

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

KO §§ 3, 82, 89

Der Bürge nimmt nicht am Konkurs über das Vermögen des Hauptschuldners teil, wenn der Gläubiger die verbürgte Forderung als Konkursforderung angemeldet hat und diese nicht nach § 774 Abs. 1 BGB auf den Bürgen übergegangen ist.

In diesem Fall ist der Bürge auch nicht Beteiligter im Sinne der §§ 82, 89 KO.

BGH, Urt. v. 11. Oktober 1984 - IX ZR 80/83 - OLG Karlsruhe
LG Karlsruhe

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 80/83

URTEIL

Verkündet am

11. Oktober 1984
Thiesies
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. Dr. Jürgen M [REDACTED],
M [REDACTED]straße [REDACTED], [REDACTED] K [REDACTED],

2. ...

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED] und
[REDACTED] -

g e g e n

Sepp R [REDACTED],
K [REDACTED]straße [REDACTED], [REDACTED] K [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Oktober 1984 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Henkel, Fuchs, Gärtner und Winter

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 16. Juni 1983 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten seines Rechtsmittels.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Gesellschafter der am 25. März 1974 in das Handelsregister eingetragenen N- M-Reif Gesellschaft mit beschränkter Haftung (künftig: GmbH) waren der Beklagte, die von ihm inzwischen geschiedene Tochter des Klägers sowie dessen Sohn Bernd R. Die B-Bank, jetzt B-W-Bank, sagte der GmbH am 2. und 15. Mai 1974 in der Folgezeit auch ausgereichte Darlehen von 70 000 DM und 150 000 DM zu. Der Beklagte übernahm in den Urkunden vom 9. und 21. Mai 1974 für alle Forderungen, die der Bank gegenwärtig und zukünftig aus der Geschäftsverbindung (insbesondere aus laufender Rechnung und aus der Gewährung



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

von Krediten jeder Art) gegen die GmbH zustehen, selbstschuldnerische Bürgschaften bis zu den Höchstbeträgen von 70 000 DM und 150 000 DM jeweils zuzüglich Zinsen und Kosten. Über das Vermögen der GmbH wurde am 22. Dezember 1978 das Konkursverfahren eröffnet.

Das Landgericht erkannte eine in erster Linie geltend gemachte Forderung aus Darlehensgewährung in der beantragten Höhe von 52 052,82 DM, aber nur 4 % Zinsen aus 48 912,68 DM seit 26. Mai 1977 zu und wies die weitergehende Zinsforderung ab. Das die Klage in vollem Umfang abweisende Urteil des Berufungsgerichts hob der Bundesgerichtshof durch Urteil vom 23. Juni 1982 - VIII ZR 333/80 (= NJW 1982, 2308) auf, weil der Beklagte zwar nicht als Darlehensschuldner, aber aus der Bürgschaft vom 9. Mai 1974 hafte. Zur Entscheidung über die bisher nicht geprüften Gegenansprüche, mit denen der Beklagte hilfsweise aufgerechnet hatte, wurde der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Das Oberlandesgericht bestätigte nunmehr die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung der Hauptsumme von 52 052,82 DM, sprach ab 13. Dezember 1978 Zinsen in wechselnder Höhe zu und wies im übrigen die Berufungen der Parteien zurück. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klagabweisung weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

Durch das Revisionsurteil vom 23. Juni 1982 ist entschieden, daß die B[REDACTED]-W[REDACTED] Bank ihre

Darlehensforderungen aus den Kreditzusagen vom 2. und 15. Mai 1974 gegen die GmbH in Höhe von 177 403,68 DM im Dezember 1978 an den Kläger abgetreten hat und daß deshalb gemäß § 401 BGB die Rechte aus der vom Beklagten in Höhe von 70 000 DM übernommenen Bürgschaft auf den Kläger übergegangen sind. Da diese rechtliche Beurteilung des dem Revisionsgericht unterbreiteten Sachverhalts der Aufhebung des ersten Berufungsurteils zugrunde gelegt ist, hat das Berufungsgericht sie zu Recht seiner zweiten Entscheidung zugrunde gelegt (§ 565 Abs. 2 ZPO).

Demgegenüber hat der Beklagte keine neuen Umstände vorgetragen, die eine andere rechtliche Beurteilung erlauben würden. Die Kreditzusagen vom 2. und 15. Mai 1974 und die sich daraus ergebende Art der Darlehen waren bereits Streitstoff des ersten Berufungsverfahrens. Neu ist, wie auch die Revision nicht verkennet, nur die Tatsache, daß sich der Beklagte am 21. Mai 1974 nochmals in Höhe von 150 000 DM für die Kreditforderungen der B-W Bank gegen die GmbH verbürgt hat.

Bei diesem Sachstand ermangelt es entgegen der Meinung der Revision dem Klaganspruch nicht an der notwendigen Bestimmtheit im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Aus dem Vortrag des Klägers und dem Berufungsurteil ist vielmehr erkennbar, daß der Bürgschaftsanspruch auf Zahlung von 52 052,82 DM nebst Zinsen in erster Linie auf die Bürgschaftsverpflichtung des Beklagten gestützt ist, die dieser am 9. Mai 1974 bis zur Höhe von 70 000 DM zuzüglich Zinsen und

Kosten übernommen und nach der bindenden Rechtsauffassung des Revisionsgerichts auf Grund der Abtretung der verbürgten Hauptforderungen gegenüber dem Kläger zu erfüllen hat. Das hat der Prozeßbevollmächtigte des Klägers in der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat bestätigt.

Danach hat das Berufungsgericht zutreffend entschieden, daß der Kläger den geltend gemachten fälligen Bürgschaftsanspruch (§ 765 BGB) in Höhe des eingeklagten Betrages gemäß § 401 BGB erworben hat.

II.

Das Berufungsgericht hat ein Erlöschen des Klaganspruchs durch die vom Beklagten hilfsweise erklärten Aufrechnungen verneint, weil seine Gegenforderungen nicht als bestehend festgestellt werden könnten.

Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

1. Der Beklagte macht in erster Linie geltend, der Kläger habe ihn vorsätzlich und sittenwidrig dadurch geschädigt, daß er mit falschen eidesstattlichen Versicherungen im Dezember 1978 einen Arrestbefehl gegen die GmbH erschlichen, in deren Vermögen vollstreckt, so deren Konkurs herbeigeführt und damit die Befriedigung der Gläubiger verhindert habe. Den daraus hergeleiteten Gegenanspruch (§ 826 BGB) hält der Tatrichter

nicht für begründet, weil der Beklagte für die Behauptung, der Kläger habe falsche eidesstattliche Versicherungen im Arrestverfahren vorgelegt, aber auch sonst für die Unrichtigkeit des gegen die GmbH erlassenen Arrestbefehls keinen Beweis angetreten habe. Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, ist der Hinweis auf den in den Akten anderer Prozesse befindlichen Schriftverkehr kein ausreichender Beweisantrag. Die Urkunden, aus denen sich die Richtigkeit der aufgestellten Behauptungen ergeben sollte, hätten genau bezeichnet werden müssen (allg. M., vgl. BGHZ 60, 275, 291). Das hat der Beklagte nicht getan. Dem von ihm genannten Schreiben der B- -W- Bank vom 18. Dezember 1978 (Bl. 601 GA) mußte der Tatrichter entgegen der Rüge der Revision nicht entnehmen, daß der Kläger durch bewußte Abgabe falscher eidesstattlicher Versicherungen einen in der Sache unbegründeten Arrestbefehl gegen die GmbH erlangt habe.

2.a) Das Berufungsgericht hält auch nicht für erwiesen, daß der Kläger als Mitglied des Gläubigerausschusses im Konkurs über das Vermögen der GmbH vorsätzlich die Gemeinschuldnerin und den Beklagten in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise geschädigt habe, als er bei der Veräußerung der Konkursmasse zu ungerechtfertigt niedrigem Preis mitgewirkt oder sie geduldet habe. Diese tatrichterliche Würdigung des Vortrags des Beklagten zur inneren Tatseite trägt die Verneinung eines Anspruchs aus § 826 BGB. Die Revision beanstandet insoweit die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht.

b) Sie macht aber zutreffend geltend, daß das Revisionsgericht entsprechend der Unterstellung des Tatrichters davon ausgehen muß, der Kläger habe als Mitglied des Gläubigerausschusses im Konkurs über das Vermögen der GmbH fahrlässig seine Pflichten verletzt, nämlich durch Mitwirkung bei der Verschleuderung der Konkursmasse die Tilgung auch der vom Beklagten verbürgten Kredite verhindert.

Das Berufungsgericht verneint nur deshalb einen Schadensersatzanspruch gegen den Kläger aus § 89 KO, weil der Beklagte nicht Beteiligter im Sinne dieser Vorschrift sei. Diese Auffassung hält den Angriffen der Revision stand:

Beteiligte sind nach § 89 KO wie nach § 82 KO alle Personen, denen gegenüber der Konkursverwalter und die Mitglieder des Gläubigerausschusses Pflichten zu erfüllen haben (BGH, Urt. v. 21. März 1961 - VI ZR 149/60 = LM KO § 82 Nr. 3; v. 30. Januar 1962 - VI ZR 18/61 = LM KO § 89 Nr. 1; vgl. auch Haug in ZIP 1984, 773 mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung). Wie nach § 82 KO der Konkursverwalter (vgl. BGH, Urt. v. 22. Februar 1973 - VI ZR 165/71 = LM KO § 82 Nr. 7 = NJW 1973, 1198) ist nach § 89 KO auch das Mitglied des Gläubigerausschusses für die Erfüllung der Pflichten verantwortlich, die ihm gegenüber den Konkursgläubigern bei der Verwertung der Konkursmasse im Interesse einer möglichst vollständigen und gleichmäßigen Befriedigung ihrer Forderungen gegen die Gemeinschuldnerin obliegen. Für einen Schaden der Konkursgläubiger infolge einer schuldhaften Verletzung dieser Pflichten haften die Mitglieder des Gläubigerausschusses persönlich.

Der Beklagte ist aber als Bürge für die vom Kläger erworbenen Rückzahlungsansprüche gegen die Gemeinschuldnerin kein Konkursgläubiger geworden. Wenn der Gläubiger am Konkurs des Hauptschuldners teilnimmt, kann der Bürge mit dem durch seine künftige Leistung an den Gläubiger bedingten Rückgriffsanspruch gegen den Hauptschuldner (§ 774 Abs. 1 BGB) nicht ebenfalls als Konkursgläubiger am Verfahren teilnehmen, sonst müßte die Konkursmasse zwei Gläubiger nebeneinander befriedigen, von denen der Schuldner außerhalb des Konkurses nur den einen oder den anderen zu befriedigen hätte. Die Schuld darf durch den Konkurs nicht verdoppelt werden (BGHZ 55, 117, 120, Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck KO 9. Aufl. § 3 Rdn. 37, § 67 Rdn. 3; vgl. auch BGHZ 27, 51, 54). Das ist auch der Grund dafür, daß der auf die §§ 670, 257 BGB gestützte, gemäß § 775 Abs. 1 Nr. 1 BGB bereits im Zeitpunkt der Konkurseröffnung unbedingt entstandene Befreiungsanspruch des vom Hauptschuldner beauftragten Bürgen ebenfalls keine Konkursforderung, der Bürge mithin auch insoweit kein Konkursgläubiger ist, wenn der Gläubiger am Konkurs über das Vermögen des Hauptschuldners teilnimmt (Jaeger/Weber/Henckel KO 9. Aufl. § 3 Rdn. 57). So liegen die Dinge hier. Unstreitig hat der Kläger die ihm abgetretenen durch die Bürgschaften des Beklagten gesicherten Hauptforderungen gegen die GmbH im Konkursverfahren über deren Vermögen angemeldet. Der Beklagte hätte durch Befriedigung der auf den Kläger übergegangenen Hauptschuld nach Eröffnung des Konkursverfahrens noch Konkursgläubiger werden können (vgl. Jaeger/Weber/Henckel aaO). Er hat aber als Bürge auch nach Konkurseröffnung keine Zahlung geleistet.

Der Revision ist zuzugeben, daß als Beteiligte im Sinne der §§ 82 und 89 KO nicht nur diejenigen Personen in Betracht kommen, die unmittelbar am Konkursverfahren teilnehmen. Voraussetzung ist aber, daß das Gesetz dem Konkursverwalter oder dem Gläubigerausschuß Pflichten gegenüber nicht am Konkursverfahren teilnehmenden Personen auferlegt oder daß sich aus Rechtshandlungen solche Pflichten ergeben (vgl. BGH, Urt. v. 3. Juni 1958 - VIII ZR 326/56 = LM KO § 82 Nr. 1; v. 4. Juni 1958 - V ZR 304/56 = aaO Nr. 2; v. 21. März 1961 - VI ZR 149/60 = aaO Nr. 3; v. 27. Februar 1973 - VI ZR 118/71 = aaO Nr. 6 = NJW 1973, 1043; v. 10. Mai 1977 - VI ZR 48/76 = MDR 1977, 830 = LM KO § 82 Nr. 9). Dem Gläubigerausschuß sind wie auch dem Konkursverwalter durch das Gesetz keine Pflichten gegenüber dem Bürgen einer als Konkursforderung angemeldeten Hauptforderung auferlegt. Auch Rechtshandlungen, aus denen sich Vertragspflichten oder Sorgfaltspflichten ergeben könnten, haben der Konkursverwalter und der Gläubigerausschuß, der jenen bei seiner Geschäftsführung zu unterstützen und zu überwachen hat (§ 88 KO), gegenüber dem Beklagten als Bürgen nicht vorgenommen. Andererseits ist nicht zu übersehen, daß eine vom Kläger schuldhaft mitveranlaßte Verkürzung der Konkursmasse dem Beklagten Schaden zugefügt haben kann, wenn eine verhinderte Befriedigung des Hauptgläubigers aus der Konkursmasse zu seiner Inanspruchnahme als Bürge geführt hat. Das wäre aber nur ein durch den Schaden in der Person des Konkursgläubigers vermittelter Nachteil. Die Pflichten des Konkursverwalters und des Gläubigerausschusses dürfen nicht zugunsten von Personen erweitert werden, die erst durch den Ausfall eines Konkursgläubigers mit seiner Forderung Vermögensnachteile erleiden können. Der Kreis der Beteilig-

ten im Sinne der §§ 82, 89 KO wäre sonst nicht mehr eingrenzbar. Deshalb gehört der Bürge nicht zu den Beteiligten, wenn er von Maßnahmen des Konkursverwalters und des Gläubigerausschusses nur mittelbar über eine verkürzte Konkursquote eines Konkursgläubigers in seinen Vermögensinteressen berührt wird.

Danach kann offenbleiben, ob ein Beteiligter im Sinne der §§ 82 und 89 KO selbst gegen den Konkursverwalter oder das Gläubigerausschußmitglied Schadensersatzansprüche geltend machen kann, solange - wie hier mangels gegenteiliger Feststellungen angenommen werden muß - das Konkursverfahren noch nicht beendet ist (vgl. BGH, Urt. v. 22. Februar 1973 - VI ZR 155/71 = NJW 1973, 1198 = LM KO § 82 Nr. 7).

3. Der Beklagte stützt einen zur Aufrechnung gestellten Gegenanspruch noch darauf, daß er nach dem Vertrag vom 22. April 1974 mit den Grundeigentümern zu 1/3 Dauernutzungsberechtigter an bestimmten Räumen im Gebäude K■■■■■, E■■■■■straße ■■■ sei und ihm deshalb die vom Kläger vereinnahmten Mieten, soweit sie das an die Eigentümer zu entrichtende Nutzungsentgelt übersteigen, anteilig, und zwar in Höhe von 1 000 DM oder 1 200 DM monatlich, zustünden.

Dazu stellt das Berufungsgericht fest: Im Vertrag vom 22. April 1974 wurde dem Beklagten, seiner damaligen Ehefrau und dem Sohn des Klägers, Bernd R■■■■, als Gemeinschaft nach Bruchteilen zu je einem Drittel (§§ 741 ff BGB) das Dauernutzungsrecht an Räumen in der E■■■■-■■■■■straße ■■■ eingeräumt. Der Kläger trat an Stelle

seines Sohnes Bernd R. im August 1978 in die Gemeinschaft ein. Der Beklagte hat keine Zahlungen auf das Dauernutzungsentgelt geleistet, das die Gemeinschaft an die Eigentümer des Grundstücks E. straße zu entrichten hatte. Bis November 1979 erzielte die Gemeinschaft nur Mieteinnahmen in Höhe des Nutzungsentgelts, die auch an die Eigentümer abgeführt wurden.

a) Aus diesem Sachverhalt ist kein Anspruch des Beklagten herzuleiten. Das hat das Berufungsgericht, von der Revision unbeanstandet, zutreffend dargelegt.

b) Wie der Kläger einräumt, nimmt er von den Firmen Bruno A. und G., die in den dem Dauernutzungsrecht unterliegenden Räumen ein Einzelhandelsgeschäft betreiben lassen, seit November 1979 Leistungen entgegen, die das an die Grundeigentümer zu entrichtende Nutzungsentgelt um 3 000 DM monatlich übersteigen. Das Berufungsgericht hält nicht für völlig ausgeschlossen, daß der Kläger, wie er behauptet, auf Grund Mietvertrags nur Einnahmen in Höhe des Nutzungsentgelts erziele, die monatlichen Mehreinnahmen vom 3 000 DM aber kein Entgelt für die Überlassung der Räume seien, vielmehr auf Grund einer Sondervereinbarung von der Firma G. geleistet würden. Ob diese Würdigung des Vortrags der Parteien den Angriffen der Revision standhält, kann offenbleiben. Selbst wenn man der Behauptung des Beklagten folgt, daß die gesamten von der Firma Bruno A. und der Firma G. an den Kläger monatlich entrichteten Beträge die Gegenleistung für die Überlassung der dem Dauernutzungsrecht der Gemeinschaft unterliegenden Räume darstellen, hat er keinen Anspruch erlangt, mit dem

er gegen die Bürgschaftsforderung des Klägers aufrechnen könnte:

Ob und wie der Beklagte einen Anspruch auf seinen Anteil an den vom Kläger aus dem gemeinschaftlichen Gegenstand gezogenen Früchten geltend machen kann, richtet sich nach den §§ 743 ff BGB.

aa) Die Teilung der Früchte nach § 743 BGB im Wege der vorweggenommenen Auseinandersetzung (§§ 752 ff BGB) bedarf der Zustimmung aller Teilhaber. Nach der gesetzlichen Regelung steht einem Teilhaber gegen die anderen Teilhaber die Forderung auf Auszahlung seines Anteils zu (MünchKomm/Karsten Schmidt BGB § 743 Rdn. 1 und 6; vgl. BGHZ 40, 326, 330). Hat ein Teilhaber die Mieteinnahmen für den gemeinschaftlichen Gegenstand eingezogen, so können von diesem die anderen Teilhaber die Auskehrung bestimmter auf sie entfallender Bruchteile der Früchte verlangen; ein einzelner Teilhaber kann aber den für sich beanspruchten Bruchteil von einem anderen Teilhaber nur fordern, wenn die übrigen der geltend gemachten Art der Teilung zustimmen (Staudinger/Huber BGB 12. Aufl. § 743 Rdn. 11, 12, 15). Die mithin notwendige Zustimmung seiner geschiedenen Frau zu einer Teilung der Früchte dahin, daß der Beklagte 1 000 DM oder 1 200 DM monatlich vom Kläger verlangen könne, ist nicht behauptet und auch sonst nicht ersichtlich. Eine bestimmte, ihm günstige Regelung der Verwaltung und Nutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes (§ 745 Abs. 2 BGB) kann der Beklagten im vorliegenden Verfahren gegen den Kläger nicht erreichen, weil die Parteien nicht die alleinigen Teilhaber sind (vgl. dazu BGHZ 87, 265, 272 ff und Senatsurteil

v. 4. Februar 1982 - IX ZR 88/80 = NJW 1982, 1753).

bb) Der Kläger ist demnach allenfalls gegenüber der Gemeinschaft zur Herausgabe überschüssiger Mieteinnahmen verpflichtet, der Beklagte allenfalls berechtigt, vom Kläger Leistungen an die beiden anderen Teilhaber zu fordern (§ 432 BGB, vgl. BGH, Urt. v. 29. Januar 1969 - VIII ZR 20/67 = NJW 1969, 839). Mit dieser Forderung kann der Beklagte nicht aufrechnen. Seine in der Aufrechnung liegende Verfügung ist nach § 747 Satz 2 BGB unwirksam. Die Aufrechnung kann auch nicht auf den **ideellen Anteil an der gemeinschaftlichen Forderung** beschränkt werden (MünchKomm/Karsten Schmidt BGB § 747 Rdn. 3; Staudinger/Huber BGB 12. Aufl. § 747 Rdn. 60, 61 m.N.); denn sonst würde nicht nur die Forderung ihrem Inhalt nach verändert, sondern auch die Verbundenheit der Teilhaber ohne Auseinandersetzung aufgelöst, bevor von den Mitgläubigern zu tragende Kosten und Lasten (§ 748 BGB) gemäß § 755 BGB aus der gemeinschaftlichen Forderung und bevor auf die Gemeinschaft gegründete Ausgleichsansprüche eines Mitgläubigers gemäß § 756 BGB aus dem auf den Ausgleichsschuldner entfallenden Teil des gemeinschaftlichen Gegenstandes berichtigt werden könnten. Deshalb scheidet auch ein Zurückbehaltungsrecht des Beklagten aus.

c) Die Revision macht schließlich zu Unrecht geltend, der Beklagte könne Zahlungen auf die Bürgschaft selbst dann verweigern, wenn man dem Vortrag des Klägers folge, daß er auf Grund der Sondervereinbarung mit der Firma G 3 000 DM monatlich für Aufwendungen erhalte, die er durch die Darlehen habe, die Streitgegen-

stand seien. Das Berufungsgericht versteht die Angaben des Klägers in der mündlichen Verhandlung vom 20. Dezember 1982 dahin, daß die Firma G■■■■ Aufwendungen abdecke, die er für die von ihm dem Beklagten selbst angeblich gewährten und mit der Klage in erster Linie geltend gemachten Darlehen aufzubringen habe. Das ist nicht zu beanstanden. Entgegen der Meinung der Revision ist weder den Angaben des Klägers noch sonstigen Umständen zu entnehmen, daß die Firma G■■■■ monatliche Zahlungen an den Kläger leiste, um die verbürgten an ihn abgetretenen Darlehensansprüche gegen die Gemeinschuldnerin zu tilgen. Danach fehlt die tatsächliche Grundlage für die Einreden oder Einwendungen, die die Revision aus den Angaben des Klägers herleitet.

Merz Henkel Fuchs Gärtner Winter