

A

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein

BGB § 387; KO § 6 Abs. 2

- a) Wer eine Forderung zur Aufrechnung stellt, die er durch Abtretung erworben hat, muß im Streitfall den Abschluß eines entsprechenden Abtretungsvertrages beweisen. Bestreitet der Gegner die Wirksamkeit der Abtretung, weil sie offenbar dem Konkurszweck zuwiderläuft, so muß der Gegner die Tatsachen beweisen, aus denen sich diese rechtshindernde Einwendung ergibt.
- b) Tritt der Konkursverwalter eine zur Konkursmasse gehörende Forderung ab, so ist diese Abtretung nur dann wegen eines darin liegenden offenbaren Verstoßes gegen den Konkurszweck unwirksam, wenn dies unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten für einen verständigen Menschen offensichtlich ist.

BGH, Urt. v. 13. Januar 1983 - III ZR 88/81 - OLG Düsseldorf
LG Duisburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 88/81

URTEIL

Verkündet am: 13. Januar 1983
Schorn,

Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter

in dem Rechtsstreit der Geschäftsstelle

des Kaufmanns Walter von der B [REDACTED],
H [REDACTED]straße [REDACTED], D [REDACTED]

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Kurt A [REDACTED],
K [REDACTED]platz [REDACTED], D [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Januar 1983 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Krohn und die Richter Dr. Tidow, Kröner, Boujong und Dr. Scholz-Hoppe

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Schluß-Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 10. April 1981 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagte mit einer ihm abgetretenen Forderung der Gebr. K. AG - im folgenden: K.-AG - in Höhe von 408.407,17 DM gegen eine Forderung des Klägers aus zwei Schuldscheinen über je 130.000 DM aufrechnen kann.

Am 22. Juni 1970 verkaufte der Kläger, der damals Hauptaktionär und von November 1968 bis September 1970 Aufsichtsratsvorsitzender der K.-AG war, sämtliche ihm gehörenden K.-Aktien zum Preis von 3,44 Mio. DM an die damals in Gründung befindliche B.u.K. V. - und B. - gesellschaft mbH & Co. KG (nachfolgend:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

B.u.K.). Der Kaufpreis war u.a. in drei Teilbeträgen von je 130.000 DM im Mai, August und November 1971 zu zahlen. Wegen dieser Beträge stellte der Beklagte, der an der Käuferin beteiligt war und am 24. Juni 1970 Vorstandsmitglied der K.-AG wurde, am 22. Juni 1970 drei Schuldscheine über je 130.000 DM, fällig im Mai, August und November 1971, aus.

Am 15. Februar 1973 wurde über das Vermögen der K.-AG, am 28. März 1973 auch über das der B.u.K. das Konkursverfahren eröffnet. Letzteres wurde im Juli 1975 mangels Masse eingestellt, das die K.-AG betreffende am 4. März 1976 aufgehoben.

In diesem Rechtsstreit hat der Kläger den Beklagten zunächst aus dem im Mai 1971 fälligen Schuldschein im Urkundenprozeß in Anspruch genommen und ein rechtskräftig gewordenes Vorbehaltsurteil erwirkt. Der Vorbehalt beschränkte den Beklagten auf die Möglichkeit, im Nachverfahren aufzurechnen.

Im Nachverfahren hat der Beklagte den eingangs erwähnten Anspruch der K.-AG gegen den Kläger zur Aufrechnung gestellt und zur Begründung der Forderung vorgetragen, der Kläger habe während seiner Zeit als Aufsichtsratsvorsitzender mit Hilfe der Vorstandsmitglieder K. und S. und des Architekten Kr. einer mit von ihm zum Erwerb der K.-Aktien gegründeten Gesellschaft - der B. und T. GmbH - in der Zeit vom 25. März bis zum 8. August 1969 aus dem Vermögen der K.-AG einen Betrag von 2,05 Mio. DM ohne Einwilligung des Aufsichtsrats als zinsloses Darlehen zufließen lassen, der zum Erwerb der

Aktien verwendet worden sei. Der K.-AG sei in Höhe von mindestens 7 % ein Zinsschaden entstanden, für den der Kläger als Aufsichtsratsvorsitzender hafte. Weitere Zinsansprüche ergäben sich daraus, daß der Kläger auch im Jahre 1968 für dieselbe Gesellschaft in ähnlicher Weise 500.000 DM unter Verschleierung der tatsächlichen Vorgänge und im Jahre 1969 für eine unter seiner Mitwirkung gegründete "Studiengemeinschaft zur Förderung der Forschung im Bauwesen" weitere 85.000 DM entnommen habe.

Das Landgericht hat durch Urteil vom 16. März 1973 im Nachverfahren unter Aufhebung des Vorbehaltsurteils die Klage mit der Begründung abgewiesen, die Aufrechnung greife durch.

Mit der Berufung hat der Kläger die Klageforderung um die Beträge der im August und November 1971 fälligen Schuldscheine erhöht. Er hat die gegen ihn gerichteten Zinsansprüche und die Wirksamkeit der Abtretung bestritten. Der Beklagte hat sich weiterhin dagegen gewandt, aus den Schuldscheinen zur Zahlung verpflichtet zu sein. Er hat die Aufrechnung mit den ihm abgetretenen Forderungen der K.-AG auf eine Abtretung dieser Ansprüche durch den Konkursverwalter vom 15. Januar 1974 in Verbindung mit einer Zusatzvereinbarung vom selben Tage gestützt.

Das Berufungsgericht hat durch Teil- und Vorbehaltsurteil vom 13. August 1976 die Klage wegen des im November 1971 fälligen Schuldscheins rechtskräftig abgewiesen und den Beklagten wegen der beiden noch im Streit befindlichen Schuldscheine zur Zahlung von

260.000 DM nebst näher bezeichneter Zinsen verurteilt, jedoch die Entscheidung über die vom Beklagten geltend gemachte Aufrechnung mit der Gegenforderung vorbehalten, die in der Abtretungsvereinbarung vom 15. Januar 1974 näher bezeichnet ist. Der Senat hat die Revisionen der Parteien durch das Urteil vom 7. Dezember 1978 (WM 1979, 475) zurückgewiesen.

Der Beklagte hat vorgetragen, der Kläger sei zur Zeit der Abtretung bereits vermögenslos gewesen. Die Forderung der K.-AG sei deshalb nicht mehr realisierbar gewesen. Aus diesem Grunde sei der Konkursverwalter der K.-AG in Übereinstimmung mit dem Gläubigerausschuß auf seinen, des Beklagten, Vorschlag, ihm die Forderung zwecks Aufrechnung abzutreten, im Interesse der Masse eingegangen, weil er auf diese Weise die für ihn im übrigen wertlose Forderung habe teilweise verwerten können. Dabei sei ausdrücklich mündlich vereinbart worden, daß er, der Beklagte, die durch die Aufrechnung nicht verbrauchten Ansprüche habe zurückabtreten und die infolge der Aufrechnung nicht an den Kläger zu zahlenden Beträge dem Konkursverwalter zur Nachtragsverteilung habe zur Verfügung stellen sollen. Er selbst sei der K.-AG wegen der von ihr zinslos gewährten Darlehen nicht Schadensersatzpflichtig geworden. Er sei auch nicht Konkursgläubiger der K.-AG gewesen. Sein Zahlungsanspruch folge aus der von ihm zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erbrachten Sicherheit.

Der Beklagte hat beantragt, unter teilweiser Abänderung des Teil- und Vorbehaltsurteils des Berufungsgerichts vom 13. August 1976 die Klage in vollem Umfang abzuweisen und den Kläger zu verurteilen, an ihn 327.050 DM

nebst 9 % Zinsen seit dem 15. November 1976 zu zahlen, Zug um Zug gegen Rückgabe der Bürgschaft der Stadtsparkasse D[REDACTED] über 320.000 DM vom 6. Oktober 1976.

Der Kläger hat beantragt, das Teil- und Vorbehaltsurteil vom 13. August 1976 zu bestätigen und den Vorbehalt aufzuheben sowie den Zahlungsantrag des Beklagten abzuweisen.

Der Kläger hat vorgetragen, die Abtretung sei mindestens deshalb unwirksam, weil der Beklagte selbst Konkursgläubiger gewesen sei. Er sei durch Haftungsbescheide des Finanzamtes wegen nicht beglichener Steuerverbindlichkeiten der K.-AG in Höhe von mehr als 850.000 DM in Anspruch genommen worden. Dadurch habe die Möglichkeit bestanden, gegen etwaige Verbindlichkeiten gegenüber der Masse im Zusammenhang mit der Abtretung aufzurechnen. Das sei eine mit dem Konkurszweck unvereinbare Bevorzugung eines Konkursgläubigers. Das mit der Führung eines Rechtsstreits der Masse wegen der bestrittenen Forderung verbundene Prozeßkostenrisiko reiche als Rechtfertigung der Abtretung nicht aus. Im übrigen sei er, der Kläger, stets hinreichend leistungsfähig gewesen. Eine ernsthafte Rückabtretungsvereinbarung sei niemals getroffen worden; die schriftliche Äußerung des Konkursverwalters vom 10. Februar 1981 sei eine Gefälligkeitserklärung.

Das Berufungsgericht hat sein Teil- und Vorbehaltsurteil vom 13. August 1976 für vorbehaltslos erklärt und den Zahlungsantrag des Beklagten abgewiesen.

Der Beklagte erstrebt mit der Revision die Abweisung der Klage. Der Kläger beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Beklagte habe nicht ausreichend dargelegt, daß er Inhaber der von ihm zur Aufrechnung gestellten Forderung geworden sei. Der Bestand dieser Forderung könne daher offenbleiben.

Die vom Konkursverwalter erklärte Abtretung sei unwirksam, weil nicht ausgeschlossen werden könne, daß sie dem Konkurszweck zuwiderlaufe. Eine durch die Abtretung erzielte Befreiung der Masse von dem Kostenrisiko eines Prozesses gegen den Kläger rechtfertige für sich allein die Abtretung nicht. Der Konkursverwalter hätte nach gerichtlicher Inanspruchnahme des Klägers "ohne weiteres" in dessen Forderungen aus den Schuldscheinen gegen den nach seinen eigenen Angaben in guten Vermögensverhältnissen lebenden Beklagten vollstrecken und damit dem Konkurszweck in der gebotenen Weise entsprechen können. Die Abtretung habe überdies den Beklagten gegenüber anderen Konkursgläubigern unzulässig bevorzugen können. Es sei nicht auszuschließen, daß sich der Beklagte nach Maßgabe der §§ 53 bis 55 KO aus den an die Masse auszugehrenden Beträgen durch Aufrechnung mit Ansprüchen gegen die

Gemeinschuldnerin hätte befriedigen können. Der Beklagte habe insoweit die Möglichkeit nicht ausgeräumt, daß er im Zeitpunkt der Abtretung wegen der allerdings später aufgehobenen Inanspruchnahme für Steuerschulden der K.-AG deren Konkursgläubiger hätte werden können. Ferner sei es nicht auszuschließen, daß der Beklagte selbst der K.-AG schadensersatzpflichtig gewesen sei. Das insoweit nur "summarische Vorbringen" des Beklagten lasse die Möglichkeit offen, daß es unter seiner Verantwortlichkeit zu sachlich nicht vertretbaren Zahlungen der von ihm vertretenen K.-AG an die B.u.K. gekommen sei. Der K.-AG könnten ferner auch deshalb Schadensersatzansprüche gegenüber dem Beklagten zustehen, weil er es unterlassen habe, ihre ihm später abgetretenen Ansprüche als Vorstandsmitglied gegen den Kläger alsbald geltend zu machen.

Den Angriffen der Revision gegen diese Ausführungen ist der Erfolg nicht zu versagen.

II.

1. Gegenstand der Revision ist allein die Aufrechnung des Beklagten mit der ihm am 5. Januar 1974 vom Konkursverwalter der K.-AG abgetretenen Schadensersatzforderung dieses Unternehmens gegen den Kläger in Höhe von rd. 408.000 DM. Da das Berufungsgericht den Bestand dieser Forderung ausdrücklich offenläßt und den Beklagten nur deshalb zur Zahlung der Klagforderung verurteilt hat, weil es "am Nachweis einer rechtswirksamen Abtretung der zur Aufrechnung gestellten Forderung" fehle, geht es im Revisionsrechtszug ausschließlich um die Wirksamkeit der Abtretung.

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist es nicht Sache des Beklagten als dem Aufrechnenden, die tatsächlichen Voraussetzungen für die Vereinbarkeit der Abtretung mit dem Konkurszweck darzutun.

a) Wer eine Forderung zur Aufrechnung stellt, muß bei Bestreiten des Gegners allerdings darlegen, daß er Inhaber dieses Rechts ist. Stützt der Beklagte den Erwerb der Gegenforderung auf eine Zession, so muß er nach dem Grundsatz, daß jede Partei die Tatsachen darlegen und beweisen muß, aus denen sie Rechte herleitet (BGHZ 53, 245, 250), den Abschluß eines entsprechenden Abtretungsvertrages behaupten (BGH Urteil vom 18. Februar 1957 - II ZR 322/55 = WM 1957, 755 f.; Baumgärtel, Beweislast, § 398 Rdn. 1 m.w.Nachw.). Das hat der Beklagte unstreitig getan.

b) Die für die Wirksamkeit der Abtretung erforderlichen Tatsachen muß jedoch, anders als das Berufungsgericht meint, der Kläger als der Aufrechnungsgegner darlegen.

aa) Das Gesetz geht von der Übertragbarkeit von Forderungen als der Regel aus (Baumgärtel aaO § 398 Rdn. 3; BGB-RGRK 12. Aufl. § 399 Rdn. 2; RG JW 1901, 725, 726). Wer sich auf eine Abtretung als Erwerbsgrund beruft, braucht daher, abgesehen von der hier unwesentlichen Erfüllung etwaiger Formerfordernisse, nur darzulegen, daß die Beteiligten Erklärungen abgegeben haben, die nach den Regeln der Auslegung den Abschluß eines Abtretungsvertrages ergeben. Dagegen muß er nicht auch dartun, daß weitere Voraussetzungen vorliegen, deren Mangel das Rechtsgeschäft unwirksam machen würde (Rosenberg, Beweislast, 5. Aufl. S. 259, 260). Daher muß, wer sich auf die

Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts beruft, beweisen, daß es gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB; RGZ 148, 3, 6; BAG JZ 1973, 375, 376) oder die guten Sitten verstieß (§ 138 BGB; BGH Urteil vom 29. Juni 1979 - III ZR 156/77 = NJW 1979, 2089; Palandt/Heinrichs BGB 42. Aufl. § 138 Anm. 1 m.w.Nachw.). Dasselbe gilt für die Behauptung, ein Rechtsgeschäft sei wegen Geschäftsunfähigkeit eines Beteiligten rechtsunwirksam (Baumgärtel aaO § 104 Rdn. 1 m.w.Nachw.) oder wegen eines Vollmachtsmißbrauchs nichtig (Baumgärtel aaO § 164 Rdn. 7; BGH Urteil vom 18. Juni 1962 - II ZR 99/61 = JR 1962, 378, 379; BGH Urteil vom 28. Februar 1966 - VII ZR 125/65 = NJW 1966, 1911).

bb) Nach diesen Grundsätzen regelt sich auch die Verteilung der Beweislast, wenn der Aufrechnungsgegner die Wirksamkeit der Abtretung der zur Aufrechnung gestellten Forderung mit der Begründung bestreitet, sie verstoße offenbar gegen den Konkurszweck. Der Kläger wendet sich mit dieser Einwendung gegen die Wirksamkeit der unstreitig auf eine Übertragung der Forderung an den Beklagten gerichteten Erklärungen der an der Zession Beteiligten. Die Tatsachen, aus denen die offenbare Unvereinbarkeit der Abtretung mit dem Konkurszweck folgen soll, betreffen nicht den tatsächlichen Abschluß der Zession, sondern allein die Frage, ob er unwirksam war, der Eintritt der mit der Zession beabsichtigten Wirkung also aus Rechtsgründen gehindert war. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts trägt daher der Kläger die Beweislast für die Tatsachen, aus denen er die offenbare Unvereinbarkeit der Zession mit dem Konkurszweck herleitet. Hierzu hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Das angefochtene Urteil kann daher schon aus diesem Grund nicht bestehenbleiben.

3. Gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts bestehen aber auch im übrigen durchgreifende Bedenken.

a) Abtretungen des Konkursverwalters, die gegen den Konkurszweck, die gleichmäßige Befriedigung aller Konkursgläubiger, verstoßen, sind nach allgemeiner Meinung trotz Unterschiede in Einzelheiten nichtig (BGH Urteile vom 3. Februar 1971 - VIII ZR 94/69 = WM 1971, 346, 347 = LM KO § 6 Nr. 12 und vom 8. Dezember 1954 - VI ZR 189/53 = LM KO § 6 Nr. 3 = WM 1955, 312, 35; RGZ 57, 195, 199 und 53, 190, 192 f.; Jäger/Henckel KO 9. Aufl. § 6 Rdn. 150 ff.; Böhle/Stamschräder/Kilger KO 13. Aufl. § 6 Anm. 7; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck KO 9. Aufl. § 6 Anm. 37 ff.). Angesichts des dem Konkursverwalter in § 6 Abs. 2 KO eingeräumten umfassenden Verwaltungs- und Verfügungsrechts sind aber nur solche Verfügungen des Konkursverwalters unwirksam, die dem Konkurszweck offenbar zuwiderlaufen, bei denen der Verstoß also unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten für jeden verständigen Menschen offensichtlich ist. Wirksam sind dagegen Verfügungen, auch wenn sie un~~zweckmäßig~~ zweckmäßig oder sogar unrichtig waren (RGZ 53, 190, 192; BGH LM KO § 6 Nr. 3 und 12; ebenso der Senat im ersten Revisionsurteil; vgl. auch Jauernig, Festschrift für Weber S. 307, 321; Jäger/Henckel aaO § 6 Rdn. 158).

b) Das Berufungsgericht konnte danach von einer Unwirksamkeit der Abtretung nur ausgehen, wenn entweder die Zession nach seinen Feststellungen dem Konkurszweck offenbar zuwiderlief, oder wenn der Vortrag des Beklagten schon nicht geeignet war, zessionsrechtliche Bedenken auszuräumen. Da der Vortrag des Beklagten diesen Anforderungen genügte, hätte das Berufungsgericht feststellen müssen, ob die Abtretung mit dem Konkurszweck vereinbar war.

Bei dieser Prüfung hat das Berufungsgericht eine Verfügung des Konkursverwalters bereits dann als nichtig angesehen, wenn sie "objektiv keinen Vorteil für die Masse bringt" oder wenn eine andere Maßnahme dem Konkurszweck "besser gedient" hätte. Dabei handelt es sich nicht um Ungenauigkeiten im Ausdruck, sondern, wie der Zusammenhang der Gründe ergibt, um eine durchaus so gewollte Darstellung. Dieser unzutreffende rechtliche Ansatz hat sich zum Nachteil des Beklagten ausgewirkt.

c) Das Berufungsgericht sieht die Abtretung der Schadensersatzforderung der Gemeinschuldnerin gegen den Kläger als nichtig an, weil der Konkursverwalter stattdessen nach gerichtlicher Geltendmachung dieser Forderung gegen den Kläger in dessen hier verfolgte liquide Forderung gegen den Beklagten aus den Schuldscheinen hätte vollstrecken können, wobei das Kostenrisiko durch Einklagung eines Teils des Betrages von 260.000 DM hätte verringert werden können. Wegen dieser "uneingeschränkt realisierbaren" Vollstreckungsmöglichkeit, so hat das Berufungsgericht weiter gemeint, könne es auf sich beruhen, wie die Vermögensverhältnisse des Klägers zur Zeit der Abtretung gewesen seien.

Diesen Ausführungen kann aus Rechtsgründen nicht gefolgt werden. Ihnen liegt ersichtlich die Stelle des ersten Revisionsurteils zugrunde, an der der erkennende Senat ausgeführt hat, die Abtretung könne für die Masse vorteilhafter als eine Inanspruchnahme des Klägers gewesen sein, wenn der Beklagte leistungsfähiger als der Kläger gewesen sei, wozu bisher Feststellungen fehlten.

Von der weiteren Aufklärung der Vermögensverhältnisse der Parteien im Zeitpunkt der Abtretung kann aber nicht wegen einer Vollstreckungsmöglichkeit des Konkursverwalters in die hier geltend gemachte Forderung des Klägers aus den Schuldscheinen abgesehen werden. Das führt die Revision zutreffend aus.

Nimmt man an, daß der Kläger - abgesehen von der Klageforderung - vermögenslos war, der Beklagte dagegen leistungsfähig, so stand der Konkursverwalter vor der Frage, ob es im Interesse der Konkursgläubiger zweckmäßiger sei, unter Aufwendung entsprechender Kosten den Kläger zu verklagen, um im Erfolgsfalle in dessen Forderung gegen den Beklagten zu vollstrecken oder ob er die Forderung einem zahlungsfähigen Dritten abtreten solle mit der Abrede, der "Gewinn" daraus müsse der Masse zugeführt werden.

Die Inanspruchnahme des Klägers durch den Konkursverwalter konnte nur erfolgreich sein, wenn mit der Erwirkung eines Titels zu rechnen war, bevor der Kläger den Beklagten seinerseits in Anspruch genommen und gegebenenfalls vollstreckt hatte. Außerdem mußte der Konkursverwalter in Betracht ziehen, daß der Kläger seine Forderungen gegen den Beklagten abtreten und seine Gläubiger sie pfänden konnten. Aus diesen Gründen wäre es eine bloße und vom Konkursverwalter schwerlich zu verantwortende Spekulation gewesen, darauf zu vertrauen, daß er nach einem erfolgreichen Prozeß von ungewisser Dauer gegen den Kläger in dessen Forderung gegen den Beklagten werde vollstrecken können. Dabei mußte der Konkursverwalter das mit einer Prozeßführung verbundene Kostenrisiko berücksichtigen. Dem steht das erste Revisions-

urteil nicht entgegen, weil dort nur die Befreiung vom Kostenrisiko als alleinige Rechtfertigung der Abtretung nicht gebilligt worden ist.

Stand dem Kläger nur die Forderung gegen den Beklagten zu, wovon das Berufungsgericht ausgegangen ist, so lief danach die Abtretung der Forderung gegen die K.-AG an den Beklagten mit der Maßgabe, einen daraus gezogenen "Gewinn" an die Masse auszukehren, dem Konkurszweck jedenfalls nicht "offenbar" zuwider, wenn sie nicht sogar für die Masse vorteilhafter als eine direkte Inanspruchnahme des Klägers mit späterer Pfändung seiner Forderung gegen den Beklagten war. Die sonstigen Vermögensverhältnisse des Klägers zur Zeit der Abtretung konnten daher nicht offenbleiben.

d) Der erkennende Senat hat eine einseitige und unzulässige Bevorzugung des Beklagten durch die Abtretung weiter unter dem Gesichtspunkt erwogen, daß der Konkursverwalter mit der Abtretung zugleich auf Schadensersatzansprüche der Masse gegen den Beklagten aus seiner Vorstandstätigkeit bei der Gemeinschuldnerin verzichtet habe. Er hat ausgeführt, die Entscheidung der Sache hänge danach auch davon ab, ob der Beklagte der Masse Schadensersatzpflichtig gewesen sei, was bisher nicht feststehe.

Dem Berufungsgericht hat das "summarische Vorbringen" des Beklagten zu diesem Punkt nicht ausgereicht, um die Möglichkeit auszuräumen, daß es unter der Verantwortlichkeit des Beklagten zu sachlich nicht vertretbaren Zahlungen der Gemeinschuldnerin an die B.u.K. gekommen ist. Dazu ergeben die vom Berufungsgericht genannten Schriftsätze lediglich, daß der Beklagte die Vorwürfe des

Klägers bestritten hat. Hatte der Kläger seine Behauptungen hinreichend substantiiert, so hätte zunächst darüber Beweis erhoben werden müssen. Erst bei einem erfolglosen Ausgang der Beweisaufnahme wäre insoweit eine Beweislastentscheidung nach § 117 Abs. 2 Satz 2 AktG in Betracht gekommen.

Soweit dem Beklagten vorgehalten wird, die Ansprüche der K.-AG gegen den Kläger nicht alsbald angemessen geltend gemacht zu haben, berücksichtigt das Berufungsgericht nicht ausreichend, wie die Revision zutreffend ausführt, die unter Beweis gestellte Darstellung des Beklagten über die wirtschaftliche Leistungsunfähigkeit des Klägers, wobei dessen Forderungen aus den Schuldscheinen hier unberücksichtigt bleiben können, da vom Beklagten nicht erwartet werden konnte, im Namen der K.-AG in diese umstrittenen Forderungen zu vollstrecken. Versprach eine Rechtsverfolgung gegen den Kläger wegen seiner Mittellosigkeit keinen Erfolg, so konnte der Beklagte davon absehen, den Kläger gerichtlich in Anspruch zu nehmen, ohne dadurch gegen seine Pflichten als Vorstand zu verstoßen. Es kann daher auch unter diesem Gesichtspunkt für die Entscheidung erheblich sein, wie die Vermögensverhältnisse des Klägers waren, als der Beklagte für die Geschäfte der K.-AG mit verantwortlich war.

e) Das Berufungsgericht hat die Abtretung auch deshalb als unwirksam angesehen, weil der Konkursverwalter eine Aufrechnung des Beklagten mit eigenen Ansprüchen gegen die K.-AG nicht ausgeschlossen habe. Es geht dabei davon aus, daß der Beklagte "aus heutiger Sicht" zwar nie Konkursgläubiger der Gemeinschuldnerin gewesen sei, meint aber, bei Abschluß des Abtretungsvertrages hätte man diese Möglichkeit bedenken müssen. Das Berufungsgericht hat die Wirksamkeit der Abtretung danach von Um-

ständen abhängig gemacht, die unstreitig nie eingetreten sind. Bloße Befürchtungen können aber nicht ausreichen, Verfügungen eines Konkursverwalters als offenbar konkurswidrig zu beurteilen.

Im übrigen hätte es sich bei der Erstattungsforderung des Beklagten gegen die Masse, worauf die Revision zutreffend hinweist, um eine nach Konkurseröffnung entstandene Forderung gehandelt, mit der der Beklagte gegen den Anspruch der Masse aus der Vereinbarung vom 15. Januar 1974 nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 KO nicht hätte aufrechnen können.

Unter diesem Gesichtspunkt kommt eine Unwirksamkeit der Abtretung danach aus Rechtsgründen nicht in Betracht.

f) Im ersten Revisionsurteil ist die Frage offengelassen worden, ob die Abtretung teilweise unentgeltlich und deshalb nichtig gewesen sei, weil ungeregelt geblieben sei, ob der Beklagte die nicht verbrauchten Teile der abgetretenen Forderung der Masse zurückerstatten müsse. Das Berufungsgericht hat diese Frage ebenfalls offengelassen. Zugunsten des Beklagten muß im Revisionsrechtszug daher davon ausgegangen werden, daß er die nicht durch Aufrechnung verbrauchten Beträge der ihm abgetretenen Forderung der Masse zu erstatten hatte, wie er unter Beweisaustritt behauptet hat.

Auch unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt kann daher nicht von einer Unwirksamkeit der Abtretung ausgegangen werden.

4. Das angefochtene Urteil mußte daher aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, damit die noch ausstehenden Feststellungen getroffen werden können.

Krohn

Tidow

Kröner

Boujong

Scholz-Hoppe