

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 116/68

URTEIL

Verkündet am

29. Mai 1969

Schorm,
Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und
Arbeitslosenversicherung in M■■■■■, vertre-
ten durch den Präsidenten des Landesarbeitsam-
tes Niedersachsen/B■■■■■, H■■■■■, A■■■■■ D■■■■■ Straße ■■■■,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. ■■■■■ .

g e g e n

den Rechtsanwalt und Notar G ■■■■■ , L■■■■/Ostf■■■■■,
W■■■■ ■■■■, als Verwalter im Konkurs über das Vermögen der
Firma Jan F■■■■■, Bauingenieur, Wa■■■■■■■■■■ Nr. ■■■■,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■■■■■ -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. April 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Arndt, Dr. Beyer und Keßler

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Oldenburg vom 9. April 1968 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Revisionsrechtszuges zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin nimmt im Konkurs über das Vermögen der Firma Jan F., Bauingenieur, in Wa. (im folgenden: Gemeinschuldnerin) ein von dem Konkursverwalter bestrittenes Vorrecht wegen ihrer Forderung auf Rückzahlung von Darlehen in Anspruch, die sie der jetzigen Gemeinschuldnerin nach Maßgabe von § 143 b des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) in der Fassung des zweiten Änderungsgesetzes vom 7. Dezember 1959 - BGBl I 705 - und der Richtlinien des Verwaltungsrates der Klägerin zur Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft vom 16. September 1960 (BARbBl 1960, 641) in der Fassung vom 30. Oktober 1963 (BARbBl 1964, 41) zur Anschaffung von drei Baustellenwagen mit Zubehör gewährt hat.

Die Bewilligung der Darlehen im Gesamtbetrag von 8.500 DM erfolgte durch drei Bescheide der Klägerin, die 1964 und Anfang 1965 ergingen. Aufgrund dieser Bescheide schloß die Klägerin mit der jetzigen Gemeinschaftschuldnerin Darlehensverträge, auf welche in den Bewilligungsbescheiden Bezug genommen worden war. In den Verträgen hieß es u.a.:

"Zwischen der Bundesanstalt ... - als Gläubigerin - und der Firma Jan F. ... - als Schuldner - wird folgendes vereinbart:

(1) Die Gläubigerin stellt dem Schuldner ein Darlehen ... zur Verfügung.

(2) ...

§ 4

(1) Der Schuldner hat Rechnungen vorzulegen, die eine von ihm und der Lieferfirma handschriftlich unterzeichnete Erklärung enthalten, oder denen eine solche Erklärung beigelegt ist, daß mit ihrer Bezahlung das Eigentum an den Gegenständen lastenfrei von der Lieferfirma auf die Bundesanstalt übergeht und dieser gleichzeitig der Anspruch auf Herausgabe der dem Schuldner gelieferten Gegenstände abgetreten wird. Die Bundesanstalt überläßt die Gegenstände leihweise dem Schuldner. Nach Tilgung des Darlehens geht das Eigentum von selbst, ohne weitere Willenserklärung, auf den Schuldner über ...

§ 6

(1) ...

(2) Die Gläubigerin ist berechtigt, das Darlehen aus wichtigem Grunde unter gleichzeitiger Aufhebung des Bewilligungsbescheides ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen und die sofortige Rückzahlung zu verlangen; ...



§ 7

Die Gläubigerin kann die Herausgabe ihrer dem Schuldner geliehenen Gegenstände (§ 4) aus wichtigem Grunde verlangen; ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn der Schuldner

- a) ...
- b) ...
- c) in Konkurs gerät.

§ 10

Vertragsänderungen sind nur gültig, wenn sie schriftlich vereinbart werden"

Die gewährten Darlehen kamen alsbald zur Auszahlung. Am 14. Februar 1966 wurde über das Vermögen der Gemeinschuldnerin der Konkurs eröffnet. Durch Schreiben vom 21. Februar 1966, das dem Beklagten am 25. Februar 1966 zugestellt wurde, kündigte die Klägerin das restliche Darlehen. Zu dieser Zeit betrug die Forderung der Klägerin einschließlich der Zinsen 8.031,59 DM. Dieser Betrag wurde als bevorrechtigte Forderung gemäß § 61 Ziff. 3 KO zur Tabelle angemeldet. Durch den Verkauf der ihr zur Sicherheit übereigneten Baustellenwagen für die Klägerin ermäßigte sich die Konkursforderung auf 4.171,39 DM. Die Konkurstabelle wurde entsprechend berichtigt und die Forderung von dem Konkursverwalter ohne Vorrecht anerkannt.

Mit der Klage hat die Klägerin die Feststellung begehrt, daß der Widerspruch des Konkursverwalters gegen das von ihr beanspruchte Vorrecht nach § 61 Ziff. 3 KO für ihre Restforderung in Höhe von 4.171,39 DM unbegründet ist. Sie hat geltend gemacht: Unter Leistungen im Sinne von § 61 Ziff. 3 KO seien alle öffentlich-rechtlichen Ansprüche zu verstehen. Das der Gemeinschuldnerin gewährte Darlehen habe öffentlich-recht-

lichen Charakter, da es öffentlichen Zwecken diene, aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Bestimmung gewährt werde und auf einem Verwaltungsakt beruhe, die Klägerin eine Körperschaft des öffentlichen Rechts sei und die Mittel der Darlehensgewährung aus dem Beitragsaufkommen der Versicherungspflichtigen stammten.

Der Beklagte hat um Abweisung der Klage geboten und geltend gemacht: § 61 Ziff. 3 KO komme nicht in Betracht, da die Rückzahlung des Darlehens ausschließlich auf den Darlehensvertrag gestützt werde, der dem bürgerlichen Recht angehöre.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

In der Berufungsinstantz hat die Klägerin hilfsweise beantragt, die Sache an das zuständige Sozialgericht zu verweisen. Ihre Berufung ist erfolglos geblieben.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin in erster Linie ihren Verweisungsantrag, hilfsweise ihren Klageantrag weiter. Der Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die am 10. Juni 1968 eingelegte Revision ist rechtzeitig. Eine beglaubigte Abschrift des Berufungsurteils ist den Prozeßbevollmächtigten der Klägerin II. Instanz von Anwalt zu Anwalt wirksam erst am 14. Mai 1968 zugestellt worden. Allerdings ist dem Büro der Prozeßbevollmächtigten der Klägerin eine beglaubigte Abschrift des

Berufungsurteils zum Zwecke der Zustellung bereits am 30. April und am 10. Mai 1968 zugegangen. Nach der von der Revision beigebrachten eidesstattlichen Versicherung des Bürovorstehers Ah[REDACTED] vom 8. August 1968 ist jedoch in beiden Fällen die Urteilsabschrift von dem Bürovorsteher an den zustellenden Anwalt wegen angeblicher Mängel zurückgesandt worden, ohne daß der in der Sache für die Klägerin tätige Rechtsanwalt Fo[REDACTED] oder ein anderer Anwalt der Sozietät von dem Eingang der Urteilsabschrift und ihrer Zurücksendung Kenntnis bekommen haben. Erst bei dem dritten Zustellungsversuch am 14. Mai 1968 ist die Urteilsabschrift dem Rechtsanwalt Fo[REDACTED] von dem Büro vorgelegt und als Zustellung in Empfang genommen worden. Diese auch von der Gegenseite nicht bestrittene Darstellung wird durch den Umstand bestätigt, daß sich auf der zugestellten Urteilsabschrift ein von Rechtsanwalt Fo[REDACTED] unterschriebenes Empfangsbekenntnis befindet, welches das Datum vom 14. Mai 1968 trägt, während zwei weitere auf dem Urteil befindliche durchstrichene Zustellungsvermerke vom 29. April und 10. Mai 1968 von dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten, Rechtsanwalt E[REDACTED], herrühren. Hat Rechtsanwalt Fo[REDACTED] danach erst am 14. Mai 1968 von der Zustellung Kenntnis erlangt, so können die vor diesem Zeitpunkt erfolgten Zustellungsversuche die Revisionsfrist nicht in Lauf gesetzt haben. Wie der erkennende Senat im Anschluß an eine insoweit gefestigte Rechtsprechung entschieden hat (Urt. v. 22. März 1965 - III ZR 55/64 S.5), gehört zu einer wirksamen Zustellung nach § 212 a ZPO die Kenntnis des Rechtsanwalts von dem Zugang des zugestellten Schriftstücks; denn erst der diese Kenntnis voraussetzende Wille des Rechtsanwalts, das anerkanntermaßen in seinen Gewahrsam gelangte Schriftstück als zugestellt anzusehen, verleiht dem Vorgang die Zustellungs-

wirkung (BGHZ 14, 342, 345; 30, 335, 336; RGZ 156, 385, 387; 159, 83, 84). Auf den von der Revision hilfsweise gestellten Wiedereinsetzungsantrag braucht deshalb nicht eingegangen zu werden.

II.

1. Ist eine Konkursforderung im Prüfungstermin streitig geblieben, so kann der Gläubiger nach § 146 Abs. 1 KO die Feststellung der Forderung gegen den Bestreitenden betreiben. Das gilt auch im vorliegenden Fall, in dem zwar die Forderung dem Grund und der Höhe nach unbestritten ist, der Konkursverwalter jedoch den von der Klägerin für die Forderung nach § 61 Ziff. 3 KO in Anspruch genommenen Vorrang bestritten hat (vgl. Jaeger-Lent KO 8. Aufl. § 146 Rdn. 17 mit weiteren Nachweisen). Nach § 146 Abs. 2 Satz 1 KO ist auf die Feststellung im ordentlichen Verfahren Klage zu erheben. Diese Bestimmung sagt indes lediglich, daß die Feststellung nicht im Konkursverfahren zu betreiben ist. Sie bedeutet nicht, daß der Streit über die Feststellung ausschließlich im ordentlichen Rechtsweg, also vor den Zivilgerichten auszutragen ist. Nach § 146 Abs. 5 KO finden die Verfahrensvorschriften des § 146 Abs. 1 - 4 KO auf Forderungen, für deren Feststellung ein besonderes Gericht, eine Verwaltungsbehörde oder Verwaltungsgericht zuständig ist, entsprechende Anwendung. Diese Vorschrift geht also gerade davon aus, daß für bestimmte Forderungen der Feststellungsstreit nicht vor den Zivilgerichten, sondern in einem anderen Rechtsweg geltend zu machen ist. Wann der Streit über das Vorrecht einer Konkursforderung vor den Zivilgerichten auszutragen ist, ist in der Konkursordnung nicht ausdrücklich geregelt.

Die Bestimmung des Rechtsweges ist vielmehr aus den positiven Regeln anderer Verfahrensgesetze und den hierzu entwickelten allgemeinen Grundsätzen zu entnehmen. Hiervon geht auch das Berufungsgericht aus.

2. Das Berufungsgericht bejaht die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den Zivilgerichten mit im wesentlichen folgenden Erwägungen: Zwar ergebe sich die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs nicht schon daraus, daß es sich bei dem Streit um die Rangordnung im Konkurs um eine Frage des materiellen Konkursrechts handele. Das Vorrecht wohne der Forderung selbst inne und sei eine Eigenschaft derselben. Damit sei es in seinem Charakter von dem Charakter der Forderung abhängig und könne deshalb vor den Zivilgerichten grundsätzlich nur geltend gemacht werden, wenn auch die Forderung selbst im ordentlichen Rechtsweg geltend zu machen sei. Das sei hier der Fall, da der Rückforderungsanspruch aus den Darlehen, auf den sich das geltend gemachte Vorrecht beziehe, seiner Natur nach dem bürgerlichen Recht angehöre. Dem stehe nicht entgegen, daß die Darlehen aufgrund von Bewilligungsbescheiden, also aufgrund von Verwaltungsakten gewährt worden seien. Diese Verwaltungsakte betreffen nur das "Ob" der Darlehensgewährung, während die Abwicklung, das "Wie", in den Formen des Bürgerlichen Rechts und mit privat-rechtlicher Wirkung erfolgt sei.

III.

Im Ergebnis ist diesen Ausführungen zuzustimmen.

1. Neben dem Rechtsweg zu den Zivilgerichten, in den nach § 13 GVG grundsätzlich alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gehören, kommt im vorliegenden Fall nur der Rechtsweg zu den Sozialgerichten in Betracht. Die

Sozialgerichte entscheiden nach § 51 Abs. 1 SozGG unter anderem über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten in Angelegenheiten der Arbeitslosenversicherung und der übrigen Aufgaben der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung. Die Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft durch die Gewährung von Darlehen oder Zinszuschüssen für die Beschaffung von Geräten und Einrichtungen, um die Durchführung von Bauten in der Schlechtwetterzeit zu ermöglichen, ist als Maßnahme zur Verhütung und Beendigung der Arbeitslosigkeit (so der Vierte Abschnitt des AVAVG) durch § 143 b AVAVG dem Verwaltungsrat der Klägerin als Aufgabe zugewiesen. In Erfüllung dieser Aufgaben hat die Klägerin der jetzigen Gemeinschuldnerin die Darlehen gewährt, um deren Rückzahlung es im vorliegenden Fall geht.

2. Gleichwohl sind für den vorliegenden Rechtsstreit nicht die Sozialgerichte, sondern die Zivilgerichte zuständig.

Der Bundesgerichtshof (Urteile vom 11. Juli 1952 - I ZR 10/52 insoweit nicht in NJW 1952, 1256 abgedruckt vom 1. Oktober 1953 - III ZR 351/52 insoweit nicht in BGHZ 10, 312 abgedruckt; vom 15. Oktober 1953 - IV ZR 31/53 = NJW 1954, 31; vom 8. April 1954 - III ZR 349/52 insoweit nicht in BGHZ 13, 73 abgedruckt vom 28. November 1955 - III ZR 181/54 = BGHZ 19, 163/4; vom 23. Februar 1959 - III ZR 237/57 = NJW 1959, 987 = MDR 1959, 469) und ihm folgend der Bundesfinanzhof (Urt. vom 29. Juni 1965 - VI 13/64 S = NJW 1965, 2269) haben für einen Streit über das Konkursvorrecht von Steuerforderungen, die nach Grund und Höhe unstreitig sind, die Zuständigkeit der Zivilgerichte ungeachtet des Umstandes angenommen, daß für die Geltendmachung dieser Forderungen selbst der Finanzrechtsweg eröffnet ist. Das ist im wesentlichen damit begründet worden, es handele sich bei dem Vorrechtsstreit nicht um eine Abgabengo-

legenheit, sondern um Fragen des Vollstreckungsrechts im weiteren Sinne. Aus den gleichen Erwägungen, die dieser Rechtsprechung zugrunde liegen, hat der erkennende Senat den Zivilrechtsweg in einem Fall bejaht, in dem allein über das Konkursvorrecht von Forderungen auf rückständige Sozialversicherungsbeiträge gestritten wurde, obwohl ein Streit über die Forderung selbst nach § 51 SozGG zur Zuständigkeit der Sozialgerichte gehören würde (Urt. vom 16. Februar 1961 - III ZR 71/60 insoweit nicht in BGHZ 34, 293, wohl aber in WM 1961, 430 abgedruckt). Es kann dahinstehen, ob nach Maßgabe dieser Rechtsprechung auch im vorliegenden Rechtsstreit für die Bestimmung des Rechtswegs die Rechtsnatur der Darlehensforderung, für die das Konkursvorrecht festgestellt werden soll, ohne Bedeutung ist und die Zulässigkeit des Zivilrechtswegs schon daraus folgt, daß allein, über das Konkursvorrecht gestritten wird, oder ob der Vorrechtsstreit den Rechtsweg für den Streit über Grund und Höhe der Forderung selbst grundsätzlich teilt, der Rechtsweg also danach zu bestimmen ist, vor welche Gerichte der Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens gehört, für den die Klägerin das Vorrecht in Anspruch nimmt (so das Bundessozialgericht in BSGE 14, 40, 41 ff = NJW 1961, 1087 für Beitragsforderungen nach dem Kindergeldgesetz und in BSGE 25, 235 = MDR 1967, 340 für Beitragsforderungen einer Berufsgenossenschaft; ebenso das Bundesarbeitsgericht seit seinem Urteil in BAG 10, 310, 313 = NJW 1961, 847 für Vorrechtsstreitigkeiten bezüglich der unter die besondere Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitsachen fallenden Forderungen; vgl. dazu auch Jaeger/Weber KO 8. Aufl. § 146 Rdn. 20 S. 375, 376 und die dort angegebenen zahlreichen weiteren Nach-

weise; Mentzel/Kuhn KO 7. Aufl. § 146 Anm. 15). Denn auch im letzteren Fall wäre der Zivilrechtsweg für den vorliegenden Rechtsstreit eröffnet, da der Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens bürgerlich-rechtlicher Natur ist und ein Streit über ihn deshalb nach § 13 GVG ebenfalls im Zivilrechtsweg auszutragen wäre.

3. Zutreffend nimmt das Berufungsgericht allerdings an, daß die Gewährung des Darlehens durch die Klägerin nicht allein ein Rechtsgeschäft des bürgerlichen Rechts war, sondern zugleich einen Vorgang im Bereich des öffentlichen Rechts darstellte.

Die nach Maßgabe des Vierten Abschnitts C des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung zur Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft bereitzustellenden Mittel werden nicht zur Befriedigung erwerbswirtschaftlicher Bedürfnisse der Verwaltung eingesetzt, sondern zur Verhütung und Beendigung der Arbeitslosigkeit, also in Erfüllung sozialstaatlicher Pflichten. Der Einsatz öffentlicher Mittel zu diesem Zweck ist staatliche Hoheitsverwaltung, nicht fiskalische Verwaltung. Das Verfahren zur Gewährung dieser Mittel (als Darlehen, Zuschüsse, Schlechtwettergeld) ist durch die Bestimmungen des Gesetzes und die sie ergänzenden Richtlinien des Verwaltungsrats der Klägerin öffentlich-rechtlich geregelt. Durch den Antrag des Unternehmers auf Gewährung eines Darlehens nach § 143 b AVAVG wird ein Verwaltungsverfahren in Gang gesetzt, in dem der Antrag geprüft und behandelt wird. Dieser Teil des Verfahrens schließt mit der Bewilligung oder Ablehnung des Antrags ab. Der positive Ausgang dieses ersten Verfahrensabschnitts eröffnet den Weg in den zweiten Verfahrensabschnitt, innerhalb dessen die

eigentliche Finanzhilfe gewährt wird (Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater 1962, 62 ff). In dieser zweiten Stufe erfolgt der Abschluß des Darlehensvertrags zwischen dem kreditsuchenden Unternehmer und der Klägerin sowie die Auszahlung der Darlehensmittel.

Der organisatorischen Teilung, die sich aus der Natur der Sache ergibt und entwickelt, entspricht die rechtliche Einordnung. Die Entscheidung über den Antrag, d.h. die Bewilligung oder Ablehnung der Finanzhilfe, ist eine hoheitliche Entscheidung, ein Verwaltungsakt, und keine Willenserklärung des bürgerlichen Rechts. An die positive Entscheidung schließt sich als Vollzugs- oder "Erfüllungsgeschäft" (Ipsen aaO 66) die der Form nach gebotene zivilrechtliche Abwicklung durch Abschluß des Darlehensvertrags an. Hier begeben sich die Beteiligten auf den Boden des Privatrechts; die Beziehungen, die sich zwischen ihnen im Rahmen des Vollzugsgeschäfts ergeben, sind grundsätzlich privatrechtlicher Natur (vgl. BGH, Urt. v. 26. Juni 1961 - III ZR 84/60 = WM 1961, 1143; OVG Münster DVBl 1959, 665; BayVerfGH in NJW 1961, 163; Ipsen aaO; Maunz-Dürig GG Art. 1 Abs. 3 Anm. 137/8; Menger DÖV 1955, 587, 591; Schülo VVDStRL 11, 98; Wolff, Verwaltungsrecht III 1966, 221/2; Siebert in Festschrift für Niedermeyer 1953, 238; Schlichter DVBl 1966, 739).

4. Das bedeutet, daß entgegen der Ansicht der Revision auch der Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung der der jetzigen Gemeinschuldnerin gewährten Darlehen, für den die Klägerin ein Konkursvorrecht geltend macht, privatrechtlicher Natur ist.

Dem entspricht auch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, nach welcher das Darlehensverhältnis jedenfalls in solchen Fällen, in denen öffentliche Mittel von der Bewilligungsbehörde unter Zwischenschaltung eines Kreditinstituts gewährt werden, das den Darlehensvertrag mit dem Schuldner schließt und das Darlehen treuhänderisch verwaltet, grundsätzlich trotz des hoheitsrechtlichen Charakters des Bewilligungsverfahrens privatrechtlicher Natur ist und die Abwicklung dieses Darlehensverhältnisses sich deshalb insoweit in aller Regel nach Maßgabe und in den Formen des bürgerlichen Rechts vollzieht (vgl. BVerwGE 1, 308, 310; 7, 180, 181/313, 307, 310 ff; BVerwG in DVBl 1959, 665 und MDR 1968, 522 sowie JZ 1969, 69). Für die Rechtsnatur des Rückzahlungsanspruchs aus dem Darlehensverhältnis kann es aber dem Grundsatz nach keinen Unterschied machen, ob der Darlehensvertrag mit einem Kreditinstitut oder - wie im vorliegenden Fall - mit der Bewilligungsbehörde selbst geschlossen worden ist und ob die Rückzahlung demgemäß von einer Bank oder der Bewilligungsbehörde verlangt wird. So hat der Gesetzgeber in § 102 Abs. 2 des Wohnungsbau- und Familienheimgesetzes (Zweites Wohnungsbaugesetz) vom 27. Juni 1956/1. September 1965 - BGBl 1965 I 1617 - Streitigkeiten über Ansprüche aus den auf Grund der Bewilligung öffentlicher Mittel geschlossenen Verträgen als bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten angesehen ohne Rücksicht darauf, ob diese Verträge mit der Bewilligungsbehörde selbst oder einem Kreditinstitut geschlossen worden sind, während er für Streitigkeiten, die sich aus den Anträgen auf Bewilligung dieser Mittel ergeben, als öffentlich-rechtliche Streitigkeiten den Verwaltungsrechtsweg eröffnet hat.

Dem stehen auch nicht die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts entgegen, nach denen die Rückforderung eines nach dem Lastenausgleichsgesetz (LAG) oder dem Kriegsgefangenenentschädigungsgesetz (KgfGG) gewährten, notleidend gewordenen Darlehens durch die Bewilligungsbehörde selbst öffentlich-rechtlicher Natur sein kann (Urteile vom 23. Januar 1962 - III C 203.60 = BVerfGE 13, 307, 310 f; vom 31. Oktober 1962 - V C 64.62 = Buchholz 427/3 § 350 a LAG Nr. 7; vom 1. November 1967 - V C 125.66 = MDR 1968, 522). Auch diese Entscheidungen gehen davon aus, daß das Darlehensverhältnis grundsätzlich in privatrechtlichen Formen abzuwickeln ist. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts zeigt jedoch die besondere Ausgestaltung, die diese Ansprüche durch die genannten Gesetze erfahren haben, welche u.a. Bestimmungen über die Möglichkeit einer Verrechnung der Darlehen auf die (Haupt-) Entschädigung enthalten (§ 258 Abs. 1 LAG; § 28 KgfGG), daß die öffentlich-rechtlichen Beziehungen zwischen der Bewilligungsbehörde und dem Darlehensnehmer gegenüber dem Darlehensvertrag den Vorrang erhalten sollen, sobald der Darlehensvertrag durch Kündigung oder Erfüllung erlischt oder andere öffentlich-rechtliche Tatsachen (Umwandlung, Anrechnung) eintreten, die auf das Darlehen Einfluß haben. Die genannten Entscheidungen stellen auf die besonderen Regeln des Lastenausgleichsgesetzes und des Kriegsgefangenenentschädigungsgesetzes ab. Für die nach Maßgabe von § 143 b AVAVG gewährten Darlehen fehlt es an einer vergleichbaren Regelung, für welche eine Anwendung dieser Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in Betracht kommen könnte. Der erkennende Senat hat deshalb keinen Anlaß, sich insoweit mit den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts auseinanderzusetzen.

Es mag der Revision zugegeben werden, daß sich bei der Gewährung von Finanzhilfe durch die öffentliche Hand die aufgezeigte Zweiteilung des Gesamtvorgangs in ihrer rechtlichen Bedeutung und Auswirkung nicht immer streng durchführen läßt. Insbesondere ist es nicht ausgeschlossen, daß der öffentlich-rechtliche Charakter der Darlehensbewilligung auch für das Verhältnis der Beteiligten aus dem sogenannten Vollzugs- oder Erfüllungsgeschäft im Blick vor allem auf den Inhalt der sich hieraus ergebenden Rechte und Pflichten von Einfluß sein kann. Die öffentlich-rechtliche Beziehung, welche die Beteiligten im Bereich des ersten Verfahrensabschnitts, der Darlehensbewilligung, verbindet, findet nicht notwendig mit dem Erlaß des Bescheides ihr Ende; sie kann für die Beteiligten auch nach Auszahlung des Darlehens unter Umständen wieder zum Tragen kommen, wenn sich z.B. etwa ergibt, daß die Darlehensgewährung von dem kredit-suchenden Unternehmer durch falsche Angaben erschlichen worden ist und der Bewilligungsbescheid deshalb zurückgenommen bzw. widerrufen werden muß (vgl. dazu Urt. vom 11. März 1969 - III ZR 198/65 S. 15/6). Wo aber der Rückzahlungsanspruch seine Grundlage in den vertraglichen Beziehungen der Beteiligten hat, die nach Erlaß des Bewilligungsbescheids im zweiten Verfahrensabschnitt mit den Mitteln des Privatrechts ausgestaltet worden sind, muß der Anspruch seiner Natur nach als privatrechtlicher Anspruch beurteilt werden. Denn wenn sich die öffentliche Hand, sei es auch in Erfüllung öffentlicher Aufgaben, auf den Boden der Privatrechtsordnung begibt und sich der Mittel dieser Rechtsordnung bedient, muß sie sich auch nach der Privatrechtsordnung behandeln lassen.

5. Für einen solchen, allein das privat-rechtliche "Vollzugsgeschäft" betreffenden Rückzahlungsanspruch wird das von der Klägerin geltend gemachte Konkursvorrecht beansprucht. Dem steht nicht entgegen, daß der Darlehensvertrag aufgrund des Vermögensvorfalls des Darlehensschuldners durch die Kündigung seitens der Klägerin zum Erlöschen gebracht worden ist; denn die Kündigung wirkte nur für die Zukunft und berührte die sich aus dem Darlehensvertrag ergebenden privat-rechtlichen Beziehungen, die der Klägerin das Recht zur Kündigung vermittelten, nicht in ihrem Bestand.

6. Aus allem ergibt sich, daß die Klage zu Recht im Zivilrechtsweg erhoben worden ist.

IV.

1. Ein Konkursvorrecht nach § 61 Ziff. 3 KO verneint das Berufungsgericht mit im wesentlichen folgenden Erwägungen: Es könne dahinstehen, ob diese Vorschrift ebenso wie § 61 Ziff. 2 KO nur Leistungen mit Abgabencharakter betreffe. Denn das Vorrecht gelte jedenfalls nur für öffentlich-rechtliche Ansprüche, während der Rückzahlungsanspruch privat-rechtlicher Natur sei. Eine Einbeziehung solcher Forderungen in den Anwendungsbereich des § 61 Ziff. 3 KO mit Rücksicht darauf, daß die Aufgaben der öffentlichen Hand auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge seit Inkrafttreten der Konkursordnung erheblich gestiegen seien und es mit sich gebracht hätten, daß die öffentliche Hand sich auf diesem Gebiet der Gestaltungsform des privaten Rechts in einem vom Gesetzgeber damals nicht voraussehbaren Maße bediene, überschreite die Grenze der zulässigen Auslegung.

Auch diese Ausführungen sind frei von Rechtsfehlern.

2. Nach § 61 Ziff. 3 KO sind nur Forderungen wegen der nach Gesetz oder der Verfassung (d.h. nach der Satzung der forderungsberechtigten Kirchen, Schulen, öffentlichen Verbänden und Feuerversicherungsanstalten) zu entrichtenden Abgaben und Leistungen im Konkurs bevorrechtigt. Als bevorrechtigte Forderungen kommen danach nur öffentlich-rechtliche Ansprüche in Betracht (Jaeger-Lent KO 8. Aufl. § 61 Rdn. 25; Montzel-Kühn KO 7. Aufl. § 61 Anm. 69; Böhle-Stamschräder KO 8. Aufl. § 61 Anm. 6 b). Der Rückzahlungsanspruch, für den die Klägerin das Konkursvorrecht geltend macht, ist nach den vorstehenden Ausführungen demgegenüber privat-rechtlicher Natur. Zwar ist die Darlehensbewilligung durch Gesetz und Richtlinien der Klägerin geregelt. Damit hat aber nicht auch der Rückzahlungsanspruch seine Grundlage in Gesetz oder Verfassung im Sinne von § 61 Ziff. 3 KO; er beruht vielmehr allein auf dem zwischen der Klägerin und der jetzigen Gemeinschuldnerin geschlossenen Darlehensvertrag. Für Ansprüche aus solchen Verträgen steht der öffentlichen Hand ein Konkursvorrecht nicht zu.

Auch die Revision bezweifelt nicht, daß die Klägerin aus dem Wortlaut des § 61 KO das beanspruchte Konkursvorrecht nicht herleiten kann. Sie meint jedoch: Bei Inkrafttreten der Konkursordnung sei die Daseinsvorsorge im öffentlichen Recht weitgehend unbekannt gewesen. Erst später sei die öffentliche Hand gezwungen worden, die ihr übertragenen, gewaltig gestiegenen öffentlichen Aufgaben mit Mitteln des Privatrechts zu erfüllen. Dieser veränderten Situation müsse die Rechtsprechung Rechnung tragen und unter Berücksichtigung

des Grundsatzes der Sozialstaatlichkeit deshalb im Wege der Fortentwicklung des Rechts den § 61 KO an die neuen Gegebenheiten anpassen. Dem kann nicht gefolgt werden.

Der Revision ist zuzugeben, daß die Privilegierung des Staates und der öffentlichen Verbände u.s.w. durch § 61 Ziff. 2 und 3 KO, wie sich aus der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift ergibt, u.a. dem öffentlichen Interesse an staatlichem Schutz und staatlicher Fürsorge Rechnung tragen sollte und auf dem Gedanken mitberuht, daß die Hilfsquellen, deren der Staat zur Gewährung solchen Schutzes bedarf, vorzugsweise sichergestellt werden müssen (vgl. Hahn, Materialien zur Konkursordnung S. 239 ff). Im öffentlichen Interesse ist zwar auch der jetzigen Gemeinschuldnerin die Finanzhilfe durch die Klägerin gewährt worden. Andererseits ist bereits in den Motiven zur Konkursordnung hervorgehoben worden, daß nur dort, wo die Sicherstellung auf anderem Wege nicht erreicht werden könne, ein Konkursvorrecht gerechtfertigt sei, und deshalb grundsätzlich dort, wo sich der Staat auf den Boden der Privatrechtsordnung begeben, eine solche Privilegierung nicht zu erfolgen brauche, weil sich hier der Staat ebenso wie der Privatmann mit den Mitteln des Privatrechts (Pfandrechts, Bürgschaften u.s.w.) ausreichend absichern könne (vgl. Hahn aaO S. 240). Von dieser Möglichkeit hat auch die Klägerin im vorliegenden Fall Gebrauch machen können und durch die vereinbarte Sicherungsübereignung der mit den Darlehensmitteln beschafften Baustellenwagen Gebrauch gemacht.

Ergibt sich deshalb schon aus der Entstehungsgeschichte des § 61 KO nichts für eine Einbeziehung des Rückzahlungsanspruchs der Klägerin in den Anwendungsbereich des § 61 Ziff. 3 KO, so steht ferner vor allem der Umstand einer ausdehnenden Auslegung der Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus entgegen, daß jedes Konkursvorrecht eine Ausnahme vom Gebot der Gleichbehandlung aller persönlichen Gläubiger bildet. Deshalb sind die Regeln des § 61 Ziff. 1 - 5 KO eng auszulegen (so auch RGZ 62, 229, 231; 131, 137, 140; 135, 303, 307; RGJW 1927, 848/9; Jaeger-Lent KO 8. Aufl. § 61 Rdn. 1; Mentzel-Kuhn KO 7. Aufl. § 61 Anm. 6). Danach ist für eine entsprechende Anwendung des § 61 Ziff. 3 KO auf den vorliegenden Fall kein Raum.

3. Da das Berufungsurteil auch sonst einen Rechtsfehler zum Nachteil der Klägerin nicht erkennen läßt, erweist sich die Revision somit als unbegründet und muß mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen werden.

Dr. Pagendarm

Dr. Kreft

Dr. Arndt

Dr. Beyer

Keßler