

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

10

KO § 54

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen der Gesellschafter einer GmbH, der sich für deren Verbindlichkeit gegenüber einer Bank selbstschuldnerisch verbürgt hat, im Konkurs der GmbH dieser gegenüber aufrechnen kann, wenn die Bürgschaftsverpflichtung teilweise erfüllt und teilweise erlassen worden ist.

BGH, Urt. v. 6. November 1989 - II ZR 62/89 - OLG München
LG Kempten
(Allgäu)

BUNDESGERICHTSHOF

10

IM NAMEN DES VOLKES

Versäumnis-

II ZR 62/89

URTEIL

Verkündet am:
6. November 1989
Spengler
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Werner A. [REDACTED] als Konkursverwalter
über das Vermögen der Dr. Ing. B. [REDACTED]-B. [REDACTED]-B. [REDACTED] GmbH,
P. [REDACTED]straße [REDACTED], K. [REDACTED]/Allgäu,

Beklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED] -

g e g e n

Dr. Henning B. [REDACTED], Z. [REDACTED]weg [REDACTED], S. [REDACTED]

Kläger
und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte
II. Instanz:

Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und [REDACTED], [REDACTED] -

10

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. November 1989 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Boujong und die Richter Brandes, Dr. Hesselberger, Röhricht und Dr. Henze

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München mit dem Sitz in Augsburg vom 10. Februar 1989 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Kläger ist Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer der Dr. Ing. B■■■■-B■■■■-B■■■■ GmbH, über deren Vermögen am 18. April 1983 das Konkursverfahren eröffnet worden ist; der Beklagte ist Konkursverwalter.

Der Beklagte nahm den Kläger auf Rückzahlung eines zinslosen Darlehens in Höhe von 50.000 DM in Anspruch, das die GmbH dem Kläger im Geschäftsjahr 1975/76 gewährt hatte. Am 16. Januar 1984 schlossen die Parteien einen Prozeßvergleich, in dem der Kläger sich verpflichtete, zur Abgeltung des Klageanspruches 25.000 DM zu zahlen. Am 30. August 1985 belief sich diese Schuld noch auf 14.756,65 DM.

Am 31. Juli 1970 hatte sich der Kläger gegenüber der Bank für Gemeinwirtschaft selbstschuldnerisch bis zur Höhe von 50.000 DM für Verbindlichkeiten der GmbH verbürgt. Den restlichen Anspruch aus dieser Bürgschaft in Höhe von 14.298,37 DM zuzüglich Zinsen und Kosten stellte die Bank am 7. April 1983 fällig. Nachdem der Kläger vom 8. März 1984 bis 11. April 1985 insgesamt 6000 DM gezahlt hatte, erließ ihm die Bank am 1. April 1985 die Restschuld. Mit Schreiben vom 24. März 1988 teilte die Bank dem Konkursgericht diesen Erlaß mit; gleichzeitig nahm sie ihre Forderungsanmeldung zurück.

Der Kläger ist der Ansicht, mit Tilgung und Erlaß der Bürgschaftsverpflichtung sei die gesamte noch offene Hauptforderung der Bank auf ihn übergegangen. Er hat mit der For-

derung in Höhe von 14.298,37 DM zuzüglich Zinsen und Kosten gegenüber der Forderung des Beklagten aus dem Prozeßvergleich aufgerechnet.

Der Kläger hat beantragt, die Zwangsvollstreckung aus dem Prozeßvergleich vom 16. Januar 1984 für unzulässig zu erklären. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag weiter, die Berufung zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Zurückverweisung.

1. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist nach § 774 Abs. 1 BGB die Forderung, die die Bank für Gemeinwirtschaft gegen die GmbH hatte, mit Erlaß der restlichen Bürgschaftsschuld in voller Höhe (14.298,37 DM nebst Zinsen) auf den Kläger übergegangen, so daß dieser mit ihr gegenüber der Forderung habe aufrechnen können, die dem Beklagten aus dem Prozeßvergleich zustand. Nicht nur in Höhe der gezahlten 6000 DM, sondern auch insoweit, als die Bank dem Kläger die Bürgschaftsschuld erlassen habe, sei dieser Inhaber der Forderung deshalb geworden, weil auch ein Erlaß die Voraussetzung der cessio legis des § 774 Abs. 1 BGB erfülle, daß nämlich der Gläubiger durch den Bürgen befriedigt werde. Allerdings sei der Inhaberwechsel im Falle des Erlasses zusätzlich davon abhängig, daß der Gläubiger dem Bürgen die Haupt-

forderung zuwenden wolle; diese Zuwendungsabsicht der Bank ergebe sich daraus, daß sie vom mittellosen Kläger nur deshalb eine wenigstens teilweise Befriedigung habe erlangen können, weil dieser bereit gewesen sei, einen Kredit bei seiner Ehefrau aufzunehmen. Diese Beurteilung greift die Revision mit Erfolg an.

Allerdings zieht auch die Revision nicht in Zweifel, daß nach § 774 Abs. 1 BGB die Forderung der Bank auf den Kläger übergegangen ist, soweit er seine Bürgschaftsschuld durch Zahlung getilgt hat, also in Höhe von 6000 DM. Dem Berufungsgericht ist auch darin zuzustimmen, daß der Gläubiger sein Leistungsinteresse dadurch befriedigen kann, daß er seinem Schuldner die Schuld erläßt. Damit ist aber nicht gesagt, daß die Befriedigung des Gläubigers, die nach § 774 Abs. 1 BGB die Zession auslöst, in diesem umfassenden Sinne, also so zu verstehen ist, daß sie auch den Erlaß einschließt. Wird auf den gesetzgeberischen Zweck abgestellt, dem der Forderungsübergang dient, so besteht für diesen kein Bedürfnis, wenn dem Bürgen die Schuld erlassen wird. Denn der Übergang nach § 774 Abs. 1 BGB soll den Erstattungsanspruch des Bürgen sichern und verstärken, der sich aus dem Innenverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner ergibt. Befriedigt der Bürge den Gläubiger ohne ein Vermögensopfer, so ergibt sich schon aus der zwischen ihnen bestehenden Rechtsbeziehung, daß von vornherein kein Erstattungsanspruch entsteht und es damit nichts gibt, was durch einen gesetzlichen Forderungsübergang gesichert werden müßte. Aus diesem Grunde greift § 774 Abs. 1 im Falle einer Befriedigung durch Erlaß nicht ein.

Hinzu kommt, daß im Falle eines Erlasses der Bürgschaftsschuld der gesetzliche Forderungsübergang von einer zusätzlichen, die Übertragung betreffenden vertraglichen Absprache abhängig wäre, die im Grunde nichts anderes darstellt als die schlüssig erklärte Abtretung der Forderung nach § 398 BGB. Nach § 774 Abs. 1 BGB geht die Hauptforderung ohne Zutun des Gläubigers und sogar gegen dessen Willen auf den Bürgen über, wenn dieser seine Schuld durch Erfüllung, Aufrechnung oder Hinterlegung unter Verzicht auf die Rücknahme tilgt. Der Erlaß allein hat diese Wirkung nicht; denn der Gläubiger kann dem Bürgen zwar dessen Schuld erlassen, aber gleichwohl Inhaber der Hauptforderung bleiben. Deshalb reicht es entgegen der Ansicht des Reichsgerichts (RGZ 102, 51, 52) und Stimmen in der Literatur nicht aus, daß nach dem Willen von Gläubiger und Bürgen nur die Bürgschafts- und nicht auch die Hauptschuld erlassen wird, um die Forderung übergehen zu lassen (vgl. Soergel/Mühl, BGB 11. Aufl. § 774 Rdnr. 5; Münch K.-Pecher, 2. Aufl., § 774 Rdnr. 4; RGRK-Mormann, BGB 12. Aufl. § 774 Rdnr. 1; Palandt/Thomas, BGB 48. Aufl. § 774 Anm. 2 b). Vielmehr muß der Gläubiger in irgendeiner Form zu erkennen geben, daß er die Hauptforderung nicht behalten, sondern dem Bürgen zuwenden will. Staudinger/Horn (BGB 12. Aufl. § 774 Rdnr. 7) fordern aus diesem Grunde eine konkludente Einigung über die Wirkung, die die Befriedigung nach § 774 Abs. 1 BGB hat, also über den gesetzlichen Forderungsübergang. Hiernach wäre dieser gesetzliche Inhaberwechsel zusätzlich von der vertraglichen Absprache abhängig, daß die Forderung nunmehr dem Bürgen zustehen soll. Unter diesen Voraussetzungen vollzieht sich der Wechsel regelmäßig schon nach § 397 BGB (in diesem Sinne wohl auch Pecher im MünchKomm., 2. Aufl. § 774

Rdnr. 11), so daß es im Falle des Erlasses der Rechtsfolge des § 774 Abs. 1 BGB nicht bedarf.

Das Berufungsgericht stellt zwar fest, daß die Bank für Gemeinwirtschaft die Absicht hatte, dem Kläger die Hauptforderung auch insoweit zuzuwenden, als dieser seine Bürgschaftsschuld nicht durch Zahlung getilgt hat; es hat aber - ausgehend von seinem Standpunkt, daß die Zuwendungsabsicht allein schon ausreicht - keine Feststellung dazu getroffen, ob Bank und Kläger sich geeinigt haben, daß die Forderung auf letzteren übergehen sollte. Weitere Feststellungen zu diesem Punkt erübrigen sich allerdings; denn selbst wenn die erneute Verhandlung ergeben sollte, daß Bank und Kläger sich einig waren, daß die Hauptforderung auch insoweit dem Kläger zustehen sollte, als die Bürgschaftsschuld erlassen worden ist, war dem Kläger - wie sich nachfolgend unter 2 b ergibt - die Aufrechnung mit diesem Teil der Forderung versagt.

2. Nach Ansicht des Berufungsgerichts stehen der Aufrechnung, die der Kläger mit der auf ihn übergegangenen Forderung erklärt hat, konkursrechtliche Vorschriften nicht entgegen.

a) § 55 Nr. 1 KO, der die Aufrechnung verbietet, wenn ein Gläubiger des Gemeinschuldners nach Konkurseröffnung etwas zur Masse schuldig geworden ist, greife - so das Berufungsgericht - nicht ein, weil die Schuld des Klägers gegenüber der GmbH schon mit Entgegennahme der Darlehensvaluta im Jahre 1975/76 entstanden sei. Der Prozeßvergleich vom 16. Januar 1984 habe dieses Schuldverhältnis abgeändert,

nicht aber durch ein neues ersetzt. Diese Beurteilung ist rechtlich einwandfrei.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hat ein Vergleich in der Regel keine schuldumschaffende Wirkung in dem Sinne, daß das alte Schuldverhältnis untergeht und eine neue Forderung an seine Stelle tritt. Vielmehr besteht grundsätzlich das alte Rechtsverhältnis unverändert fort, sofern von den Parteien nicht etwas anderes vereinbart worden ist (vgl. BGH, Urt. v. 25. Juni 1987 - VII ZR 214/86, WM 1987, 1256 f. m.w.N.). Anhaltspunkte dafür, daß die Parteien das bisherige Darlehensverhältnis einvernehmlich hätten beenden und durch ein neues ersetzen wollen, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt und auch keine Partei vorgetragen. Nach Meinung der Revision kommt es für das Aufrechnungsverbot des § 55 Nr. 1 KO auf eine Novation nicht an, reicht es vielmehr aus, daß ein möglicherweise unwirksames Schuldverhältnis vergleichsweise bindend festgestellt und auf diese Weise für die Konkursmasse ein Vermögenswert geschaffen wird, der ihr durch Aufrechnung nicht wieder entzogen werden dürfe. Hieran ist richtig, daß die feststellende Wirkung eines Vergleichs dazu führen kann, daß auf bestehende Rechte verzichtet oder eine Forderung neu begründet wird; da diese Forderung aber regelmäßig nicht neu in dem Sinne ist, daß anstelle des bisherigen Schuldgrundes ein neuer tritt, vollzieht sich die Rechtsänderung im Rahmen des Ausgangsrechtsverhältnisses, das weder aufgehoben noch in seiner Rechtsnatur verändert wird. Deshalb ist der Kläger das, was er aufgrund des Vergleichs zu zahlen hat, der GmbH schon mit Entgegennahme des Darlehens und damit vor Eröff-

nung des Konkursverfahrens schuldig geworden. Steigt der wirtschaftliche Wert einer Forderung, weil infolge eines Vergleichs die rechtlichen und tatsächlichen Ungewißheiten wegfallen, die eine gerichtliche Durchsetzung der Forderung bis dahin belastet haben, so rechtfertigt das - entgegen der Ansicht der Revision - nicht die Annahme, der Kläger sei der Gemeinschuldnerin erst mit Abschluß des Vergleichs und damit nach Konkurseröffnung etwas schuldig geworden.

b) Nach Meinung des Berufungsgerichts schließt auch § 55 Nr. 2 KO die Aufrechnung nicht aus. Zwar habe der Kläger seine Bürgschaftsschuld erst nach Konkurseröffnung erfüllt, so daß auch erst in diesem Zeitpunkt die Hauptforderung gemäß § 774 BGB auf ihn übergegangen sei; der Regreßanspruch sei aber aufschiebend bedingt gewesen, so daß die Regelung des § 54 KO dem § 55 Nr. 2 KO vorgehe. Diese Beurteilung greift die Revision mit der Begründung an, nur im Innenverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner bestände bis zur Erfüllung der Bürgschaftsschuld eine aufschiebend bedingte Forderung; § 774 BGB begründe keine Forderung, sondern lasse eine bereits entstandene auf den Bürgen übergehen, so daß für die Annahme, diese Forderung sei zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens aufschiebend bedingt gewesen, kein Platz sei. Hiermit dringt die Revision nicht durch.

§ 55 KO schränkt die Aufrechnung im Konkursverfahren ein, indem er das Erfordernis der Gegenseitigkeit im Interesse einer gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger verschärft. Während es nach § 387 BGB genügt, daß Gegenseitigkeit im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung gegeben ist, verlegt § 55 KO für die Aufrechnung im Konkurs diesen Zeit-

punkt vor. Nach Nr. 1 und 2 dieser Bestimmung ist eine Aufrechnung im Konkurse unzulässig, wenn Forderung und Gegenforderung einander erst nach Konkurseröffnung aufrechenbar gegenübergetreten sind, nach Nr. 3 schon dann, wenn der Gläubiger zuerst dem Gemeinschuldner etwas schuldig war und die Gegenforderung erst später in Kenntnis der Zahlungseinstellung oder des Konkursantrages erworben hat (vgl. BGH, Urt. v. 2. Februar 1972 - VIII ZR 152/70, WM 1972, 309, 310). Diese Verschärfung mildert § 54 KO zugunsten des Gläubigers insofern, als im Zeitpunkt der Konkurseröffnung nicht alle Aufrechnungsvoraussetzungen vorzuliegen brauchen; so wird dem Gläubiger abweichend von § 387 BGB die Aufrechnung gestattet, wenn die eine oder andere Forderung im Zeitpunkt der Konkurseröffnung betagt oder aufschiebend bedingt oder die Forderung des Gläubigers nicht auf einen Geldbetrag gerichtet war. Aufschiebend bedingt im Sinne dieser Vorschrift heißt, daß im Zeitpunkt der Konkurseröffnung mit Ausnahme der Bedingung sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen müssen, von denen der Rechtserwerb des Gläubigers abhängig ist. Unerheblich ist, wie der Rechtserwerb sich mit Eintritt der Bedingung vollzieht, ob der Anspruch in der Person des Gläubigers entsteht oder ob auf diesen ein in der Person eines Dritten bereits entstandener Anspruch übergeht. Liegen bei Konkurseröffnung - mit Ausnahme des Eintritts der Bedingung - die Voraussetzungen dafür vor, daß der Gläubiger Inhaber des Anspruchs wird, kann keine Rede davon sein, daß aus Gründen des Konkurses künstlich eine Aufrechnungslage geschaffen wird, was zu verhindern der Zweck des § 55 KO ist.

Diese Voraussetzungen treffen auf den Bürgen zu, der nach Konkurseröffnung seine vor diesem Zeitpunkt entstandene Bürgschaftsschuld erfüllt. Für diesen Fall steht ihm schon bei Konkurseröffnung aufschiebend bedingt die Hauptforderung zu, die mit der Befriedigung des Gläubigers nach § 774 BGB auf ihn übergeht. § 54 KO gilt für gesetzlich bedingte Forderungen ebenso wie für rechtsgeschäftlich bedingte (vgl. BGHZ 15, 333, 335 und Sen.Urt. v. 9. Mai 1960 - II ZR 95/58, WM 1960, 720; v. 1. Juli 1974 - II ZR 115/72, WM 1974, 1004, 1005; Kuhn/Uhlenbruck, KO 10. Aufl. § 54 Rdnr. 5 ff.).

Bedingt ist ein Forderungserwerb im Zeitpunkt der Konkurseröffnung allerdings nur, soweit er allein von der Tilgung der Bürgschaftsschuld und nicht zusätzlich von rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Gläubigers abhängt. Diese Voraussetzung ist in Höhe der vom Kläger gezahlten 6000 DM, nicht aber auch insoweit erfüllt, als dem Kläger die Schuld erlassen worden ist. Wie oben ausgeführt, hatte der Erlaß nicht ipso jure - und damit möglicherweise gegen den Willen der Bank - zur Folge, daß die Forderung auf den Kläger überging. Mangels anders lautender Vereinbarungen verbleibt die Forderung - ungeachtet des Erlasses der Bürgschaftsschuld - dem Gläubiger und kann von diesem im Konkursverfahren angemeldet werden. Der Rechtsübergang auf den Kläger bedurfte einer darauf abzielenden Willenserklärung der Bank. In diesem Zusammenhang ist es ohne Bedeutung, ob in dieser Erklärung die Abtretungsofferte oder - wie vom Berufungsgericht - eine zusätzliche Voraussetzung für den gesetzlichen Übergang der Forderung gesehen wird. Selbst wenn man das letztere annimmt, fehlt als wesentliches Erfordernis für die Annahme einer Bedingung, daß ihr Eintritt vom Willen der Beteiligten

unabhängig ist. Nicht der Eintritt der gesetzlichen Bedingung, die Befriedigung des Gläubigers, bewirkte den Rechtsübergang, sondern allenfalls dessen rechtsgeschäftliche Erklärung, daß die Forderung dem Kläger zustehen sollte.

3. Die Aufrechnung war dem Kläger aber auch in Höhe von 6.000 DM versagt, falls seine Bürgschaft gegenüber der Bank für Gemeinwirtschaft kapitalersetzend war. Kapitalersetzend braucht sie nicht schon gewesen zu sein, als der Kläger sich am 31. Juli 1970 verbürgte. Sollte die GmbH zu einem späteren Zeitpunkt kreditunwürdig geworden oder überschuldet gewesen sein, so genügt es, daß der Kläger nicht nach § 775 Abs. 1 Nr. 1 BGB die Befreiung von der Bürgschaft verlangt, vielmehr der Gesellschaft den Fortbestand während der Krise ermöglicht hat (vgl. BGHZ 81, 252, 257; Sen.Urt. v. 9. Oktober 1986 - II ZR 58/86, WM 1986, 1554, 1555). Anhaltspunkte hierfür könnte der Sachvortrag der Parteien in der Sache 1 O 1606/83 (Landgericht Kempten) ergeben, über den das Landgericht laut seinem Urteil verhandelt hat, auf das wiederum das Berufungsgericht in seinem Urteil Bezug nimmt. Danach soll der Kläger die GmbH über Jahre mit kapitalersetzenden Darlehen am Leben erhalten haben und die GmbH mehrfach überschuldet gewesen sein (BA 14, 15, 17, 23).

4. Da zu den Fragen des Kapitalersatzes Feststellungen fehlen, wird die Sache zurückverwiesen. Anlässlich der erneuten Verhandlung haben die Parteien Gelegenheit, hierzu ergänzend vorzutragen.

Boujong

Brandes

Dr. Hesselberger

Röhrich

Dr. Henze