

9. Setzt die Wichtigkeit eines Abkommens im Sinne des § 168 Satzes 3 R.D. lediglich eine objektive Bevorzugung eines einzelnen Gläubigers, oder auch das Bewußtsein der Bevorzugung auf Seiten eines Vertragsschließenden voraus?

III. Zivilsenat. Urtr. v. 25. Februar 1898 i. S. S. & L. (Rl.) w. Sch. (Wekl.). Rep. III. 351/97.

I. Landgericht Rudolstadt.

II. Oberlandesgericht Jena.

Die Klägerin hatte in dem am 28. März 1893 über das Vermögen der Firma A. St. & Co. in G. eröffneten Konkursverfahren eine Forderung von 4274 M angemeldet, die im Prüfungstermine vom 8. Juni 1893 anerkannt und als festgestellt in die Konkursstabelle eingetragen wurde. Der Beklagte stellte der Klägerin am 25. Juni 1893 folgende Urkunde aus: „Für den Ausfall, den die Firma S. & L. zu A. an dem Konkurse der Firma A. St. & Co. in G. erleidet, leiste

ich hiermit bergestalt selbstschuldnerische Bürgschaft, daß ich mich dazu verpflichte, wenn die Firma S. & L. die dem Kaufmann A. St. zugesagte Unterstützung durch Kreditierung von Waren, die in Kommission gegeben werden, gewährt, innerhalb 3 Jahre vom Tage der Feststellung des Ausfalls an, falls derselbe anderweitig nicht abgetragen sein sollte, als meine eigene Schuld an die Firma S. & L. zu bekennen und diese zu berichtigen.“ Die Beendigung des Konkursverfahrens erfolgte durch einen am 28. Juli 1893 gerichtlich bestätigten Zwangsvergleich, durch welchen den Konkursgläubigern 30 Prozent ihrer Forderungen zugesprochen wurden. Klägerin erhielt demgemäß 1282,20 *M* ausbezahlt. Wegen des angeblich nicht gedeckten Restes ihrer Forderungen von 2991,80 *M* nebst 5 Prozent Prozentsinsen nahm die Klägerin den Beklagten gerichtlich in Anspruch. Die Klage wurde in erster Instanz abgewiesen, und die Berufung der Klägerin durch das angefochtene Urteil zurückgewiesen. Die gegen dieses Urteil eingelegte Revision ist für begründet erachtet.

Aus den Gründen:

... „Es kann die Ansicht des Berufungsgerichtes, daß gemäß § 168 Satz 3 R.D. jedes ohne ausdrückliche Einwilligung der zurückgesetzten Gläubiger geschlossene Nebenabkommen, welches nur objektiv eine Bevorzugung enthält — ganz einerlei, ob die Absicht der Vertragsschließenden auf eine Bevorzugung ging, oder nicht — richtig sei, nicht gebilligt werden. Es ist allerdings eine Streitfrage, ob eine objektive Bevorzugung genügt, oder ob nicht wenigstens das Bewußtsein der Bevorzugung auf Seiten des Gemeinschuldners (bezw., wie in concreto, des dritten Kontrahenten) oder des Bevorzugten zu erfordern ist. Während von Petersen u. Kleinfeller (Konkursordnung 3. Aufl. S. 502) und von Mandry (Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze 3. Aufl. § 38 S. 360) die objektive Bevorzugung für genügend erachtet wird, wird von Endemann (Das deutsche Konkursverfahren S. 587/8), Fitting (Das Reichs-Concursrecht § 47 Anm. 16 S. 360), v. Wilimowski (Konkursordnung 5. Aufl. Bem. 4 S. 449/50) und Sarwey-Vossert (Konkursordnung 3. Aufl. § 168 Note 3 S. 787) das subjektive Bewußtsein der Bevorzugung erfordert. Der erkennende Senat schließt sich der letzteren Ansicht an. Schon der Wortlaut von § 168 Satz 3 R.D.: „Jedes andere Abkommen des Gemeinschuldners oder anderer Personen mit einzelnen Gläubigern,

durch welches diese bevorzugt werden sollen, ist nichtig“, spricht für diese Auslegung, und der bloße äußere Zusammenhang mit den beiden ersten Sätzen des § 168 R.D., wonach der Zwangsvergleich allen nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern gleiche Rechte gewähren muß, und eine ungleiche Bestimmung der Rechte nur mit ausdrücklicher Einwilligung der zurückgesetzten Gläubiger zulässig ist, ist kein Grund gegen jene Auslegung. Es ist deshalb nicht, wie das Berufungsurteil es thut, dahingestellt zu lassen, ob das Berufungsrecht bei Abschluß des Abkommens auf Seiten der Klägerin oder des Beklagten vorhanden war. Demgemäß ist das Berufungsurteil aufzuheben, und die Sache, welche zur Endentscheidung noch nicht reif ist, zur Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuberweisen.“ . . .