

## 19. Zur Auslegung des §. 168 R.D.

I. Civilsenat. Urtheil v. 7. November 1891 in S. Cr. & Comp.  
(Rl.) w. W. (Bekl.) Rep. I. 199/91.

- I. Landgericht I Berlin.  
II. Kammergericht daselbst.

Die Klägerin hatte gegen W. eine Forderung für gelieferte Waren und für eine Geschäftseinrichtung, die sie ihm geliehen hatte, die aber von ihm verkauft worden war. Nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des W. schloß sie nach ihrer Behauptung mit dem Beklagten, einem Schwager des W., ein Abkommen, durch das sie sich verpflichtete, von der strafgerichtlichen Verfolgung des W. abzusehen, der Beklagte aber als selbstschuldnerischer Bürge die Zahlung von 50 Prozent der Warenforderung und der vollen Forderung für die Geschäftseinrichtung nebst einem Zinsenpauschquantum mit der Bestimmung übernahm, daß die Klägerin sich abrechnen lassen müsse, was sie bei einer Verteilung der Konkursmasse oder im Falle eines Zwangsvergleiches erhalten würde. Der Konkurs wurde demnächst durch Zwangsvergleich, gegen den die Klägerin stimmte, beendet. Der Zwangsvergleich gewährte den Gläubigern etwa 25 Prozent unter Bürgschaft. Die Klägerin nahm darauf den Beklagten auf Grund des Abkommens auf Zahlung des Restes ihrer Forderungen in Anspruch.

Die Klage ist in den Instanzen abgewiesen und die eingelegte Revision zurückgewiesen worden aus nachfolgenden

## Gründen:

„Der Berufungsrichter geht davon aus, daß der Beklagte durch das von der Klägerin behauptete Abkommen im Laufe des Konkursverfahrens für den Fall der Beendigung des Konkurses (sei es ohne Verteilung der Masse oder durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich) die selbstschuldnerische Bürgschaft in Höhe des vollen Betrages der einen und in Höhe von 50 Prozent der anderen Forderung der Klägerin an den Gemeinschuldner übernommen habe, daß dies Abkommen gültig sein würde, wenn der Konkurs ohne Zwangsvergleich durch Schlußverteilung beendet wäre, daß es aber, nachdem der Konkurs durch Zwangsvergleich beendet worden, nach §. 168 R. D. nichtig sei, da es auch für diesen thatsächlich eingetretenen Fall ge-

geschlossen sei und dem Kläger gegenüber den anderen Konkursgläubigern eine von diesen nicht bewilligte, von Anfang an beabsichtigte Bevorzugung gewähre.

Die Angriffe, welche die Revision dagegen erhebt, konnten nicht für begründet erachtet werden.

Nach dem Abkommen sollte die Klägerin sich abrechnen lassen, was sie bei einer Verteilung der Masse oder im Falle eines Zwangsvergleiches gezahlt erhalten würde. Was der Beklagte ihr schuldete, ergab sich erst mit der Beendigung des Konkurses, sei es durch Schlußverteilung, sei es durch Zwangsvergleich oder Einstellung des Verfahrens (§§. 149. 160 flg. 188 flg. R.D.). Es ist deshalb nicht richtig, daß das Abkommen ohne Rücksicht auf die Gestaltung des Konkursverfahrens abgeschlossen ist. Die rechtliche Bedeutung eines Abkommens im Konkurse, durch welches sich der Konkursgläubiger einen Dritten als Schuldner oder Mitschuldner und durch diesen eine Befriedigung verschafft, welche er als Konkursgläubiger nicht erhalten haben würde, während er den Dritten in die Lage versetzt, als Konkursgläubiger aufzutreten, braucht deshalb nicht erörtert zu werden. Dieser Fall liegt nicht vor.

Daß die Klägerin durch das Abkommen den anderen Konkursgläubigern und den Rechten, welche sie durch den Zwangsvergleich erhielten, gegenüber objektiv bevorzugt ist, erhellt, obwohl der Inhalt des Zwangsvergleiches in den Instanzen, was hätte geschehen sollen, nicht erörtert ist, daraus, daß die Klägerin unstreitig aus dem Zwangsvergleiche etwa 25 Prozent ihrer Forderungen zu beanspruchen hat, während das Abkommen ihr teils volle Befriedigung, teils 50 Prozent ihrer Forderungen zusichert. Daß diese Bevorzugung von den Parteien gewollt ist, daß sie hat eintreten sollen, was die Revision vermißt, kann überhaupt nicht in Frage gezogen werden. Denn das Abkommen bestimmt, daß die Klägerin von dem Betrage sich abrechnen lassen müsse, was sie im Falle eines Zwangsvergleiches gezahlt erhalten würde. Der Beklagte verpflichtete sich für den Fall der Beendigung des Konkurses durch Zwangsvergleich nur in Höhe dessen, was die Klägerin durch den Zwangsvergleich nicht erhalten würde. Das zeigt aber, daß die Parteien schon bei dem Abkommen den Fall ins Auge gefaßt, wenn nicht schon als sicher vorausgesetzt haben, daß die Klägerin durch den Zwangsver-

gleich weniger erhalten würde, als was das Abkommen ihr gewährte, und gewollt haben, daß die Klägerin das Mehr erhielt.

Dies genügt zur Anwendung des §. 168 Abs. 2 R.D. Die Ausführung der Revision, der Abschluß des Zwangsvergleiches müsse zur Bedingung des Abkommens gemacht werden, hier sei das Abkommen ohne jede Rücksichtnahme auf den Zwangsvergleich abgeschlossen und dem Beklagten nur vorbehalten, die Ergebnisse des Konkursverfahrens in Betracht zu ziehen, ist unhaltbar.

Nach §. 168 R.D. soll der Vergleich allen nicht bevorrechteten Konkursgläubigern gleiche Rechte gewähren, eine ungleiche Bestimmung der Rechte nur mit ausdrücklicher Einwilligung der zurückgesetzten Gläubiger zulässig sein. Das Ergebnis der Ungleichheit der Rechte soll auch dadurch nicht erreicht werden, daß der Gemeinschuldner oder andere Personen hinter dem Rücken der anderen Gläubiger mit einzelnen Gläubigern ein Abkommen schließen, durch welches diese bevorzugt werden sollen. Das Gesetz erklärt ein solches Abkommen für nichtig.

Der gesetzgeberische Grund dieser Vorschrift ist klar. Nachdem der Vergleich im Konkurse zum Zwangsvergleiche erhoben ist, welcher auch nicht zugezogene und nicht zustimmende Gläubiger bindet, ist das Erfordernis gleicher Behandlung aller Gläubiger ein Erfordernis der Gerechtigkeit und der Billigkeit. Der Zwang zum Vergleiche hat eine innere Berechtigung nur, wenn der Vergleich das gemeinsame Interesse aller Gläubiger wahrt (§. 173 Abs. 1 Ziff. 2 R.D.), und jeder Gläubiger durch den Vergleich dasselbe erhält. Ob das gemeinsame Interesse aller Gläubiger gewahrt ist, vermögen an erster Stelle die Gläubiger selbst am besten zu beurteilen, und es ist anzunehmen, daß es gewahrt ist, wenn die vom Gesetze (§. 179 a. a. D.) bestimmte Mehrheit der Gläubiger den Vergleich annimmt, daß es nicht gewahrt ist, wenn sie ihn verwirft. Aber diese Annahme fällt weg, wenn einzelne Gläubiger hinter dem Rücken der anderen durch Abkommen mit dem Gemeinschuldner oder mit Dritten sich Vorteile verschaffen lassen, welche andere Gläubiger durch den Vergleich nicht erhalten. Solche Gläubiger werden geneigt sein, für einen Vergleich zu stimmen, auch wenn er das gemeinsame Interesse nicht wahrt, weil ihr eigenes Interesse durch das Abkommen gewahrt und von dem Vergleiche nicht berührt wird.

Hierauf beruht die Vorschrift im Satz 3 des §. 168, welcher heimliche Abkommen dieser Art für nichtig erklärt. Sie setzt ein Abkommen voraus, welches der Einwilligung aller Gläubiger bedürfte, wenn es Inhalt des Vergleiches wäre, und das zum Inhalte des offen gelegten Vergleiches gemacht werden muß, weil es dieser Einwilligung bedarf. Jedes nicht offen gelegte Abkommen ist nichtig, welches neben dem Zwangsvergleiche gelten soll und die Einwilligung der anderen Gläubiger nicht erhalten hat, obwohl es dieser Einwilligung bedurfte. Das Abkommen muß deshalb in Verbindung mit und in Beziehung zu dem Zwangsvergleiche stehen. Aber darauf, ob das Abkommen auch für den Fall der Beendigung des Konkurses ohne Zwangsvergleich geschlossen und ob der Zwangsvergleich als Bedingung des Abkommens formuliert ist, kann es nicht ankommen. Hiervon ist das Reichsgericht bereits in seinem Urtheile vom 25. Juni 1886 in Sachen B. wider F. Rep. III. 10/86 ausgegangen. Der Umgehung des Gesetzes würden Thür und Thor geöffnet werden, wenn dem Abkommen, welches das Gesetz neben dem Zwangsvergleiche verbietet, dadurch Gültigkeit neben dem Zwangsvergleiche verschafft werden könnte, daß es nicht nur für den voraussehenden und vielleicht vorausgesehenen Fall des Zwangsvergleiches, sondern auch für den Fall der Beendigung des Konkurses auf anderem Wege abgeschlossen wird.

Auch auf das in den Instanzen ange deutete Motiv des Vergleiches kommt es nicht an. Der Grund der Nichtigkeit des Abkommens ist nicht die Bevorzugung eines Gläubigers mit Zurücksetzung der anderen allein. Diese läßt der §. 168 mit Einwilligung der zurückgesetzten Gläubiger zu. Die Einwilligung soll aber nicht umgangen werden. Ist das Abkommen von Anfang an nichtig, weil es eine Bevorzugung ohne Einwilligung der zurückgesetzten Gläubiger enthält, so kann die Nichtigkeit durch die nachträgliche Einwilligung beseitigt werden, nicht aber durch den Nachweis, daß der Vergleich durch die Begünstigung nicht zustande gebracht ist oder werden sollte, namentlich auch nicht durch den Nachweis, daß der begünstigte Gläubiger gegen den Vergleich gestimmt hat, wie hier unstreitig ist. Der §. 173 Abs. 1 Ziff. 1 R.D., welcher bestimmt, daß der Vergleich auf Antrag eines Konkursgläubigers zu verwerfen ist, wenn er durch Begünstigung eines Gläubigers zu-

stande gebracht ist, steht zwar ebenso, wie der §. 182 R.D. über die Anfechtung eines durch Betrug zustande gebrachten Vergleiches und die Strafvorschrift des §. 213 R.D. in innerer Beziehung zu dem §. 168 R.D. Der §. 168 Satz 3 hat aber seine selbständige Bedeutung als Schutzvorschrift gegen Benachteiligung der Gläubiger im Konkurse durch geheime Abkommen. Die Nichtigkeit solcher Abkommen ist absolut angedroht, weil sie das Zustandekommen eines Zwangsvergleiches beeinflussen können. Die Nichtigkeit ist nicht davon abhängig gemacht, daß das Abkommen den Vergleich zustande gebracht hat. Das Abkommen ist nichtig, auch wenn die Abstimmung des bevorzugten Gläubigers für oder gegen den Vergleich unwesentlich, der Vergleich auch ohne seine Zustimmung zustande gekommen wäre, selbst wenn der bevorzugte Gläubiger gar nicht mitgestimmt hat. Die absolute Nichtigkeit ist angedroht, um von geheimen Abkommen überhaupt abzuhalten, und weil die Frage, ob die nicht gehörten, zurückgesetzten Gläubiger bei Kenntnis von dem geheimen Abkommen eingewilligt haben würden, zu den verwickeltesten Untersuchungen führen müßte.

Wird hiervon ausgegangen, so ist die Anwendung des §. 168 auf den vorliegenden Fall gerechtfertigt. Die Klägerin war Konkursgläubigerin. Nach Eröffnung des Konkurses bot ihr der Beklagte, wie sie selbst vorträgt, ein Arrangement an. Das behauptete Abkommen sollte neben dem Zwangsvergleiche gelten. Es bevorzugte die Klägerin und sollte sie, wie dargelegt, bevorzugen. Die Einwilligung der anderen Gläubiger fehlt. Das Abkommen kann danach neben dem Zwangsvergleiche nicht geltend gemacht werden.“