12

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

KO § 37

Gegenstand und Umfang des Rückgewähranspruchs hinsichtlich eines Gewerbebetriebs; Rückgewähranspruch und Rechte der Sicherungseigentümer.

BGH, Urt. v. 24. Oktober 1962 - VIII ZR 126/61 - OLG München
LG München I

VIII ZR 126/61

12

Verkündet
am 24. Oktober 1962
Wüst, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Kurt G[redacted] in M[redacted], B[redacted]straße 5,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [redacted] -

gegen

den Rechtsanwalt Dr. Hans B[redacted] in M[redacted] als Konkursverwalter über das Vermögen des Kaufmanns Max G[redacted] in M[redacted],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [redacted] -
Streithelfer des Klägers: Carl H[redacted] in M[redacted], G[redacted]str. 12,
- Prozeßbevollmächtigter II. Instanz: Rechtsanwalt Dr. Ludwig [redacted] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 17. Oktober 1962 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Artl, Dr. Dorschel, Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 5. Mai 1961 aufgehoben, soweit der Beklagte zur Zahlung von mehr als 7 774,95 DM - in Worten: Siebentausendsiebenhundertvierundsiebzig 95/100 - nebst 4 % Zinsen seit dem 15. Juni 1959 verurteilt ist; mit der Zahlungsmehrforderung wird der Kläger abgewiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von den Kosten der Revision tragen der Beklagte 97 vom Hundert, der Kläger 3 vom Hundert; von den Kosten der Streithilfe in der Revisionsinstanz tragen der Beklagte 97 vom Hundert, der Streithelfer 3 vom Hundert.

Von Rechts wegen

Matthias Prinz
Rechtsanwalt
www.prinz.law

12

Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter in dem am 30. Januar 1959 eröffneten Konkursverfahren über das Vermögen des Kaufmanns Max G[redacted]. Dieser betrieb auf Grund eines Pachtvertrages in dem Hause B[redacted]straße 5 in M[redacted] die Weingaststätte "W[redacted]"; im Grundbuch ist für ihn eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit eingetragen, die ihn zum Gebrauch der Gaststättenräume zu gewerblichen Zwecken berechtigt. Als der Konkursverwalter die Gaststätte übernehmen wollte, verhinderte dies der Beklagte, ein Bruder des Gemeinschuldners. Er gab an, seit dem 8. Dezember 1958 - zu dieser Zeit war schon Konkursantrag gegen den Gemeinschuldner gestellt - Inhaber des Betriebes zu sein, und zwar auf Grund einer Vereinbarung mit dem Gemeinschuldner vom 8. Dezember 1958. In dieser schriftlichen Vereinbarung heißt es:

> "..... Bis zur gerichtlichen oder außergerichtlichen Erledigung des ..... Rechtsstreits (zwischen Verpächter und Max G[redacted]) überläßt Herr Max G[redacted] die Ausübung der ..... persönlichen Dienstbarkeit an seinen Bruder Kurt G[redacted] ..... Durch diese Vereinbarung werden keinerlei Aktiven und Passiven der Firma Max G[redacted] übernommen. Insoweit für die einstweilige Ausübung der umstrittenen Dienstbarkeit die Benutzung von Inventargegenständen der Firma Max G[redacted] erforderlich wird, wird eine gesonderte Vereinbarung getroffen werden ..... (Max G[redacted]) wird ..... seinem Bruder Kurt G[redacted] bei der einstweiligen Ausübung der Dienstbarkeit seine Erfahrungen und seine Mithilfe zur Verfügung stellen ..... Die Unterstützung und Beratung des Herrn Kurt G[redacted] erfolgt ..... im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit ....."

Der Kläger hat die Übertragung des Betriebes (Räume, Inventar und Betriebskapital von 8 574,95 DM) angefochten und Rückgewähr verlangt, ferner Rechnungslegung und Herausgabe

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

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

des Überschusses. Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Das Berufungsgericht hat unter entsprechender Abänderung des Urteils des Landgerichts die Klage auf Herausgabe des Lokals abgewiesen, die Verurteilung zur Herausgabe des Inventars, zur Rückzahlung von 8 574,95 DM und zur Rechnungslegung aufrechterhalten und hinsichtlich der Klage auf Zahlung des aus der Rechnungslegung sich ergebenden Überschusses - da Stufenklage - die Sache an das Landgericht zurückverwiesen. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte Revision eingelegt mit dem Antrage, die Klage in vollem Umfange abzuweisen, evtl. die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen. In der mündlichen Verhandlung hat der Beklagte nur noch beantragt, die Verurteilung zur Herausgabe des Inventars und zur Rückzahlung der 8 574,95 aufzuheben und die Klage insoweit abzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Der Beklagte hat sich in den Vorinstanzen in erster Linie damit verteidigt, der Gaststättenbetrieb, den er im Hause M[redacted], B[redacted]straße 5 führe, sei nicht identisch mit dem, den sein Bruder dort geführt habe. Er habe nicht dessen Betrieb übernommen, vielmehr habe sein Bruder seinen Betrieb aufgegeben, und er (Beklagter) habe einen von dem früheren Betrieb seines Bruders unabhängigen neuen Betrieb in dem Lokal begonnen. Das Berufungsgericht hat diesen Einwand nicht für begründet gehalten, weil "die Weiterführung der Gaststätte durch den Beklagten nicht nur eine bloße Einstellung des Gaststättenbetriebes durch den Gemeinschuldner, sondern darüberhinaus auch die Überlassung der Betriebsräume und der .... Betriebsmittel zur Voraussetzung gehabt habe".

Die Auffassung des Berufungsgerichts läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Sie rechtfertigt die vom Berufungsgericht gezogene Folgerung, daß "der Beklagte in den ihm vom Gemeinschuldner überlassenen Geschäftsräumen den Geschäftsbetrieb in der bisherigen Weise auf eigene Rechnung weitergeführt hat". Der Gemeinschuldner hat demnach den Betrieb dem Beklagten überlassen. Hierin lag eine Rechtshandlung bzw. eine Verfügung des Gemeinschuldners im Sinne der §§ 31, 32 KO, welche die Konkursgläubiger benachteiligte. Denn der klagende Konkursverwalter wurde dadurch, daß nunmehr der Beklagte an Stelle des Gemeinschuldners Inhaber der Gaststätte war, daran gehindert, das Unternehmen zur Masse zu ziehen und zu verwerten. Da die übrigen Voraussetzungen des § 31 Ziff. 2 und § 32 Ziff. 1 KO auch vom Beklagten nicht in Zweifel gezogen werden, hat das Berufungsgericht einen Rückgewähranspruch des Klägers nach § 37 KO mit Recht bejaht.

Zurückzugewähren ist nach dieser Bestimmung das, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners weggegeben ist. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, daß nicht das gewerbliche Unternehmen als solches zurückverlangt werden kann, sondern nur dessen einzelne pfändbare Teile. Denn ein Geschäft als Ganzes ist nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung und umfaßt neben pfändbaren Teilen auch unpfändbare (ebenso Jäger KO 8. Aufl. § 29 Nr. 22). Der Kläger hat demnach seine Rückgewährklage richtigerweise auf die einzelnen Geschäftsbestandteile (Räume, Inventar, Betriebsmittel) gerichtet.

Das Berufungsgericht hat aus Rechtsgründen die Klage auf Herausgabe der Räume abgewiesen. Da der Kläger hiergegen Revision nicht eingelegt hat, unterliegt das Urteil

insoweit nicht der Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Diese Teilabweisung der Klage berührt aber nicht den Anspruch auf Rückgewähr des Inventars und der Betriebsmittel.

1. Inventar

a) Das Berufungsgericht ist der Auffassung (S. 22 U), "es könne kein Zweifel daran bestehen, daß der Gebrauch (der Inventargegenstände) dem Beklagten vom Gemeinschuldner überlassen worden sei. Wenn der Beklagte vorbringe, diese Gegenstände seien durchweg von dem Gemeinschuldner Dritten sicherungshalber übereignet worden und eben von diesen Dritten und nicht vom Gemeinschuldner ihm zum Gebrauch überlassen worden", so werde dabei übersehen, daß die Sicherungsnehmer "nicht ohne die Mitwirkung des Gemeinschuldners die Sachen dem Beklagten zum Gebrauch überlassen konnten"; außerdem würden die Sicherungsnehmer im Konkurse des Sicherungsgebers auch nur abgesonderte Befriedigung (§§ 47, 48, 127 KO) verlangen können.

Nach der zutreffenden Auffassung des Berufungsgerichts schloß nicht schon die Tatsache einer Sicherungsübereignung des Inventars die Möglichkeit aus, daß der Gemeinschuldner durch dessen Überlassung an den Beklagten die Konkursgläubiger benachteiligt hat. Wäre nämlich der Gemeinschuldner Besitzer des Inventars geblieben, so hätte der Kläger es zur Masse ziehen können. Die Eigentümer hätten als Sicherungseigentümer nur abgesonderte Befriedigung wegen ihrer Forderung verlangen können. Dies zieht auch die Revision nicht in Zweifel. Sie rügt aber Verletzung des § 286 ZPO. Das Berufungsgericht habe den weiteren unter Beweis gestellten Vortrag des Beklagten nicht berücksichtigt. Danach hätten die Sicherungseigentümer

wegen Verzuges des Gemeinschuldners das Inventar an sich nehmen dürfen und hätten von diesem Recht dadurch Gebrauch gemacht, daß sie - und nicht der Gemeinschuldner - dem Beklagten das Inventar zur Benutzung überlassen hätten. Dieser Revisionsangriff kann aus mehreren Gründen keinen Erfolg haben.

Einmal berührt er nicht die - nicht angegriffene - Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Sicherungseigentümer jedenfalls nicht ohne Mitwirkung des Gemeinschuldners die Sachen dem Beklagten überlassen konnten. Dann aber war diese Mitwirkung die Rechtshandlung, deren Anfechtung dem Kläger einen Anspruch aus § 37 KO geben würde. Im übrigen ist aus dem Vorbringen des Beklagten in der Vorinstanz nicht zu entnehmen, in welcher konkreten Weise die Sicherungseigentümer - statt des Gemeinschuldners - das Inventar dem Beklagten überlassen haben sollen. In der Berufungsbegründung vom 14. November 1959 (S. 4, Bl. 49 GA) hat der Beklagte vorgetragen, die "aufgeführten Inventargegenstände ständen durchweg im Eigentum Dritter und seien auf Grund der Abmachung vom 8. Dezember 1958 vom Beklagten überhaupt nicht übernommen worden. Der Beklagte Kurt G[redacted] habe sich vielmehr im Nachhinein von den Eigentümern dieser Gegenstände eine einstweilige Benutzungsgenehmigung erteilen lassen". In Schriftsatz vom 13. April 1960 (Bl. 92 GA, Bl. 139 bis 148 der Akten 8 U 1432/59 OLG München), auf den sich die Revision ausdrücklich beruft, heißt es (S. 5) dementsprechend, "diese Benutzungsbefugnis an den genannten Gegenständen sei denn auch nach der Abmachung vom 8. Dezember 1958 von den Eigentümern dieser Gegenstände einstweilen (dem Beklagten) übertragen worden." Tatsachenkern des Vorbringens des Beklagten ist demnach nur die Behauptung, die Sicherungseigentümer hätten nach der Vereinbarung vom 8. Dezember 1958 der (bereits erfolgten) Überlassung des Inventars an den Beklagten zugestimmt; daß damit

nicht der Gemeinschuldner, sondern die Sicherungseigentümer dem Beklagten das Inventar überlassen hätten, ist nur eine - unrichtige - Wertung des Beklagten. In Wirklichkeit steht die - angebliche - nachträgliche Zustimmung der Sicherungseigentümer der Feststellung des Berufungsgerichts, der Gemeinschuldner habe dem Beklagten das Inventar überlassen, nicht entgegen. Sie berührt den Rückgewähranspruch des Klägers auch unter keinem anderen Gesichtspunkt, weil - unabhängig von der Zustimmung der Sicherungseigentümer - die Schmälerung der Masse bereits durch die Besitzergreifung des Beklagten eingetreten war. Da das von der Revision als übergangen gerügte Vorbringen des Beklagten mithin unerheblich war, brauchte sich das Berufungsgericht mit ihm nicht auseinanderzusetzen; § 286 ZPO ist nicht verletzt.

b) Der weitere Revisionsangriff, dem Rückgewähranspruch des Klägers stehe die Einrede der allgemeinen Arglist (Rechtsmißbrauch) entgegen, weil die Verwertung des Inventars bei Berücksichtigung der vorrangigen Forderungen der Sicherungseigentümer für die Masse keinen Überschuss erbringen könne, ist schon deshalb unbeachtlich, weil der Beklagte eine solche Behauptung in den Vorinstanzen nicht aufgestellt hat. Zu Unrecht rügt die Revision in diesem Zusammenhang Verletzung des § 139 ZPO. Sie hat nicht dargelegt, woher das Berufungsgericht einen Anhaltspunkt hätte nehmen sollen, daß sich aus einer Verwertung des Inventars kein Überschuss erzielen lasse. Der Beklagte hat weder zur Höhe der Forderungen der Sicherungseigentümer noch zum Wert des Inventars in den Vorinstanzen etwas vorgetragen.

c) Bezüglich einer Schreibmaschine und eines Musikschrankes hat der Beklagte geltend gemacht, diese Sachen

hätten immer ihm gehört. Das Berufungsgericht hat dies für widerlegt angesehen, "weil der Gemeinschuldner bei der Leistung des Offenbarungseides im Konkursverfahren beide Gegenstände als sein Eigentum bezeichnet habe". Das Berufungsgericht konnte mit Recht diese Folgerung ziehen. Aus der Begründung der Revisionsrüge ist nicht ersichtlich, inwiefern § 286 und § 282 ZPO verletzt sein könnten.

2. Betriebsmittel

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Gemeinschuldner am 8. Dezember 1958 7 774,95 DM von seinem Konto auf ein Anderkonto des Rechtsanwalts T[redacted], des Rechtsberaters der Gebrüder G[redacted] und Prozeßbevollmächtigten des Beklagten in den Vorinstanzen, überwiesen. Dieses Konto diente als Treuhandkonto dem Betrieb der vom Beklagten übernommenen Gaststätte. Am 12. Januar 1959 wurde ein das Kontoguthaben im wesentlichen erschöpfender Betrag von 19 970 DM auf ein Konto des Beklagten übertragen. Das Berufungsgericht schließt daraus, daß der Beklagte aus dem Vermögen des Gemeinschuldners bzw. aus den Erträgnissen seines Geschäftsbetriebes diesen Betrag zum Nachteil der Masse erhalten habe. Ferner habe er selbst zugegeben, bei Konkurseröffnung im Besitze von 800 DM Wechselgeld gewesen zu sein; daß dieses Wechselgeld später durch Diebstahl abhanden gekommen sein solle, gehe zu seinen Lasten. Er habe auch nicht bewiesen, daß er die ihm zugeflossenen Beträge ausschließlich zur Befriedigung der Gläubiger des Gemeinschuldners verwandt habe. Der Beklagte müsse deshalb (mindestens) die vom Kläger verlangten 7 774,95 + 800 = 8 574,95 DM erstatten.

a) Bezüglich der 7 774,95 DM rügt die Revision, daß ein Zeuge zu der Behauptung des Beklagten nicht vernommen worden ist, der Beklagte habe diesen Betrag restlos zur Abdeckung alter Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners verwandt und auch vom 8. Dezember 1958 bis zum 30. Januar 1959 (Konkurseröffnung) keinen Gewinn aus dem Geschäftsbetrieb gehabt. Diese Verfahrensrüge aus § 286 ZPO ist nicht begründet.

Durch die Überweisung der 7 774,95 DM auf das Anderkonto Rechtsanwalt T[redacted] hat der Gemeinschuldner am 8. Dezember 1958 sich dieses Guthabens entäußert. Denn auf dem Anderkonto stand das Guthaben einem Zugriff des Klägers schon deshalb nicht mehr offen, weil Rechtsanwalt T[redacted] dieses Konto als Treuhänder jedenfalls nicht nur für den Gemeinschuldner führte (siehe Erklärung des Rechtsanwalts T[redacted] im Protokoll vom 9. Dezember 1960, Bl. 138 der GA). Deshalb wurden bereits durch die Überweisung auf das Anderkonto die (in dem späteren Konkurs zur Verfügung stehende) Teilungsmasse verringert und somit die Konkursgläubiger benachteiligt. Diese Benachteiligung entfiel auch dann nicht, wenn der Beklagte - schon vor Konkurseröffnung - Geschäftsverbindlichkeiten des Gemeinschuldners bezahlt hat. Dann stand zwar, als im Augenblick der Konkurseröffnung der Rückgewähranspruch des Klägers entstand, einer Verminderung der Teilungsmasse um 7 774,95 DM eine entsprechende Verminderung der Schuldenmasse gegenüber. Das bedeutete aber für die Gesamtheit der Konkursgläubiger, auf die es für die Frage der Benachteiligung in erster Linie ankommt (Jäger KO § 29 Nr. 18), gleichwohl eine Benachteiligung. Wäre nämlich der Betrag in der Masse verblieben, so würden durch dessen Ausschüttung die Gläubiger mehr erhalten, als sie ohne diesen Betrag unter Berücksichtigung der Verringerung

der Schuldenmasse erhalten können (ebenso: RGZ 53, 234, 235). Soweit die Gesamtheit der Gläubiger infolge der vollen Befriedigung einzelner und der dadurch herbeigeführten Verringerung der Schuldenmasse mehr aus der Konkursmasse erhalten sollte, als sie ohne die Verringerung der Schuldenmasse erhalten hätte, kann der Beklagte diesen Vorteil dem Rückgewähranspruch aus § 37 KO nicht entgegensetzen; denn die für Schadensersatzansprüche anerkannte Vorteilsausgleichung gilt nicht gegenüber dem Rückgewähranspruch aus § 37 KO, weil dieser kein Schadensersatzanspruch ist (ebenso: BGH LM KO §§ 29, 3o Nr. 1; Jaeger KO § 37 Nr. 17; Mentzel-Kuhn KO § 37 Nr. 23, RGZ 1oo, 88, 9o).

Eine Benachteiligung der Konkursgläubiger würde allerdings entfallen, wenn der Beklagte mit dem anfechtbar aus dem Vermögen seines Bruder erworbenen Betrag gerade die Gläubiger befriedigt hätte, die auch der Konkursverwalter mit diesem Betrag, wäre er im Vermögen des Gemeinschuldners verblieben, hätte befriedigen müssen. Denn es würde für die übrigen Konkursgläubiger keinen Unterschied machen, ob diese bevorrechtigten Gläubiger vor dem Konkurs vom Beklagten oder nach der Konkurseröffnung vom Verwalter die ihnen zustehenden Beträge erhalten hätten. Aus dem Vortrag des Beklagten läßt sich jedoch ein solcher Sachverhalt nicht entnehmen. Er hat lediglich vorgetragen und unter Beweis gestellt (Schriftsatz vom 13. April 196o in 4 b 25/59 LG München I Bl. 146), daß aus dem am 8. Dezember 1958 eingezahlten Betrag von 7 774,95 DM am 9. Dezember 1958 insgesamt 7 2o3,52 DM für Umsatz-, Einkommen-, Lohnsteuer und Krankenkassenbeiträge bezahlt seien. Die Steuerforderungen würden, wären sie nicht bezahlt worden, das Vorrecht des § 61 Nr. 2, die Krankenkassenbeiträge das des § 61 Nr. 1 KO (Mentzel-Kuhn § 61 Nr. 48) genießen. Durch die Befriedigung dieser bevorrechtigten Gläubiger würden die übrigen bevorrechtigten Gläubiger, auf

die es hier ankommen würde (vgl. Mentzel-Kuhn § 29 Nr. 25), nur dann nicht benachteiligt sein, wenn die ausgezahlten Gläubiger die einzigen Gläubiger mit Vorrechten nach § [redacted] Nr. 1 und 2 gewesen wären oder die Konkursmasse zur Befriedigung aller bevorrechtigten Gläubiger ausreichen würde. Dies darzulegen wäre Sache des Beklagten gewesen. Zwar steht grundsätzlich zur Behauptungs- und Beweislast des anfechtenden Konkursverwalters, daß durch die angefochtene Rechtshandlung die Konkursgläubiger benachteiligt worden sind (Jaeger KO § 29 Nr. 19). Dem hatte der Kläger mit der Darlegung genügt, daß durch die Überweisung der 7 774,95 DM von dem Konto des Gemeinschuldners auf das Treuhandkonto Rechtsanwalt T[redacted] das Vermögen des Gemeinschuldners entsprechend vermindert war, weil diese Überweisung ohne Gegenleistung des Beklagten erfolgte. Will demgegenüber der Beklagte dartun, daß er diese bereits eingetretene Vermögensminderung des Gemeinschuldners durch eine bestimmte Verwendung des empfangenen Betrages zu Gunsten des Gemeinschuldners wieder wettgemacht habe, so trifft dafür ihn allein die Behauptungs- und Beweislast.

Das Berufungsgericht hat also § 286 ZPO nicht dadurch verletzt, daß es den Zeugen Gr[redacted] nicht zu der angeblichen Verwendung der 7 774,95 DM vernommen hat.

b) 800 DM Wechselgeld

Die Verurteilung zur Zahlung von 800 DM wird durch die Feststellung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe am Tage der Konkurseröffnung 800 DM Wechselgeld in Besitz gehabt, nicht getragen. Vorher (S. 16 UA) hatte das Berufungsgericht festgestellt, daß ab 8. Dezember 1958 "der

Beklagte in den ihm vom Gemeinschuldner überlassenen Geschäftsräumen und mit den ihm ebenfalls vom Gemeinschuldner zur Verfügung gestellten Betriebsmitteln den Geschäftsbetrieb ... auf eigene Rechnung weitergeführt habe". Beides zusammen ergibt - nur - die Feststellung, daß der Beklagte in dem von ihm ab 8. Dezember 1958 weitergeführten Betrieb am 30. Januar 1959 800 DM Wechselgeld hatte, nicht jedoch, daß er einen gleichhohen Betrag am 8. Dezember 1958 von seinem Bruder, dem späteren Gemeinschuldner, erhalten hatte. Eine solche Behauptung hat der Kläger nicht aufgestellt.

Das Berufungsgericht hat nicht, wie der Kläger als Revisionsbeklagter rügt, § 139 ZPO dadurch verletzt, daß es ihn dazu nicht veranlasst hat. Denn seine Behauptung, im Zeitpunkt der Konkurseröffnung seien 800 DM Wechselgeld vorhanden gewesen, stützte sich nicht, jedenfalls nicht erkennbar, auf einen Erfahrungssatz, daß in einem Gaststättenbetrieb in der Regel ein bestimmter Wechselgeldbetrag vorhanden sei - dann hätte das Berufungsgericht möglicherweise annehmen können, daß die zeitliche Fixierung auf die Konkurseröffnung nur versehentlich erfolgt sei -, sondern auf die konkreten Angaben des Gemeinschuldners bei seiner Vernehmung vor dem Konkursgericht. In diesen Angaben hatte der Gemeinschuldner zeitlich unterschieden zwischen den 7774,95 DM, die er Anfang Dezember auf ein Konto des Beklagten eingezahlt habe und den 800 DM Wechselgeld, die bei Konkurseröffnung vorhanden gewesen seien. Dem war der Kläger unter III seiner Klagbegründung gefolgt. Das Berufungsgericht hatte deshalb keinen Anlaß, anzunehmen, daß der Kläger über die Angaben des Gemeinschuldners vor dem Konkursgericht hinaus behaupten wollte und konnte, 800 DM Wechselgeld seien am 8. Dezember 1958 vom Gemeinschuldner des Beklagten

übergeben worden.

Ist demnach nur davon auszugehen, daß die 800 DM Wechselgeld im Zeitpunkt der Konkurseröffnung beim Beklagten vorhanden waren, so könnten sie nur als Nutzungen des Gaststättenbetriebes der Rückgewährpflicht nach § 37 KO unterliegen. Das an einem beliebigen Tage vorhandene Wechselgeld kann aber nicht im Wege der Anfechtung als Erträgnis der Gaststätte in Anspruch genommen werden; vielmehr kann sich die Rückgewährpflicht nach § 37 KO hinsichtlich der Nutzungen wirtschaftlich sinnvoll nur auf das Gesamtergebnis zum Schluss des Bewirtschaftungszeitraums des Anfechtungsgegners beziehen, worauf richtigerweise auch der Kläger in seinem Klagantrag zu 4 (Rückgewähr des Überschusses) abgestellt hat. Da der Kläger aber einen Anspruch auf 800 DM neben diesem Antrag auf Rückgewähr des Überschusses geltend gemacht hat, war das Berufungsurteil, soweit es die 800 DM zuerkannt hat, gemäß § 564 ZPO aufzuheben; gemäß § 565 Abs. 3 Ziff. 1 ZPO war insoweit die Klage abzuweisen.

12

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92, 101 ZPO. Sie entscheidet nur über die Kosten der Revisionsinstanz, weil sich im übrigen noch nicht hinreichend übersehen läßt, in welchem Umfang noch weitere Kosten entstehen und die Parteien endgültig unterliegen werden (Baumbach, ZPO 26. Aufl. § 91 2 A; Wieczorek ZPO § 301 C I b).

Dr. Haidinger Artl Dr. Dorschel Dr. Messner Mormann