

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZPO §§ 108, 109; BGB § 765

Ist Sicherheit durch Prozeßbürgschaft einer Großbank geleistet worden, so kann der Sicherungsgeber gemäß § 108 ZPO einen Beschluß erwirken, der die gleichwertige Bürgschaft einer bestimmten anderen Großbank zuläßt, und nach Zustellung dieser Bürgschaftsurkunde gemäß § 109 ZPO die Rückgabe der früheren Bürgschaftsurkunde betreiben.

ZPO § 253

Ein einfacherer und billigerer Weg der Rechtsverfolgung schließt das Rechtsschutzinteresse für eine Klage nicht aus, wenn an seinem Erfolg in dem anderen Rechtsweg nicht unerhebliche Zweifel bestehen.

BGB §§ 765, 235, 242 Be

Wer eine Prozeßsicherheit zu leisten hat, kann von dem Gläubiger für die Zukunft den Austausch einer beigebrachten Prozeßbürgschaft gegen eine andere, gleichartige eines ebenso leistungsfähigen Kreditinstituts fordern, wenn ihm dies schutzwürdige Vorteile und dem Gläubiger im Einzelfall keine meßbaren Nachteile bringt.

BGH, Urt. v. 24. Februar 1994 - IX ZR 120/93 - OLG Düsseldorf
LG Duisburg

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 120/93

URTEIL

Verkündet am:
24. Februar 1994
Vetter
Justizsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 24. Februar 1994 durch
den Vorsitzenden Richter Brandes und die Richter Kirchhof,
Dr. Fischer, Dr. Zugehör und Dr. Ganter

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Düsseldorf vom 13. Mai 1993 wird auf
Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger erwirkte gegen die Beklagte ein erstinstanzliches Urteil auf Zahlung von 92.975,34 DM nebst Zinsen. Das Urteil wurde gegen eine vom Kläger - auch durch Bürgschaft einer deutschen Großbank zu leistende - Sicherheit für vorläufig vollstreckbar erklärt. Auf die Berufung der Beklagten wurde der Rechtsstreit bis zur Entscheidung eines vorgreiflichen Prozesses ausgesetzt.

Im Hinblick auf das erstinstanzliche Urteil übermittelte der Kläger der Beklagten eine Prozeßbürgschaft der D. Bank vom 29. März 1989 über 97.000 DM. Der Kläger nahm neue Geschäftsbeziehungen zur C.-Bank auf und veranlaßte, daß diese ebenfalls eine Urkunde über eine Prozeßbürgschaft



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

von 97.000 DM - mit Schreiben vom 4. März 1991 - der Beklagten zwecks Austauschs mit der ersten Bürgschaftsurkunde zusandte. Die Beklagte lehnte den Austausch ab und schickte die zweite Bürgschaftsurkunde zurück.

Der Kläger behauptet, für die Bürgschaft der C.-Bank nur 1 % - statt zweimal 2 % für die erste Bürgschaft - Avalzinsen zahlen zu müssen; zudem müsse die erste Bürgschaft durch eine Grundschuld abgesichert werden. Seine Klage, die Beklagte zu verurteilen, die Bürgschaft der D. Bank Zug um Zug gegen Übergabe einer gleichartigen Prozeßbürgschaft der C.-Bank herauszugeben, hatte in beiden Vorinstanzen Erfolg. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe

Das Rechtsmittel ist unbegründet.

I.

Die Revision greift die Auffassung des Berufungsgerichts an, für die Klage bestehe ein Rechtsschutzbedürfnis, weil der Kläger den Austausch der Bürgschaften nicht einfacher und schneller - insbesondere gemäß § 109 oder § 108 ZPO - habe erzielen können. Nach Ansicht der Revision hätte der Kläger vorrangig einen Antrag nach § 108 ZPO mit

einem solchen gemäß § 109 ZPO verbinden und sein Anliegen notfalls im Beschwerdewege durchsetzen müssen. Ein solcher Vorrang besteht jedoch hier nicht.

1. Der Kläger hat - während des Berufungsrechtszuges im vorliegenden Prozeß - beim erstinstanzlichen Prozeßgericht des Vorprozesses gemäß § 108 ZPO erfolglos beantragt, ihm zu gestatten, die der Beklagten übergebene Bürgschaft der D. Bank im Original Zug um Zug gegen Übergabe einer gleichartigen Prozeßbürgschaft in gleicher Höhe der C.-Bank auszutauschen. Richtig wäre statt dessen der Antrag gewesen, anstelle der bisher zulässigen Bürgschaft jeder deutschen Großbank - nur - diejenige der C.-Bank als zulässige Sicherheit zu bestimmen. Einem solchen Antrag hätte das Landgericht in Ausübung sachgerechten Ermessens stattgeben müssen. Anordnungen gemäß § 108 ZPO über die Art der Sicherheitsleistung können jedenfalls auf Antrag abgeändert werden (Wieczorek, ZPO 2. Aufl. § 108 Anm. B II b 1; Münch-Komm-ZPO/Belz, § 108 Rdn. 59; Thomas/Putzo, ZPO 18. Aufl. § 108 Anm. 2; vgl. BGH, Beschl. v. 4. März 1966 - VIII ZR 20/66, NJW 1966, 1028). Erfüllt die nachträglich beantragte Sicherheit uneingeschränkt den gesetzlichen Sicherungszweck, so bestehen auch im Rahmen des richterlichen Ermessens nach § 108 Abs. 1 ZPO regelmäßig keine sachlichen Gründe, die einer Partei günstige Änderung abzulehnen. Die hier fragliche Eingrenzung, daß nicht die Bürgschaft jeder deutschen Großbank, sondern nur diejenige der C.-Bank - unstreitig eine solche Großbank - ausreichen sollte, belastete keinesfalls die Beklagte als Antragsgegnerin. Weder die Parteien noch das Landgericht bezweifeln, daß die Prozeßbürgschaft der C.-Bank dieselbe Sicherheit bieten würde wie

die der D. Bank. Endlich steht im Falle des § 108 ZPO den Gläubigern nicht nur ein einmaliges Vorschlagsrecht zu, das durch den ersten Antrag verbraucht würde; vielmehr sieht die Vorschrift insoweit grundsätzlich keine Beschränkungen vor.

Wird ein derartiger abändernder Beschluß gemäß § 108 ZPO erwirkt, so erlischt nach einer Rechtsansicht mit der formgerechten Zustellung der dem neuen Beschluß entsprechenden (zweiten) Bürgschaft ohne weiteres die erste Bürgschaft, weil der ihr zugrundeliegende Sicherungszweck entfallen sei; ein Verfahren gemäß § 109 ZPO sei in diesem Falle weder nötig noch zulässig (vgl. Pecher WM 1986, 1513, 1516 f). Statt dessen hält der Senat aus Gründen der Rechtsklarheit in derartigen Fällen einen Antrag gemäß § 109 ZPO für statthaft. Der Beschluß wirkt nur für die Zukunft. Dem Sicherungsgeber ist ein vereinfachtes Verfahren zu eröffnen, um - nach Zustellung der zweiten Bürgschaftsurkunde - diejenige über die erste Bürgschaft zurückzuerhalten, die regelmäßig der bürgenden Bank wieder zur Verfügung gestellt werden muß. Wenn § 109 ZPO daran anknüpft, daß die Voraussetzung für "eine" Sicherheitsleistung weggefallen ist, so mag der Gesetzgeber zwar in erster Linie den Fall bedacht haben, daß jede Sicherheitsleistung entbehrlich geworden ist. Wortlaut und Zweck hindern es aber nicht, die Vorschrift wenigstens entsprechend auch auf den Fall anzuwenden, daß die Voraussetzung für eine einzelne, bestimmte Sicherheitsleistung entfallen ist. § 109 ZPO soll statt des früher allein eröffneten Weges der Klage zur Erzwingung der Rückgabe einer gegenstandslos gewordenen Si-

cherheit einen einfacheren Weg geben, um die Rückgabe zu erreichen (RGZ 156, 164, 166).

Diese Erwägung trifft in gleicher Weise auf den Austausch von Bürgschaften zu. Die vereinfachte und regelmäßig schnellere Art, einen Herausgabebetitel gemäß § 109 Abs. 2 ZPO wegen der früheren, unzulässig gewordenen Bürgschaft zu erlangen, dient auch hier der Rechtsklarheit und liegt im wohlverstandenen Interesse aller Beteiligten. Hat der zu Sichernde aus der ersten Bürgschaft bereits Rechte erlangt, so kann er sein Interesse, sich nur mit diesem Bürgen und nicht möglicherweise noch mit weiteren auseinanderzusetzen zu müssen, bereits gegenüber einem Abänderungsantrag nach § 108 ZPO geltend machen. Im Rahmen des durch § 108 Abs. 1 Satz 1 ZPO eingeräumten Ermessens ist nicht nur Mißbräuchen des Antragstellers - insbesondere dem Fehlen eines anzuerkennenden Interesses vor allem bei wiederholtem Sicherheitentausch - entgegenzuwirken, sondern auch schutzwürdigen Belangen des Antragsgegners Rechnung zu tragen. Nur ausnahmsweise wird man ihm zumuten können, im Rahmen des § 109 ZPO Klagen gegen zwei oder gar mehrere Bürgen zu erheben, falls ihm aus jeder der Bürgschaften Rechte erwachsen. Andererseits erscheint es nicht angemessen, dem Sicherungsgeber für jeden Fall des Sicherheitentauschs entgegen einer grundlosen Weigerung des Berechtigten eine Klage aufzuerlegen.

2. Dennoch ist die vorliegende Klage nicht unzulässig.

a) Teilweise wird schon angenommen, die Möglichkeit eines Verfahrens nach § 109 ZPO nehme nie das Rechtsschutz-

interesse für eine Klage, weil jenes Verfahren nicht selbst auf Entscheidung über materielle Rechtsverhältnisse abziele, sondern nur den Prozeßgegner zur Klage provozieren solle (Pecher aaO S. 1515; vgl. auch RG Gruch 50, 123, 125; JW 1910, S. 757 Nr. 20). Demgegenüber sieht der Senat den Zweck des Verfahrens nach § 109 ZPO vor allem in der Möglichkeit, auf einfacherem und billigerem Wege einen Herausgabetitel (§ 109 Abs. 2 ZPO) zu erhalten. Mit dieser Zielrichtung kann es eine Rechtsverfolgung darstellen, die gemäß allgemeinen Grundsätzen das Rechtsschutzbedürfnis für eine (aufwendigere) Leistungsklage entfallen lassen kann (ebenso Stein/Jonas/Leipold, ZPO 20. Aufl. § 109 Rdn. 3; Wieczorek aaO § 109 Anm. A III). Das zeigt sich insbesondere in Fällen wie dem vorliegenden, in denen gar nicht über Fragen des materiellen Rechts, sondern nur über die formale Zulässigkeit des Sicherheitentauschs gestritten wird, also über Vorfragen, die genauso im Verfahren nach § 108 und/oder § 109 ZPO geklärt werden könnten. Anderes mag gelten, wenn auch ein Antrag gemäß § 109 ZPO voraussichtlich nur zu einer Klage des Gesicherten über materiell-rechtliche Fragen führen würde (RGZ 156, 164, 167 f; vgl. ferner BGH, Urt. v. 23. Februar 1961 - II ZR 250/58, MDR 1961, 486).

b) Bei Prüfung der Frage, ob ein Mittel des Rechtsschutzes das berechtigte Interesse für ein anderes ausschließt, ist aber die Zweckmäßigkeit beider prozessualen Wege umfassend zu vergleichen (vgl. BGH, Urt. v.

14. März 1979 - IV ZR 98/78, NJW 1979, 1508; Wieser, Das Rechtsschutzinteresse des Klägers im Zivilprozeß § 27, S. 144 ff). Dementsprechend schließt sogar das Vorliegen

eines Vollstreckungstitels eine neue Leistungsklage nicht aus, wenn für diese ein besonderes Bedürfnis, ein nach Lage der Dinge verständiger Grund besteht (BGHZ 98, 127, 128 m.w.N.), so wenn die Durchsetzbarkeit des Titels zweifelhaft ist (BGH, Urt. v. 21. März 1974 - IX ZR 131/73, LM § 212 BEG 1956 Nr. 4). Soll ein Kläger darauf verwiesen werden, überhaupt erst einen anderen Vollstreckungstitel auf günstigere Weise zu erlangen, gilt das erst recht. Auf einen verfahrensmäßig unsicheren Weg darf der Rechtssuchende nicht verwiesen werden (vgl. BGHZ 111, 168, 171 f). Ein schnelleres und billigeres Mittel des Rechtsschutzes läßt das berechtigte Interesse für eine Klage deshalb nur entfallen, sofern es wenigstens vergleichbar sicher oder wirkungsvoll alle erforderlichen Rechtsschutzziele herbeiführen kann. Diese Voraussetzungen erfüllte hier eine Verbindung je eines Antrages nach § 108 ZPO und § 109 ZPO nicht.

Die vom Senat aufgezeigte Möglichkeit, den Austausch der Sicherheiten gemäß §§ 108, 109 ZPO durchzuführen (oben 1), war bisher nicht allgemein bekannt oder gar anerkannt. Der Austausch setzt eine entsprechende Anwendung des § 109 ZPO voraus. Zudem steht die erforderliche abändernde Entscheidung gemäß § 108 ZPO im freien Ermessen des Gerichts. Entsprechende Anträge bargen deshalb für den Kläger ein erhebliches Risiko, daß er damit nicht zum Ziele kommen würde. Das Prozeßgericht erster Instanz hat eine entsprechende Anordnung tatsächlich abgelehnt und damit dem eigenen Antrag der Beklagten entsprochen. Ob der Kläger hiergegen ein Rechtsmittel hätte einlegen können, ist unstritten (vgl. einerseits Wieczorek aaO § 108 Anm. B II b 2, andererseits MünchKomm-ZPO/Belz, § 108 Anm. 75, jeweils

m.w.N.), aber entgegen der Ansicht der Beklagten unerheblich. Jedenfalls steigerte diese Streitfrage vorausschauend das Risiko des Mißerfolgs bei einem Antrag des Klägers gemäß §§ 108, 109 ZPO. Es kommt hinzu, daß ein Antrag auf Austausch von Prozeßbürgschaften wegen der damit üblicherweise verbundenen Kosten und Risiken nach der Natur der Sache eilbedürftig ist. Dann ist der Sicherungsgeber nicht gehalten, zuerst ein billigeres Verfahren einzuleiten, wenn es mit einer nicht geringen Wahrscheinlichkeit nicht zum Ziele führt und er hierdurch Zeit verliert, bis er das sicherere Verfahren einleiten kann.

II.

Das Berufungsgericht hat die Klage gemäß § 242 BGB für begründet gehalten und dazu ausgeführt: Durch den Vorprozeß seien die Parteien in einem Prozeßrechtsverhältnis miteinander verbunden, auf das die Gebote von Treu und Glauben Anwendung fänden. Die Beklagte habe kein schützenswertes Interesse, den Austausch gleichwertiger Prozeßbürgschaften abzulehnen. Demgegenüber brauche der Kläger für die zweite Prozeßbürgschaft geringere Zinsen zu zahlen als für die erste. Diese durch Bankbescheinigung belegte Behauptung habe die Beklagte nur pauschal "ins Blaue hinein" bestritten. Der Kläger benötige die frühere Bürgschaftsurkunde, um der D. Bank hinreichende Gewißheit verschaffen zu können, daß ihr keine Inanspruchnahme aus der Bürgschaft mehr drohe.

Das hält den Revisionsangriffen stand.

1. Entgegen der Ansicht der Revision stellt § 108 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit § 235 BGB keine abschließende Regelung der Umtauschmöglichkeit bei Prozeßsicherheiten auf. Die letztgenannte Vorschrift gewährt dem Sicherungsgeber das Recht zum einseitigen Austausch von Sicherheiten, die ihrer Natur nach gleichwertig sind. Sie hindert nicht eine gerichtliche Entscheidung hinsichtlich anderer Sicherheiten, der eine Abwägung der beiderseitigen Interessen zugrundeliegt.

2. Zutreffend weist die Revision allerdings darauf hin, daß das Begehren des Klägers einer Schuldübernahme im Sinne von § 415 BGB teilweise vergleichbar ist. Die C.-Bank soll zwar nicht neue Schuldnerin eines schon bestehenden Anspruchs der Beklagten gegen die D. Bank werden; denn eine derartige Forderung hat die Beklagte selbst nicht dargetan. Immerhin soll die C.-Bank aber anstelle der D. Bank Schuldnerin möglicherweise künftig entstehender Ansprüche der Beklagten werden. Regelmäßig mag es auch jedem Gläubiger freistehen, einen Schuldnerwechsel nicht zu genehmigen. In besonders gelagerten Einzelfällen kann er aber gemäß § 242 BGB zur Einwilligung verpflichtet sein. Ein solcher Fall liegt hier vor.

Die Grundsätze von Treu und Glauben sind auch auf das Prozeßrechtsverhältnis anzuwenden (vgl. dazu BGHZ 69, 37, 43; 112, 345, 349; Zöllner/Vollkommer, ZPO 18. Aufl. Einleitung Rdn. 56 m.w.N.). Um ein solches handelt es sich beim Streit über die Leistung einer Prozeßsicherheit nach § 108 ZPO.

Eine Rechtsausübung ist - auch ohne daß die Voraussetzungen des § 226 BGB vorliegen - mißbräuchlich, wenn sie beachtliche Interessen eines anderen verletzt, ihr aber kein schutzwürdiges Eigeninteresse zugrundeliegt (BGHZ 29, 113, 117 f; 58, 146, 147 f; Palandt/Heinrichs, BGB 53. Aufl. § 242 Rdn. 50, 53). Insoweit räumt die Beklagte die Gleichwertigkeit der beiden - durch ihren Zweck genau festgelegten - Prozeßbürgschaften ein. Sie beruft sich lediglich auf den innerbetrieblichen Verwaltungsaufwand, den die Prüfung und Verwahrung einer neuen Bürgschaftsurkunde erfordere. Dieser könnte zwar gegenüber einem mehrfach wiederholten Sicherheitentausch erheblich sein, ist aber für einen Einzelfall nicht meßbar: Die Beklagte legt nicht konkret dar, welchen Nutzen sie aus der Arbeitskraft ihrer Mitarbeiter tatsächlich ziehen würde, wenn sie die zweite Bürgschaft nicht registrieren müßte. Deshalb fällt diese Erwägung nicht ins Gewicht gegenüber dem Bestreben des Klägers, die Bürgschaft seiner neuen Hausbank verwerten und dafür die Beziehungen zu seiner früheren Hausbank abwickeln zu können. Erst recht stehen die von der Revision angeführten, rein theoretischen Möglichkeiten, welche Gründe allgemein gegen einen neuen Gläubiger sprechen könnten, dem hier zu beurteilendem Begehren nicht entgegen. Insbesondere ist nicht ersichtlich, warum im vorliegenden Einzelfall eine im Innenverhältnis durch eine Grundschuld abgesicherte Prozeßbürgschaft einer Großbank der Beklagten eine höhere Sicherheit als eine nicht so abgesicherte Bürgschaft bieten soll.

Demgegenüber hat der Kläger im einzelnen dargetan und jeweils durch Vorlage von Urkunden belegt, daß er für die Prozeßbürgschaft der D. Bank an zwei Banken verpflichtungs-

gemäß je 2 % Avalzinsen zahlt sowie daß eine als Unterlegung dienende Grundschuld von 100.000 DM erst gegen Rückgabe der Bürgschaftsurkunde freigegeben wird, während die C.-Bank keine Grundschulden als Sicherheit beansprucht. Zu diesen Urkunden hätte die Beklagte sich substantiiert einlassen müssen (§ 138 Abs. 2 ZPO). Ihr pauschales Bestreiten genügt nicht.

Brandes

Kirchhof

Fischer

Zugehör

Ganter