruche steht beispielsweise der im §. 320 a. a. D. verordnete Befehl, daß eine nur auf gewisse Zeit für ein Darlehn übernommene Bürgschaft erlischt, wenn der Gläubiger den Hauptschuldner nicht spätestens am dritten Tage nach Ablauf dieser Zeit belangt oder die Klage fortgesetzt hat.

Dagegen ist ein solcher Widerspruch entschieden nicht vorhanden in Bezug auf die aus folgenden Gesetzesnormen dem Bürgen entstehenden Befehle:

- a. Hat der Gläubiger mit dem Hauptschuldner zum Nachtheile des Bürgen ein geheimes Verständniß unterhalten, so ist er zum vollen Erfatze des dadurch dem Bürgen entstehenden Schadens verpflichtet (§. 329 a. a. D.).
- b. Die Verbindlichkeit des Bürgen kann ohne dessen Einwilligung nicht erschwert werden durch Verträge, welche zwischen dem Gläubiger und Hauptschuldner nach vollzogener Bürgschaft errichtet werden (§. 330 a. a. D.).
- c. Ohne Genehmigung des Bürgen darf der Gläubiger (infolge des Grundsatzes, daß der Bürge, soweit er den Gläubiger befriedigt, in alle Rechte des letzteren eintritt, auch ausdrückliche Cession verlangen darf) sich der ihm außer der Bürgschaft von dem Hauptschuldner bestellten Sicherheiten nicht begeben, widrigenfalls der Gläubiger seines Rechtes an den Bürgen so weit verlustig geht, als er nicht überzeugend nachweisen kann, daß der Bürge durch Aufhebung der anderweitigen Sicherheit nicht verkürzt worden sei (§§. 330—333, 338, 339 a. a. D.).

Im Gesetzbuche ist mit den soeben erwähnten Bestimmungen der §§. 329—333 a. a. D. unmittelbar verknüpft der §. 328, welcher lautet:

„Hat der Gläubiger bei Verfolgung der Exekution gegen den Hauptschuldner ein grobes Versehen begangen, so fällt ihm der daraus entstehende Schade zur Last.“

Unter den Lehrern des preussischen Rechts wird darüber gestritten, ob auch diese Bestimmung im Verhältnisse des Gläubigers zum selbst-

schuldnerischen Bürgen Anwendung finden könne. In der oberstrichterlichen Subskriptur des früheren preussischen Obertribunales, sowie des Reichsoberhandelsgerichts ist diese Frage, wenn man die einzelnen (möglicherweise in dieser Beziehung in Betracht kommenden) Entscheidungen genau prüft, noch nicht entschieden, namentlich läßt sich aus dem in Striethorst, Archiv Bd. 43 Nr. 48 Seite 186—191 abgedruckten Urteile vom 12. Februar 1863 nicht mit Sicherheit darauf schließen, daß das preussische Obertribunal die Bestimmung jenes §. 328 auf das Rechtsverhältnis des selbstschuldnerischen Bürgen sanktioniert hat.

Ganz gewiß würde es im Widerspruche mit der notwendigen Konsequenz des Gläubigerrechtes stehen, sich an den selbstschuldnerischen Bürgen sofort mit gänzlicher Übergangung des Hauptschuldners zu halten, wenn dem selbstschuldnerischen Bürgen ein Verteidigungsbehelf gegen den Gläubiger gewährt würde auf Grund der nackten Thatsache der Klageanstellung gegen den Hauptschuldner bei gegebener Möglichkeit der Anstellung, der auf Grund der bloßen Unterlassung der Fortführung eines bereits gegen den Hauptschuldner angestrebten Prozesses, oder lediglich auf Grund des Umstandes, daß der Gläubiger, welchem bereits ein exekutiver Titel gegen den Hauptschuldner zustand, den Antrag auf Zwangsvollstreckung (welcher darin der Anstellung der Subskriptionsklage gleichstehen muß) nicht gestellt, beziehungsweise nicht verfolgt hat.

Es ist dagegen sehr wohl denkbar, daß (trotz der Befugnis des Gläubigers sich mit Übergangung des Hauptschuldners an den selbstschuldnerischen Bürgen zu halten, und trotz der soeben gezogenen Konsequenzen dieses Rechtes) der Gläubiger (kraft eines aus der gesetzlichen Auffassung des Verhältnisses zwischen Gläubiger und Bürgen überhaupt entfließenden und in gewissen besonderen Gesetzbefehlen nur besonders hervorgehobenen allgemein gültigen Prinzips) bei einer gewissen Qualifikation der konkreten Umstände nicht völlig unterlassen darf, das ihm gegen den Hauptschuldner zustehende Recht gegen letzteren aktiv zu betheiligen, falls er nicht dem selbstschuldnerischen Bürgen den Grund zur Einrede „überhaupt oder doch zum Teil arglistiger Weltendmachung der Klage aus der Bürgschaft“ erzeugen will.

Es erscheint auch wirklich nach der aus dem Inhalte des dritten Abschnittes im vierzehnten Titel des ersten Teils des Allgemeinen Landrechtes ersichtlichen Auffassung des Gesetzes von dem Verhältnisse des Gläubigers und des Bürgen, als einem nach den Grundsätzen der

guten Treue geregelt, sowie insbesondere nach dem Inhalte der Bestimmungen der §§. 328—333 a. a. D. gerechtfertigt, das Gesetz in der Art auszulegen, daß diese §§. 328—333 nur einzelne Anwendungen des von dem Gesetze gewollten allgemein gültigen Prinzips sind, daß in jedem Bürgschaftsverhältnisse der Gläubiger weder absichtlich noch durch ein (im Verhältnisse zu diesem von ihm zu befolgenden Gesichtspunkte) für grob fahrlässig zu erachtendes Verhalten (bestehe dasselbe in positiven Handlungen oder gleichwirkender Unterlassung angezeigter Handlungen) dem Bürgen die Möglichkeit vereiteln dürfe, sich, wenn er seiner Pflicht gegen den Gläubiger genüge, aus dem Vermögen des Hauptschuldners Ersatz der zu jener Pflichterfüllung aufgewendeten Vermögenswerte zu verschaffen, widrigenfalls der Gläubiger jedem Bürgen für die durch das gekennzeichnete schuldhafte Verhalten des ersteren wirklich verursachte Einbuße an dem wirtschaftlichen Werte jener Ersatzforderung (beziehungsweise der auf den Bürgen mit Befriedigung des Gläubigers übergehenden Forderung des letzteren an den Hauptschuldner) gerecht werden, also insoweit (nach dem Grundsatz „derjenige fordert arglistig, welcher dasjenige, was er fordert, sofort zurückgeben muß“) sich auch von dem selbstschuldnerischen Bürgen die Einrede arglistiger Anspruchsverfolgung entgegensetzen lassen muß. — Gesetzt nun, daß ein Gläubiger wußte oder, wenn er nicht die gewöhnliche Aufmerksamkeit außer acht ließ, wissen mußte, es werde, wenn er nicht (wie solches thunlich) gegen den Hauptschuldner aktiv mit Klage, Beschlagnahme oder Exekutionsmaßregeln vorgehe, die Eintreibung seiner Forderung aus dem Vermögen des Hauptschuldners gänzlich oder zum Teil unmöglich werden, während dem vorhandenen selbstschuldnerischen Bürgen (nach den eigenartigen Umständen des Falles) die Möglichkeit, sein Interesse zu sichern, nicht gegeben war (wobei diese Unmöglichkeit auch darin bestehen kann, daß der Bürge sich nicht in der Lage befand, das Wachgewordensein der rechtlich zum Vorgehen gegen den Hauptschuldner notwendigen Voraussetzung, z. B. in einem so liegenden Falle den Eintritt der von einer Bedingung abhängig gemachten Fälligkeit der Forderung, zu wissen), so würde die Unterlassung des zur Erhaltung des wirtschaftlichen Wertes der gekennzeichneten Ansprüche gebotenen aktiven Vorgehens des Gläubigers gegen den Hauptschuldner unter das oben klargelegte Prinzip fallen, also dem selbstschuldnerischen Bürgen gegen die demnächstige Klage des Gläubigers eine durch-

greifende Arglisteinrede zustehen. Selbstverständlich ist es Sache des Bürgen, da der Gläubiger an sich berechtigt ist, sich sofort an ihn mit gänzlicher Übergehung des Hauptschuldners zu halten, die exzeptionelle Notwendigkeit des Vorgehens gegen den Hauptschuldner und die Ursachlichkeit des vertretbar schuldhaften Verhaltens des Gläubigers für den den Umfang der Arglisteinrede bestimmenden Nachteil klarzulegen.

Im vorliegenden Rechtsstreite hat der Beklagte gerade eine solche, hiernach an sich rechtlich durchaus beachtliche, Einrede dem Anspruche des Klägers entgegengesetzt.“