

60. 1. Ist die zu Unrecht unterbliebene Beeidigung eines Zeugen stets ein Revisionsgrund?
2. Zum Begriffe der Vermögensübernahme durch Vertrag. Stellung des Bürgen zu dem das Vermögen des Hauptschuldners übernehmenden Gläubiger.

3PD. § 549.

BGB. §§ 419, 1991, 774 Abs. 1.

VI. Zivilsenat. Ur. v. 19. Mai 1913 i. S. D. (Bekl.) w. Kommanditgesellschaft S. R., U. & Co. (Kl.). Rep. VI. 30/13.

Entsch. in Stöff. R. S. 92 (82).

18

I. Landgericht Hannover.

II. Oberlandesgericht Celle.

Die Klägerin hatte der Gewerkschaft Herttha einen Kredit in laufender Rechnung gewährt. Für diesen Kredit übernahmen die damaligen Mitglieder des Grubenvorstandes, der Beklagte, der Generaldirektor A. und der Bergwerksbesitzer B., in der Urkunde vom 8. November 1904 in Höhe von 100 000 M die Bürgschaft, und zwar ein jeder in Höhe eines Drittels. Später erweiterte die Klägerin den Kredit, und die drei genannten Personen verbürgten sich in einer Urkunde vom Mai 1905 für weitere 50 000 M, Beklagter und B. wieder für je  $\frac{1}{3}$ , A. aber nur für  $\frac{1}{5}$  des genannten Betrags. Allmählich war dann die Schuld der Herttha an die Klägerin auf mehr als 650 000 M angewachsen. Diese verklagte den Beklagten aus der Bürgschaft auf Zahlung von 50 000 M nebst Zinsen, und das Landgericht entsprach der Klage mit einer Einschränkung in betreff der Zinsen. Das Oberlandesgericht erließ zunächst ein Teilmittel, durch das es die Berufung des Beklagten in Höhe von 25 000 M zurückwies. Darauf wurde die Berufung im Endurteile vollständig zurückgewiesen. Das Teilmittel ist rechtskräftig, gegen das Endurteil richtet sich die von dem Beklagten eingelegte Revision, die keinen Erfolg hatte.

Aus den Gründen:

„Die Revision rügt Verletzung der §§ 391 Abs. 1, 393 Nr. 4 ZPO., die durch die Nichtbeeidigung des Zeugen A. begangen sei.

Der Beklagte hatte behauptet, daß für seine Bürgschaftsverpflichtung die beiden Urkunden nicht allein maßgebend seien, sondern daneben noch mündliche, die Bürgschaftsverbindlichkeit einschränkende Abreden beständen. Zwischen dem Bankier K. als Vertreter der Klägerin und den Bürgen sei vor Ausstellung der Urkunde vereinbart worden, daß die Bürgschaft nur für den Eingang der damals ausgeschriebenene Zinsen von 100 000 M und 50 000 M gelten solle; ferner sei vereinbart, daß Beklagter aus der Bürgschaft nur so lange hafte, als er im Vorstande der Gewerkschaft sei und Ruze der Gewerkschaft besitze. Die Zinsen seien längst eingegangen, seine Ruze habe er der Herttha am 30. Januar 1908 zur Verfügung ge-

stellt und sein Amt als Vorstandsmitglied habe er niedergelegt. Diese an sich erheblichen Behauptungen hat U., der von der Klägerin gleichfalls aus seiner Bürgerschaft belangt ist, als Zeuge im wesentlichen bestätigt, das Berufungsgericht hat ihn aber unbeeidigt gelassen, weil es den § 393 Nr. 4 ZPO. für anwendbar hält und weil es ferner annimmt, daß die Beeidigung der Aussage des Zeugen kein ausschlaggebendes Gewicht verleihen werde.

Ob der Auslegung, die der Vorderrichter dem § 393 Nr. 4 gibt, beizutreten wäre, mag zweifelhaft sein. (Wird weiter ausgeführt.) Ein näheres Eingehen hierauf ist aber nicht erforderlich, weil der zweite Grund des Vorderrichters seine Entscheidung trägt, auch wenn ein Verstoß gegen §§ 391, 393 Nr. 4 unterstellt wird. Da kein absoluter Revisionsgrund gemäß § 551 ZPO. vorliegt, so kann die Gesetzesverletzung nur dann zur Aufhebung des Berufungsurteils führen, wenn die Entscheidung auf dem Mangel beruht (§ 549 ZPO.), wenn also mindestens die Möglichkeit anzunehmen wäre, daß nach Beeidigung der Aussage anders erkannt worden wäre. Der Vorderrichter hat diese Frage erwogen. Er führt aus, U. sei auf Grund desselben Sachverhalts und derselben Urkunden als Bürge belangt, er habe die gleichen Behauptungen in seinem Prozesse vorgetragen, infolge der Länge der abgelaufenen Zeit und der Wiederholung des Vorbringens in Verbindung mit dem Wunsche, die aufgestellten Behauptungen möchten wahr sein, liege es nahe, daß er subjektiv seine Angaben für richtig halte. Trotzdem seien sie aber durch das sonstige Ergebnis der Beweisaufnahme widerlegt, wie dies durch die Darlegungen der Entscheidungsgründe des Teilurteils gezeigt sei. Die dort gegebenen Ausführungen sind von der Revision nicht angefochten worden und lassen auch keinen Rechtsirrtum erkennen; sie ergeben, daß U.'s Aussage mit der sonst ermittelten Sachlage nicht in Übereinstimmung steht. Der Vorderrichter war daher nicht gehindert, auszusprechen, daß er auch die beeidigte Aussage des U. nicht anders würdigen werde, als die unbeeidigte; vgl. das bei Warneyer, Rechtspr. 1908 Nr. 247 abgedruckte Urteil des V. Zivilsenats vom 25. Januar 1908. Ist aber hiervon auszugehen, so ist nicht ersichtlich, inwiefern das angefochtene Urteil auf der Nichtbeeidigung beruhen oder inwiefern diese den Beklagten beschweren könnte; vgl. den gleichartig liegenden Fall in dem Urteile des

III. Zivilsenats in Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 53 S. 256/257, auch ebendort Bd. 57 S. 186/187.

Am zweiten Stelle rügt die Revision, daß das Berufungsgericht den auf § 419 BGB. gestützten Einwand des Beklagten zurückgewiesen hat. Der Beklagte hatte vorgebracht, die Klägerin habe das ganze Vermögen der Hertha übernommen, habe daher für deren Schulden und könne deswegen den Bürgen nicht in Anspruch nehmen. Das angefochtene Urteil geht davon aus, daß die Klägerin tatsächlich das gesamte Vermögen der Hertha übernommen habe, abgesehen von den Kaliverträgen und dem Vertrage mit dem Freiherrn v. K., die wertlos gewesen seien, und abgesehen von dem mit Hypotheken über den Wert belasteten Grundbesitz, auch seien vielleicht 50 Doppelwaggons Kohle nicht übertragen worden. Dem Vertrage vom 4. Februar 1909 komme trotz dieser Ausnahmen die in § 419 vorgesehene Wirkung zu, und daher habe die Klägerin für die zur Zeit des Vertragschlusses bestehenden Schulden der Hertha unter Beschränkung auf das übernommene Vermögen und die ihr aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche. Zwischen dem von dem Beklagten geltend gemachten Ansprüche gegen die Hertha und der eingeklagten Forderung bestehe aber nicht die für die Aufrechnung nach § 387 BGB. erforderliche Gleichartigkeit. Beklagter möge durch Zahlung des Teilbetrags von 25000 M., über den bereits durch das Teilurteil rechtskräftig erkannt ist, einen Ersatzanspruch in gleicher Höhe gegen die Hertha erlangt haben, auch möge ihm durch die Bezahlung der restlichen Bürgschaftssumme ein weiterer Anspruch entstehen, der der Klägerin gegenüber würde er aber nur verlangen können, daß sie ihm das übernommene Vermögen der Hertha zur Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung herausgäbe.

Diese Ausführungen werden von der Revision mit Recht beanstandet. Nach der Behauptung der Klägerin in ihrem vorgetragenen Schriftsatz . . . hat die Verwertung der Vermögensteile einen Nettoertrag von 50 293,97 M. ergeben, von dem 24 208,53 M. der Klägerin zugeflossen sind, während der Rest für Löhne und Gehälter während der Liquidation ausgegeben wurde. Von dem Beklagten wird der Erlös auf mindestens 150 000 M. angegeben. Darüber sind aber beide Parteien einig, daß das übernommene Vermögen nicht mehr in Natur vorhanden ist, sondern daß der Erlös in Geld an seine Stelle getreten ist. Die im § 419 BGB. vorgeschriebene entsprechende

Anwendung des § 1990 BGB. führt somit im vorliegenden Falle dazu, daß die Klägerin zur Befriedigung der Gläubiger der Hertha im Wege der Zwangsvollstreckung Geld herauszugeben hat, während sie ihrerseits den Beklagten auf Geld in Anspruch nimmt. Derartige Ansprüche können nicht als ungleichartig im Sinne des § 387 BGB. angesehen werden. Die entgegengesetzte Ansicht würde zu dem unpraktischen Ergebnis führen, daß der Beklagte eine Geldzahlung an die Klägerin zu leisten, seinerseits aber durch Zwangsvollstreckung in Geld sich zu befriedigen hätte. Auch wäre, wie die Revision zutreffend ausführt, zu erwägen, ob der Beklagte nicht wenigstens ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen könnte.

Nach den jetzt vorliegenden Feststellungen ist es aber zweifelhaft, ob das Berufungsgericht eine Vermögensübernahme mit den Wirkungen des § 419 BGB. mit Recht angenommen hat. Daß der Vertrag vom 4. Februar 1909 nicht in den Formen des § 311 BGB. abgeschlossen ist, würde nicht entgegen stehen, sofern nur die nach dem Vertrage der Klägerin eigentümlich übertragenen Sachen tatsächlich das ganze Vermögen der Hertha, abgesehen von einzelnen verhältnismäßig unbedeutenden Vermögensstücken, ausmachten und der Vertrag unter Beachtung des § 140 BGB. geeignet war, die Übertragung der einzelnen Vermögensstücke herbeizuführen; Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 69 S. 419 flg., Bd. 76 S. 2 flg. Dagegen gibt es zu Bedenken Anlaß, daß der Vorderrichter das Grundeigentum der Hertha im Werte von etwa 30 000 M. deswegen den verhältnismäßig unbedeutenden Vermögensstücken zurechnet, weil es mit Hypotheken überlastet war. Wie der Senat in dem Urteile Entsch. des RG.'s Bd. 69 S. 284 flg. ausgeführt hat, ist im § 419 unter Vermögen das Aktivvermögen einer Person zu verstehen, so daß die auf einem einzelnen Vermögensstücke ruhenden besonderen Lasten bei der Entscheidung der Frage, ob sein Wert ein verhältnismäßig unbedeutender ist, außer Betracht zu bleiben haben. An dieser auch vom II. Zivilsenat angenommenen Ansicht, Entsch. des RG.'s Bd. 80 S. 257 flg., ist festzuhalten. Die gegenteilige Meinung würde, wie in dem letztermähnten Urteile mit Recht hervorgehoben wird, dazu führen, daß die hypothekarisch gesicherten Forderungen als persönliche Schulden auf den Übernehmer übergingen, obgleich er die Grundstücke nicht erhält.

Einer näheren Prüfung bedürfen die hieraus sich ergebenden Fragen indessen deswegen nicht, weil sich die Entscheidung des Vorderrichters aus einem anderen Grunde als richtig darstellt (§ 563 ZPO.). Die Vermögensübernahme nach § 419 BGB. bewirkt keine Gesamtrechtsnachfolge und daher auch nicht den Untergang der zwischen dem Übertragenden und dem Übernehmer bestehenden Schuldverhältnisse, vgl. RGKKomm. Anm. 1 zu § 419. Insbesondere im Verhältnisse zu den sonstigen Gläubigern der Hertza blieb die Klägerin, auch wenn ein wirksamer Übernahmevertrag unterstellt wird, Gläubigerin: § 1991 Abs. 2 BGB. Sie ist daher berechtigt, sich aus der übernommenen Klasse zu befriedigen (vgl. RGKKomm. Anm. 2 zu § 1991) und den Beklagten, soweit sie keine anderweite Befriedigung erhält, als Bürgen in Anspruch zu nehmen. Hiergegen kann der Beklagte nicht einwenden, daß er als Bürge durch die Befriedigung der Klägerin einen Anspruch gegen die Hertza erlangt habe oder erlangen werde, für den die Klägerin wegen der Vermögensübernahme einstehen müsse, und den er daher durch Aufrechnung oder Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts verwerten dürfe. Dem steht schon die Vorschrift des § 774 Abs. 1 Satz 2 BGB. entgegen, nach der ein Bürge den durch die Befriedigung des Gläubigers auf ihn übergegangenen Anspruch nicht zum Nachtheile des Gläubigers geltend machen darf. Weiter aber hat die Klägerin nur mit dem Bestande des übernommenen Vermögens zu haften, § 419 Abs. 2. Da dieses keinesfalls hinreicht, um ihre eigene Forderung gegen die Hertza zu decken, sie vielmehr zu einem höheren Betrage, als die Bürgschaftssumme ausmacht, aus dem übernommenen Vermögen keine Befriedigung finden kann, so läuft das Verlangen des Beklagten darauf hinaus, daß ihn die Klägerin für die ihm auf Grund der Bürgschaft obliegenden Leistungen aus dem übernommenen Vermögen unter Zurückstellung ihres Restanspruchs befriedigen soll. Hierfür fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage, vgl. RGKKomm. Anm. 2 zu § 1991.“ . . .