

7. Kann ein Gesamtschuldner mit der Begründung, ein anderer Gesamtschuldner sei ihm zu voller Ausgleichung verpflichtet, Zug um Zug gegen seine Vertragserfüllung vom Gläubiger Herausgabe des Pfandes fordern, daß der andere Gesamtschuldner dem Gläubiger bestellt hatte?

BGB. §§ 426 Abs. 2, 412, 401 Abs. 1, 273 Abs. 1.

II. Zivilsenat. Ur. v. 11. März 1913 i. S. J. G. (Bekl.) w. Rostocker Bank (Kl.). Rep. II. 644/12.

I. Landgericht Kottb.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Beklagte Johannes S., sein Bruder Heinrich S. und W. S. schuldeten der klagenden Bank aus einem von ihnen gemeinsam ausgestellten eigenen Wechsel die Wechselsumme von 20000 M nebst Zinsen und Kosten. Als die Bank den S. auf diese Beträge verklagte, bestellte ihr S. Sicherheit durch Grundschulden, und die Klägerin zog daraufhin die Klage zurück. Im Januar 1912 verklagte sie dann den jetzigen Beklagten zuerst auf 10000 M, später auf die volle Wechselsumme. Der Beklagte wendete u. a. ein, daß er jedenfalls nur Zug um Zug gegen Herausgabe der S.'schen Grundschuldbriefe verurteilt werden dürfe, weil er durch Zahlung der geschuldeten Summen in die Rechte der Bank gegen S., der ihm zur vollen Ausgleichung verpflichtet sei, und damit auch in die von ihm der Klägerin bestellte Sicherheit eintrete. Das Landgericht hat den Beklagten bedingungslos verurteilt. Die Berufung wurde zurückgewiesen. Ebenso die Revision aus folgenden

Gründen:

„Der Beklagte hatte das Verlangen, seine Zahlungspflicht von Herausgabe der S.'schen Grundschuldbriefe abhängig gemacht zu sehen, auf die §§ 426 Abs. 2, 412, 401 Abs. 1 BGB. gestützt und dabei nicht verkannt, daß er für die Ausgleichungspflicht S.'s beweispflichtig sei. Er hatte dargelegt, daß ursprünglich eine solche Pflicht nicht bestanden habe, weil im inneren Verhältnis der drei Wechsellaussteller Heinrich S. der alleinige Schuldner gewesen sei, dem S. und der Beklagte nur als Bürgen zur Seite gestanden hätten, daß dann später aber S. sich in einem Vertrage mit Heinrich S. unter Übernahme seines gesamten Vermögens zur Tilgung seiner sämtlichen Schulden verpflichtet habe, so daß nunmehr S., wie vorher Heinrich S., dem Beklagten volle Ausgleichung beschaffen müsse. Der Berufungsrichter hat zu diesem Vorbringen des Beklagten keine Stellung genommen, er hat es weder für erwiesen noch für widerlegt erachtet, für die Revisionsinstanz ist es daher als richtig zu unterstellen.

Dann ergibt sich zunächst einmal die Folge, daß, wenn der Beklagte die Klägerin befriedigte, die Forderung der Klägerin gegen S. auf den Beklagten überging und das gleiche von Hypotheken oder Pfandrechten zu gelten hatte, die für die Forderung bestanden. Daß

dies zu einem Anspruch auf Herausgabe von Urkunden führen konnte, welche die Sicherheitsleistung verbrieften, kann nicht zweifelhaft sein. Ein hierauf sich gründendes Zurückbehaltungsrecht will aber der Berufungsrichter dem Beklagten schon um deswillen nicht zugestehen, weil der Übergang von Forderung und Pfandrecht die geschahene Zahlung voraussetze, der Beklagte aber die Zahlung nicht wegen der hieraus sich erst ergebenden Ansprüche zurückhalten könne. Das ist rechtsirrthümlich. Auch andere Ansprüche, wie das Recht auf ein schriftliches Empfangsbekenntnis, auf Rückgabe des Schuldscheins, werden erst durch die Erfüllung des Vertrags ins Leben gerufen, mindestens jetzt erst wirksam, ihre Befriedigung kann aber Zug um Zug gegen die Erfüllung verlangt werden, und der Begriff der Fälligkeit des Gegenanspruchs im Sinne des § 273 BGB. wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gegenanspruch erst mit der Erfüllung dem Gegner gegenüber entsteht; vgl. Urteil des erkennenden Senats, Jur. Wochenschr. 1906 S. 545 Nr. 10.

Der Berufungsrichter lehnt weiter eine Verurteilung des Beklagten zur Zahlung Zug um Zug gegen Herausgabe der Grundschuldbriefe deshalb ab, weil es sich im vorliegenden Falle nicht um Nebenrechte der im § 401 BGB. gedachten Art handle. Die Grundschulden seien nicht für die Klägerische Forderung eingetragen worden, es sei nicht für sie an dem belasteten Grundstück eine Sicherheit bestellt, auch seien nicht schon bestehende Grundschulden verpfändet worden, sondern die Grundschulden seien der Klägerin zur Sicherheit abgetreten worden. Die Klägerin sei also Gläubigerin der Grundschulden geworden, und J. habe nur ein Forderungsrecht auf ihre Rückübertragung im Falle der Zahlung seiner Schuldb. Hiergegen wendet sich die Revision mit Ausführungen, denen besonders im Hinblick auf die in diesem Punkte ungenügenden Feststellungen des Berufungsurteils die Beachtung nicht würde versagt werden können, vgl. dazu Staub-Rönige BGB. § 349 Anm. 40. Unterstellt man aber auch zugunsten des Beklagten, daß die Grundschuldbriefe nicht anders zu behandeln wären, wie etwa ein Pfand, dessen Herausgabe der neue Pfandgläubiger von dem bisherigen verlangen kann, so wäre damit der Standpunkt des Beklagten, er könne deshalb seine Leistung zurückhalten, hier noch nicht gerechtfertigt. Zwar steht ihm Art. 39 W.D. allein nicht entgegen, wie es keinem Bedenken unter-

liegt, daß der Wechselschuldner Zug um Zug gegen seine Zahlung Herausgabe des Pfandes fordern kann, das er dem ihn belangenden Gläubiger bestellte. Die Bedenken ergeben sich vielmehr aus demselben § 426 Abs. 2 BGB., auf den sich Beklagter beruft.

Der Beklagte stützt seinen Anspruch auf die volle Ausgleichungspflicht F.'s. Von dieser Pflicht weiß die Klägerin nichts, sie braucht hiervon auch nichts zu wissen und hat sie vorsorglich bestritten. Die Pflicht soll sich auf einen Vertrag zwischen F. und Heinrich S. gründen, zu dem sie nicht zugezogen gewesen ist, der sie auch nichts anging. Es steht völlig dahin, ob F. seinerseits die Ausgleichungspflicht anerkennt; umgekehrt muß unterstellt werden, daß er sie bestreitet. Würde der Beklagte nach Befriedigung der Klägerin die Grundschuldbriefe von ihr herausfordern, so wäre sie in der Lage, sich dem sie nicht interessierenden Streite über das Bestehen der Ausgleichungspflicht durch Hinterlegung der Briefe zu entziehen. Gegenüber dem jetzigen Verlangen des Beklagten aber, ihm die Briefe gegen Zahlung auszuhändigen, widrigenfalls sie Zahlung nicht erhalte, würden ihr nur zwei Wege offen stehen. Entweder sie gäbe die Briefe heraus, oder sie ließe es auf eine Entscheidung des Gerichts über die Ausgleichungspflicht F.'s ankommen. Keines von beidem kann ihr zugemutet werden. Durch Herausgabe der Briefe würde sie sich mit der Gefahr belasten, sie einem Nichtberechtigten herausgegeben zu haben und künftig von dem Berechtigten belangt zu werden. Eine Durchführung des Streites über die Ausgleichungspflicht aber hieße sie der Vorteile einer schnellen Rechtsverfolgung berauben, die sie sich gerade durch die wechselfähige Verpflichtung des Beklagten hatte sichern wollen. Die Zurückhaltung der Zahlung widerspräche also der Billigkeit und dem Vertragswillen; im Sinne des § 273 Abs. 1 BGB. ergäbe sich aus dem Schuldverhältnis ihre Unzulässigkeit. Aber nicht das allein, sie verstieße auch gegen die ausdrückliche Vorschrift des § 426 Abs. 2 Satz 2 BGB., daß der Übergang der Forderung des Gläubigers auf den Ausgleichungsberechtigten nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden kann. Das geschieht hier vom Beklagten. Ehe der Beklagte den Anspruch der Klägerin gegen F. erwarb — dieser Erwerb zu seinen Gunsten angenommen —, hatte die Klägerin gegen ihn einen bedingungslosen Anspruch auf Zahlung. Wäre der Ausgleichungsanspruch anerkannt

---

oder sonst außer Zweifel, so würde sie ihre Lage nicht verschlechtern, wenn sie die Briefe gegen Zahlung herausgäbe. Ein in die Augen springender Nachteil aber erwächst ihr daraus, daß sie es, bei völliger Unklarheit der Verhältnisse zwischen dem Beklagten und F., auf ihre Gefahr tun oder mit ihrer Befriedigung bis zur Klärung des Sachverhalts warten soll. Das heißt aus dem die Klägerin nicht berührenden Verhältnisse zwischen dem Beklagten und F. Folgen ziehen, die ihr zum Schaden gereichen und die sie deshalb nicht zuzulassen braucht.“