

7. Ist die von einem Nichtkaufmann einem Kaufmann in dessen Handelsgewerbe geleistete Bürgschaft ein Handelsgeschäft? Steht einem solchen Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht zu?
Artt. 281. 277 H.G.B.

IV. Civilsenat. Urth. v. 3. März 1892 i. S. N. R. (Pl.) w. B. F.
(Bekl.) Rep. IV. 337/91.

- I. Landgericht Magdeburg.
- II. Oberlandesgericht Raumburg a. S.

Der minderjährige D. B. hat, während er in dem Geschäfte der klagenden Handlung als Handlungslehrling thätig war, 1720,90 M bares Geld, welches ihm von der Prinzipalin zur Einzahlung bei der Reichsbank übergeben war, unterschlagen. Die Klägerin hat wegen Erstattung dieser Summe die Beklagte unter Umgehung des Hauptschuldners als Bürgin in Anspruch genommen. Beide Instanzrichter haben abweisend erkannt. Auf die Revision der Klägerin ist das Berufungsurteil aufgehoben aus folgenden

Gründen:

„Der Berufungsrichter hat die von der Beklagten erhobene Einrede der Vorausklage für durchgreifend erklärt, indem er sowohl verneint, daß die Beklagte eine selbstschuldnerische Bürgschaft im Sinne des §. 297 A.L.R. I. 14 eingegangen sei oder sonst nach den Vorschriften des Landrechtes als Bürgin unter Umgehung des Hauptschuldners in Anspruch genommen werden könne, als auch, daß sich die Bürgschaft der Beklagten als eine Handelsbürgschaft im Sinne

des Art. 281 H.G.B., bei welcher dem Bürgen die Einrede der Vorausklage verschlossen sei, darstelle.

In letzterer Beziehung wird die Entscheidung von der Revision mit Grund als rechtsnormwidrig angefochten.

Nach Art. 281 Abs. 2 H.G.B. steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht zu, wenn die Schuld aus einem Handelsgeschäfte auf seiten des Hauptschuldners hervorgeht, oder wenn die Bürgschaft selbst ein Handelsgeschäft ist. Daß die Voraussetzungen des ersten Falles nicht gegeben sind, nimmt der Berufungsrichter mit Recht an. Er erachtet aber auch den zweiten Fall nicht als vorliegend, indem er ermögen hat: der Umstand, daß die Bürgschaft einem Kaufmanne geleistet sei, reiche nicht aus, der Bürgschaft selbst die Eigenschaft eines Handelsgeschäftes zu verleihen; denn wenn auch Art. 277 H.G.B. bestimme, daß die handelsrechtliche Natur des Geschäftes auf der Seite eines der Kontrahenten die gleichmäßige Anwendung der Bestimmungen des vierten Buches des Handelsgesetzbuches auf beide Kontrahenten der Regel nach zur Folge haben solle, so finde diese Regel, wie das Gesetz besage, nur Anwendung, sofern nicht aus jenen Bestimmungen selbst sich ergebe, daß ihre besonderen Festsetzungen sich nur auf denjenigen von beiden Kontrahenten beziehen sollen, auf dessen Seite das Geschäft ein Handelsgeschäft sei; letzteres treffe aber hier zu, wie aus den Artt. 280 bis 282 H.G.B. erhelle, sodas die Bürgschaft selbst als ein Handelsgeschäft nur anzusehen sei, wenn sie auf seiten des Bürgen ein Handelsgeschäft sei, wovon jedoch bei der Beklagten keine Rede sein könne. Diese Annahmen beruhen auf einer Verkennung der Vorschriften der Artt. 280 bis 282. 277 H.G.B.

Der Art. 281 Abs. 2 a. a. D. unterscheidet für den von ihm vorgesehenen zweiten Fall nicht, je nachdem die Bürgschaft auf der Seite des Bürgschaftsnehmers oder auch auf der Seite des Bürgen ein Handelsgeschäft ist, und schließt die Einrede der Vorausklage nicht allein aus, wenn die Bürgschaft für den Bürgen eine handelsgeschäftliche ist. Vielmehr bestimmt er als Voraussetzung für seine Anwendung ohne Einschränkung, daß die Bürgschaft ein Handelsgeschäft sei. Diese Voraussetzung liegt aber ohne Rücksicht darauf vor, ob das die Bürgschaft begründende Geschäft auf beiden Seiten oder nur auf der einen Seite, und im letzteren Falle, ob es auf der Seite des Gläubigers oder der des Bürgen ein Handelsgeschäft ist.

Dem das Handelsgesetzbuch sieht als „Handelsgeschäft“ jedes Rechtsgeschäft an, welches sich, sei es auf der Seite beider Kontrahenten oder auf der Seite eines derselben, als Handelsgeschäft darstellt. In dem Art. 281 Abs. 2 sind also besondere Festsetzungen, wie sie der Schlusssatz des Art. 277 ebenda im Auge hat, welche sich nur auf diejenigen Kontrahenten beziehen, auf dessen Seite das Geschäft ein Handelsgeschäft ist, nicht enthalten, und folglich ist der im Art. 277 als Regel aufgestellte Grundsatz, daß bei einseitigen Handelsgeschäften die Bestimmungen des vierten Buches des Handelsgesetzbuches in Beziehung auf beide Kontrahenten gleichmäßig anzuwenden sind, auch im gegenwärtigen Falle für die Beurteilung des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien maßgebend. Die Artt. 280 und 282 H.G.B. stehen der Auffassung des Berufungsrichters nicht zur Seite. Dort sind für einseitige Handelsgeschäfte nach gewissen Richtungen besondere Festsetzungen getroffen. Diese Festsetzungen haben jedoch zu der Vorschrift des Art. 281 keine Beziehung, und ebensowenig gewährt die Stellung, die der Art. 281 zwischen den Artt. 280 und 282 einnimmt, einen Anhalt zu Gunsten der Auslegung des Berufungsrichters; im Gegenteil läßt der Umstand, daß in den vor- und nachstehenden Artt. 280 und 282 besondere Bestimmungen im Sinne des Schlusssatzes des Art. 277 H.G.B. getroffen sind, in Art. 281 aber nicht, darauf schließen, daß es nach dem Willen des Gesetzes im Falle des Art. 281 bei der Regel des Art. 277 bewenden sollte. Nicht weniger spricht für die vorentwickelte Auffassung, daß der Art. 281 Abs. 2 auch Anwendung findet, wenn die Bürgschaft nur ein einseitiges Handelsgeschäft, und zwar allein auf der Seite des Gläubigers ein solches ist, der Grund des Gesetzes. Die Einrede der Vorausklage ist dem Bürgen versagt, weil das Interesse des Handelsverkehrs es erfordert, daß der Gläubiger, welcher seinerseits selbst wieder Handelsverbindlichkeiten zu erfüllen hat, so schnell als möglich und ohne Weiterungen befriedigt werde, was nicht der Fall sein würde, wenn er zuvor den Hauptschuldner auszulagen verpflichtet wäre, ehe er sich an den Bürgen halten könnte.

Vgl. Nürnberger Protokolle S. 4560.

Im Sinne des Art. 281 H.G.B. bestimmt sich die Frage, ob eine Bürgschaft im konkreten Falle den Charakter eines Handelsgeschäftes an sich trägt, allein nach den Artt. 271 bis 274 H.G.B.

Im vorliegenden Falle ist der Gläubiger ein Kaufmann. Die ihm geleistete Bürgschaft ist daher präsumtiv auf seiner Seite ein Handelsgeschäft, und folglich ist bis zur Widerlegung dieser Präsumtion der Beklagten als Bürgin die Einrede der Vorausklage versagt.

Diese Entscheidung steht mit der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichtes (Entsch. Bd. 2 S. 43), des preuß. Obertribunales (Entsch. Bd. 63 S. 301; Striethorst's Archiv Bd. 91 S. 290) und des Reichsgerichtes (Entsch. in Civilf. Bd. 1 S. 24; Urteil vom 25. März 1881 in Sachen Stroußberg wider Schlesinger Rep. IVa. 437/80; Urteil vom 17. Dezember 1891 in Sachen Siegfried u. Gen. wider Kohnig Rep. IV. 242/91) im Einklange. Auch in der Doktrin hat dieselbe Auffassung vorwiegend Vertreter gefunden.

Vgl. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechtes (2. Aufl.) Bd. 1 S. 656 flg. 663 flg.; Anshütz und v. Wölberdorff, Kommentar z. H.G.B. Bd. 3 S. 68; v. Hahn, Kommentar z. H.G.B. (2. Aufl.) Bd. 1 S. 89; Matower, H.G.B. Anm. 24b zu Art. 277, Anm. 5a zu Art. 281; Gareis und Fuchsberger, H.G.B. Anm. 49 zu Art. 277, Anm. 72 zu Art. 281; Willenbücher, H.G.B. Anm. 2 zu Art. 277, Anm. 2 zu Art. 281; Hauser, Die Verbürgung nach handelsrechtlichen Grundsätzen S. 366."