

IV ZR 266/55

Verkündet
am 15. Februar 1956
Jodas, Justizangest.
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

47. 009

31

I m N a m e n d e s V o l k e s
In dem Rechtsstreit

des Vermessungsinspektors i.R. Theo H [REDACTED] in
D [REDACTED], Am P [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] in
[REDACTED] -

g e g e n

den Rechtsanwalt Dr. Hans H [REDACTED] in D [REDACTED]
[REDACTED], F [REDACTED]straße [REDACTED],
als Konkursverwalter über das Vermögen der Kauffrau Gerda
H [REDACTED] geb. V [REDACTED] in D [REDACTED], Am P [REDACTED],
Alleininhaberin der im Handelsregister nicht eingetragenen
Firma G.R. [REDACTED], Holzgroßhandlung, in D [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] in [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 8. Februar 1956 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter
Raske, Johannsen, Scheffler und Wüstenberg

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das
Urteil des 5. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts in Düsseldorf vom
22. Juli 1955 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revi-
sion zu tragen.

Von Rechts wegen

Haumling

Tatbestand:

Die geschiedene Frau Gerda R. [REDACTED] geb. V. [REDACTED], die jetzige Ehefrau des Beklagten und spätere Gemeinschuldnerin, die aus ihrer ersten Ehe zwei bei ihr lebende Kinder hatte, betrieb zuerst in Kastellaun und seit 1953 in Düsseldorf-Eller unter der Bezeichnung G.R. [REDACTED] V. [REDACTED] eine Holzgroßhandlung. Der Beklagte war bis zum 1. März 1951 in Kastellaun als Vermessungsbeamter tätig. Seit dem Jahre 1949 wohnte er dort als Untermieter bei den Eltern der Gemeinschuldnerin. Im Jahre 1950 begleitete er die Gemeinschuldnerin gelegentlich bei Holzeinkäufen, und im Laufe der folgenden Zeit wurde er von ihr mehr und mehr zu kaufmännischer Betätigung in ihrem Geschäft herangezogen.

Unter dem 28. November 1952 schloß der Beklagte mit der Gemeinschuldnerin zwei Verträge ab.

In dem ersten vermietete er ihr in dem in Düsseldorf-Eller, Am P. [REDACTED], gelegenes Einfamilienhaus - das er jedoch erst später, nämlich in der Zeit von Anfang 1953 bis Mai 1953, errichtete - als Wohnung für sie, ihre Kinder und einen Bediensteten alle Räume mit Ausnahme eines Zimmers, des Büros und der Garage. Der Mietvertrag wurde zunächst auf 10 Jahre mit Wirkung vom 1. Mai 1953 ab geschlossen und sollte dann kündbar sein, doch war in ihm bestimmt, daß er bis zum Zeitpunkt des Abwohnens der in ihm vorgesehenen Mietvorauszahlung nur im Einvernehmen beider Parteien gekündigt werden könne. Als monatlicher Mietzins waren 300,- DM vereinbart, von denen jeweils 200,- DM auf die geleistete Mietvorauszahlung anzurechnen waren. Der Vertrag enthielt ferner die folgende Bestimmung:

- 3 -

"Die Mieterin zahlt dem Vermieter:

1. DM 8.000 verlorenen Baukostenzuschuß,
2. DM 7.000 Baukostenzuschuß, der ... mit 200 DM monatlich angerechnet wird.

Dieser gesamte Betrag von DM 15.000 steht dem Vermieter ab 15.1.1953 zur Verfügung; er kann den ganzen Betrag oder Teilbeträge in der Höhe bis 15.000 DM ab 15.1.53 von der Mieterin abrufen."

Der zweite Vertrag betraf die Vermietung von zwei weiteren in dem Hause gelegenen Räumen an die Gemeinschaftschuldnerin; die als Büro und Garage benutzt werden sollten. Dieser Vertrag wurde mit Wirkung vom 1. Mai 1953 an zunächst auf ein Jahr geschlossen und sollte dann gekündigt werden können; als Mietzins war ein Betrag von monatlich 65,- DM vorgesehen.

Damit waren der Gemeinschaftschuldnerin mit Ausnahme eines Zimmers, das der Beklagte für sich behalten hatte, alle Räume in dem Einfamilienhaus vermietet. Die Mietvorauszahlung und den verlorenen Baukostenzuschuß leistete die Gemeinschaftschuldnerin in der Zeit vom 15. März 1953 bis zum 25. November 1953 in Raten an den Beklagten.

Am 8. Januar 1954 schlossen der Beklagte und die spätere Gemeinschaftschuldnerin (damalige geschiedene Frau R. geb. V. die Ehe. Am 5. März 1954 beantragte die Gemeinschaftschuldnerin, das gerichtliche Vergleichsverfahren über ihr Vermögen zu eröffnen. Der Antrag wurde jedoch abgelehnt, und am 18. März 1954 wurde das Konkursverfahren über ihr Vermögen eröffnet. Der Kläger wurde zum Konkursverwalter bestellt. Er kündigte den Mietvertrag über die Wohnung zum 31. Mai 1954, nachdem



die Gemeinschuldnerin die Miete für die Zeit bis zum 31. Januar 1954 entsprechend dem Mietvertrage an den Beklagten gezahlt hatte.

Der Kläger hat die Vereinbarung über den verlorenen Baukostenzuschuß und über die Mietvorauszahlung und die entsprechenden Leistungen der Gemeinschuldnerin auf Grund der Vorschriften der Konkursordnung angefochten. Er hat behauptet, es habe sich hierbei um unentgeltliche Verfügungen der Gemeinschuldnerin gehandelt, die in Wirklichkeit dem Beklagten unter dem Deckmantel eines Mietvertrages eine Schenkung habe machen wollen. Die Konkursgläubiger seien durch die Zahlungen benachteiligt worden. Dessen sei sich die Gemeinschuldnerin bei ihren seit 1950 steigenden geschäftlichen Verlusten bewußt gewesen, und auch der Beklagte habe die Vermögenslage der Gemeinschuldnerin und ihre mit der Zahlung verbundene Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, gekannt. Außerdem sei der Beklagte, nachdem das Mietverhältnis durch die Kündigung aufgelöst worden sei, rechtlos bereichert.

Der Kläger verlangt deshalb die Rückgewähr der Leistungen, die der Beklagte als verlorenen Baukostenzuschuß und Mietvorauszahlung erhalten hat, wobei er jedoch von der letzteren für die Zeit vom 1. Mai 1953 bis zum 31. Mai 1954 monatlich 200,- DM insgesamt also 2600 DM, absetzt.

Er hat im ersten Rechtszuge beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an ihn 12.400,- DM zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Er hat vorgebracht, er habe mittels des Baukostenzuschusses und der Mietvorauszahlung, die er von der Gemeinschuldnerin erhalten habe, einen Teil der Kosten für die Errichtung des Hauses bestritten. Diese hätten sich auf rund 38.500,- DM belaufen. Vereinbarungen über einen Baukostenzuschuß und eine Mietvorauszahlung, wie sie hier getroffen seien, seien allgemein üblich; auch die Höhe der von der Gemeinschuldnerin geleisteten Zahlungen habe das Maß des Üblichen nicht überschritten. Es sei nicht richtig, daß die Gemeinschuldnerin ihm, dem Beklagten, eine unentgeltliche Zuwendung habe machen wollen. Ihr Geschäft habe noch im Dezember 1953 einen Umsatz von 30.000,- DM und im Januar 1954 einen solchen von 40.000,- DM gehabt; an die Möglichkeit einer Gläubigerbenachteiligung habe sie bis dahin nicht gedacht. Gegen eine dem Kläger etwa doch zustehende Forderung rechne er, der Beklagte, mit dem ihm nach § 19 KO zustehenden Schadensersatzanspruch auf, sowie mit der Forderung auf Zahlung des rückständigen Mietzinses für die Zeit vom 1. Februar bis zum 31. Mai 1954 in Höhe von monatlich 165,- DM, insgesamt 660,- DM.

Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, an den Kläger 11.995,52 DM zu zahlen; im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Von den Kosten des Rechtsstreits hat es dem Beklagten 29/30, dem Kläger 1/30 auferlegt.

Der Beklagte hat Berufung mit dem Ziel der vollständigen Klagabweisung eingelegt. Er hat sein bisheriges Vorbringen wiederholt und ergänzt und vorgebracht, er sei durch die Zahlungen, die er erhalten habe, nicht mehr bereichert. Er habe nämlich das Haus

aufgeben müssen, weil er es nach dem Ausfall der Leistungen der Gemeinschuldnerin aus dem Mietvertrage, nicht mehr habe halten können.

Der Kläger ist dem Vorbringen des Beklagten entgegengetreten.

Das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten kostenpflichtig zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte sein Begehren, daß die Klage in vollem Umfang abgewiesen werde, weiter.

Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat den Klaganspruch, soweit er dem Kläger von dem Landgericht zuerkannt worden ist, auf Grund der Vorschriften über die Anfechtung von Rechtshandlungen im Konkurse als begründet angesehen. Es hat angenommen, daß die Zahlungen, die die Gemeinschuldnerin an den Beklagten in der Zeit vom 15. März 1953 bis zum 25. November 1953 auf Grund der Vereinbarung über die Mietvorauszahlung und den verlorenen Baukostenzuschuß leistete, unentgeltliche Verfügungen im Sinne des § 32 Nr 1 KO dargestellt hätten und diese innerhalb der in der Vorschrift vorausgesetzten Jahresfrist vorgenommen worden seien, und daß deshalb nach § 37 KO eine dementsprechende Rückgewährpflicht des Beklagten bestehe.

Die Angriffe, die die Revision dagegen erhebt, können im Ergebnis keinen Erfolg haben.

1. Mit Recht hat das Berufungsgericht nicht angenommen, daß die Anfechtbarkeit der Zahlungen der Gemeinschuldnerin aus § 32 Nr 2 KO hergeleitet werden könne, und es deshalb genüge, daß diese Zahlungen innerhalb von zwei Jahren vor der Konkurseröffnung erfolgt seien. Denn die genannte Vorschrift bezieht sich, wie schon ihr Wortlaut im Vergleich mit demjenigen des § 31 Nr 2 KO erkennen läßt, nur auf unentgeltliche Verfügungen, die zwischen Ehegatten während des Bestehens der Ehe vorgenommen sind, nicht dagegen auf solche der hier vorliegenden Art, die vor der Verheiratung der Beteiligten erfolgt sind (RGZ 76, 5; Jaeger KO 6./7. Aufl § 32 Anm 18; Mentzel-Kuhn KO 6. Aufl § 32 Anm 12). Doch sind die Verfügungen der Gemeinschuldnerin zum größten Teil innerhalb eines Jahres vor der Konkurseröffnung erfolgt, so daß insoweit die Anwendung des § 32 Nr 1 KO unter dem Gesichtspunkt des Ablaufs der Anfechtungsfrist keinen Bedenken begegnet.

Unzutreffend ist allerdings die Auffassung des Berufungsgerichts, daß sich die Einhaltung der Frist aus § 107 VerglO ergebe. Mit Recht weist die Revision darauf hin, daß dem Antrag der Gemeinschuldnerin auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens nicht stattgegeben wurde und die Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgte, ohne daß ein Vergleichsverfahren vorherging, und daß deshalb § 107 Abs 2 VerglO hier unanwendbar ist und der Tag der Konkurseröffnung der Ausgangspunkt für die Berechnung der Frist des § 32 Nr 1 KO bleibt (Bley VerglO 2. Aufl § 107 Anm 5; Böhle-Stamschräder VerglO 3. Aufl § 107 Anm 5; RGZ

139, 110 [112, 113] zu § 87 Abs 2 VerglO a.F.). Auch § 107 Abs 1 VerglO, der dem Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens denjenigen auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens für die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen gleichstellt, führt nicht weiter, denn der Zeitpunkt der Stellung des Konkursantrags spielt in den Fällen des § 32 Nr1 KO keine Rolle.

Da die Konkurseröffnung am 18. März 1954 erfolgte, können mithin solche unentgeltlichen Verfügungen nicht mehr nach dieser Vorschrift angefochten werden, die vor dem 18. März 1953 erfolgt sind. Die Vereinbarung über die Leistungen, die von dem Kläger angefochten werden, erfolgte nun allerdings nach dem nicht ernstlich bestrittenen und deshalb als richtig zugrunde zu legenden Vorbringen des Beklagten am 28. November 1952, also vor dem Beginn der Anfechtungsfrist. Maßgebend ist jedoch nicht der Zeitpunkt, in dem dieser Vertrag abgeschlossen wurde. Auch darauf, ob das Leistungsversprechen der Gemeinschuldnerin, um gültig zu sein, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedurfte, soweit in der "Mietvorauszahlung" und der Leistung des "verlorenen Baukostenzuschusses" in Wirklichkeit eine unentgeltliche Zuwendung an den Beklagten lag, kommt es nicht an (§ 117 Abs 2, § 518 Abs 1 S 1 BGB). In jedem Falle gilt im Sinne der Vorschriften über die Konkursanfechtung als maßgeblicher Zeitpunkt, in dem die benachteiligende Handlung vorgenommen worden ist, der Vollzug der unentgeltlichen Verfügung (Urteil des erkennenden Senats vom 11. November 1954 - IV ZR 64/54 - [26], in diesem Teil auszugsweise mitgeteilt BB 1955, 236; Jaeger § 32 Anm 3; Merkel-Kuhn § 32 Anm 2). Soweit die Zahlungen seitens der Gemeinschuldnerin nach dem 17. März 1953 erfolgten, lagen demnach in ihnen enthaltene unentgeltliche Zuwendungen innerhalb des von der Anfechtung erfaßten Zeitraums.

Vor dem Beginn der Jahresfrist des § 32 Nr 1 KO wurde nach dem vorgelegten unstreitigen Kontoauszug von der Gemeinschuldnerin eine einzige am 15. März 1953 vorgenommene Zahlung in Höhe von 350,- DM entrichtet. Diese würde deshalb als unentgeltliche Verfügung nicht mehr angefochten werden können. Hier ist jedoch von Bedeutung, daß der Kläger nicht die Rückgewähr des Gesamtbetrages der Leistungen der Gemeinschuldnerin in Höhe von 15.000 DM beansprucht, sondern unter Anrechnung auf die Miete davon 2.600 DM abgesetzt hat. Auf diese abgesetzte Summe sind sinngemäß die ersten Leistungen der Gemeinschuldnerin bis zu der ihr entsprechenden Höhe zu verrechnen, zunächst die Zahlung vom 15. März 1953 mit 350 DM, die mithin in dem eingeklagten Betrag von 12.400 DM nicht enthalten ist. Die hier als unentgeltliche Verfügungen angefochtenen Zahlungen fallen infolgedessen in vollem Umfang in die Jahresfrist.

2. Sie haben die Konkursgläubiger benachteiligt. An einer unmittelbaren Benachteiligung durch die Zahlungen selbst würde es allerdings fehlen, wenn die Gemeinschuldnerin zu der Zeit, als sie vorgenommen wurden, noch genügend Mittel zur Befriedigung ihrer Gläubiger hatte (RG Recht 1923 Nr 230; Jaeger § 29 Anm 46), worüber keine eindeutigen Feststellungen getroffen sind. Hier aber reicht eine mittelbare Benachteiligung aus (Jaeger § 32 Einleitung; Mentzel-Kuhn § 32 Anm 1). Sie lag jedenfalls im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht vor, da die Leistungen an den Beklagten die Zugriffsmöglichkeiten der Konkursgläubiger, die sich aus anderem Vermögen der Gemeinschuldnerin nicht mehr voll befriedigen konnten, verkürzt hatten und statt dessen keine Gegenleistung in das Vermögen der Gemeinschuldnerin gelangt war. Die Rechte aus dem

Mietvertrag, die sie erworben hatte, müssen hier schon deshalb außer Betracht bleiben, weil unentgeltliche Leistungen der Gemeinschuldnerin in Frage stehen, für die die der Gemeinschuldnerin gewährten Rechte aus diesem Vertrag nach den von dem Berufungsgericht getroffenen Feststellungen gerade kein Entgelt darstellen sollten und darstellten. Im übrigen weist das Berufungsgericht zutreffend darauf hin, daß die der Gemeinschuldnerin zustehenden Mietrechte für die Gläubiger nicht verwertbar waren (vgl. Roquette Mietrecht 4. Aufl. 163).

3. Die Annahme, daß es sich bei den Zahlungen der Gemeinschuldnerin an den Beklagten um unentgeltliche Verfügungen gehandelt habe, wird von dem Berufungsgericht wie folgt begründet:

Bereits bei der 1953 erfolgten Errichtung des Baues sei wegen der Mietverträge vom 28. November 1952 klar gewesen, daß das Haus in seinen wesentlichsten Teilen auf die Dauer von 10 Jahren von einem Mieter benutzt werden würde. Es dränge sich damit die Frage auf, welches Interesse der Beklagte an der Erstellung eines Einfamilienhauses gehabt haben könne, wenn er es sich nicht selbst habe nutzbar machen wollen. In Wirklichkeit habe der Beklagte im Einverständnis mit der Gemeinschuldnerin für diese, aber gleichzeitig auch für sich selbst eine Wohnung schaffen wollen. Schon zur Zeit des Abschlusses der Mietverträge habe für ihn festgestanden, daß er und die Mieterin demnächst Eheleute sein würden und die von der Gemeinschuldnerin gemietete Wohnung die eheliche Wohnung sein würde. Diese sei größer, als das bei den heutigen Wohnungsverhältnissen für 3 Personen - die Gemeinschuld-

nerin und ihre beiden Kinder - üblich sei, und sie habe bei einem monatlichen Mietzins von 300,- DM auch nicht den Vermögensverhältnissen der Gemeinschuldnerin entsprochen, deren Geschäftsverluste sich seit 1950 von Jahr zu Jahr gesteigert hätten, bis sie im Jahre 1953 die Summe von rund 105.000,- DM erreicht hätten. Daraus sei ersichtlich, daß auch die Gemeinschuldnerin mit dem Vertragsabschluß etwas anderes im Auge gehabt habe, als nur für sich und ihre beiden minderjährigen Kinder eine Wohnung zu erhalten. Sie habe die Heiratsabsichten des Beklagten gekannt und sei selbst bereit gewesen, mit ihm die Ehe einzugehen, wie die Tatsache der späteren Heirat zeige. Unter diesen Umständen müsse es, wenn man die für den Beklagten als Ehemann bestehende Verpflichtung in Betracht ziehe, den Aufwand für die eheliche Wohnung zu tragen, auffallen, daß es die Gemeinschuldnerin nicht nur übernommen habe, für 10 Jahre den verhältnismäßig hohen Mietzins für die Wohnung zu tragen, sondern daß sie sich auch noch zur Leistung einer Mietvorauszahlung und eines verlorenen Baukostenzuschusses in der Gesamthöhe von 15.000,- DM an den Beklagten, ihren zukünftigen Ehemann, verpflichtet habe. Selbst wenn sie wirtschaftlich besser als der Beklagte gestellt gewesen sei und auch mit Rücksicht auf ihre Kinder zu den Kosten der Wohnung beizutragen gehabt habe, so sei das doch keine hinreichende Begründung für diese ungewöhnliche Begünstigung des Beklagten. Daraus ergebe sich, daß die Abmachungen eine Vorteilsgewährung für den Beklagten enthalten hätten, der eine gleichwertige Gegenleistung auch nicht in etwa gegenübergestanden habe. Die auf Grund der Abmachungen von der Gemeinschuldnerin geleisteten Zahlungen seien daher unentgeltliche Verfügungen im Sinne des § 32 Nr 1 KO.

a) Die Revision rügt zunächst, daß das Berufungsgericht die den Vereinbarungen vom 28. November 1952 zugrunde liegenden tatsächlichen Verhältnisse unter Verletzung von Vorschriften des Verfahrensrechtes unrichtig beurteilt habe. Es habe die Behauptung des Beklagten übergegangen, der Konkursrichter und der Kläger seien sich bei der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Gemeinschuldnerin darüber einig gewesen, daß es sich um einen plötzlichen und unvorhergesehenen Zusammenbruch gehandelt habe, wie aus dem Fehlen von Steuerschulden und der bis zum letzten Tage einwandfrei erfolgten Buchführung hervorgehe. Der in dem angefochtenen Urteil erwähnte Verlust des Jahres 1953 sei für den Ende 1952 geschlossenen Vertrag unerheblich, und daß der Verlust des Jahres 1952 in Höhe von rund 42.000,- DM der Gemeinschuldnerin zur Zeit des Vertragsabschlusses erkennbar gewesen sei oder überhaupt schon bestanden habe, sei nicht festgestellt. Es lasse sich demnach nicht sagen, daß die Gemeinschuldnerin im Jahre 1952 bewußt einen Vertrag geschlossen habe, der über ihre Verhältnisse gegangen sei. Dabei habe das Berufungsgericht auch nicht berücksichtigt, daß die Wohnung nach dem Mietvertrage für die Gemeinschuldnerin, ihre Kinder und eine Bedienung bestimmt gewesen sei und daß die jetzt 16 und 18 Jahre alten Söhne während der Dauer des auf 10 Jahre geschlossenen Mietvertrages heranwachsen und besondere Schlafzimmer brauchen würden; die Wohnung sei deshalb nicht zu groß für die Bedürfnisse der Gemeinschuldnerin gewesen. Das Berufungsgericht habe es entgegen § 139 ZPO unterlassen, sich über das Alter der Kinder zu unterrichten. Schließlich habe das Berufungsgericht, das seine Feststellungen auf Aussagen stütze, die der Beklagte in einem anderen Rechtsstreit als Zeuge gemacht habe, nicht beachtet, daß

er bei dieser Gelegenheit bekundet habe, die Gemeinschuldnerin habe bis Ende 1953 keine Neigung zur Heirat gehabt. Damit habe das Berufungsgericht der Aussage einen völlig veränderten Sinn gegeben; denn wenn die Gemeinschuldnerin keine Neigung gehabt habe, den Beklagten zu heiraten, habe dieser bei Abschluß des Vertrages nicht davon ausgehen können, daß es sich um die künftige Ehe-
wohnung handele.

Die Rügen sind unbegründet.

Zwar kann der hohe geschäftliche Verlust, den die Gemeinschuldnerin im Jahre 1953 erlitt, für den Abschluß der Verträge vom 28. November 1952 noch nicht maßgebend gewesen sein; und es ist auch nicht sicher, ob die Höhe des im Jahre 1952 eingetretenen Verlustes zur Zeit des Vertragsabschlusses bereits voll zu übersehen war. Trotzdem konnte das Berufungsgericht angesichts der Verluste, die sich nach dem unbestrittenen Vortrag des Klägers in den Jahren 1950 und 1951 ergeben hatten (1950 rund 1.900,- DM, 1951 rund 27.700,- DM), annehmen, daß das Geschäft bereits längere Zeit vor dem Vertragsschluß zurückging und die Gemeinschuldnerin schon damals erkannt hatte, daß die Anmietung fast eines ganzen Hauses, das im wesentlichen Wohnbedürfnissen dienen sollte, wirtschaftlich für sie nicht vertretbar war. Der erhebliche Verlust des Jahres 1953 in Höhe von rund 105.000,- DM bestätigte dies nachträglich; nur so ist der in dem angefochtenen Urteil enthaltene Hinweis auf ihn zu verstehen. Unerheblich ist es in diesem Zusammenhang, daß der völlige wirtschaftliche Zusammenbruch nach der Behauptung des Beklagten überraschend eingetreten und dies vom Konkursrichter und Kläger bestätigt worden sein soll. Auch wenn das zutrifft, spricht es nicht dagegen, daß

der über die Wohnung geschlossene Mietvertrag ersichtlich die wirtschaftlichen Verhältnisse der Gemeinschuldnerin überstieg; darauf brauchte das Berufungsgericht nicht besonders einzugehen. Es kann der Revision auch nicht zugegeben werden, daß die Gemeinschuldnerin die große Wohnung wegen der von ihr benötigten Bedienung und wegen des Heranwachsens der Söhne gebraucht hätte. Das Berufungsgericht hatte keine Veranlassung, darüber durch Ausübung des Fragerechts nähere Erkundigungen einzuziehen. Es ist ferner ohne Rechtsverstoß zu der Überzeugung gelangt, daß die Verträge vom 28. November 1952 sowohl von dem Beklagten wie von der Gemeinschuldnerin im Hinblick auf die von beiden in Aussicht genommene Heirat geschlossen wurden. Richtig ist, daß der Beklagte in dem Rechtsstreit, in dem er als Zeuge vernommen wurde, unter Eid ausgesagt hat, Ende 1952 habe er die ernste Absicht gehabt, die Gemeinschuldnerin zu heiraten, diese habe damals jedoch noch nicht gewollt, über die Gestaltung der Ehe hätten sie sich erst etwa Ende 1953 Gedanken gemacht, da bis dahin bei der Gemeinschuldnerin noch keine Neigung zur Heirat bestanden habe. Dafür, daß das Berufungsgericht diesen Teil der Aussage des Beklagten übersehen hat, bestehen jedoch keine Anhaltspunkte. Aus der Aussage brauchte das Berufungsgericht nicht zu entnehmen, daß die Gemeinschuldnerin um die Zeit des Vertragsschlusses einer Heirat mit dem Beklagten ablehnend gegenübergestanden habe. Wenn der Beklagte auch in dem vorliegenden Rechtsstreit als Partei weitergehende Behauptungen aufgestellt hatte, so konnten seine verantwortlichen Bekundungen in Verbindung mit den gesamten sonstigen Umständen auch dahin gewürdigt werden, daß die Gemeinschuldnerin den Zeitpunkt der Heirat hinausschieben

wollte, oder daß sie mit der Durchführung ihres mehr oder weniger festen Heiratsentschlusses zögerte; sie schlossen nicht notwendig aus, daß bei den Vereinbarungen vom 28. November 1952 der Gedanke an die Eheschließung auch bei der Gemeinschuldnerin eine maßgebende Rolle spielte.

b) Die Revision wendet sich weiter gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, daß der Beklagte durch die Zahlung der 15.000,- DM in ungewöhnlicher Weise begünstigt worden sei und der Vertrag ihm einen Vorteil gewährt habe, dem keine Gegenleistung gegenübergestanden habe. Baukostenzuschüsse als Gegenleistungen für den Abschluß von Mietverträgen und Mietvorauszahlungen seien auch in der hier in Betracht kommenden Größenordnung üblich geworden. Da der Beklagte mit jedem Dritten den gleichen Vertrag habe schließen können, sei objektiv von dem Fehlen einer Gegenleistung und damit einer Unentgeltlichkeit keine Rede. Auch subjektiv hätten die Beteiligten den Gegenwert als gleichwertig angesehen. Das sei ohne weiteres anzunehmen, wenn zur Zeit des Vertragsschlusses eine Eheschließung noch nicht als reale Möglichkeit gesehen worden sei, weil dann kein Grund bestanden habe, der Gemeinschuldnerin eine Gegenleistung zu ersparen, die von jedem Dritten zu erhalten gewesen und so selbstverständlich sei, daß auch die ein Bauvorhaben beleihenden Stellen ohne weiteres mit derartigen Zuschüssen rechneten. Doch auch wenn man davon ausgehe, daß die Heirat damals beschlossene Sache gewesen sei, widerspreche die Annahme des Berufungsgerichts der Lebenserfahrung. Mit der Heirat habe sich der Wohnbedarf des Beklagten durch das Hinzukommen der

Ehefrau und insbesondere ihrer beiden Kinder vergrößert, ebenso durch einen mit dem Geschäft der Ehefrau verbundenen gewissen Repräsentationsbedarf, wie er sich aus Hausbesuchen von Lieferanten und Kunden ergebe. Es sei nicht Sache des Beklagten gewesen, für diese Zwecke Mittel zu beschaffen. Wenn er eine entsprechende Wohnung bereitgestellt habe, habe er dafür die übliche Gegenleistung erwarten können.

Auch diese Darlegungen rechtfertigen es nicht, das angefochtene Urteil aufzuheben. Daß Mietvorauszahlungen und die Leistung von Baukostenzuschüssen weithin üblich sind, ist unbestreitbar; dabei kann es dahinstehen, ob der Beklagte es von einem unbeteiligten Dritten erreicht haben würde, daß dieser ihm bei Vereinbarung eines nach 10 Jahren kündbaren Mietverhältnisses außer einer Mietvorauszahlung von 7.000,- DM einen sogenannten verlorenen Baukostenzuschuß von 8.000,- DM gegeben hätte. Entscheidend ist, wie auch die Revision nicht verkennet, die subjektive Einstellung der Beteiligten. Daß diese das Geschäft als unentgeltliches wollten, was die Vorauszahlung der Miete und den verlorenen Baukostenzuschuß betrifft, hat das Berufungsgericht rechtlich einwandfrei festgestellt. Es konnte dabei dem von ihm als erwiesen angesehenen Umstand, daß der Beklagte und die Gemeinschuldnerin an eine Heirat dachten, besondere Bedeutung beimessen, und es hat in Verbindung damit ausdrücklich berücksichtigt, daß die Gemeinschuldnerin wegen ihrer wirtschaftlichen Stellung und mit Rücksicht auf die aus ihrer ersten Ehe hervorgegangenen Kinder zu den Kosten der Ehewohnung beizutragen hatte. Daß das Berufungsgericht dabei die aus geschäftlichen Gründen etwas erhöhten Wohnbedürfnisse mit in Rechnung gestellt

hat, kann ohne weiteres angenommen werden. Wenn es gleichwohl unter Würdigung der gesamten konkreten Verhältnisse zu der Überzeugung gelangt ist, mit den Abmachungen sei eine besondere Vorteilsgewährung an den Beklagten verbunden gewesen, der gegenüber es an einer Gegenleistung fehle, so ist das nicht zu beanstanden. Aus den von dem Berufungsgericht getroffenen Feststellungen ergibt sich, daß die Vereinbarung über die Leistung des sogenannten verlorenen Baukostenzuschusses und über die Mietvorauszahlung und die dementsprechenden Zahlungen selbst hier in Wirklichkeit nach dem Willen der Gemeinschuldnerin und des Beklagten nicht Teile des Mietvertrages waren bzw. in dessen Erfüllung entrichtet wurden, sondern daß es sich dabei um selbständige unentgeltliche Zuwendungen handelte. Ob danach nicht auch angenommen werden müßte, daß die Verrechnung von monatlich 200 DM der "Mietvorauszahlung" auf die mit 300 DM angesetzte Monatsmiete, wie sie in dem ersten Vertrag vom 28. November 1952 vorgesehen war, hinfällig war und die vereinbarte Miete tatsächlich nur 100 DM betrug, mag auf sich beruhen, da es für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht darauf ankommt.

4. Jedenfalls muß der Beklagte die Beträge, die er unter der Bezeichnung eines verlorenen Baukostenzuschusses und einer Mietvorauszahlung erhalten hat, in Höhe des eingeklagten Betrages als anfechtbar erlangte unentgeltliche Zuwendungen nach Maßgabe des § 37 KO zur Konkursmasse zurückzahlen.

. Nach § 37 Abs 2 KO hat der gutgläubige Empfänger eine unentgeltlich erhaltene Leistung allerdings nur zurückzugewähren, soweit er durch sie bereichert ist.

Der Beklagte hat dem Sinn nach behauptet, er habe nicht gewußt und auch nicht wissen können, daß durch die Zahlungen, die er von der Gemeinschuldnerin erhielt, die Befriedigung von deren Gläubigern verkürzt worden sei. Darin liegt das Vorbringen, daß er gutgläubig gewesen sei (Jaeger § 37 Anm 29; Mentzel-Kuhn § 37 Anm 11). Das Berufungsgericht brauchte darauf schon deshalb nicht einzugehen, weil der Beklagte nicht dargetan hat, daß er nicht mehr bereichert ist. Er hat zwar im zweiten Rechtszug zuletzt behauptet, er habe das Haus inzwischen ganz aufgeben müssen, weil er es nicht mehr habe halten können; das war jedoch zu allgemein, als daß es hätte berücksichtigt werden müssen. Der Beklagte hätte mindestens angeben müssen, auf welche Weise und unter welchen Umständen er das Haus aufgegeben hat und ob ihm dabei kein ausreichender Gegenwert zugeflossen ist. Abgesehen davon würde ihm ein Wegfall der Bereicherung für sich allein nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit entsprechend § 818 Abs 4 BGB nicht mehr zugute kommen, desgleichen nicht nach dem Aufhören seines guten Glaubens (Jaeger § 37 Anm 30, 36; Mentzel-Kuhn § 37 Anm 11).

Der Rückgewähranspruch ist deshalb in der mit der Klage geltend gemachten Höhe nach § 32 Nr 1, § 37 Abs 1 KO begründet. Darauf, ob dies auch nach § 31 Nr 2 KO der Fall sein würde, wenn es sich nicht um unentgeltliche Verfügungen handeln würde, kommt es nicht an; auf die insoweit von der Revision gegen das Berufungsurteil geführten Angriffe ist nicht mehr einzugehen.

II. Die von dem Beklagten erklärte Aufrechnung mit Gegenansprüchen, die ihm nach seiner Auffassung zustehen, hat das Berufungsgericht zutreffend nach § 55 Nr 1 KO für

unzulässig erklärt, da seine Schuld, deretwegen er mit der vorliegenden Klage in Anspruch genommen wird, erst mit der Konkurseröffnung entstanden ist (RG Warn 1927 Nr 101; BGHZ 15, 333 337; Jaeger § 55 Anm 5; Mentzel-Kuhn § 55 Anm 6). Mit Recht ist das Berufungsgericht nicht auf die Aufrechnung eingegangen, soweit das Landgericht sie für begründet erklärt und die Klage deshalb abgewiesen hat; in diesem Umfang ist die Entscheidung nicht angefochten worden und bereits rechtskräftig.

III. Nach alledem ist der Beklagte mit Recht verurteilt worden, soweit der Klage stattgegeben worden ist. Seine Revision mußte als unbegründet zurückgewiesen werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs 1 ZPO.

Schmidt

Raske

Johannsen

Scheffler

Wüstenberg