

Gesetz: BGB §§ 768, 770 Abs 2, 387 ff, 273
ZPO § 767 Abs 2

Rechtssatz: Der Bürge kann nicht geltend machen, die Hauptschuld sei durch eine Aufrechnung erloschen, die der Hauptschuldner erst nach seiner rechtskräftigen Verurteilung mit vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung fällig gewordenen Gegenforderungen erklärt hat. Er kann aber in diesem Falle die Einrede des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 BGB erheben, wenn sie dem Hauptschuldner vor seiner Verurteilung zugestanden hat.

Aktenzeichen: VII ZR 212/56

Urt. des BGH vom 11. April 1957

OLG Koblenz
LG Bad Kreuznach

VII ZR 212/56

Verkündet am 11. April 1957
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Schuhmachermeisters Hans B [REDACTED], B [REDACTED], D [REDACTED]-Allee [REDACTED],
Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Max H [REDACTED], W [REDACTED], A [REDACTED]str. [REDACTED], bei G [REDACTED],
Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 11. April 1957 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Dr. Heimann-Trosien, Dr. Winkelmann und Erbel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des
1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Koblenz
vom 13. Juni 1956 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung,
auch über die Kosten der Revision, an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger betrieb mit dem Schwiegersohn des Beklagten, K [REDACTED], eine offene Handelsgesellschaft. K [REDACTED] übernahm das Geschäft durch Vertrag vom 28. April 1952 als alleiniger Inhaber mit Aktiven und Passiven; über die an den Kläger zu entrichtende Entschädigung wurde folgendes bestimmt:

"... Eine Inventur wird zum 1. Mai vorgenommen und hieraus der Verkaufspreis festgesetzt.

... Für die Restkaufsumme stellt Herr K [REDACTED] Herrn H [REDACTED] einen Bürgen".

Am 4. Mai 1952 schlossen die Genannten ein Zusatzabkommen, in dem es u.a. heisst:

"Laut Vertrag vom 28. April 1952 wurde vereinbart, dass der Verkaufspreis ... aus der vorzunehmenden Inventur errechnet wird. Die Inventur ergab einen Kapitalwert von DM 25 585,- Beide Parteien einigen sich heute auf einen Verkaufspreis von DM 25 000,- ...".

Am 16. Juni 1952 übernahm der Beklagte gegenüber dem Kläger durch schriftliche Erklärung "für die Restkaufsumme, die ... K [REDACTED] auf Grund des Übernahmevertrages vom 28. April 1952 ... schuldete, die selbstschuldnerische Bürgschaft".

K [REDACTED] entrichtete im Mai 1952 in bar und durch Verrechnung an den Kläger 15 000 DM. Den Rest blieb er schuldig. Er ist durch rechtskräftiges Versäumnisurteil vom 1. Dezember 1954 zur Zahlung von 10 000 DM nebst Zinsen



verurteilt worden. Die Zwangsvollstreckung gegen ihn verspricht keinen Erfolg.

Der Kläger hat den Beklagten aus der Bürgschaft für seinen Ausfall sowie für die aufgewendeten Prozesskosten in Anspruch genommen und dessen Verurteilung zur Zahlung von 10 357,88 DM nebst Zinsen hiervon beantragt.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage erbeten. Er hat geltend gemacht, dass die Forderung des Klägers durch Gegenansprüche des K [REDACTED] getilgt sei, mit denen dieser nach Erlass des Urteils gegen ihn aufgerechnet habe. Vorsorglich hat der Beklagte seine Bürgschaftserklärung wegen Irrtums und arglistiger Täuschung angefochten.

Das Landgericht hat den Beklagten durch Teilurteil zur Zahlung von 9 550,54 DM nebst Zinsen verurteilt; das Oberlandesgericht hat seine Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte den Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Zur Höhe der Hauptschuld :

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, dass die Inventur zwar einen Anhaltspunkt für die Preisgestaltung bilden sollte; der Kläger und K [REDACTED] hätten aber "mit dem Betrag von 25 000 DM einen Schlußstrich" unter ihre Beziehungen setzen wollen. Es gelangt danach zu dem Ergebnis, dass Forderungen des K [REDACTED] gegen den

Kläger, die vor dem 4. Mai 1952 entstanden waren, von der Abfindungssumme nicht mehr abgesetzt werden dürften. Deswegen lehnt es jedes nähere Eingehen auf den Inhalt der Inventur und auf die Frage der Rechtmässigkeit der angeblichen Gegenansprüche des K [REDACTED] ab.

Die Revision greift diese Darlegungen zwar nicht ausdrücklich an. Die von ihr nach § 286 ZPO erhobenen Rügen wirken aber auch in dieser Richtung. Sie sind zum Teil begründet.

1.) Für die von dem Oberlandesgericht vertretene Auffassung sprechen zwar nicht unbeachtliche Gründe. So ist es auffällig, dass K [REDACTED] nicht auf die Berücksichtigung der ihm bekannten Gegenforderungen bereits in der Inventur gedrungen hat, wenn er darauf zurückgreifen wollte. Ebenso kann nicht ausser acht gelassen werden, dass er gegen sich ein Versäumnisurteil hat ergehen lassen, ohne seine Ansprüche in verfahrensrechtlich beachtlicher Weise geltend zu machen.

a) Das Berufungsgericht stützt aber seine Ansicht im wesentlichen nicht hierauf, sondern auf die Aussagen des Zeugen H [REDACTED]. Es führt hierzu folgendes an: K [REDACTED] habe als Zeuge bekundet, dass die Verkaufssumme von 25 000 DM nicht endgültig festgelegt worden sei, so dass seine Gegenforderungen von dem auf Grund der Inventur ermittelten Betrag noch abzuziehen seien. Diese Aussage sei aber im Hinblick auf die verwandtschaftlichen Beziehungen des Zeugen zu dem Beklagten und sein Interesse an dem Ausgang des Rechtsstreits nicht massgeblich. Vielmehr sei der Steuerberater des Klägers und des K [REDACTED], der Zeuge H [REDACTED], glaubwürdiger; dieser habe die Darstellung des Klägers bestätigt, wonach es sich bei dem Betrage

von 25 000 DM um eine unabänderliche Abfindungssumme handeln sollte.

Die Revision weist demgegenüber unter III b der Begründungsschrift zutreffend darauf hin, dass das Berufungsgericht wesentliche Beweisantritte des Beklagten übergangen hat, mit denen seine eigene Darstellung erhärtet und die Glaubwürdigkeit des H. [REDACTED] erschüttert werden sollte. In der Berufungsbegründung hatte der Beklagte unter Benennung mehrerer Zeugen behauptet, H. [REDACTED] habe verschiedentlich anerkannt, dass die endgültige Abrechnung noch ausstehe, und dass K. [REDACTED] an den Kläger wahrscheinlich nichts mehr zu bezahlen haben werde. Aus dem Zusammenhang der Ausführungen ergibt sich ferner zweifelsfrei, dass H. [REDACTED] diese Erklärungen nach dem 4. Mai 1952 abgegeben haben soll.

Diese Beweise hätten erhoben werden müssen. Würden nämlich die dahingehenden Behauptungen des Beklagten erwiesen, so könnte dadurch die von dem Oberlandesgericht zur Grundlage seiner Entscheidung gemachte Aussage des H. [REDACTED] entwertet werden, man habe eine von etwaigen Gegenansprüchen des K. [REDACTED] unabhängige Abfindungssumme vereinbaren wollen.

b) Das Oberlandesgericht verkennt nicht, dass die Inventur einen Anhaltspunkt für die Preisgestaltung bilden sollte, wie dies ja auch in den Verträgen vom 28. April und 4. Mai 1952 niedergelegt ist. Es meint aber, dass ihr Ergebnis keineswegs mit dem Übernahmepreis habe übereinstimmen sollen. Aus der Tatsache, dass die Inventur über einen Betrag von 25 584 DM gelautet habe, während die Kaufsumme auf 25 000 DM festgelegt worden sei, ergebe sich

auch, dass man einen endgültigen Schlußstrich habe ziehen wollen.

Diese Erörterungen sind nicht unbedenklich. Die Abrundung um den im Verhältnis zur Gesamtsumme geringen Betrag von 584 DM zeigt nämlich, dass man höchstens kleinere Unebenheiten der Inventur ausgleichen wollte. Dagegen ist mindestens an Hand der bisherigen Feststellungen die Annahme des Oberlandesgerichts nicht verständlich, dass sich die Vertragsschliessenden auch dann von der gewählten Grundlage lösen wollten, wenn sie sich in beträchtlicher Höhe als unrichtig erwies; das wäre aber der Fall gewesen, wenn es sich um die Nichtaufnahme der von dem Berufungsgericht erwähnten Forderungen des K [REDACTED] von 4 000 DM gehandelt haben sollte.

2.) Die rechtskräftige Verurteilung des Hauptschuldners K [REDACTED] steht einer Berücksichtigung der von dem Beklagten geltend gemachten Einwände nicht entgegen.

a) Der Beklagte spricht in seinen Schriftsätzen zwar nur von "Gegenforderungen" des K [REDACTED], mit denen dieser nach Rechtskraft des gegen ihn ergangenen Urteils aufgerechnet habe. Das bisherige Vorbringen des Beklagten lässt aber auch die Auslegung zu, dass die im Vertrag vom 4. Mai 1952 angegebene Summe von 25 000 DM gar nicht als endgültiger Schuldbetrag angesehen, sondern noch durch die von H [REDACTED] zu errechnenden Abzüge gemindert werden sollte.

Eine solche Abrede wäre auch dann gültig gewesen, wenn H [REDACTED] sie als Bevollmächtigter des Klägers mit K [REDACTED] getroffen hätte. Das Oberlandesgericht verneint zwar eine derartige Vertretungsbefugnis. Die Begründung,

die es dafür gibt, ist aber rechtlich unzutreffend. Es folgert dies nämlich nur daraus, dass H. [REDACTED] nach den Bekundungen des K. [REDACTED] für beide Teile tätig gewesen sei. Dieser Umstand stünde einer Bevollmächtigung des Zeugen durch den Kläger nicht entgegen. Es wäre zulässig gewesen, wenn der Kläger und K. [REDACTED] den Zeugen gemeinsam mit ihrer Vertretung betraut hätten. Auch die Bestimmung des § 181 BGB hinderte ein solches Vorgehen nicht, da Befreiung von diesen Beschränkungen gewährt werden konnte.

Sollte die danach vorzunehmende Prüfung ergeben, dass gar keine Aufrechnung, sondern die erstmalige Festlegung der Hauptschuld in Frage kam, so könnte sich der Beklagte als Bürge ohne Rücksicht auf die rechtskräftige Verurteilung des K. [REDACTED] hierauf berufen (u.a. RG JW 1909, 419 Nr 23).

b) Die Rechtslage änderte sich allerdings, wenn es sich um eine Aufrechnung im eigentlichen Sinne handeln würde.

Die Vorschrift des § 768 BGB, nach der der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen kann, ist im Falle der §§ 387 ff BGB nicht anwendbar. Der Bürge hat nicht das Recht, die Aufrechnung an Stelle des Hauptschuldners zu erklären; vielmehr steht ihm nur die verzögerliche Einrede des § 770 Abs 2 BGB zu, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann. Andererseits ist der Bürge auf diese Einrede nicht mehr angewiesen, sobald der Hauptschuldner oder der Gläubiger die Aufrechnung in zulässiger Weise erklärt hat; denn alsdann ist die Forderung erloschen, für die der Bürge haftet, und er ist demnach ebenfalls frei.

aa) Vorliegend hat der Hauptschuldner zwar aufgerechnet. Er hat dies aber erst nach seiner rechtskräftigen Verurteilung getan. Damals stand ihm eine Aufrechnungsbefugnis nicht mehr zu.

Nach § 767 Abs 2 ZPO durfte K. [REDACTED] gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch keine Einwendungen mehr erheben, deren Gründe erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung entstanden waren. Zwar ist die Aufrechnungserklärung nach diesem Zeitpunkte abgegeben worden. Hierauf kommt es aber nicht an. Entscheidend ist vielmehr, wann sich die Forderungen aufrechenbar gegenübergestanden haben (vgl u.a. RGZ 64, 228); das war nach den eigenen Behauptungen des Beklagten schon vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung in dem Vorprozess der Fall.

Die Bedeutung der Vorschrift des § 767 Abs 2 ZPO erschöpft sich nun nicht lediglich in der Regelung einer verfahrensrechtlichen Frage; die gegen eine durch Urteil festgestellte Forderung erklärte Aufrechnung bleibt vielmehr auch sächlich wirkungslos, wenn sie nicht mehr geeignet ist, eine Vollstreckungsgegenklage zu begründen (RG HRR 1935, 691). Daraus folgt, dass diese wirkungslose Aufrechnung auch dem Beklagten als Bürgen nicht mehr zugute kommen kann. Die Entscheidung RGZ 122, 146 [148] steht dieser Auffassung nicht entgegen; denn dort hatte der Hauptschuldner die Erklärung in dem gegen ihn gerichteten Rechtsstreit, wenn auch erfolglos, vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung abgegeben.

bb) Das in dem Vorprozess ergangene Urteil hinderte indessen nur den Hauptschuldner K. [REDACTED] an der späteren Aufrechnung. Dagegen ist es dem Kläger als Gläubiger nach

wie vor unbenommen, sich dieses Rechtsbehelfs zu bedienen.

In einem solchen Falle sind dem Wortlaute nach die Voraussetzungen des § 770 Abs 2 BGB gegeben, da diese Bestimmung nur auf die dem Gläubiger zustehende Aufrechnungsbefugnis verweist. Von einem Teil der Lehre wird demgegenüber der Standpunkt vertreten, dass der Bürge die verzögerliche Einrede aus § 770 Abs 2 BGB nicht geltend machen kann, wenn sich der Gläubiger die Aufrechnung durch den Hauptschuldner nicht gefallen zu lassen braucht, weil dieser das Recht dazu nie gehabt oder verloren hat (Oertmann § 770 Anm 1; Staudinger § 770 Anm I 2 g; Weismann ZZPr 26, 1, 4: f).

Es kann dahingestellt bleiben, ob dieser Auffassung zu folgen ist. Denn vorliegend würde sich der Beklagte, wenn die Gegenforderungen des K [REDACTED] bestehen sollten, in jedem Falle darauf berufen können, dass dem Hauptschuldner ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB zugestanden hätte (RGZ 37, 34 [38]). Die Erhebung dieser Einrede, die ihre Grundlage in § 768 BGB findet, wird dem Beklagten auch nicht dadurch abgeschnitten, dass sie K [REDACTED] im Hinblick auf das gegen ihn ergangene Urteil nicht mehr vorbringen kann; denn insoweit steht dem Beklagten die Rechtskraft dieses Urteils, wie bereits zu 2 a ausgeführt worden ist, nicht entgegen. Dass die gegenseitigen Ansprüche hier demselben rechtlichen Verhältnis i.S. des § 273 BGB entspringen, kann nach Lage des Falles nicht zweifelhaft sein.

3.) Das Urteil muss daher zur Nachprüfung unter Beachtung dieser Grundsätze aufgehoben werden.

Bei der neuen Entscheidung wird das Oberlandesgericht

zu beachten haben, dass die Bekundungen des H. [REDACTED] mindestens nicht eindeutig sind und zu Zweifeln Anlass geben. H. [REDACTED] scheint nicht bestritten zu haben, dass er nach dem 4. Mai 1952 noch die Ansicht vertreten hat, der Betrag von 25 000 DM stelle nicht die endgültige Abfindungssumme dar, sondern solle noch durch Gegenforderungen des K. [REDACTED] gekürzt werden. Darauf würden auch die Schreiben des Zeugen vom 17. Mai 1952 (vgl. Schriftsatz vom 30. Juni 1955) und vom 30. Mai 1952 (Anlage zum Schriftsatz vom 15. Oktober 1955) hindeuten, wenn sie den von dem Beklagten behaupteten Inhalt haben sollten.

Dann ist aber nicht zu verstehen, wie der Zeuge zu der Auffassung gelangt ist, der Kläger und K. [REDACTED] hätten insoweit etwas Abweichendes vereinbart. Denn es ist zu berücksichtigen, dass er nach seinen Bekundungen die Verträge selbst ausgearbeitet hat und zunächst der Beauftragte beider Vertragschliessenden gewesen zu sein scheint. Unter diesen Umständen könnte die Vermutung naheliegen, dass er bei der Vernehmung keine Tatsachen wiedergegeben, sondern nur seine jetzige Rechtsansicht mitgeteilt hat.

II. Zur Anfechtung der Bürgschaftserklärung:

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts kann aber auch nicht bestehen bleiben, soweit sie sich mit dem Anfechtungsrecht des Beklagten nach den §§ 119 und 123 BGB befasst.

1.) Der Beklagte hat am 16. Juni 1952 die Bürgschaft für die "Restkaufsumme" übernommen, die K. [REDACTED] auf Grund des Übernahmevertrages vom 28. April 1952 schuldet. Der Kläger behauptet, dass mit diesem Worte "Rest-

kaufsumme" der feste Betrag von 10 000 DM gemeint gewesen sei, der sich aus dem Abkommen vom 4. Mai 1952 unter Berücksichtigung der von K. [REDACTED] inzwischen entrichteten 15 000 DM ergeben habe. Demgegenüber macht der Beklagte geltend, er habe die Vorstellung und den Willen gehabt, nur für eine Summe zu bürgen, die durch Abzug der dem K. [REDACTED] aus der Zeit vor dem 4. Mai 1952 zustehenden Gegenansprüche von jenen 10 000 DM erst bestimmt werden sollte (S. 3 des Urt.); dieses Vorbringen wird durch die Feststellung S. 8 des Urteils erhärtet, der Beklagte habe "die Bürgschaft für die Restkaufsumme . . . in dem Umfange, wie sie noch ermittelt werden sollte, übernehmen" wollen.

Das Oberlandesgericht legt den Ausdruck "Restkaufsumme" in der Bürgschaftserklärung dahin aus, dass damit der am 4. Mai 1952 endgültig festgelegte Betrag von noch 10 000 DM gemeint war. Die von dem Beklagten gemäss § 119 BGB erklärte Anfechtung hält es für unbegründet, weil er sich nur in einem unbeachtlichen Irrtum im Beweggrund befunden habe.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Wenn die Behauptungen des Beklagten über den Inhalt seines Willens zutreffen sollten, so hätte er bei der Auslegung, die das Berufungsgericht dem Wort "Restkaufsumme" gegeben hat, in der Tat etwas anderes erklärt, als er mit der gewählten Wortfassung zum Ausdruck bringen wollte. Sein Wille ging angeblich nicht dahin, die Bürgschaft für eine feststehende Summe schlechthin zu übernehmen, sondern nur für einen Betrag, dessen Höhe erst durch den Abzug früherer Gegenforderungen des K. [REDACTED] zu ermitteln war. Wille und Erklärung stimmten in diesem Falle also nicht überein, so dass die Voraussetzungen des § 119 BGB gegeben wären.

Sollte das Oberlandesgericht bei der neuen Prüfung allerdings zu dem Ergebnis gelangen, dass der Ausdruck "Restkaufsumme" unter den obwaltenden Umständen überhaupt mehrdeutig gewesen ist, so könnte auch ein versteckter Einigungsmangel nach § 155 BGB in Betracht kommen (vgl. RGZ 105, 209, 211; 165, 193, 198 f).

Zur Aufklärung des Sachverhalts und zur Erforschung des wahren Willens der Parteien wird es unerlässlich sein, die Parteien zur Vorlegung des gesamten Schriftwechsels, auch soweit er mit H. [REDACTED] geführt sein sollte, zu veranlassen. Dieser Zeuge hat bereits in seiner Vernehmung vom 28. Juni 1955 darauf hingewiesen, dass alles "schwarz auf weiss vorliege". Die vorhandenen Briefe scheinen auch eine gewisse Aufklärung zu versprechen, wie sich aus den von dem Beklagten im Revisionsrechtszug vorgelegten Schreiben des Rechtsanwalts K. [REDACTED] vom 2. Juli und des Zeugen H. [REDACTED] vom 17. Mai 1952 sowie dem in der Anlage zum Schriftsatz vom 15. Oktober 1955 im Auszuge mitgeteilten Brief dieses Zeugen vom 30. Mai 1952 ergeben dürfte.

2.) Schliesslich halten auch die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Frage der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung der Nachprüfung nicht stand.

Der Beklagte hat hierzu unter Verweisung auf das bereits erwähnte Schreiben des H. [REDACTED] vom 30. Mai 1952 folgendes vorgetragen: H. [REDACTED] habe ihm versichert, zwischen dem Kläger und K. [REDACTED] sei vereinbart worden, dass von der auf Grund der Inventur errechneten Summe noch frühere Gegenforderungen des K. [REDACTED] abzuziehen seien. Bei seiner Vernehmung habe H. [REDACTED] nun angegeben, dass eine solche Vereinbarung nicht getroffen worden sei. Er habe also ihm,

dem Beklagten, seiner Zeit die Unwahrheit gesagt und ihn bewusst getäuscht. Der Kläger müsse diese Täuschung schon deswegen gegen sich gelten lassen, weil H. sein Vertreter gewesen sei.

Das Oberlandesgericht hält die von dem Beklagten nach § 123 BGB ausgesprochene Anfechtung für unbegründet, weil H. für den Kläger und K. tätig geworden sei, und weil ausserdem nicht feststehe, dass der Kläger die Zusicherungen des Heller oder gleichlautende Erklärungen des K. gekannt habe.

Diese Beurteilung ist rechtlich unzutreffend. Wie bereits an anderer Stelle dargelegt worden ist, stünde der Umstand, dass H. für den Kläger und K. tätig war, einer Bevollmächtigung durch den Kläger nicht im Wege. War H. aber, was nach dem Gesagten möglich ist, Vertreter des Klägers, so wäre er nicht "Dritter" i.S. des § 123 Abs 2 BGB gewesen. Der Fall wäre vielmehr nach § 123 Abs 1 BGB zu beurteilen und es käme nur auf das Verhalten und die Kenntnis des H. an (vgl u.a. PGRK § 125 Anm 4 und die dort angef. Rechtspr.).

3.) Das Urteil muss daher auch aus diesen Gründen aufgehoben werden. Das Oberlandesgericht wird bei der neuen Prüfung auch auf die Frage einzugehen haben, ob die Anfechtung rechtzeitig ausgesprochen worden ist (§§ 120, 124 BGB - vgl insoweit die Schriftsätze des Beklagten vom 15. Oktober 1955 Bl 76 und vom 31. März 1956, Bl 128 dA).

Die weiteren Revisionsrügen bedürfen keiner Erörterung. Dem Beklagten steht es frei, die von ihm für

wesentlich gehaltenen Punkte nochmals schriftsätzlich
hervorzuheben sowie insbesondere alle in seiner Hand
befindlichen schriftlichen Unterlagen einzureichen.

Glanzmann

Rietschel

Heimann-Trosien

Dr. Winkelmann

Erbel