

BUNDESGERICHTSHOF

IX ZR 117/83

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

Walter K [REDACTED] ,
Am B [REDACTED] 1, L [REDACTED] ,

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. Klaus [REDACTED]
und Friederike [REDACTED] -

g e g e n

Peter G [REDACTED] ,
K [REDACTED] Weg 28, L [REDACTED] ,

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte II. Instanz: Rechtsanwälte [REDACTED] und
[REDACTED], D [REDACTED] -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter
Zorn, Gärtner, Winter und Dr. Graßhof

am 28. Juni 1984
beschlossen:

Der Antrag des Beklagten, den Wert seiner
Beschwer auf mehr als 24.403,03 DM festzu-
setzen, wird zurückgewiesen.

G r ü n d e:

Das Berufungsgericht hat den Wert der Beschwer des
Beklagten zutreffend auf 24.403,03 DM festgesetzt. Die
Beschwer bemißt sich nach dem Betrag, zu dessen Zahlung
der Beklagte verurteilt worden ist. Sie wird nicht da-
durch erhöht, daß der Aufrechnungseinwand des Beklagten
teilweise keinen Erfolg hatte. Die Entscheidung des
Berufungsgerichts ist insoweit nicht der materiellen
Rechtskraft fähig; § 322 Abs. 2 ZPO ist hier nicht an-
wendbar. Die Grundsätze, die nach BGHZ 48, 212 für die
Berechnung der Beschwer des Beklagten bei erfolgloser
Hilfsaufrechnung gelten, können deshalb nicht herange-
zogen werden.

a) Der Kläger hat als Bürge für die Firma I [REDACTED]
[REDACTED] für Elektroanlagen G [REDACTED] GmbH (Hauptschuldnerin)
an die Stadtparkasse B [REDACTED] (Gläubigerin) 58.806,07 DM
bezahlt. Dadurch ist nach den unbeanstandeten Feststellungen

- 3 -

des Berufungsgerichts der Darlehensanspruch der Gläubigerin gegen die Hauptschuldnerin in Höhe von 58.806,07 DM (einschließlich Nebenleistungen) gemäß § 774 Abs. 1 BGB und der Bürgschaftsanspruch der Gläubigerin gegen den Beklagten als Mitbürgen in Höhe von 29.403,03 DM gemäß den §§ 401 Abs. 1, 412, 774 Abs. 2, 426 BGB auf den Kläger übergegangen. Soweit der Beklagte gegen den Bürgschaftsanspruch einwendet, die Hauptschuldnerin habe mit Vertragsstrafeansprüchen gegen den Kläger in Höhe von 90.000 DM aufgerechnet, beruft er sich gemäß § 767 Abs. 1 BGB auf eine Einwendung der Hauptschuldnerin gegen die verbürgte Hauptforderung. Für die Entscheidung über diese Einwendung gilt § 322 Abs. 2 ZPO nicht. Die Auffassung des Berufungsrichters, die Aufrechnung der Hauptschuldnerin greife nur in Höhe von 10.000 DM durch, beschwert den Beklagten daher nicht über den Betrag der zuerkannten Klageforderung hinaus (vgl. BGH, Urteil vom 29. November 1972 - VIII ZR 202/71- = NJW 1973, 146).

b) Soweit der Berufungsrichter in Übereinstimmung mit dem Landgericht die Hilfsaufrechnung des Beklagten mit einer Schadensersatzforderung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts "Ingenieurbüro für Energieberatung (IfE)" in Höhe von 29.112,69 DM gemäß § 29 Abs. 2 ZPO nicht berücksichtigt hat, ist § 322 Abs. 2 ZPO ebenfalls nicht anwendbar. Der Berufungsrichter hat nicht nur den Vortrag einzelner Tatsachen zurückgewiesen, die der Begründung des Aufrechnungseinwandes dienen (vgl. dazu BGHZ 33, 236, 242 zu § 279 a ZPO aF; Stein/Jonas/Leipold, ZPO 20. Aufl. § 145 Rdn. 61). Vielmehr ist die erstmals durch Schriftsatz vom 5. Juli 1982 erklärte Aufrechnung im Ganzen nicht zugelassen worden.



Das Berufungsgericht hat mithin nicht entschieden, die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung bestehe nicht. Die Gegenforderung ist durch die aus prozeßrechtlichen Gründen erfolglose Aufrechnung nicht verbraucht und kann in einem anderen Rechtsstreit geltend gemacht werden (vgl. BGHZ 16, 124, 140 zu § 279 ZPO aF; Stein/Jonas/Leipold, § 145 ZPO Rdn. 52, 54 ff., insbesondere Rdn. 56; Zöllner/Stephan, ZPO 13. Aufl. § 145 Anm. II; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht 13. Aufl. § 106 III 2; MünchKomm/v. Feldmann, § 387 BGB Rdn. 14; Erman/Westermann, BGB 7. Aufl. § 388 Rdn. 4; Palandt/Heinrichs, BGB 43. Aufl. § 388 Anm. 2; zu § 279 ZPO aF vgl. ferner: BGB-RGRK/Weber, 12. Aufl. vor § 387 BGB Rdn. 25; Blomeyer ZZP 88, 439 ff.; Schneider MDR 1975, 979, 981).

Merz

Winter