BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 66/01

Verkündet am:
12. September 2002
Preuß,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO §§ 308, 536 a.F.

Zur Unzulässigkeit der Berichtigung einer in erster Instanz fälschlich vorgenommenen Saldierung von Klage- und Widerklageforderungen durch das Berufungsgericht.

BGB § 387

Zur Zulässigkeit der Aufrechnung eines Rechtsanwalts gegen den Anspruch des Auftraggebers auf Herausgabe eines eingezogenen Geldbetrages.

BGH, Urteil vom 12. September 2002 - IX ZR 66/01 - OLG Jena
LG Mühlhausen

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. September 2002 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kreft und die Richter Kirchhof, Dr. Fischer, Dr. Ganter und Kayser

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 6. Februar 2001 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Beklagte verurteilt worden ist, an P. F., DM 80.000 nebst Zinsen zu zahlen.

In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger erlitt am 13. Juli 1994 bei einem Verkehrsunfall erhebliche Verletzungen. Mit der Geltendmachung seiner daraus resultierenden Ansprüche beauftragte er den verklagten Rechtsanwalt. Dieser schloß am 12./13. Dezember 1996 mit dem Haftpflichtversicherer des anderen Unfallbeteiligten einen außergerichtlichen Vergleich. Demgemäß wurden - nachdem bereits früher ein Vorschuß in Höhe von 10.000 DM geleistet worden war - zur Abgeltung

aller Ansprüche noch 100.000 DM gezahlt. Ein Teilbetrag von 80.000 DM floß auf das Konto des Beklagten.

Die Parteien waren seinerzeit Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Inhaber der Geschäftsanteile der S. GmbH, über deren Vermögen am 1. September 1996 das Gesamtvollstreckungsverfahren eröffnet worden war. Mit getrennten Schreiben vom 7. Januar 1997 kündigte der Beklagte die BGB-Gesellschaft und rechnete mit einem gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsanspruch für die Jahre 1993/94 in Höhe von 90.831,45 DM gegen den "offenen Fremdgeldanspruch" in Höhe von 80.000 DM auf.

Der Kläger hat gegen den Beklagten Klage auf Zahlung der von diesem vereinnahmten Versicherungssumme von 80.000 DM nebst Zinsen erhoben. Die Zahlung soll an einen Zessionar des Klägers, F., erfolgen, der den Kläger nach dessen Behauptung ermächtigt hat, den Anspruch weiterhin gerichtlich geltend zu machen. Weiter hat der Kläger die Feststellung begehrt, daß der Beklagte aufgrund schuldhafter Schlechterfüllung des Anwaltsvertrages verpflichtet sei, dem Kläger den gesamten Schaden - ausgenommen die auf Versorgungsträger übergegangenen Ansprüche - zu ersetzen, der dem Kläger als Folge des Unfalls vom 13. Juli 1994 künftig entstehen werde. Der Beklagte hat Widerklage auf Zahlung von 63.767,60 DM erhoben.

Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, an F. 69.412,15 DM nebst Zinsen zu zahlen, und die Verpflichtung des Beklagten festgestellt, dem Kläger den zukünftigen Schaden aus dem Unfallereignis - ausgenommen die Teile, derentwegen die Ansprüche auf Versorgungsträger übergegangen sind - zu ersetzen. Im übrigen hat es Klage und Widerklage abgewiesen. Aus den

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Gründen ergibt sich, daß das Landgericht auf die Widerklage den Betrag von 10.587,85 DM zusprechen wollte, diesen Betrag von der eigentlich in Höhe von 80.000 DM für begründet erachteten Klagesumme abgezogen hat und so zu der Verurteilung in Höhe von 69.412,15 DM gelangt ist. Gegen dieses Urteil hat nur der Beklagte - mit dem Ziel der Klageabweisung - Berufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat diese zurückgewiesen, jedoch den Tenor des landgerichtlichen Urteils "klarstellend" dahin neu gefaßt, daß der Beklagte an den Kläger 80.000 DM und der Kläger an den Beklagten 10.587,85 DM zu zahlen haben. Dagegen wendet sich der Beklagte mit seiner Revision. Diese hat der Senat nur hinsichtlich des Zahlungsantrags des Klägers angenommen.

Entscheidungsgründe:

Im Umfang der Annahme führt die Revision zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I.

Das Berufungsgericht hat sein Urteil wie folgt begründet:

Der Beklagte sei aufgrund des Anwaltsvertrages verpflichtet, die von ihm vereinnahmte Zahlung des Haftpflichtversicherers an den Kläger auszukehren. Der Beklagte habe nicht nachgewiesen, daß ihm der Kläger den Anspruch gegen den Haftpflichtversicherer abgetreten habe. Er könne auch nicht gegen

den Zahlungsanspruch des Klägers aufrechnen, weil er nicht einmal den Anspruch konkret bezeichnet habe, mit dem er aufrechnen wolle, und auch keine zur Aufrechnung geeigneten Ansprüche habe. Eine Aufrechnung mit Ansprüchen aus dem beendeten Gesellschaftsverhältnis der Parteien scheitere daran, daß die Auseinandersetzung der Gesellschaft noch nicht abgeschlossen sei. Soweit der Beklagte durch Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommen worden sei, habe er nicht nachgewiesen, diese Gläubiger befriedigt zu haben. Im übrigen sei ein Rechtsanwalt daran gehindert, gegen den Anspruch auf Auskehr von Fremdgeldern mit einer eigenen Forderung, die nicht im Mandatsverhältnis begründet sei, aufzurechnen.

II.

Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Zunächst verletzt das angefochtene Urteil - wie der Beklagte mit Recht rügt - zu seinen Lasten die §§ 308, 536 ZPO a.F.

Zwar ist dem Berufungsgericht darin Recht zu geben, daß das Landgericht seine Ergebnisse zu Klage und Widerklage nicht in der geschehenen Art und Weise "saldieren" durfte. Die vom Berufungsgericht vorgenommene "Klarstellung" war jedoch unzulässig, weil der Tenor des landgerichtlichen Urteils klar war. Widersprüchlich waren allein die Urteilsgründe. Bei Abweichungen zwischen Urteilstenor und Entscheidungsgründen ist jedenfalls dann der Tenor maßgebend, wenn die Entscheidungsgründe in sich widersprüchlich sind und einzelne Teile mit der Urteilsformel übereinstimmen (BGH, Urt. v. 13. Mai 1997

- VI ZR 181/96, NJW 1997, 3447, 3448). So verhielt es sich im vorliegenden Fall.

Eine Korrektur des vom Landgericht begangenen Verfahrensfehlers war überhaupt nicht mehr - auch nicht im Wege einer Änderung des erstinstanzlichen Urteils - möglich, weil nur der Beklagte Berufung eingelegt und mit dieser lediglich den Klageabweisungsantrag weiterverfolgt hatte. Durch die "klarstellende" Änderung des erstinstanzlichen Urteils hat das Berufungsgericht die Verurteilung des Beklagten von 69.412,15 DM auf 80.000 DM erhöht und diesem zugleich einen Betrag von 10.587,85 DM zugesprochen. Das Erste verstieß gegen das Verschlechterungsverbot (§ 536 ZPO), das Zweite gegen das Verbot, einer Partei etwas zuzusprechen, was sie nicht beantragt hat (§ 308 ZPO).

Das Berufungsgericht hat zu Lasten des Rechtsmittelführers, nämlich des Beklagten, dessen formelle Beschwer um 10.587,85 DM erhöht. Daran ändert nichts, daß es ihm zugleich denselben Betrag auf die - nicht mehr weiterverfolgte - Widerklage hin zugesprochen hat. Durch die Änderung des landgerichtlichen Urteils wurde der Beklagte auch materiell beschwert. Wenn der Kläger, wie der Beklagte unter Hinweis auf die vom Kläger abgegebene eidesstattliche Versicherung vorgetragen hat, vermögenslos ist, kann der dem Beklagten zugesprochene Anspruch allenfalls unter Schwierigkeiten realisiert werden. Durch die Erhöhung der gegen ihn titulierten Forderung und die gleichzeitige Gewährung eines schwer zu verwirklichenden Gegenanspruchs steht der Beklagte also schlechter.

2. Im übrigen ist - wie die Revision mit Recht rügt - die Beweiswürdigung zu der von dem Beklagten behaupteten Abtretung rechtsfehlerhaft.

a) Der Beklagte hat vorgetragen, der Kläger habe den Anspruch auf die Vergleichssumme an ihn abgetreten, um die eigenen gesellschaftsrechtlichen Verbindlichkeiten gegenüber dem Beklagten zu vermindern. Dieser Vortrag ist in bezug auf die Zahlungsklage erheblich, weil die Abtretung gegebenenfalls dem Anspruch des Klägers auf Auskehr des betreffenden Betrages entgegengehalten werden kann. Es handelt sich dann für den Beklagten nicht mehr um Fremdgeld, sondern um eigenes Geld.

b) Das Landgericht hat zur Frage der Abtretung der Schadensersatzforderung Beweis erhoben durch Vernehmung von Zeugen. Der Zeuge Rechtsanwalt D. hat bekundet, daß er im Frühjahr 1996 im Beisein des Beklagten mit dem Kläger über die Regulierung eigener Honoraransprüche gesprochen habe. Der Kläger habe ihm angeboten, die ausstehenden Honoraransprüche aus der zu erwartenden Versicherungsleistung zu befriedigen. Der Beklagte habe jedoch darauf hingewiesen, daß die vom Kläger ins Gespräch gebrachte Forderung bereits an ihn abgetreten worden sei; deshalb könne der Kläger ihn - den Zeugen - daraus nicht mehr befriedigen. Das habe der Kläger eingeräumt.

Das Landgericht und, ihm folgend, das Berufungsgericht sind der Auffassung, daß diese Aussage des Rechtsanwalts D. "nicht weiterführe", weil sie die Umstände der Abtretung selbst offenlasse. Diese Würdigung überschreitet die Grenzen tatrichterlichen Ermessens und verletzt § 286 ZPO. Hat der Kläger anläßlich der Besprechung mit Rechtsanwalt D. ausdrücklich bestätigt, daß er zuvor seine Ansprüche gegen den Unfallverursacher und dessen Haftpflichtversicherer an den Beklagten abgetreten hat - insofern ha-

ben die Vorinstanzen keine Zweifel erkennen lassen -, dann ist dies ein gewichtiges Indiz dafür, daß die Abtretung tatsächlich erfolgt ist. Weder die Beweiswürdigung des Landgerichts noch jene des Berufungsgerichts läßt erkennen, daß sie die indizielle Bedeutung dieser Mitteilung des Klägers an den Zeugen D. erkannt haben.

c) Das Berufungsgericht hat umgekehrt anderen Indiztatsachen ein Gewicht beigemessen, das ihnen möglicherweise nicht zukommt. Es hat auf die Tatsache abgehoben, daß der Beklagte mit Schreiben vom 7. Januar 1997 an den Kläger mit einem gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsanspruch aufgerechnet hat, ohne sich einer Abtretung zu berühmen. Dabei hat es nicht erkennbar berücksichtigt, daß die Abtretung nach dem Vortrag des Beklagten gerade zu dem Zweck erfolgt ist, den gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsanspruch des Beklagten (teilweise) zu erfüllen. Das Berufungsgericht hätte deshalb erwägen müssen, ob der Beklagte mit der "Aufrechnung" nicht die zuvor abgesprochene Verrechnung hat vornehmen wollen. Diese Prüfung ist - wie die Revision mit Recht rügt - unterblieben.

3. Verfahrensfehlerhaft hat es das Berufungsgericht unterlassen, den schon erstinstanzlich angebotenen Zeugen R. zu vernehmen. Der Beklagte hat durch diesen Zeugen unter Beweis gestellt - und darauf in zweiter Instanz Bezug genommen -, daß der Kläger, der dem Zeugen Geld geschuldet habe, auch diesem die Abtretung des Anspruchs auf die Versicherungsleistung an Zahlungs statt angeboten habe, worauf er - der Beklagte -, der bei dem Gespräch zugegen gewesen sei, unter Hinweis auf die bereits erfolgte Abtretung an ihn protestiert habe. Daraufhin habe der Kläger von der Abtretung an R. Abstand genommen.

Das Berufungsgericht hat diesen Beweisantritt für unbeachtlich gehalten, weil er sich nicht ausreichend zu den Umständen und dem Inhalt der behaupteten Abtretung verhalte, weswegen eine Beweisaufnahme auf Ausforschung hinauslaufe. Diese Betrachtungsweise verstößt gegen § 286 ZPO. Die Ansicht, auf den Zeugen komme es nicht an, weil er bei der behaupteten Abtretung nicht zugegen gewesen sei, ist aus den gleichen Gründen zu beanstanden wie die den Zeugen Rechtsanwalt D. betreffende Beweiswürdigung. Von einer Ausforschung kann nur dann gesprochen werden, wenn der Antragsteller ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürliche Behauptungen aufs Geratewohl oder ins Blaue hinein aufstellt, um durch die Beweisaufnahme beweiserhebliche Tatsachen erst zu erfahren und sie dann zur Grundlage eines Parteivortrages zu machen; um eine Ausforschung geht es demgegenüber nicht, wenn der Antragsteller die beweiserhebliche Tatsache selbst in das Wissen des Zeugen stellt (BGH, Urt. v. 30. Januar 1989 - II ZR 175/88, BGHR ZPO § 373 - Ausforschungsbeweis 4; v. 4. März 1991 - II ZR 90/90, WM 1991, 942, 946; v. 25. April 1995 - VI ZR 178/94, NJW 1995, 2011, 2012). Das hat der Beklagte getan.

4. Kann der Beklagte die behauptete Abtretung nicht beweisen, kommt es darauf an, ob der Beklagte wirksam aufgerechnet oder sich berechtigterweise auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen hat. Auch in dieser Hinsicht sind die Ausführungen des Berufungsgerichts - wie der Revision zuzugeben ist - rechtsfehlerhaft.

a) Zunächst trifft es nicht zu, daß der Beklagte nicht deutlich gemacht habe, auf welche Gegenansprüche er sich berufe. Der Beklagte hat vorgetra-

gen und unter Beweis gestellt, daß der Kläger in den Jahren 1993/94 Mehrentnahmen in Höhe von 181.662,90 DM getätigt habe, woraus sich ein gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsanspruch des Beklagten in Höhe der Hälfte dieses Betrages, mithin 90.831,45 DM, ergebe. In der Berufungsinstanz hat der Beklagte seinen Vortrag dahin ergänzt, daß der Kläger für Verbindlichkeiten der Gesellschaft gesamtschuldnerisch mithafte, für die er - Beklagter - in Anspruch genommen werde.

b) Die Ansicht des Berufungsgerichts, die geltend gemachten Gegenansprüche bestünden nicht, ist unter Zugrundelegung des derzeitigen Sach- und Streitstandes rechtlich nicht haltbar.

aa) Allerdings ist es im Ausgangspunkt zutreffend, daß ein Gesellschafter nach der Auflösung einer BGB-Gesellschaft keine Einzelansprüche gegen die Gesellschaft oder einen anderen Gesellschafter geltend machen kann; sie sind vielmehr als Rechnungsposten in die Auseinandersetzung einzustellen (BGHZ 37, 299, 304; BGH, Urt. v. 4. Juni 1984 - II ZR 230/83, NJW 1985, 1898, 1899; v. 2. Oktober 1997 - II ZR 249/96, NJW 1998, 376). Ferner hat das Berufungsgericht nicht verkannt, daß eine Ausnahme dann gilt, wenn feststeht, daß der Gesellschafter das auf seinen Anspruch Geleistete keinesfalls zurückerstatten muß (vgl. BGH, Urt. v. 12. November 1990 - II ZR 232/89, NJW-RR 1991, 549; v. 9. März 1992 - II ZR 195/90, NJW 1992, 2757, 2758; v. 10. Mai 1993 - II ZR 111/92, NJW-RR 1993, 1187). Die Ansicht des Berufungsgerichts, dies ergebe sich aus dem Vortrag des Beklagten nicht, wird von der Revision jedoch mit Recht beanstandet. Der Beklagte hat vorgetragen, die Gesellschaft habe einen Verlust von knapp 2 Mio. DM erwirtschaftet und sei vermögenslos; die Entnahmen des Klägers seien wesentlich höher als seine

eigenen. Ferner hat der Beklagte eine vorläufige Auseinandersetzungsbilanz zum 16. Februar 1999 vorgelegt. Damit hat sich das Berufungsgericht nicht befaßt.

bb) Den Vortrag des Beklagten, der Kläger hafte für Verbindlichkeiten der Gesellschaft gesamtschuldnerisch mit, hat das Berufungsgericht für unerheblich gehalten, weil der Beklagte nicht behauptet habe, eine dieser Verbindlichkeiten getilgt zu haben. Auch insoweit kann das Berufungsurteil - wie die Revision mit Recht geltend macht - nicht bestehen bleiben.

Soweit Leistungen auf die Forderungen Dritter noch nicht erfolgt sind, besteht zwar kein zur Aufrechnung geeigneter Zahlungsanspruch des einen Gesellschafters gegen den anderen. Indes schuldet der Kläger die Mitwirkung an der Befriedigung der verschiedenen Gläubiger, und zwar schon vor der eigenen Leistung des Beklagten (vgl. BGHZ 23, 361, 363). Der Anspruch ist auf Befreiung von dem Teil der Schuld, den der Kläger im Innenverhältnis zu tragen hat, gerichtet und begründet ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB (vgl. BGHZ 47, 157, 166 f; BGH, Urt. v. 15. Mai 1986 - IX ZR 96/85, NJW 1986, 3131, 3132). Ein derartiges Zurückbehaltungsrecht hat der Beklagte hilfsweise geltend gemacht. Ob und in welcher Höhe er wegen solcher Gesellschaftsverbindlichkeiten in Anspruch genommen worden ist, hat das Berufungsgericht nicht geprüft.

c) Die Ansicht des Berufungsgerichts, auf das Vorstehende komme es nicht an, weil ein Rechtsanwalt als Treuhänder grundsätzlich nicht mit einer Eigenforderung, die nicht im Mandatsverhältnis begründet sei, aufrechnen

(oder deswegen ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen) könne, trifft nicht zu.

aa) Zwar darf ein fremdnütziger Treuhänder nach ständiger Rechtsprechung gegen den Herausgabeanspruch des Treugebers aus §§ 667, 675 BGB grundsätzlich nicht mit Gegenforderungen aufrechnen, die ihren Grund nicht in dem Treuhandvertrag haben (BGHZ 95, 109, 113; BGH, Urt. v. 4. März 1993 - IX ZR 151/92, NJW 1993, 2041, 2042; v. 14. Juli 1994 - IX ZR 110/93, NJW 1994, 2885, 2886). Diese Grundsätze gelten auch für Rechtsanwälte hinsichtlich der von ihnen als Treuhänder empfangenen Fremdgelder. Der einem Rechtsanwalt erteilte Einziehungsauftrag begründet aber nicht ohne weiteres ein der Aufrechnung entgegenstehendes Treuhandverhältnis (BGHZ 71, 380, 383). Deshalb ist ein Rechtsanwalt grundsätzlich auch nicht gehindert, sich durch Aufrechnung mit Honoraransprüchen aus nicht zweckgebundenen Fremdgeldern zu befriedigen (vgl. auch § 4 Abs. 3 BORA); dies gilt selbst dann, wenn die Honoraransprüche nicht gerade den Auftrag betreffen, der zu dem Geldeingang geführt hat (BGH, Urt. v. 23. Februar 1995 - IX ZR 29/94, NJW 1995, 1425, 1426). Ob der Beklagte im vorliegenden Fall die Versicherungssumme als Treuhänder entgegennahm, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

bb) Unabhängig vom Vorliegen eines Treuhandverhältnisses können Sinn und Zweck eines Auftrages dem Beauftragten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben verbieten, gegen den Anspruch auf Herausgabe des Erlangten mit Gegenforderungen aufzurechnen, die ihren Grund nicht in dem Auftrag und den damit verbundenen Aufwendungen haben (BGHZ 54, 244, 247; 71, 380, 383). Insoweit ist zu ermitteln, ob der besondere Inhalt des zwi-

schen den Parteien begründeten Schuldverhältnisses, die Natur der Rechtsbeziehungen oder der Zweck der geschuldeten Leistung eine Erfüllung im Wege der Aufrechnung als mit Treu und Glauben unvereinbar erscheinen lassen (BGH, Urt. v. 23. Februar 1995 - IX ZR 29/94, aaO). Wie es sich im vorliegenden Fall verhielt, hat das Berufungsgericht nicht geprüft.

(1) Das Berufungsgericht hat gemeint, der Vortrag des Beklagten, wonach die von ihm entgegengenommene Leistung des Versicherers zu einem großen Teil auf Lohnfortzahlungsansprüche entfallen sei, welche die S. GmbH an den Kläger abgetreten habe, "entbehre der notwendigen Substanz".

Diese Ansicht beruht - wie die Revision zu Recht rügt - auf einer unvollständigen Erfassung des Prozeßstoffs (§ 286 ZPO). Der Beklagte hat vorgetragen - und das Berufungsgericht hat das auch im unstreitigen Teil seines Tatbestandes erwähnt -, im Unfallhaftpflichtprozeß habe der Kläger als hauptsächlichen Bestandteil seiner Schadensersatzforderung einen abgetretenen Anspruch der S. GmbH auf Ersatz der Lohnfortzahlung geltend gemacht. Die Abtretung habe der Kläger als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der S. GmbH durch Insichgeschäft vorgenommen. In Ermangelung gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts ist in der Revisionsinstanz von diesem Vortrag auszugehen. Danach hat der Kläger eine Vermögensposition an sich gezogen - und dies durch Abtretung des streitgegenständlichen Zahlungsanspruchs an seinen Gläubiger F. bekräftigt -, die der Gesellschaft und wirtschaftlich beiden Parteien zustand. Ob sich der Kläger - wie die Revision meint - einen Verstoß gegen Treu und Glauben entgegenhalten lassen muß, wenn er von dem Beklagten die Auskehr der gesamten Schadensersatzleistung des Versicherers, also auch des nicht auf die Ansprüche der S. GmbH entfallenden Anteils, begehrt, kann dahinstehen. Jedenfalls

handelt umgekehrt der Beklagte nicht treuwidrig, wenn er mit gesellschaftsrechtlichen Ansprüchen gegen einen Anspruch des Klägers in dem Umfang aufrechnet, in dem dessen Anspruch wirtschaftlich betrachtet der Gesellschaft - und damit mindestens zur Hälfte dem Beklagten - zusteht. In dem beschriebenen Umfang steht der aufgerechnete Anspruch auch mit dem früheren Anwaltsmandat in Verbindung, weil dieses - wiederum wirtschaftlich betrachtet - u.a. darauf gerichtet war, den Lohnfortzahlungsanspruch der Gesellschaft zu realisieren.

An dieser Beurteilung würde es auch nichts ändern, wenn der Beklagte die Versicherungssumme als Treuhänder des Klägers entgegengenommen hätte.

(2) Im übrigen hat das Berufungsgericht auch den Vortrag des Beklagten unberücksichtigt gelassen, daß er, wenn ihm eine Aufrechnung untersagt werde, nicht auf die anderweitige Befriedigung seiner gegen den Kläger gerichteten Ansprüche rechnen könne, weil dieser vermögenslos sei und die eidesstattliche Versicherung abgegeben habe. Unter Zugrundelegung dieses Vortrags kann insgesamt - also nicht nur in dem oben (1) beschriebenen Umfang - kein Aufrechnungsverbot bestehen. Denn dieses liefe wirtschaftlich auf einen Forderungsverzicht hinaus (vgl. BGH, Urt. v. 14. Juli 1994 - IX ZR 110/93, aaO).

cc) Soweit der Kläger für gesamtschuldnerisch bestehende Verbindlichkeiten der Gesellschaft mithaftet (oben b bb), handelt der Beklagte wiederum nicht treuwidrig, wenn er sich gegen den mit der Klage geltend gemachten Zahlungsanspruch mit einem Zurückbehaltungsrecht verteidigt. Nach dem in

der Revisionsinstanz zugrunde zu legenden Vortrag des Beklagten erscheint es ausgeschlossen, daß dieser seinen Anspruch auf anteilige Befreiung von gesamtschuldnerisch bestehenden Verbindlichkeiten gegenüber Drittgläubigern und - im Falle der Zahlung - seinen Ausgleichsanspruch gegenüber dem Kläger realisieren kann. Diese von dritter Seite erhobenen Ansprüche übersteigen deutlich den Betrag von 600.000 DM. Unter diesen Umständen kann es dem Beklagten nicht verwehrt werden, eine Auszahlung des empfangenen Betrages von 80.000 DM an den Kläger zurückzuhalten (§ 242 BGB).

III.

Das Berufungsurteil ist somit teilweise aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO a.F.). In diesem Umfang ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO a.F.). Dieses wird unter Berücksichtigung der oben stehenden Ausführungen zu prüfen haben, ob eine Abtretung für erwiesen angesehen werden kann. Unter Umständen wird der Zeuge R. zu vernehmen sein. Falls das Berufungsgericht die Abtretung nicht für nachgewiesen erachten sollte, wird es der Frage nachgehen müssen, ob der Beklagte wirksam aufgerechnet hat oder sich zu Recht auf ein Zurückbehaltungsrecht beruft.

Kreft Kirchhof Fischer

Ganter Kayser