

wenn er, wie ein großer Teil der Bevölkerung, in Ballungszentren lebt. In Einzelfällen reicht dieser Betrag möglicherweise nicht einmal für die Nebenkosten aus.

b) Dieser Mangel der Tabelle wird auch nicht dadurch beseitigt, daß die Bundesregierung nicht den in Anlehnung an § 79 BSHG errechneten Wert in Höhe von 750,- DM (Grundbetrag in Höhe des doppelten Eckregelsatzes eines Haushaltsvorstandes bzw. eines Alleinstehenden gem. § 22 BSHG zuzüglich der Unterkunftspauschale), sondern einen zur Vermeidung von Härten um (wahllose) 100,- DM erhöhten Grenzwert in die Tabelle übernommen hat. Denn die tatsächlichen Unterkunftskosten können auch den Betrag von 256,- DM noch übersteigen. Insbesondere aber bewirkt auch diese Erhöhung des Grenzwertes keine Gleichbehandlung.

c) Die Pauschalierung der Unterkunftskosten führt somit in einem Punkt, in dem es nicht erforderlich wäre, zu einer Starrheit der Einkommensermittlung. Flexibler und ohne Abkehr vom Tabellensystem könnten die wirtschaftlichen Verhältnisse berücksichtigt werden, wenn die Unterkunftskosten bereits bei der Ermittlung des für die Anwendung der Tabelle maßgeblichen Einkommens in tatsächlicher Höhe berücksichtigt würden und dafür die Tabellenwerte (Nettoeinkommen) um die Unterkunftspauschale gesenkt würden. Diese Änderung würde dazu führen, daß der Tabellengrenzwert für einen Alleinstehenden dem um 100,- DM erhöhten Grundbetrag gem. § 79 BSHG entsprechen würde. Daran denken könnte man auch, den Grundbetrag nicht um einen absoluten Betrag, sondern prozentual anzuheben oder aber auf eine Anhebung ganz zu verzichten. Letzteres wäre bei Berücksichtigung der *tatsächlichen* Unterkunftskosten, die ja regelmäßig erheblich über 156,- DM liegen werden, vertretbar und würde eine völlige Angleichung des Grenzwertes für die Prozeßkostenhilfe an die Einkommensgrenze für Hilfe in besonderen Lebenslagen nach dem Bundessozialhilfegesetz bewirken.

Diese Angleichung hätte darüber hinaus den Vorteil, daß die Anpassung der Tabelle an geänderte Lebensverhältnisse sehr vereinfacht würde, da sie entsprechend der regelmäßig einmal pro Jahr stattfindenden Neufestsetzung der Regelsätze vorgenommen werden könnte.

Die lediglich pauschale Berücksichtigung der Unterkunftskosten trotz Anlehnung an die Einkommensgrenze nach § 79 BSHG ist besonders verwunderlich in Anbetracht der Regelung, die die Bundesregierung in ihrem „Entwurf eines Gesetzes über die Hilfe durch kostenlose Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens“¹⁰ vorgesehen hat. Denn bei der – ebenfalls an das Bundessozialhilfegesetz angeknüpften – Einkommensermittlung nach diesem Entwurf eines Beratungshilfegesetzes sollen die Unterkunftskosten in tatsächlicher Höhe berücksichtigt werden.

3. Dadurch, daß die Prozeßkostenhilfe von einer bestimmten Einkommensgrenze an die Aufbringung der Kosten der Prozeßführung durch Ratenzahlungen vorsieht, ist die Voraussetzung geschaffen worden, breiteren Bevölkerungskreisen als bisher den Zugang zum Gericht zu erleichtern. Durch diese Ausdehnung des Kreises der Anspruchsberechtigten erhält die zu Anpassung an den Sprachgebrauch des sozialen Rechtsstaats vorgenommene Änderung der Terminologie – die von dem Begriff Armut ausgehende diskriminierende Wirkung soll beseitigt wer-

den – auch ihre innere Berechtigung, da einer breiten Mittelschicht die Rechtsverfolgung erleichtert wird.

Das System der Ratenzahlung wird im übrigen in einem Bereich, in dem es durchaus vertretbar ist, auch zu Einsparungen führen. Infolge mangelnder „Popularität“ des gegenwärtigen „Ratenarmenrechts“ (= Armenrechtsgewährung bei gleichzeitigem Beschluß, die Prozeßkosten ratenweise nachzuzahlen) kommt infolge der überwiegend großzügigen Handhabung des Armenrechts mancher Antragsteller in den Genuß der uneingeschränkten Bewilligung, obwohl er die Prozeßkosten durchaus in monatlichen Raten aufbringen könnte. In Zukunft werden trotz der Begrenzung auf 48 Raten die entstehenden Kosten in der Mehrzahl der Fälle, selbst wenn der Prozeß durch zwei oder drei Instanzen geführt wird, abgedeckt sein. Lediglich bei sehr niedrigen Monatsraten und/oder einem sehr hohen Streitwert führt diese Regelung dazu, daß ein Teil der Kosten aus der Staatskasse aufgebracht werden muß.

V. *Schlußbemerkung*

Abgesehen von dem oben dargestellten Mangel dürfte die Novellierung des Armenrechts zu der angestrebten Vereinheitlichung der Gewährung der Prozeßkostenhilfe führen, ohne dabei allerdings dem Richter die Möglichkeit zu nehmen, im Einzelfall Besonderheiten zu berücksichtigen. Denn gem. § 114 b Abs. 2 des Entwurfes kann er bei der Berechnung des Einkommens weitere Beträge absetzen, soweit dies wegen besonderer Belastungen der Partei angemessen erscheint.

Ihrer Zielvorgabe, den Bürger mit geringem Einkommen in die Lage zu versetzen, sein Recht in gleicher Weise wie ein Begüterter zu verfolgen, kann die Regierungsvorlage zur Reform des Armenrechts jedoch nicht in vollem Umfang gerecht werden: Zum einen bleibt auch einer Partei, der Prozeßkostenhilfe bewilligt worden ist, noch ein erhebliches Prozeßkostenrisiko, das einen Unbemittelten, aber auch einen Angehörigen der sich anschließenden Einkommensgruppen bis hin zum Mittelstand immer noch mehr belasten kann, als es bei einem Begüterten der Fall wäre. Zum anderen bleiben die neben der „Kostenschranke“ bestehenden Zugangshindernisse, etwa die mangelnde Vertrautheit mit den Einrichtungen der Rechtspflege, Rechtsunkenntnis sowie die Sprachbarriere erhalten. Trotzdem stellt die Novellierung einen wichtigen und längst überfälligen Schritt in Richtung auf die Herstellung einer Chancengleichheit vor Gericht dar. Es bleibt zu hoffen, daß die geplanten Verbesserungen nicht aus Kostengründen im Gesetzgebungsverfahren verwässert werden.

Die Einrede der Aufrechenbarkeit nach § 770 Abs. 2 BGB

– Normwortlaut und Rechtsentwicklung –

Von Dr. Reinhard Zimmermann, Hamburg

Die Abstimmung der Normenkomplexe über die Aufrechnung und die Bürgschaft ist im BGB mißlungen. Das Gesetz berücksichtigt zwar die hinsichtlich der Hauptschuld bestehende Gestaltungsmöglichkeit, erklärt aber im Gegensatz zum Gemeinen Recht und zu früheren Kodifikationen in der Vorschrift des § 770 II BGB die Befriedigungsmöglichkeit des Gläubigers für maßgeblich. Dies führt zu gerechtigkeitsfremden Widersprüchlichkeiten. Aufgrund historischer und syste-

¹⁰ BT-Dr. 404/79 v. 17. 8. 1979.

matischer Überlegungen erscheint es gerechtfertigt, § 770 II BGB so zu verstehen, als ob es hieße: „Die gleiche Befugnis hat der Bürge, soweit sich der Hauptschuldner durch Aufrechnung gegen die Forderung des Gläubigers befreien kann.“ Durch eine derartige Rechtsfortbildung wird einmal mehr auch über Kodifikationen hinwegreichende Kontinuität anerkannt.

Das Recht der Bürgschaft steht im BGB unter den Leitgedanken der Akzessorietät und der Subsidiarität. Aus diesem Rahmen fällt die Vorschrift des § 770 II BGB heraus. Das Gesetz stellt hier bei der Einrede der Aufrechnungbarkeit nicht, wie man erwarten könnte, auf die Aufrechnungsmöglichkeit des Hauptschuldners, sondern auf die des Gläubigers ab. Nach Ansicht von *Kobler*¹ gehört diese von „unbestimmt flottierenden Vorstellungen“ geprägte Bestimmung „nicht zu den Ruhmestiteln unseres Gesetzbuchs“. In der Tat hat sie stärker verwirrende als klärende Wirkung.

Unproblematisch ist zunächst der Regelfall: Stehen sich die Forderungen für beide Parteien aufrechenbar gegenüber, so ist es im praktischen Ergebnis gleichgültig, von wessen Warte aus das Gesetz im Hinblick auf den Bürgen die Lage betrachtet: Rechnet eine der Parteien auf, entfällt rückwirkend die Hauptverbindlichkeit. Soll der Bürge die Leistung verweigern dürfen, solange eine derartige Bereinigung möglich ist² und kommt es insofern nicht darauf an, wer die Aufrechnung erklärt, so liegt es für den Gesetzgeber nahe, die Aufrechnungsmöglichkeit des Gläubigers in den Vordergrund zu rücken: Er ist es, der aktiv wird und vom Bürgen Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners verlangt. Es wäre vielleicht überspitzt, ein derartiges Verlangen als rechtsmißbräuchlich bezeichnen zu wollen³; in jedem Falle sind hier jedoch die Interessen des Gläubigers denen des Bürgen unterzuordnen. Auch die Aufrechnung führt zum Erlöschen der Forderung, und zwar auf einem für alle Beteiligten einfacheren Wege. Auf diesen einfacheren Weg kann der Bürge den Gläubiger verweisen. Steht nun in dieser Weise die anderweitige Befriedigungsmöglichkeit des Gläubigers im Mittelpunkt, so kann deren Wahrnehmung ihm doch nur angesonnen werden, soweit er seine Position dadurch nicht verschlechtert. Diese Erwägung trägt die Einfügung des Wortes „fällig“ in den Gesetzstext. Damit kommen bei der Interessenbewertung Zumutbarkeitsgesichtspunkte zum Tragen: Es reicht nicht aus, daß der Gläubiger sich durch Aufrechnung befriedigen kann. Ist er seinerseits noch nicht an den Hauptschuldner zu leisten verpflichtet, könnte er die vom Bürgen bar bezahlte Summe bis zur Fälligkeit der Forderung des Hauptschuldners auf Zinsen legen⁴. Es ist dem Gläubiger nicht zuzumuten, sich angesichts dessen auf die Aufrechnung und damit auf einen für ihn wirtschaftlich nicht gleichwertigen Weg verweisen zu lassen. Im Ergebnis setzt die Vorschrift des § 770 II BGB damit im Regelfall das Bestehen einer beiderseitigen Aufrechnungslage voraus.

Seit jeher umstritten ist die Frage, ob der Bürge die Einrede aus § 770 II BGB auch dann geltend machen kann, wenn nur der Hauptschuldner sich durch Aufrechnung befriedigen kann⁵. Das ist vor allem dann der Fall, wenn die Schuld des Gläubigers auf einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung beruht. Wenn das Gesetz in § 393 BGB dem Gläubiger in dieser Situation die Aufrechnung verwehrt⁶, so liegt darin jedenfalls keine Höherbewertung seiner Belange. Ganz im Gegenteil wird hier sein Interesse an einem einfachen und zweckmäßigen Erfüllungsweg dem Genugtuungsbedürfnis des Schuldners untergeordnet. Auch im Verhältnis zum Bürgen hat sich damit jedoch an der Interessenkonstellation jedenfalls nichts zugunsten des Gläubigers geändert: und es erschiene in hohem Grade seltsam, wenn der Bürge nur gerade dann seine Leistung nicht sollte verweigern dürfen, wenn der Gläubiger nicht nur etwa einen mit dem Schuldner abgeschlossenen Kaufvertrag nicht erfüllt, sondern diesem vorsätzlich die Nase eingeschlagen hätte. Das liefe im Ergebnis auf eine Prämiierung des (größeren) Gauners hinaus.

Auch im Falle des § 394 BGB⁷ ist nur der Hauptschuldner, nicht der Gläubiger zur Aufrechnung befugt. Der Hauptschuldner (= Gläubiger der unpfändbaren Forderung) soll hier das ihm Geschuldete tatsächlich erhalten; der Gläubiger soll ihm nicht die Lebensgrundlage entziehen dürfen. Den sozialpolitischen Intentionen des Gesetzes entspräche damit im Falle der Bürgschaft eine Lösung, durch die eine möglichst rasche Befriedigung der Forderung des Hauptschuldners erreicht oder gefördert würde. Das wäre aber nur dann der Fall, wenn dem Bürgen auch hier aus der Aufrechnungsbefugnis des Hauptschuldners eine Einrede zustünde. Will der Gläubiger zu seinem Geld kommen, muß er insofern seinerseits den Hauptschuldner befriedigen: dann wäre eine Aufrechnungslage nicht mehr gegeben; der Bürge müßte nunmehr leisten.

Problematisch ist weiterhin, ob der Bürge zur Leistung auch dann verpflichtet ist, wenn der Hauptschuldner seine Forderung hat verjähren lassen und der Gläubiger die entsprechende Einrede erhoben hat. Der Gläubiger kann in diesem Falle die Leistung verweigern (§ 222 I BGB). Derartige Leistungsverweigerungsrechte schließen nach Ansicht jedenfalls des BGH die Fälligkeit aus⁸. Da die Forderung des Hauptschuldners insofern nicht „fällig“, jedenfalls nicht durchsetzbar ist, wäre die Konsequenz, daß der Bürge die Einrede aus § 770 II BGB nicht geltend machen könnte.

Auch hier kann jedoch eine in dieser Weise dem Wortlaut der Norm verhaftete Auslegung nicht befriedigen. Steht der Forderung des Hauptschuldners gegen den Gläubiger eine Einrede entgegen, so kann allerdings in der Regel der Bürge die Einrede aus § 770 II BGB nicht geltend machen.

Auch hier kann jedoch eine in dieser Weise dem Wortlaut der Norm verhaftete Auslegung nicht befriedigen. Steht der Forderung des Hauptschuldners gegen den Gläubiger eine Einrede entgegen, so kann allerdings in der Regel der Bürge die Einrede aus § 770 II BGB nicht geltend machen.

¹ Zeitschrift für Deutschen Civilprozess, Band 24 (1898), 13.

² Kritisch ganz allgemein hierzu *Kobler* (o. A. 1), 11 ff. und auch bereits in Zeitschrift für Deutschen Civilprozess, Band 20 (1894), 4 f., a. A. aus der zeitgenössischen Literatur etwa *Lippmann*, JhJb 43 (1901), 547.

³ Vgl. *Mantey*, GruchB 50 (1906), 546 f.; *Protokolle*, in: Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II, 1899, 1025 (Minderheitsvotum).

⁴ Vgl. auch *Schulz*, BruchB 50 (1906), 270 f.

⁵ Dafür *Erman-Seiler*, BGB, 6. Aufl., 1975, § 770, Rdz. 6; *RGRK-Mormann*, BGB, II 4, 12. Aufl., 1978, § 770, Rdz. 4; *Soergel-R. Schmidt*, BGB, 3, 10. Aufl., 1969, § 770, Rdz. 4; *Enneccerus-Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., 1958, § 193 II 2; *Esser-Weyers*, Schuldrecht, BT, Teilband 1, 5. Aufl., 1977, § 40 III 5; *Larenz*, Schuldrecht II, 11. Aufl., 1977, § 64 I (S. 418); *Windscheid-Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., 1906, Band 2, S. 1088; *dagegen*: *RGZ* 137, 34 (36); *Palandt-Thomas*, BGB, 38. Aufl., 1979, § 770, 3; *Planck-Oegg*, BGB, II 2, 4. Aufl., 1928, § 770, 2 b; *Staudinger-Brändl*, BGB, II 4, 10./11. Aufl., 1975, § 770, Rdz. 4; *Leonhard*, Besonderes Schuldrecht des BGB, 1931, S. 321; *Mantey*, GruchB 50 (1906), 545 f.; *Chaskel*, Die Konkurrenz von Gläubigerrecht und Bürgenschutz in Aufrechnungstatbeständen, insbesondere in § 770 Abs. II BGB, Diss. Köln, 1935, 62 ff.; *Nowak*, Aufrechnungsmöglichkeit und Aufrechnungserklärung des Hauptschuldners in ihren Rechtswirkungen für den Bürgen, Diss. Breslau, 1936, S. 15 ff.; offengelassen in *BGHZ* 24, 97 (99); 42, 396 (398).

⁶ Hierzu *Motive*, in: Mugdan (o. A. 3), 62; auch *RG LZ* 1912, 71, Nr. 23; *Lippmann*, JhJb 43 (1901), 532 f.

⁷ Hierzu *Motive*, in: Mugdan (o. A. 3), 62.

⁸ *BGHZ* 27, 327 (335); *Fikentscher*, Schuldrecht, 6. Aufl., 1976, § 34, 2 a; vgl. aber auch *Krefß*, Lehrbuch des Schuldrechts, 1929, S. 400, Fn. 24.

geltend machen⁹. Zwar hat der Gläubiger nach wie vor das Recht, aufzurechnen; er braucht aber eine Aufrechnung seitens des Hauptschuldners und damit einen Verbrauch seiner Forderung nicht hinzunehmen. Es wäre insoweit evident unbillig, wenn der Bürge den Gläubiger durch Erhebung der Einrede aus § 770 II BGB faktisch doch zu einem derartigen Verbrauch seiner Forderung zwingen könnte. Etwas anderes gilt aber im Hinblick auf die Einrede der Verjährung. § 390, 2 BGB zieht hier die Konsequenz aus der Rückbeziehung der Aufrechnungswirkung auf den Zeitpunkt der Aufrechnungslage. Haben sich die Forderungen einmal aufrechenbar gegenübergestanden, so kann der Schuldner mit seiner Forderung auch dann noch aufrechnen, wenn er diese nunmehr hat verjähren lassen. Der Gläubiger ist in diesem Fall nicht davor geschützt, seine Forderung zu verlieren; vielmehr muß er nach wie vor damit rechnen, daß der Schuldner sie durch Aufrechnungserklärung zum Erlöschen bringt. Es lassen sich schwerlich Gerechtigkeits-erwägungen dafür finden, warum der Bürge zur Zahlung sollte gezwungen werden können, obgleich die Gläubiger die Aufrechnung des Hauptschuldners zu gewärtigen ist.

Aus alledem ergibt sich, daß die Normenkomplexe Bürgschaft und Aufrechnung möglicherweise nicht mit hinreichender Präzision aufeinander abgestimmt sind. Was hat überhaupt den Gesetzgeber bewegt, so dezidiert die Befriedigungsmöglichkeit des Gläubigers in den Vordergrund zu rücken? Jedenfalls liegt darin ein Bruch mit der Tradition, denn sowohl das Gemeine Recht¹⁰, als auch das Preußische Allgemeine Landrecht¹¹, der code civil¹² und der Dresdner Entwurf¹³ schützten die Position des Bürgen unter dem Aspekt der Befreiungsmöglichkeit des Hauptschuldners. Dies geschah allerdings nicht dadurch, daß dem Bürgen im Hinblick auf die Aufrechnungsbefugnis ein Leistungsverweigerungsrecht eingeräumt wurde; er durfte vielmehr selbst mit Forderungen des Hauptschuldners gegen den Gläubiger kompensieren. Dogmatisches Bindeglied war dabei die allgemein anerkannte¹⁴, hernach auch in das BGB übernommene¹⁵ und sich zwanglos aus dem Gedanken der Akzessorität ergebende Befugnis des Bürgen, die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend zu machen. Denn wengleich die Konstruktion der Kompensation ein in der Pandektistik viel behandeltes und in vielen Einzelheiten heikles Thema war, ging man doch jedenfalls in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts ganz überwiegend davon aus, daß die sich gegenüberstehenden Forderungen nicht ipso iure erlöschen¹⁶, daß dem seine Forderung einklagenden Gläubiger aber eine

Einrede entgegengehalten werden könne¹⁷. Umstritten war, ob das Bestehen dieser Kompensationseinrede, wie Windscheid-Kipp formulieren, „das Forderungsrecht nach der Seite seiner Wirksamkeit“¹⁸ sofort aufhebt und ob „die gesammte Wirksamkeit der Forderung durch die Erklärung des Kompensationswillens resolutiv bedingt ist“¹⁹. Darüber hinaus wurde allerdings teilweise auch bereits geltend gemacht, nicht nur durch Erhebung der Kompensationseinrede, sondern auch durch einseitige Kompensationserklärung könne die Aufhebung der beiden sich gegenüberstehenden Forderungsrechte bewirkt werden²⁰. Der BGB-Gesetzgeber entschied sich dann dafür, die Aufrechnung nicht von der prozessualen Geltendmachung im Wege der Einrede abhängig zu machen²¹. Er ging dabei davon aus, daß, wer von der Aufrechnungsbefugnis Gebrauch macht, die beiderseitigen Forderungen ipso iure zum Erlöschen bringt²². Indem damit aber als Konsequenz einherging, daß die Kompensationslage „keine Einrede im materiellen Sinne“ mehr erzeugt, mußte nunmehr auch die Frage der Aufrechnungseinrede des Bürgen neu durchdacht werden.

Für den Gesetzgeber ergab sich nun zunächst offenbar aus seinen Anschauungen zur Aufrechnung mit Notwendigkeit, daß hinsichtlich der Stellung des Bürgen nicht am alten Recht festgehalten werden konnte²³. Der Bürge könne nicht mit einer dem Hauptschuldner gegen den Gläubiger zustehenden Forderung aufrechnen. Entscheidendes Bedenken war dabei, daß der Bürge damit über fremdes Vermögen verfügen würde. Ein derartiges Dispositionsrecht wurde wohl vor allem auch deshalb für bedenklich gehalten, weil der Bürge nicht wisse, ob der Schuldner diese Forderung überhaupt zur Aufrechnung verwenden wolle und weil dem Bürgen zudem dann auch, sofern dem Hauptschuldner mehrere Forderungen zustehen, das Recht der Auswahl eingeräumt werden müßte²⁴. Damit schien das Thema der Kompensationsbefugnis des Bürgen erledigt zu sein.

Schon bald merkte man, daß diese Problemlösung (nämlich: hinsichtlich der Aufrechenbarkeit keine Sonderregelung zu schaffen und damit den Bürgen in derartigen Fällen stets für zur Zahlung verpflichtet zu halten) zu rigoros war. Schon der Redaktor des Schuldrechts, von Kübel, hatte 1882 bei der Behandlung der Aufrechnungsvorschriften erwogen, daß in der Einrede des Bürgen eine Verweisung des Gläubigers auf die Befriedigung zu sehen sein könnte, welche sich dieser durch „Wettschlagung“ gegen den Schuldner selbst verschaffen könne²⁵. Dieser Gedanke geht letztlich auf die bereits

⁹ So auch Planck-Oegg (o. A. 5), § 770, 2 c.; Staudinger-Brändl (o. A. 5), § 770, Rdz. 6; Enneccerus-Lehmann (o. A. 5), § 193 II 2.

¹⁰ Windscheid-Kipp (o. A. 5), § 350, 6 (S. 490); Dernburg, Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuem Rechte, 2. Aufl., 1868, S. 457 ff.; Eisele, Die Compensation nach römischem und gemeinem Recht, 1876, 297 ff.

¹¹ 328 I 16 PrALR.

¹² Art. 1294 c. c.

¹³ Art. 370 Dresdner Entwurf.

¹⁴ Vgl. nur Windscheid-Kipp (o. A. 5), § 477, 1 a mwN; Wächter, Pandekten, II, 1881, § 222 A III 2; Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts, 1870, 295 ff.; strittig war allerdings, ob dies nur für den regreßberechtigten Bürgen oder allgemein anzunehmen war.

¹⁵ § 768 BGB.

¹⁶ Vgl. etwa die Regelung des Art. 1290 c. c.; vgl. auch die Nachweise bei Eisele (o. A. 10), S. 214. Zu dem der neueren Privatrechtswissenschaft durch das römische Recht aufgegebenen „große(n) Räthsel“ des Satzes *compensatio ipso iure* auch etwa den Überblick bei Lippmann, JhJb 32 (1893), 157 ff. Von diesem Standpunkt aus wäre die Stellung des Bürgen übrigens erst recht unproblematisch; er beriefe sich dann ja lediglich darauf, daß die Hauptschuld erloschen sei.

¹⁷ Dernburg-Sokolowski, System des Römischen Rechts, 8. Aufl., 2. Teil, § 321; Wächter (o. A. 14), § 195 B II; Windscheid-Kipp (o. A. 5), § 349 (S. 463 ff.); Dernburg (o. A. 10), S. 356 ff., 529 ff.; Eisele (o. A. 10), S. 248 ff.; Lippmann, JhJb 32 (1893), 157 ff.

¹⁸ O. A. 5, S. 64.

¹⁹ v. Kübel, Begründung zum Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeiner Teil (Vorlage des Redaktors), Vorlagen-Nr. 28, 1882 (vgl. Nr. 126 in Georg Maas, Bibliographie der amtlichen Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1897), S. 6 f.

²⁰ Vgl. die Nachw. bei v. Kübel (o. A. 19), S. 7; Kohler, Zeitschrift für Deutschen Civilprozess 20, 6 ff.; a. A. Windscheid-Kipp (o. A. 5), § 349, 5 (S. 470); vgl. hierzu auch Lippmann, JhJb 32 (1893), 217 ff. Vgl. weiterhin auch die dem für ipso-iure-Nichtigkeit sprechenden Wortlaut des § 301 I 16 nicht entsprechende Lehre und Praxis zum PrALR: Förster, Preussisches Privatrecht, 7. Aufl., I. Band, 1896, 594 f.; Koch, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Kommentar, 8. Aufl., 2. Band, 1886, S. 436 (Nr. 1).

²¹ Vgl. auch bereits Art. 384 Dresdner Entwurf.

²² v. Kübel (o. A. 19), S. 7; Motive, in Mugdan (o. A. 3), S. 59.

²³ Motive, in Mugdan (o. A. 3), S. 58, 370 („Dies ergibt sich unmittelbar aus den einschlagenden Vorschriften“); vgl. auch Chaske (o. A. 5), S. 3; Mantey, GrundB 50 (1906), 543.

²⁴ v. Kübel (o. A. 19), S. 12.

²⁵ S. 12.

zuvor gelegentlich vertretene Ansicht zurück, der Gläubiger, der sich durch Kompensation mit dem Hauptschuldner „auf die leichteste Weise“ Befriedigung verschaffen könne und dadurch „die beste Sicherheit von der Welt“ in der Hand habe, handle dolos, wenn er den Bürgen ausklage²⁶. von Kübel war jedoch der Ansicht, daß diese Frage im Zusammenhang des Bürgschaftsrechts auszutragen und zu regeln sei. Zu einer derartigen, auch die Zusammenhänge mit der Aufrechnung berücksichtigenden Behandlung des Bürgschaftsrechts kam er nicht mehr. Sein Tod verhinderte die Fertigstellung des Teilentwurfs zum Besonderen Teil des Schuldrechts. Da zu dieser Zeit die Hauptberatungen der 1. Kommission sowieso bereits begonnen hatten, wurde ihnen auch im Hinblick auf die Bürgschaft der Dresdner Entwurf und die dazu vorliegenden Materialien zugrunde gelegt²⁷. Diese enthalten zur Frage der Kompensation aber nur zwei lapidare Sätze. Im Hinblick auf die Befriedigungsmöglichkeit des Gläubigers war dabei dessen mögliches Interesse daran herausgestrichen worden, seine Schuld an den Schuldner als Deckung für eine andere Forderung zu behandeln. In der Kommission fanden diese Bemerkungen „auf gegebene Anregung keine Beantwortung“²⁸.

In der 2. Kommission wurde dann der Antrag gestellt, dem Bürgen dann ein Leistungsverweigerungsrecht zu geben, wenn der Gläubiger sich durch Aufrechnung Befriedigung verschaffen könne²⁹. Dieser hernach auch angenommene Antrag knüpft damit nach seiner Formulierung nicht an die Befreiungsmöglichkeit des Hauptschuldners an. Gleichwohl war man merkwürdigerweise der Ansicht, mit der Gewährung dieser Einrede eine dem bestehenden Rechtszustand entsprechende Regelung zu schaffen³⁰. Ausdrücklich berief man sich darauf, dringende Gründe, um von den hergebrachten allgemein anerkannten Grundsätzen abzugehen, gebe es nicht. Insbesondere die Änderung des Charakters der theoretischen Konstruktion der Aufrechnung könne nicht an dieser Stelle zu einer Änderung des materiellen Rechts führen. Eine kleine Änderung fügte man freilich noch ein: Die Einrede sollte dem Bürgen nur zustehen, wenn die für die Aufrechnung in Betracht kommenden Forderungen fällig wären. Diese Änderung ist mit dem sibilinischen Satz begründet worden, der Bürge solle sich „nur auf ein Verhältnis berufen können, welches auch der Hauptschuldner würde geltend machen können“³¹. Damit ist es doch zumindest auch das Aufrechnungsrecht des Hauptschuldners, auf dessen Existenz der Bürge sich stützt! Im übrigen beruft sich ausdrücklich auch die Denkschrift zum „Recht der Schuldverhältnisse“ auf die Kontinuität mit den bestehenden Gesetzen³².

Aus alledem können meines Erachtens nur diese Folgerungen gezogen werden: Der BGB-Gesetzgeber hatte zwar die Konstruktion der Aufrechnung gegenüber dem gemeinen Recht geändert. Er konnte deshalb dem Bürgen keine eigenständige Kompensationsbefugnis mit der

Forderung des Hauptschuldners einräumen, wollte aber auf der anderen Seite seine Position gegenüber dem bisher geltenden Recht nicht verschlechtern. Die von ihm getroffene Regelung stellt den Bürgen jedoch nur für den Regelfall, bei beiderseitiger Aufrechnungslage, im Ergebnis so, wie er auch bislang gestanden hatte. Im übrigen ist eine Feinabstimmung mit dem Recht der Aufrechnung unterblieben³³. Daß es etwa Sonderfälle gibt, in denen zwar der Hauptschuldner, nicht aber der Gläubiger zur Aufrechnung befugt ist, hat der Gesetzgeber nicht beachtet. Derartige Fälle brauchten bislang nicht problematisiert zu werden, da es ja darauf ankam, ob der Hauptschuldner aufrechnen konnte; sie hätten nunmehr jedoch berücksichtigt werden müssen. Ebenso fehlt es auch an einer Abstimmung mit der Norm des § 390 BGB. Somit bleibt nur noch die Frage zu klären, warum der Gesetzgeber in der Formulierung auf die Aufrechnungsmöglichkeit des Gläubigers abgestellt und die Aufrechnungsmöglichkeit des Schuldners nur durch spätere Einfügung des Wortes „fällig“ zur Geltung gebracht hat. Hierauf ist zu erwidern, daß ja zunächst die Stellung des Bürgen tatsächlich verschlechtert werden sollte: Durch Abschaffung der bislang anerkannten Kompensationsbefugnis. Diskussionsbedürftig erschien unter diesem Aspekt nur das Problem des seine anderweitige Befreiungsmöglichkeit nicht ausnutzenden und insofern möglicherweise dolos handelnden Gläubigers. Dieser in der gemeinrechtlichen Problemerkörterung auch (aber jedenfalls zunächst nicht als alleiniger Grundsatz der Problemlösung³⁴) anklingende Gedanke wurde nunmehr aufgegriffen, nachdem ihn der Redaktor des Schuldrechts, von Kübel, in die Materialien eingeführt hatte. Er selbst, der den systematischen Zusammenhang zum Recht der Aufrechnung bestimmt gesehen und beachtet hätte, kam jedoch nicht mehr dazu, das Problem an der ihm richtig erscheinenden Stelle, nämlich im Bürgschaftsrecht, zu lösen.

Nach alledem erscheint es legitim, § 770 II BGB so zu lesen, als ob dort stünde: „Die gleiche Befugnis hat der Bürge, soweit sich der Hauptschuldner durch Aufrechnung gegen die Forderung des Gläubigers befreien kann“. Diese Formulierung erfaßt die eingangs geschilderten Problemfälle. Sie erfaßt in aller Regel auch die Situation, daß der Gläubiger sich gegen die fällige Forderung des Hauptschuldners durch Aufrechnung befriedigen kann: Der Bürge kann sich, nimmt ihn der Gläubiger in Anspruch, auf das fast immer gegebene Aufrechnungsrecht des Hauptschuldners berufen. In den Fällen, in denen die Hauptschuld in einer Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung besteht oder in denen die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner der Pfändung nicht unterworfen ist, erscheint demgegenüber ein Einrederecht des Bürgen auch gar nicht sachgerecht³⁵. Zwar kann der Gläubiger in derartigen Fällen aufrechnen, er braucht aber eine Aufrechnung nach der gesetzlichen Wertung nicht hinzunehmen, sondern kann auf Zahlung bestehen. Es ist nicht einzusehen, warum er sich nun vom Bürgen auf einen Weg soll gedrängt sehen müssen, den das Gesetz ihm ausdrücklich nicht ansinnt.

²⁶ Dernburg (o. A. 10), S. 459 f.; Koch (o. A. 20), S. 443 (Nr. 27); Lippmann, JhJb 32 (1893), 227 f.

²⁷ Bürgschaft und Kreditauftrag nach den Bestimmungen des dresdener Entwurfs, vgl. Maas (o. A. 19) Nr. 142, zu Art. 937 (S. 48).

²⁸ Die Protokolle der Kommission über die erste Beratung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs, Beratung des Obligationenrechts (Maas [o. A. 19], Nr. 170), S. 2546.

²⁹ Protokolle, in Mugdan (o. A. 3), S. 1024.

³⁰ Protokolle, in Mugdan (o. A. 3), S. 1025.

³¹ Protokolle, in Mugdan (o. A. 3), S. 1025.

³² Denkschrift, in Mugdan (o. A. 3), S. 1262.

³³ Vgl. auch Mantey, GruchB 50 (1906), 544; in das BGB „hineingeflickt“.

³⁴ Bedenklich v. Kübel (o. A. 19), S. 12. Auch Lippmann, JhJb 32 (1893), 228 versuchte bei seiner Kritik an den Vorschriften des 1. Entwurfs die Kompensationsbefugnis des Bürgen aus dem Gedanken der anderweitigen Befriedigungsmöglichkeiten des Gläubigers zu begründen.

³⁵ Ebenso wohl Windscheid-Kipp (o. A. 5), S. 477.

Eine derartige aus systematischen und historischen Überlegungen³⁶ begründete Korrektur des Normwortlauts bringt all das auf eine Formel, was ansonsten im Wege der Analogie³⁷ oder teleologischen Extension in für die praktische Rechtsanwendung unübersichtlicher Form im einzelnen anzuerkennen wäre. Dabei wird deutlich, daß das BGB das Zeitalter des Gemeinen Rechts nicht, wie man um die Jahrhundertwende wohl dachte,

³⁶ Zu diesen Rechtsfortbildungsgesichtspunkten vgl. R. Zimmermann, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? – Die rechtliche Behandlung anstößig-übermäßiger Verträge, 1979, S. 31 f., 101 ff.

³⁷ So befürworten etwa Erman-Seiler und Enneccerus-Lehmann (beide a. a. O., o. A. 5) eine Analogie zu § 770 I BGB; dagegen Chaskel (o. A. 5), S. 69 ff.

definitiv abgeschlossen hat. Auch eine Kodifikation wie das BGB ist nur eine Station auf dem Wege der Rechtsentwicklung, die sich hier wie auch andernorts³⁸ nicht durch lineares „Fortschreiten“, sondern durch „Permanenz der Wiederkehr“ auszeichnet³⁹. In diesem Zusammenhang der Anerkennung historischer Kontinuität auch gegenüber kodifikatorischen Einschnitten sollte man auch die Anwendung der Norm des § 770 II BGB sehen. Sie ist ein Beispiel für die Wiederkehr nicht wirklich überwundener gemeinrechtlicher Vorstellungen und Problemlösungen.

³⁸ Zu einem anderen Beispiel vgl. Seiler, Festschrift für Kaser, 1976, 145 ff.; Mayer-Maly, Gedenkschrift Gschnitzer, 1969, 275 ff.

³⁹ Hierzu Mayer-Maly, JZ 1971, 1 ff.

Rechtsprechung

Die mit einem * versehenen Entscheidungen werden in der jeweiligen Amtlichen Sammlung abgedruckt.

Zivil- und Zivilprozeßrecht

§ 130 BGB

Für das Wirksamwerden einer empfangsbedürftigen Willenserklärung ist – außer dem Zugehen an den Erklärungsgegner – erforderlich, aber auch ausreichend, daß sie mit Willen des Erklärenden in den Verkehr gelangt ist und der Erklärende damit rechnen konnte und gerechnet hat, daß sie (sei es auch auf Umwegen) den richtigen Empfänger erreichen werde.

Urteil des BGH v. 11. 5. 1979 – V ZR 177/77.

Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht hat die Auffassung vertreten, daß die Kläger durch ihr Schreiben vom 24. 9. 1975 wirksam von dem Versorgungsvertrag zurückgetreten seien: Daß die Rücktrittserklärung nicht an den Beklagten, sondern an den beurkundenden Notar gerichtet gewesen sei, schade nicht, weil der Notar das Schreiben an den Beklagten weitergeleitet habe und es dort noch innerhalb der bis zum 30. 9. 1975 vereinbarten Frist eingegangen sei

Diese Ausführungen halten der – von Amts wegen anzustellenden – rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, bedurfte der Rücktritt von dem Versorgungsvertrag einer Erklärung gegenüber dem anderen Teile (§ 349 BGB), mithin gegenüber dem Beklagten. Das Berufungsgericht stellt hierzu fest, die Kläger seien offenbar irrtümlich davon ausgegangen, daß der Notar als Beurkundungsperson der richtige Adressat für die Rücktrittserklärung sei; sie hätten ihm nicht nur ankündigen wollen, wie sie sich gegenüber dem Beklagten zu verhalten gedächten, sondern hätten durch die an ihn gerichtete Rücktrittserklärung die Rücktrittfolgen gegenüber dem Beklagten auslösen wollen. Die Übersendung an den falschen Empfänger sei, so meint das Berufungsgericht, dadurch „korrigiert“ worden, daß der Notar das Rücktrittsschreiben dem Beklagten übersandt habe; der Inhalt des Schreibens und die Begleitumstände gäben mithin keinen Anlaß, in Zweifel zu ziehen, daß die Kläger „gegenüber dem Beklagten von ihrem Rücktrittsrecht Gebrauch machen“ wollten.

Diese Ausführungen verkennen die Voraussetzungen für das Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen. Zwar brauchen auch solche Erklärungen

nicht unmittelbar an den Erklärungsgegner abgesandt zu werden; sie können ihm auch über Dritte zugeleitet werden, doch darf dies nicht mehr oder weniger zufällig, sondern muß zielgerichtet geschehen. Es gibt im bürgerlichen Recht keinen dem § 187 ZPO für die Heilung von Zustellungsmängeln entsprechenden Grundsatz, wie ihn das Berufungsgericht seiner Beurteilung anscheinend zugrunde gelegt hat. Erforderlich, aber auch ausreichend ist – neben dem Zugehen – vielmehr, daß die Willenserklärung mit Willen des Erklärenden in den Verkehr gelangt und der Erklärende damit rechnen konnte und gerechnet hat, sie werde (auf welchem Wege auch immer) den Erklärungsgegner erreichen (*Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band Das Rechtsgeschäft, 2. Aufl. § 14 Anm. 2 – S. 225; *Soergel/Hefermehl*, BGB 11. Aufl. § 130 Rdn. 6; *MünchKomm/Förschler*, § 130 Rdn. 10; vgl. auch RGZ 170, 380, 382; OLG Köln, NJW 1950, 702). Feststellungen in dieser Richtung hat das Berufungsgericht – aus seiner Sicht folgerichtig – nicht getroffen.

Das angefochtene Urteil kann daher mit der gegebenen Begründung nicht aufrechterhalten werden.

(-)

§§ 157, 242 BGB

Beim Kauf von Bauerwartungsland trägt in der Regel der Käufer das (erkennbare) Risiko künftiger Bebaubarkeit des Grundstücks. Haben die Vertragsparteien allerdings irrtümlich geglaubt, jenes Risiko lückenlos zu Lasten des Verkäufers geregelt zu haben, so kann es geboten sein, die Vertragslücke im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu Lasten des Verkäufers zu schließen.

Urteil des BGH v. 1. 6. 1979 – V ZR 80/77*.

Aus den Gründen:

1. In Übereinstimmung mit der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung wertet das Berufungsgericht als Geschäftsgrundlage die „nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, aber bei Vertragsschluß zutage getretenen gemeinschaftlichen Vorstellungen beider Vertragsparteien oder dem Geschäftspartner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, auf denen sich der Geschäftswille der Parteien aufbaut“ (vgl. etwa BGHZ 25, 390, 392; BGR-RGRK 12. Aufl. § 242 Rdn. 61 m. w. N.).