

✓

- a) Unter den Begriff "Eröffnung des Vergleichsverfahrens" in Art. 43 Abs. 2 Nr. 2 WG fallen vorläufige Maßnahmen wie die Bestellung eines vorläufigen Verwalters und Sicherungsmaßnahmen (§§ 11, 12 VerglO) nicht.
- b) Hat der Bezogene seine Zahlungen eingestellt, so kann der Inhaber nur Rückgriff (vor Verfall) nehmen, nachdem der Wechsel dem Bezogenen zur Zahlung vorgelegt und Protest erhoben worden ist. Die Vorlage an eine im Wechsel benannte Zahlstelle genügt nicht.

BGH, Urt. v. 8. Juli 1974 - II ZR 76/73 - OLG München
LG München

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 76/73

URTEIL

Verkündet am

8. Juli 1974

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Norbert S [REDACTED], M [REDACTED], F [REDACTED]-J [REDACTED]-
Straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Streithelfer des Klägers:

Rechtsanwalt Dr. Kurt [REDACTED], K [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigte
II. Instanz:

Rechtsanwälte Dr. Fritz [REDACTED], [REDACTED]
und [REDACTED], M [REDACTED] -

gegen

Erna N [REDACTED], V [REDACTED], T [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juli 1974 durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Tidow und Bundschuh

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 22. März 1973 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen. Die durch die Streithilfe entstandenen Kosten trägt der Streithelfer.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Inhaber mehrerer Wechsel über insgesamt 164.989,82 DM. Die an eigene Order lautenden Wechsel sind von dem Kaufmann D. [REDACTED] ausgestellt, auf den Kaufmann C. [REDACTED] gezogen und von diesem akzeptiert worden. Auf der Rückseite tragen die Wechsel an erster Stelle das Blankoindossament des Ausstellers, an zweiter Stelle das der Beklagten. Der letzte, durch Indossamente legitimierte Inhaber S. [REDACTED] ließ die zwischen dem 8. Juli und 25. August 1970 fälligen, bei der Dresdner Bank in Köln zahlbaren Wechsel am 29. Juni 1970 der Domiziliatin zur Zahlung vorlegen. Sie gingen zu Protest.

Durch Beschluß des Amtsgerichts Köln vom 25. Juni 1970 wurde, nachdem der Bezogene C. [REDACTED] am gleichen Tage die Eröffnung des Vergleichsverfahrens zur Abwendung des Konkurses beantragt hatte, ein vorläufiger Vergleichs-



verwalter bestellt und ein allgemeines Veräußerungsverbot nach §§ 12, 59 VerglO erlassen. Am 8. September 1970 wurde das Anschlußkonkursverfahren eröffnet.

Der Kläger, dem S. nach Protesterhebung die Ansprüche aus dem Wechsel unter Übergabe der Wechselurkunden abgetreten hat, nimmt gegen die Beklagte Rückgriff und fordert im Wechselprozeß die Wechselsumme nebst Zinsen und Protestkosten Zug um Zug gegen Rückgabe der im einzelnen bezeichneten Wechsel.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seinen Klagsanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Die Vorinstanzen haben die Voraussetzungen des Rückgriffs vor Verfall gegen die Beklagte als Indossantin verneint und dazu ausgeführt: Für einen Rückgriff fehle es an der Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens über das Vermögen des Bezogenen. Der Rückgriff wegen Zahlungseinstellung des Bezogenen scheitere deswegen, weil die Wechsel nicht dem Bezogenen, sondern der Domiziliatin zur Zahlung vorgelegt worden seien. Dies greift die Revision ohne Erfolg an.

II. Die Klage kann nur Erfolg haben, wenn dem Rechtsgänger des Klägers gegen die Beklagte als Indossantin ein Rückgriffsrecht aus den Wechseln zustand. Der Inhaber eines Wechsels kann schon vor Verfall gegen die Indossanten Rückgriff nehmen, wenn über das Vermögen des Bezogenen das

gerichtliche Vergleichsverfahren eröffnet worden ist oder wenn der Bezogene auch nur seine Zahlungen eingestellt hat (Art. 43 Abs. 2 Nr. 2 WG). Bei Zahlungseinstellung kann der Inhaber indes nur Rückgriff nehmen, nachdem der Wechsel dem Bezogenen zur Zahlung vorgelegt und Protest erhoben worden ist (Art. 44 Abs. 5 WG). Der Protesterhebung bedarf es hingegen nicht, wenn über das Vermögen des Bezogenen Konkurs oder das gerichtliche Vergleichsverfahren eröffnet worden ist. In diesem Falle genügt zur Ausübung des Rückgriffsrechts, daß der gerichtliche Beschluß über die Eröffnung des Konkurses oder des gerichtlichen Vergleichsverfahrens oder dessen Bekanntmachung vorgelegt wird (Art. 44 Abs. 6 WG).

1. Das Berufungsgericht ist der Ansicht des Klägers mit Recht nicht gefolgt, der nach §§ 11, 12, 59 VerglO ergangene Beschluß des Amtsgerichts Köln vom 25. Juni 1970 sei der Eröffnung des Vergleichsverfahrens im Sinne von Art. 43 Abs. 2 Nr. 2 WG gleichzustellen. Das Vergleichsverfahren ist - ebenso wie das Konkursverfahren - erst in dem Zeitpunkt eröffnet, in dem der Richter den Eröffnungsbeschluß gemäß §§ 20, 21 VerglO unterzeichnet. Die Vergleichsordnung regelt ausdrücklich die Eröffnung des Verfahrens und versteht unter ihr nicht die Bestellung des vorläufigen Vergleichsverwalters nach § 11 VerglO, sondern den in §§ 20, 21 VerglO vorgesehenen gerichtlichen Eröffnungsbeschluß (BGHZ 50, 242, 245, 246). Es ist kein Grund ersichtlich, unter dem Begriff "Eröffnung des Vergleichsverfahrens" in Art. 43 Abs. 2 Nr. 2 WG etwas anderes zu verstehen als die Vergleichsordnung damit meint. Die Zulassung des Rückgriffs vor Verfall nach Eröffnung des Konkurs- oder gerichtlichen Vergleichsverfahrens über das Vermögen des Bezogenen unter Verzicht auf Vorlage des Wechsels zur Zahlung und Protesterhebung beruht auf der

Erwägung des Gesetzgebers, daß in diesen Fällen die Zahlungsunfähigkeit des Bezogenen "gesetzmäßig" festgestellt wird (vgl. Hupka, Das Einheitliche Wechselrecht der Genfer Verträge 1934 S. 110 ff), weil sie Voraussetzung für die Eröffnung des Konkurses und des gerichtlichen Vergleichsverfahrens ist (§ 102 KO, § 2 Abs. 1 Satz 3 VerglO). Ihr Vorliegen hat das Gericht bei der Entscheidung über die Eröffnung des Verfahrens zu prüfen, und bei Verneinung hat es die Eröffnung abzulehnen. Daß vor der Eröffnung des Verfahrens nicht von einer gesetzmäßig festgestellten Zahlungsunfähigkeit ausgegangen werden kann, zeigt sich unter anderem daran, daß der Schuldner bis zu diesem Zeitpunkt den Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens gemäß § 15

Abs. 2 VerglO jederzeit mit der Folge der Beendigung des Verfahrens zurücknehmen kann. Das Vergleichsvorverfahren, in dessen Rahmen der Beschluß des Amtsgerichts Köln vom 25. Juni 1970 ergangen ist, diente lediglich der Vorbereitung der Entscheidung des Vergleichsgerichts über die Eröffnung des Verfahrens, also auch der Entscheidung darüber, ob Zahlungsunfähigkeit vorlag. Dem kann nicht entgegengehalten werden, die zur Zeit des Inkrafttretens des Wechselgesetzes geltende Vergleichsordnung vom 5. Juli 1927 (RGBl. I S. 139) habe kein Vorverfahren gekannt, und dies nötige zu einer anderen Auslegung des in Art. 43 Abs. 2 Satz 2 verwendeten Begriffs der Eröffnung des Vergleichsverfahrens. Daran ist nur richtig, daß das Vorverfahren der Vergleichsordnung vom 5. Juli 1927 auf die Behebung entschuldbarer Antragsmängel und die Entscheidung über den Vergleichsantrag nach Anhörung der amtlichen Berufsvertretung beschränkt war (vgl. Bley/Mohrbutter, Vergleichsordnung 3. Aufl. § 11 Anm. 1), also nicht die Bestellung eines vorläufigen Verwalters und Sicherungsmaßnahmen vorsah. Dies rechtfertigt aber

keine andere Beurteilung der Rechtslage. Der Kläger übersieht, daß nach § 106 KO schon immer in der Zeit zwischen Konkursantrag und der Entscheidung darüber vorläufige Maßnahmen getroffen werden konnten, um die Verkleinerung der Masse durch Rechtshandlungen des Gemeinschuldners und Vollstreckungsmaßnahmen einzelner Gläubiger im Interesse der Gesamtheit der Konkursgläubiger zu verhindern (vgl. Mentzel/Kuhn, Konkursordnung 7. Aufl. § 106 Anm. 1). Hätte der Gesetzgeber des Wechselgesetzes den Rückgriff vor Verfall schon bei Anordnung von Sicherungsmaßnahmen vor Konkurseröffnung gewähren wollen, hätte er in Art. 43 Abs. 2 Nr. 2 WG nicht auf die Eröffnung des Verfahrens, auf die es nach richtiger Auffassung allein ankommt, abgestellt (vgl. Baumbach/Hefermehl, Wechsel- und Scheckgesetz 11. Aufl. Art. 43 WG Anm. 7; Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht S. 773; Quassowski/Albrecht, Wechselgesetz Art. 43 Anm. 9; Staub/Stranz, Wechselgesetz 13. Aufl. Art. 43 Anm. 20 a; Rilk, Das Wechselgesetz Art. 43 Anm. III). Daraus ergibt sich, daß die Einführung eines dem Verfahren der Konkursordnung entsprechenden Vorverfahrens in der Vergleichsordnung vom 26. Februar 1935 (RGBl. I S. 321) nichts daran geändert hat, daß nur die Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens den Rückgriff vor Verfall ermöglicht.

2. Das Berufungsgericht hat die Zahlungseinstellung des Bezogenen gemäß Art. 43 Abs. 2 Nr. 2 WG bejaht. Nach seiner Ansicht scheitert der Rückgriff gegen die Beklagte aber daran, daß die Wechsel entgegen Art. 44 Abs. 5 WG der Zahlstelle und nicht dem Bezogenen selbst zur Zahlung vorgelegt worden sind. Dem vermag die Revision nichts Entscheidendes entgegenzusetzen. Die Ansicht des Berufungsgerichts steht im Einklang mit der einhelligen Auffassung im Schrifttum. Danach muß der Protest mangels Zahlung, der für den Rückgriff vor Verfall wegen

Zahlungseinstellung gemäß Art. 44 Abs. 5 WG notwendig ist, stets beim Bezogenen und gegen diesen erhoben werden, auch wenn im Wechsel eine Zahlstelle (Art. 4, 27 WG) benannt ist. Der Senat schließt sich dieser Rechtsauffassung an. Daß der Protest beim Bezogenen und nicht bei der Zahlstelle zu erheben ist, entspricht dem Wortlaut des Art. 44 Abs. 5 WG und ist auch sachgemäß. Vor Verfall kann nicht erwartet werden, daß der Bezogene für die Einlösung des Wechsels Deckung außerhalb seiner geschäftlichen Niederlassung, insbesondere bei einer Zahlstelle, bereitgestellt hat. Überdies ist die Zahlstelle dem Bezogenen gegenüber, der bei Zahlung vor Verfall auf eigene Gefahr handelt (Art. 40 Abs. 2 WG), nicht befugt darüber zu entscheiden, ob vor Verfall bezahlt werden soll (vgl. Jacobi aaO S. 779; Stranz aaO Art. 44 Anm. 17; Staub/Stranz aaO Art. 44 Anm. 24 m. w. N.; Lenhoff, Einführung in das Einheitliche Wechselrecht S. 32).

Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte prüfen müssen, ob nicht in entsprechender Anwendung von Art. 44 Abs. 6 WG die Vorlage eines Gerichtsbeschlusses über die Bestellung des vorläufigen Vergleichsverwalters und die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen gemäß §§ 11, 12 VerglO einem Protest nach Art. 44 Abs. 5 WG gleichzuachten sei, weil dieser Beschluß den Antrag des Vergleichsschuldners auf Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens und damit dessen Erklärung der Zahlungsunfähigkeit voraussetze. Dem kann nicht gefolgt werden. Der Rückgriff vor Verfall ist nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut nur bei Zahlungseinstellung des Bezogenen zulässig. Die bloße Erklärung des Schuldners, daß er zahlungsunfähig sei, reicht dafür nicht aus. Überdies ist Zweck der Vorschrift des Art. 44 Abs. 5 WG, worauf die Revision zutreffend hinweist, die Voraussetzungen

des Rückgriffs vor Verfall einfach und klar festzustellen (Baumbach/Hefermehl aaO Art. 44 Anm. 7). Dem würde die Gleichstellung eines Gerichtsbeschlusses, der im Vergleichsvorverfahren ergangen und, wie sich aus den Ausführungen unter II Abs. 1 ergibt, keine gerichtliche Feststellung der Zahlungsunfähigkeit voraussetzt, mit dem in Art. 44 Abs. 5 WG verlangten Protest beim Bezogenen widersprechen.

Aus alledem folgt, daß dem Rechtsvorgänger des Klägers kein Rückgriffsrecht gegen die Beklagte zustand und der Kläger demgemäß keinen Anspruch durch die Abtretung erwerben konnte.

Stimpel

Dr. Schulze

Fleck

Dr. Tidow

Bundschuh