

11. Enthält § 181 Satz 3 R.D. ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 817 Satz 1 BGB.? Setzt dieser Paragraph einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot in dem Sinne voraus, daß ein subjektives Verschulden, eine verwerfliche Gesinnung des Übertreters des Gesetzes verlangt wird?

I. Zivilsenat. Urt. v. 4. Oktober 1909 i. S. Karl D. Konkurs (Bekl.)
w. M. Bank (Kl.). Rep. I. 889/08.

I. Landgericht Bochum.

II. Oberlandesgericht Hamm.

Der Kaufmann Gerhard D. stand mit der Klägerin in Geschäftsverbindung. Nachdem über sein Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden war, und die Klägerin ihre etwa 44 000 M. betragende Forderung angemeldet hatte, schloß sie am 17. September 1903 mit Gerhard D. und dessen Sohn Karl D. einen Vertrag, wonach sich dieser für die Verpflichtungen seines Vaters selbstschuldnerisch verbürgte und versprach, der Klägerin für einen Teil ihrer Forderung Wechsel auszustellen, die sein Vater akzeptieren sollte. An demselben Tage fand nach Abschluß dieses Vertrages eine Gläubigerversammlung statt, in der ein Zwangsvergleich mit $52\frac{1}{2}\%$ Dividende angenommen und vom Konkursgerichte bestätigt wurde. Die Klägerin beteiligte sich nicht an der Abstimmung und erhielt keine Dividende.

Auf die im Vertrage vom 17. September 1903 eingegangene Wechselschuld hatte Karl D. 5346 *M* gezahlt; es liefen aber noch drei Wechsel über 10 000, 5500 und 750 *M*, als auch über das Vermögen Karl D.'s das Konkursverfahren eröffnet wurde. Der Konkursverwalter bestritt diese von der Klägerin angemeldeten Wechselorderungen. Darauf erhob diese Klage auf Feststellung derselben. Der Beklagte beantragte Abweisung, weil der Vertrag vom 17. September 1903 gegen § 181 *R.D.* verstoße, und forderte im Wege der Widerklage die Erstattung der von Karl D. an die Klägerin gezahlten 5346 *M* nebst Zinsen.

Das Landgericht gab der Klage statt und wies die Widerklage ab. Auf die Berufung des Beklagten wies das Oberlandesgericht die Klage ab und beließ es bei der Abweisung der Widerklage. Die Revision des Beklagten hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

1. „Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen, weil es den Vertrag vom 17. September 1903 wegen Verstoßes gegen § 181 *R.D.* für nichtig erachtet. Seine Annahme, der Vertrag verletze diesen Paragraphen, weil er nicht bloß objektiv eine Bevorzugung der Klägerin vor den übrigen Konkursgläubigern enthalte, sondern auch die sämtlichen Vertragsgenossen sich dieser Bevorzugung bewußt gewesen seien, entspricht der in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannten Auslegung des § 181 *R.D.* (vgl. *Entsch. in Zivilf. Bd. 41 S. 42*), an der festzuhalten ist. Das Gesetz setzt ein Abkommen des Gemeinschuldners oder anderer Personen mit einzelnen Gläubigern voraus, „durch welches diese bevorzugt werden sollen“. Hierdurch ist klar zum Ausdruck gebracht, daß eine bloß objektive Bevorzugung nicht genügt. (Es folgt die Darlegung, daß beide Voraussetzungen zur Anwendung des § 181 *R.D.* festgestellt seien) . . .

Hiernach ist die Klage wegen Nichtigkeit des Vertrages vom 17. September 1903 mit Recht abgewiesen worden. . . .

2. Das Oberlandesgericht hat die Widerklage abgewiesen, weil die Rückforderung des von Karl D. infolge der Nichtigkeit jenes Vertrages ohne Rechtsgrund Gezahlten durch die Vorschrift des § 817 Satz 2 *B.G.B.* ausgeschlossen sei, da die Voraussetzungen des Satzes 1 dieses Paragraphen bei einem nach § 181 Satz 3 *R.D.* verbotenen Abkommen immer gegeben seien.

Hiergegen wendet sich die Revision mit der Rüge, zur Anwendung des § 817 BGB. genüge es nicht, wenn objektiv ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot vorliege, sondern dieses Gesetz treffe nur den, dem ein subjektives Verschulden, eine verwerfliche Gesinnung vorgeworfen werden könne; das sei bezüglich der Person des Karl D. nicht festgestellt. Die Rüge versagt. Der § 181 Satz 3 R.O. bezeichnet sich zwar nicht ausdrücklich als Verbotsgesetz; er enthält aber seiner Bedeutung nach ein Verbot jedes (ohne ausdrückliche Einwilligung der zurückgesetzten Gläubiger erfolgten) Abkommens des Gemeinschuldners oder anderer Personen mit einzelnen Gläubigern, wodurch diese bevorzugt werden sollen, bei Strafe der Nichtigkeit. Die Konkursordnung duldet ein solches Abkommen nicht, weil sie dessen Zweck — die Bevorzugung der einzelnen Gläubiger — verwirft. Das Verbot richtet sich gegen alle Beteiligten und wird daher sowohl durch die Annahme, wie durch die Hingabe der Leistung, die die Bevorzugung darstellt, verletzt. Insofern trifft die Voraussetzung zur Anwendung des § 817 BGB. — Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot auf seiten des Empfängers durch die Annahme, auf seiten des Leistenden durch die Gewährung der Leistung — auf jedes unter den § 181 Satz 3 R.O. fallende Sonderabkommen zu.

Streitig ist, ob es zur Anwendung des § 817 BGB. genügt, daß die Vertragsparteien den Zweck der Leistung gekannt haben, ohne daß ihnen der Verstoß gegen das gesetzliche Verbot oder die guten Sitten zum Bewußtsein gekommen zu sein brauche, oder ob sie auch dieses Bewußtsein gehabt haben müssen. In dem . . . Urteile vom 14. Oktober 1903 (Jur. Woch. 1904 S. 38 Nr. 5) hat der erkennende Senat in einem Falle, in dem der Kläger das aus verbotenen Börsentermingeschäften Geleistete zurückforderte, ausgesprochen, daß die Vorschriften des § 817 BGB. einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten in dem Sinne voraussetzen, daß ein subjektives Verschulden, eine verwerfliche Gesinnung verlangt werde. Es ist daher angenommen, daß der § 817 Satz 2 die Rückforderung nicht ausschließe, weil feststehe, daß dem Kläger die Verbotswidrigkeit der zugrunde liegenden Geschäfte nicht bekannt gewesen sei. An dieser Auslegung des § 817 kann jedoch, soweit der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot in Betracht kommt, nicht festgehalten werden. Zwar findet sich in den Motiven zu § 747 Entw. I BGB.,

der dem § 817 entspricht, die Bemerkung, daß die in der Annahme der Leistung sich kundgebende verwerfliche Gesinnung des Empfängers getroffen werden solle. § 747 setzt aber einen Verstoß gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung voraus. Seine Begründung darf die Auslegung des geltenden Gesetzes, das im Laufe der Beratungen der II. Kommission eine von dem Entwurf I. abweichende Fassung erhalten hat, um so weniger binden, als nicht jeder Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot den Rückschluß auf eine verwerfliche Gesinnung zuläßt, und der Wortlaut des § 817 BGB. in keiner Weise zum Ausdruck bringt, daß diese Gesinnung oder auch nur ein subjektives Verschulden überhaupt bei dem Verstoße gegen ein gesetzliches Verbot vorausgesetzt sei. Sein Wortlaut zwingt auch nicht zu der Auslegung, daß der Übertreter des Verbots dieses als solches erkannt haben müsse. § 817 ist daher schon dann auf ein unter § 181 Satz 3 RD. fallendes Sonderabkommen anzuwenden, wenn die Vertragspartei den Zweck des Abkommens kannte, obwohl sie nicht wußte, daß sie durch die Teilnahme am Vertrage gegen § 181 RD. verstoße.

Diese Voraussetzung trifft auf den vorliegenden Fall zu, da das Oberlandesgericht festgestellt hat, daß alle Teilnehmer am Vertrage vom 17. September 1903 (also auch Karl D.) das Bewußtsein gehabt hätten, daß der Klägerin eine Bevorzugung vor den übrigen Konkursgläubigern gewährt werde. Obwohl der Vertrag und damit auch die darin von Karl D. eingegangene Verbindlichkeit zur Ausstellung von Wechselfn nichtig war, so konnte Karl D. doch gemäß § 817 Satz 2 Halbsatz 2 das zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückfordern. Dieselbe Gesetzesvorschrift steht der Widerklage des Beklagten entgegen." . . .