

49. Ist unter der Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nach § 773 Nr. 4 BGB. unterschiedslos die Vollstreckung in das ganze Vermögen oder in Übereinstimmung mit § 772 bei der Bürgschaft für eine Geldforderung nur die Vollstreckung in die beweglichen Sachen des Hauptschuldners an den in § 772 bezeichneten Orten zu verstehen?¹

BGB. §§ 772, 773 Nr. 4.

VI. Zivilsenat. Urt. v. 14. Februar 1918 i. S. Spar- und Kreditbank, e. G. m. b. H. in St. (Kl.) w. A. (Bekl.). Rep. VI 379/17.

I. Landgericht Verden.

II. Oberlandesgericht Celle.

Aus den Gründen:

... „Die Revision greift die Begründung des Berufungsurteils als rechtsirrig an. Die Bestimmung des § 773 Nr. 4 BGB. setze nicht den Nachweis voraus, daß der Schuldner vollständig zahlungsunfähig sei; sofern es sich um eine Geldforderung handle, genüge es, daß voraussichtlich eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers nicht führen würde. Von diesem Rechtsstandpunkt aus erscheine bezüglich des Ehemanns L. der der Klägerin obliegende Beweis geführt, während hinsichtlich der Ehefrau das Eigentum an den Mobilien und Haushaltsgegenständen zu prüfen sei; der Klägerin sei es auch nicht zuzumuten, die schon anderweit gepfändeten Gegenstände im Anschluß zu pfänden und dann die Unwirksamkeit der Pfändung geltend zu machen.

Die Revision war für begründet zu erachten. Es war ihr darin beizutreten, daß, soweit die Bürgschaft für eine Geldforderung besteht, ebensowohl für den Versuch der Zwangsvollstreckung nach § 772 BGB.

¹ Vgl. Staudinger BGB. Anm. 1d, Dertmann BGB. Anm. 2c zu § 773; Düringer-Hachenburg BGB. Anm. 64 zu § 349; Rechtspr. d. OLG. Bd. 18 S. 41 u. 42; Frankf. Rundschau Bd. 44 S. 183. D. C.

wie für den Nachweis, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners voraussichtlich nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen würde, nur die Vollstreckung in die beweglichen Sachen des Hauptschuldners in Frage kommt. Die §§ 771 bis 773 BGB., die die Einrede der Vorausklage des Bürgen behandeln, stehen in natürlichem Zusammenhange miteinander und sind in diesem Zusammenhange zu erfassen, wobei die eine Bestimmung aus der anderen zu verstehen ist. Während § 771 den allgemeinen Grundsatz aufstellt, daß der Bürge die Befriedigung des Gläubigers so lange verweigern kann, als nicht der Gläubiger gegen den Hauptschuldner eine Zwangsvollstreckung ohne Erfolg versucht hat, hebt § 772 den besonderen, aber den bei weitem größten Teil aller Bürgschaften umfassenden Fall heraus, daß es sich um eine Geldforderung handelt, und sieht eine bestimmte Art des Vollstreckungsversuchs in die bewegliche Habe des Hauptschuldners an seinem Wohnsitz oder Aufenthaltsorte vor. Wie die Motive zum Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Bd. 2 S. 669) aussprechen, ist damit eine Verbesserung der Stellung des Gläubigers gegenüber den bisherigen Rechten bezweckt. Ist ein anderer Anspruch als eine Geldforderung in Frage, so soll jede nach der Zivilprozessordnung zulässige, auf Erfüllung der Verpflichtung des Hauptschuldners gerichtete Zwangsvollstreckung genügen. „Steht aber eine Geldforderung in Frage, so muß es genügen, wenn der Gläubiger vergeblich versucht hat, durch Zwangsvollstreckung in die bewegliche körperliche Habe des Hauptschuldners . . . am Wohnsitz und in Ermangelung eines solchen am Aufenthaltsorte desselben seine Befriedigung zu erlangen. . . . Es kann dem Gläubiger ohne wesentliche Verkümmern seiner aus der Bürgschaft sich ergebenden Rechte nicht zugemutet werden, die meist mit erheblichem Zeit- und Kostenaufwande verbundene, mitunter auch nur geringen Erfolg versprechende Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen durchzuführen oder die Aktiva und sonstigen Rechte des Hauptschuldners im Wege der Zwangsvollstreckung in Anspruch zu nehmen und in die damit verknüpften Weiterungen sich zu ergeben. Dagegen muß wenigstens eine Zwangsvollstreckung der oben gedachten Art bzw. der Versuch einer solchen . . . verlangt werden.“ Es ist mithin, wenn eine Geldforderung den Gegenstand der Hauptschuld bildet, der Versuch einer Zwangsvollstreckung in die

beweglichen Sachen des Hauptschuldners an seinem Wohnsitz oder am Orte seiner gewerblichen Niederlassung oder in Ermangelung solcher an seinem Aufenthaltsort auf der einen Seite ausreichend, auf der anderen aber auch erforderlich, um der Einrede der Vorausklage zu begegnen.

Wenn nun § 773 Nr. 4 BGB. den Gläubiger von dem Nachweis einer versuchten Vollstreckung, der nach §§ 771, 772 die Einrede der Vorausklage beseitigt, befreit und ohne solchen Versuch die Einrede ausschließt, „wenn anzunehmen ist, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird“, so ist naturgemäß unter der Zwangsvollstreckung in dieser Bestimmung diejenige zu verstehen, die nach den vorangegangenen Vorschriften der §§ 771, 772 vom Gläubiger zur Beseitigung der Einrede der Vorausklage überhaupt erfordert wird, für Geldforderungen mithin diejenige in die beweglichen Sachen des Hauptschuldners an den in § 772 BGB. bezeichneten Orten. Der Nachweis der voraussichtlichen Erfolglosigkeit der Zwangsvollstreckung braucht sich nicht weiter zu erstrecken, als diese selbst zu erstrecken wäre, um die Einrede der Vorausklage zu erledigen. Die von dem Erfordernis des Vollstreckungsversuchs befreiende Vorschrift faßt einen Vollstreckungsumfang nur nach dem Maße der überhaupt geforderten Zwangsvollstreckung ins Auge. Die Aussichtlosigkeit der Zwangsvollstreckung in Grundstücke und sonstige Rechte des Hauptschuldners ist bedeutungslos, solange die Vollstreckung in die beweglichen körperlichen Sachen noch Erfolg verspricht; andererseits kann beim Mangel pfändbarer beweglicher Habe das Vorhandensein von Grundstücken oder Forderungen die Einrede nicht retten, die der Gläubiger durch die Einleitung der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen doch schlagen würde. Die Absicht des Gesetzes, zwecklose Vollstreckungsmaßnahmen und -kosten vermieden zu sehen, würde vereitelt, wenn vom Gläubiger auf Grund des § 773 Nr. 4 BGB. auch bei Geldforderungen, um die Einrede der Vorausklage auszuschließen, der Nachweis erfordert würde, daß nicht nur ein Vollstreckungsversuch in die bewegliche Habe des Hauptschuldners erfolglos sein würde, sondern auch sonstiges Vermögen nicht vorhanden sei, das zur vollen oder teilweisen Befriedigung des Gläubigers in Angriff genommen werden könnte. Denn bei der Schwierigkeit eines solchen Nachweises würde der Gläubiger zu dem überflüssigen Ver-

suche gedrängt werden, die voraussichtlich erfolglose Zwangsvollstreckung in die bewegliche Habe des Hauptschuldners nach § 772 noch zu unternehmen, womit er der Einrede unter allen Umständen erfolgreich begegnen könnte. Diese zwecklosen Vollstreckungsversuche will aber § 773 Nr. 4 gerade vermeiden. Daß in § 773 Nr. 4 BGB. von der Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners, nicht von einer solchen in die beweglichen Sachen des Hauptschuldners gesprochen wird, wie in § 772, erklärt sich daraus, daß die Bestimmung des § 773 Nr. 4 die Fälle sowohl des § 771 wie des § 772 umfaßt, die Beschränkung des Zwangsvollstreckungsversuchs auf die beweglichen Sachen des Hauptschuldners aber nur im Falle des § 772 vorgesehen werden konnte.

Das Berufungsgericht ist bei seiner Entscheidung von der Auffassung ausgegangen, daß § 773 Nr. 4 BGB. zur Beseitigung der Einrede der Vorausklage auch bei Geldforderungen die Darlegung verlange, daß das Vermögen des Hauptschuldners überhaupt keine Gegenstände biete, welche die Befriedigung des Gläubigers herbeizuführen geeignet seien. Diese Auffassung ist nach den vorstehend gegebenen Ausführungen rechtsirrig. Wenn das Berufungsgericht die Möglichkeit für gegeben erachtet, daß unter dem Drucke eines Vollstreckungsversuchs in den Grundbesitz der Schuldner seinen Grundkredit anspannen könne, um den Gläubiger zu befriedigen, so kann dies nicht als ein Erfolg der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Schuldners angesehen werden. Es bedarf hinsichtlich beider Hauptschuldner nur der Prüfung, ob ihre bewegliche körperliche Habe an den in § 772 BGB. bezeichneten Orten eine Befriedigung der Klägerin in Aussicht stellt oder nicht.“ ...