

26. Ist der Bürge Gläubiger des Hauptschuldners im Sinne des §. 211 der Konkursordnung?

II. Strafsenat. Ur. v. 14. Dezember 1886 g. G. Rep. 2960/86.

I. Landgericht Greifswald.

Der Angeklagte hatte mit dem Gutsbesitzer E., der für ihn dem Vorschußverein zu L. gegenüber wiederholt dadurch als Bürge eingetreten war, daß er die Wechsel des Angeklagten als Bürge mitunterzeichnet hatte, nach dem Verfall eines solchen Wechsels über 1500 M einen Vertrag geschlossen, durch welchen er dem E. Weine für 1400 M verkaufte und übergab unter der Abrede, daß der Kaufpreis gegen den von E. zur Einlösung des Wechsels an den Vorschußverein zu zahlenden Betrag verrechnet werden sollte. E. hatte den Wechsel sodann durch Barzahlung eingelöst. Deshalb nach Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen aus §. 211 R.D. unter Anklage gestellt, wurde der Angeklagte von der Strafkammer freigesprochen. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft ist das Urteil aufgehoben aus nachfolgenden

Gründen:

Nach dem Eröffnungsbeschlusse ist der Angeklagte, über dessen Vermögen am 2. Dezember 1885 der Konkurs eröffnet worden, beschuldigt, seinem Gläubiger E., obwohl er, der Angeklagte, seine Zahlungsunfähigkeit kannte, in der Absicht, denselben vor den übrigen

Gläubigern zu begünstigen, durch Hingabe von Wein an Zahlungsstatt eine Befriedigung gewährt zu haben, welche derselbe nicht in der Art zu beanspruchen hatte.

Die Strafkammer prüft nicht, ob der Angeklagte im Oktober 1885 zahlungsunfähig war und seine Zahlungsunfähigkeit kannte, sondern spricht frei, weil 1. zur Zeit des fraglichen Kaufgeschäftes nicht E., sondern nur der Vorschußverein der Wechselgläubiger des Angeklagten war und dieser Verein durch die Zahlung des Wechsels die Befriedigung erhalten, die er zu fordern; 2. E. auch durch die Zahlung nicht Gläubiger der Wechselforderung geworden, weil er den Wechsel auf Höhe von 1400 *M* nicht aus eigenen Mitteln, sondern mit dem dem Angeklagten schuldigen Kaufgelde, also aus dessen Vermögen bezahlte; 3. E., wenn er durch die Einlösung des Wechsels Regreßgläubiger des Angeklagten geworden wäre, Anspruch auf Sicherstellung nach Art. 29 *W.D.* erworben hätte, die ihm dann durch die käufliche Überlassung der Weine gewährt wurde; 4. E. aber vor Einlösung des Wechsels als Bürge noch nicht Gläubiger des Angeklagten im Sinne des §. 211 *R.D.* gewesen sei, da hierzu eine mögliche Forderung aus dem Mandatsverhältnisse nicht genüge, sondern eine bereits erwachsene Forderung gehöre; 5. der dem E. nach l. 38 §. 1 *D. mandati* 17, 1 und l. 10 *C.* 4. 35 etwa erwachsene Anspruch auf Befreiung aber durch Barzahlung an den Gläubiger der Forderung aus den Mitteln des Hauptschuldners so befriedigt war, wie er zu fordern gehabt.

Richtig ist, daß nur der Vorschußverein Gläubiger des Angeklagten aus dem Wechsel war und durch dessen Zahlung die Befriedigung erhalten hat, die er zu fordern hatte. Aber darauf kommt es nicht an, weil nicht der Vorschußverein, sondern E. der Gläubiger ist, durch dessen Befriedigung der Angeklagte gegen §. 211 *R.D.* verstoßen haben soll. Richtig ist auch, daß E., der nach der Feststellung den Wechsel mit-, d. h. neben dem Angeklagten als Bürge unterzeichnet hatte, nach Art. 81 *W.D.* nur prinzipaler Wechselverpflichteter, nicht Gläubiger des Angeklagten aus dem Wechsel war, auch durch die Einlösung des Wechsels allein, durch welche die gesamte Wechselobligation getilgt ist, ohne Giro oder Cession des Wechselinhabers, von der nichts festgestellt, nicht Wechselgläubiger des Angeklagten wurde (Artt. 9 *ffg. W.D.*).

Vgl. *Entsch. des R.D.S.O.'s Bd. 4 S. 325.*

Es kommt deshalb für die Sache darauf nichts an, daß E., auch wenn er Wechselgläubiger geworden wäre, nicht, wie das Urteil rechtsirrig annimmt, einen Anspruch auf Sicherstellung aus Art. 29 W.O. gehabt hätte, der dem Wechselinhaber einen Anspruch auf Sicherstellung nur vor Verfall wegen der künftig zu leistenden, durch die Unsicherheit des Acceptanten gefährdeten Zahlung, nicht aber in dem hier vorliegenden Falle der Einlösung des Wechsels nach Verfall giebt; bei fälligem Wechsel tritt der Anspruch auf Zahlung an die Stelle des Anspruches auf Sicherheit.

Es kommt deshalb endlich auch auf die Ausführung des Urtheiles nichts an, daß E. durch die Einlösung des Wechsels Gläubiger der Wechselforderung gegen den Angeklagten nicht geworden, weil er den Wechsel nicht aus eigenen Mitteln, sondern in Höhe von 1400 M., weil er diese dem Angeklagten schuldig war, aus dem Vermögen des Angeklagten bezahlt, eine Ausführung, die gegenüber der Feststellung, daß E. den Wechsel bar eingelöst, vom Angeklagten aber nur einen Wechsel und Wein erhalten, einen rechtlichen Sinn überhaupt nur hat, wenn sie bedeuten soll, daß E. in die Rechte des Wechselgläubigers nicht eingetreten, weil er dem Angeklagten gegenüber durch den vorangegangenen Kaufvertrag zur Einlösung des Wechsels rechtlich verpflichtet und wegen der Einlösung zugleich in Höhe von 1400 M. befriedigt war. Denn wer fremde Schuld zahlt, tritt weder in die Rechte des Gläubigers noch erwirbt er ein Recht aus der Zahlung, wenn er dazu dem Schuldner gegenüber rechtlich verpflichtet war.

Aber hier zeigt sich gerade der fundamentale Fehler das angegriffenen Urtheiles. Nach der Sachlage kommt es nicht darauf an, ob E. Wechselgläubiger des Angeklagten war oder durch Einlösung des Wechsels geworden ist, oder einen Anspruch aus der durch die Einlösung des Wechsels bewirkten Befreiung des Angeklagten von der Wechselfuld erworben hat, sondern ob er Gläubiger des Angeklagten aus der Bürgschaft vor der Einlösung des Wechsels oder durch die Einlösung des Wechsels wurde und in unzulässiger Weise durch Hingabe an Zahlungsstatt, wie der Eröffnungsbefehl unterstellt, wegen seiner Forderung befriedigt worden ist. Ersteres verneint das Urteil zu Unrecht, letzteres prüft es unzureichend und von rechtsirrtümlicher Grundlage aus und verlegt in beiden Fällen den §. 211

R.D., indem es verneint, daß E. überhaupt Gläubiger des Angeklagten gewesen.

Der Bürgschaftsvertrag als Vertrag zwischen dem Bürgen und Gläubiger begründet nach dem zur Anwendung kommenden gemeinen Rechte an sich kein Rechtsverhältnis zwischen dem Bürgen und Schuldner. Aber der Schuldner, der eine Bürgschaft nachsucht und annimmt, oder auch nur annimmt, indem er sie wissentlich zuläßt, tritt dadurch in ein Mandatsverhältnis zum Bürgen, den er beauftragt und ermächtigt, eintretenden Falles die Schuld zu zahlen; aus diesem Mandatsverhältnisse wird der Schuldner dem Bürgen mit der *actio mandati contraria* auf Ersatz des zur Tilgung der Schuld verauslagten wie auf Befreiung von der dem Gläubiger gegenüber durch den Bürgen etwa übernommenen Verbindlichkeit verhaftet.

Vgl. §. 6 I. d. *fidejuss.* 3, 20; I. 6 §. 2. I. 18 D. *mandati* 17, 1;

Erkenntnis des R.D.S.G.'s Bd. 11 S. 3.

Solch Rechtsverhältnis unterstellt das angegriffene Urteil hier offenbar, indem es feststellt, daß E. für den Angeklagten wiederholt als Bürge durch Mitunterschrift von Wechselln, namentlich auch des hier in Rede stehenden Wechsels eingetreten war und nach Verfall des letzteren Sicherstellung für den Fall der Einlösung durch ihn vom Angeklagten verlangt, der Angeklagte dazu sich auch bereit haben lassen. Das Urteil bezeichnet das Verhältnis des Angeklagten zu E. auch selbst als Mandatsverhältnis.

Irrig aber ist nach gemeinem wie nach Reichsrecht, daß E. aus diesem Mandatsverhältnisse Gläubiger des Angeklagten im Sinne des §. 211 R.D. vor der Einlösung des Wechsels nicht war und auch durch die Einlösung des Wechsels nicht wurde. Irrig ist dies schon um deswillen, weil E., nachdem, wie festgestellt, der Wechsel fällig geworden, aus dem er selbst durch seine Mitunterschrift als Bürge nach Art. 81 W.D. direkt als Schuldner verpflichtet war, jedenfalls Gläubiger des Angeklagten mit dem Ansprüche auf Befreiung von dieser Verbindlichkeit war, da der Angeklagte, wie das Urteil feststellt, sein Vermögen zu verthun angefangen hatte (I. 38 §. 1 D. *mandati* 17, 1; I. 10 C. 4, 35). Rechtsirrig ist sodann die Auffassung des Urtheiles, daß E. wegen dieses Anspruches, den das Urteil selbst eventuell unterstellt, die Befriedigung erhalten, die er zu fordern hatte. Denn solche konnte nur durch Beschaffung der Exonerationserklärung des Gläubigers

oder durch Bezahlung des Gläubigers seitens des Schuldners erfolgen, und beides stellt das Urteil nicht fest. Verfehlt ist, wie oben bereits angedeutet, die Ausführung, daß die Befriedigung des Wechselgläubigers durch den Angeklagten erfolgt, da festgestellt ist, daß nicht der Angeklagte, sondern E. den Wechsel durch Barzahlung eingelöst hat und diese Barzahlung mit seiner Kaufgelderschuld aus dem Kaufvertrage über den Wein verrechnet ist. Danach hat E. den Wechselgläubiger befriedigt, der Angeklagte aber nicht diesen, sondern den E. wegen seines Anspruches befriedigt. Von Befriedigung des Wechselgläubigers durch den Angeklagten konnte nur die Rede sein, wenn der Angeklagte direkt aus eigenen Mitteln oder indirekt dadurch, daß er dem Bürgen die Barmittel zur Bezahlung gab, oder durch den Erlös des zu diesem Zwecke verkauften Weines oder durch seine Kaufgelderschuld an E. den Wechselgläubiger bezahlte, indem er diese dem Wechselgläubiger abtrat. Von alledem ist aber nichts festgestellt.

Auch wenn man einen Anspruch des Bürgen E. auf Sicherstellung wegen seines künftigen Regreßanspruches annimmt, würde er wegen dieses Anspruches durch das festgestellte Rechtsgeschäft nicht in der zulässigen Weise befriedigt sein, da dasselbe ihm so wie es festgestellt, nicht Sicherheit, sondern materielle Befriedigung (*satisfactio*) wenn auch nicht durch Zahlung (*solutio*), doch durch Hingabe an Zahlungsstatt verschaffte. Überdies aber setzt sich der Richter gerade durch das, was er über den Inhalt des Kaufvertrages feststellt, selbst in einen offensichtlichen direkten Widerspruch zu seiner Ausführung, daß E. nicht Gläubiger des Angeklagten war und nach Einlösung des Wechsels auch nicht geworden sei. Festgestellt ist, daß der Angeklagte an E. den Wein für 1400 *M* verkauft und der Kaufpreis nicht bezahlt, sondern darauf der entsprechende Betrag der Zahlung verrechnet wurde, die E. für den Angeklagten an den Vorfußverein leistete, d. h. leisten sollte. Danach ist ein Kaufvertrag in Verbindung mit Kompensationsabrede über Tilgung des Kaufpreises durch Verrechnung mit einer Forderung des Käufers, des E., abgeschlossen, und da die Kompensationsabrede rechtlich notwendig voraussetzte, daß E. Gläubiger und Schuldner des Angeklagten und der Angeklagte Gläubiger und Schuldner des E. war (l. 1 D. d. comp. 16, 2), so bleibt rechtlich völlig unerfindlich, wie die Strafkammer neben dieser Feststellung zu der Annahme gelangen konnte, daß E. nicht

Gläubiger des Angeklagten war und auch durch die Einlösung des Wechsels nicht wurde. Denn die ganze Feststellung über den Inhalt des Kaufgeschäftes hat einen rechtlichen Sinn nur, wenn sie besagen soll, daß E. durch die Einlösung des Wechsels Gläubiger des Angeklagten auf Höhe des bezahlten Betrages werden und wegen seines Anspruches auf Erstattung dieses gezahlten Betrages durch Kompensation mit seiner Kaufgelderschuld, der Angeklagte aber wegen seiner Kaufgelderschuld durch Kompensation mit seiner Schuld aus der Einlösung des Wechsels befriedigt werden sollte.

Daneben konnte die Strafkammer ohne Rechtsverletzung nicht annehmen, wie sie offenbar gethan, daß dem E. ein Anspruch als Mandatar aus der Einlösung des Wechsels nicht erwachsen, weil er wegen des Anspruches durch die Kompensation mit seiner Kaufgelderschuld befriedigt. Denn diese Kompensation setzte vorherige Entstehung des Anspruches voraus, der erst getilgt werden konnte, nachdem er entstanden war.

Zu ihrer verkehrten, rechtsirrtümlichen Auffassung ist die Strafkammer durch die irrtümliche Annahme gelangt, daß dem E. ein Anspruch aus dem Mandate vor Einlösung der Wechsel nicht zugestanden habe, daß der §. 211 R.D., wie das Urteil sagt, bereits erwachsene, nicht bloß mögliche Forderungen voraussetze. Das ist richtig, insofern es sich um Forderungen handelt, die auch ihrem Rechtsgrunde nach noch nicht entstanden sind. Dagegen ist Gläubiger im Sinne des §. 211 R.D. ebenso wie im Sinne der Konkursordnung überhaupt, wie sich aus den §§. 47. 60. 142 R.D. und l. 44 pr. D. d. obl. et act. 44, 7; l. 10 D. d. verb. sign. 50, 16 und l. 6 pr. D. quibus ex c. in poss. 42, 4 ergibt, auch der Gläubiger unter aufschiebender Bedingung. Es wäre geradezu widersinnig, anzunehmen, daß das Gesetz die unzulässige Befriedigung des unbedingt Berechtigten habe unter Strafe stellen wollen, aber nicht die des bedingt Berechtigten. Bedingt berechtigt im Sinne der Konkursordnung ist aber auch der Bürge aus seinem Mandatsverhältnisse zum Schuldner wegen des Anspruches aus der Befriedigung des Gläubigers, dem gegenüber er sich verbürgt hat. Denn der Rechtsgrund der Erstattungsverbindlichkeit des Schuldners dem Bürgen gegenüber liegt nicht in der Zahlung oder Befreiung (die auch *donandi animo* oder *in re sua* erfolgen kann, l. 24 D. de pact. 2, 14; l. 8 §. 1 D. qui satisd. 2, 8), sondern in dem Mandate.

Sie entsteht daher mit dem Mandate und mit der Ausführung des Mandates durch die Verbürgung und ist an die Zahlung nur als an ihre Voraussetzung geknüpft oder durch dieselbe in dem weiteren Sinne, den die Konkursordnung in den oben angeführten Vorschriften damit verbindet, suspensiv bedingt. Im gemeinen Rechte ist denn auch,

vgl. Günther, Konkurs der Gläubiger nach gemeinem Rechte S. 61, nicht streitig gewesen, daß der Bürge seine eventuelle Regreßforderung im Konkurse des Hauptschuldners zur Geltung bringen kann; Streit hat nur darüber bestanden, in welchem Umfange dies mit und neben dem Gläubiger möglich ist. Davon, daß die Regreßforderung des Bürgen vor der Befriedigung des Gläubigers eine bedingte Forderung ist, die auf dem Mandate beruht, gehen auch die Motive der Konkursordnung vom 10. Februar 1877 (S. 282 flg.) aus, und es besteht weder in der Theorie noch in der Praxis ein Zweifel darüber, daß ein solcher Bürge Konkursgläubiger ist und den Einwirkungen des Konkurses unterliegt. Damit ist die Auffassung des Vorderrichters ganz unvereinbar.

Durch seine rechtsirrigte Auffassung ist der Vorderrichter auch dahin gelangt, sich der durch den Eröffnungsbeschluß gebotenen Prüfung zu entziehen, ob in dem festgestellten Kaufvertrage zwischen E. und dem Angeklagten die behauptete *datio in solutum* zu finden ist. Dabei ist zu beachten, daß, wenn E. durch das Kaufgeschäft wegen seiner eventuellen Regreßforderung befriedigt werden sollte (und dies folgt direkt aus dem, was das Urteil über den Inhalt des Vertrages feststellt), es für den Thatbestand des §. 211 R.D. gleichgültig ist, ob diese Befriedigung durch zwei Verträge, Kaufvertrag und Kompensationsvertrag, (l. 181 pr. D. de contr. emtione 18, 1) oder durch ein einziges Rechtsgeschäft, die unmittelbare Hingabe der Weine an den E. mit dem Willen, daß durch den Empfang die Forderung des E. ganz oder teilweise getilgt sein sollte, herbeigeführt worden ist, da in beiden Fällen E. eine Befriedigung erhalten hat, die er zur Zeit und bezw. in der Art nicht zu fordern hatte.

Vgl. Entsch. des R.O.S.G.'s Bd. 15 S. 49.