

34. Fällt beim Konkurse des Hauptschuldners die dem Bürgen zustehende Einrede der Vorausklagung fort?

Gilt dies auch bei einem den Konkurs vorbereitenden Verfahren, insbesondere dem Überschuldungsverfahren nach nassauischem Recht? Nov. 4 cap. 1; Nassauische Hilfsvollstreckungsordnung v. 16. Juli 1851 §. 27.

III. Civilsenat. Ur. v. 21. März 1881 i. S. M. (Befl.) w. W. (Rl.)
Rep. III. 329/80.

I. Kreisgericht Wiesbaden.

II. Oberlandesgericht Frankfurt a. M.

Die Nichtigkeitsbeschwerde des vom Gläubiger belangten Bürgen ist für begründet erachtet und die Klage zur Zeit abgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Der Kläger hält sich für berechtigt, den Beklagten als Bürgen vor dem Hauptschuldner in Anspruch zu nehmen, weil über das Vermögen des letzteren zur Zeit der Klaganstellung ein Überschuldungsverfahren eröffnet war. Der Beklagte bestreitet die rechtliche Zulässigkeit der Klage und erhebt die Einrede der Vorausklagung. Beide Instanzrichter verwerfen die Einrede. Mit Recht wird von der Nichtigkeitsbeschwerde gerügt, daß durch diese Entscheidung Rechtsgrundsätze verletzt sind.

Nach gesetzlicher Bestimmung — Nov. 4 cap. 1 — haftet der Bürge erst in zweiter Linie. Er kann verlangen, daß der Gläubiger vorher seine Befriedigung bei dem Hauptschuldner sucht. Von dieser Regel tritt eine Ausnahme ein, wenn der Hauptschuldner abwesend ist und der Bürge ihn nicht binnen einer vom Richter zu bestimmenden Frist stellen kann. Ob diese Ausnahme auch für den weiteren Fall gilt, wenn der Hauptschuldner sich in Konkurs befindet, ist gemeinrechtlich eine Streitfrage. Für die Bejahung derselben spricht, daß der Grund, weshalb die Einrede bei Abwesenheit des Hauptschuldners wegfällt, in der hierdurch für den Bürgen eintretenden Erschwerung der Rechtsverfolgung liegt, und daß dieser Grund gleichmäßig beim Konkurse des Hauptschuldners zutrifft. Die Worte des Gesetzes — Nov. 4 cap. 1 — *durum est, creditorem alio mittere, quum statim a fide-*

jussore exigere possit, deuten darauf hin, daß Justinian, ebenso wie bei der Einrede der Teilung — Nov. 99 cap. 1 sin vero — non idonei appareant — dem Gläubiger nicht zumuten wollte, den schwer oder gar nicht zugänglichen Schuldner vor dem Bürgen auszuklagen. Es hat deshalb die herrschende Ansicht in Theorie und Praxis seit der Reception des römischen Rechts sich dafür entschieden, daß beim Konkurse des Hauptschuldners wegen der langen Dauer dieses Verfahrens und der Unsicherheit des Erfolges einer Liquidation dem Bürgen die Einrede der Vorausklagung nicht zusteht.

Anders liegt jedoch die Sache bei dem hier fraglichen, den Konkurs nur vorbereitenden Verfahren. Nach §. 27 der nassauischen Hilfsvollstreckungsverordnung vom 16. Juli 1851 (Verordnungsblatt von 1851 S. 130) hat der Gerichtsvollzieher, wenn ihm die Überschuldung des zu Pfändenden bekannt ist, dem Gericht darüber motivierten Bericht zu erstatten, und dieses gemäß §§. 52. 54 der Exekutions- und Konkurs-Ordnung vom 28. September 1859 (Verordnungsblatt von 1859 S. 182) den Schuldner behufs Nachweisung seiner Zahlungsfähigkeit vorzuladen. Je nach dem Ergebnis der nun folgenden Verhandlung wird demnächst entweder der Konkurs erkannt (§. 56) oder das Verfahren eingestellt (§. 55). Eine derartige gerichtliche Untersuchung kann nur kurze Zeit in Anspruch nehmen. Wenn auch während derselben — nach §. 54 — die Exekutionen sistiert werden, so enthält doch dies vorbereitende Verfahren für den Gläubiger keine dem Konkurse analoge, andauernde Erschwerung der Rechtsverfolgung. Der Gläubiger ist vielmehr verpflichtet, ebenso wie bei der Abwesenheit des Schuldners, abzuwarten, bis das vorübergehende Hindernis beseitigt ist.“ . . .