

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2227 075

KO § 23

Erlischt ein Treuhandvertrag auf Geschäftsbesorgung infolge Konkurseröffnung und ist die Übertragung des Treugutes auf den Konkursverwalter nicht unter der auflösenden Bedingung der Eröffnung des Konkurses erfolgt, so fällt das Treugut nicht von selbst an den Treugeber (den Konkursverwalter) zurück. Der Treuhänder ist jedoch verpflichtet, das Treugut auf den Konkursverwalter zu übertragen, sofern es nicht bereits endgültig aus dem Vermögen des Treugebers ausgeschieden war.

KO §§ 29 ff

Der Konkursverwalter, der einen von dem Gemeinschuldner angefochtenen Vertrag nach den Vorschriften der Konkursordnung angefochten hat, ist nicht gehindert, von der Verfolgung des Rückgewähranspruchs abzusehen und Erfüllung des Vertrages zu verlangen.

KO § 55 Nr. 2

Befriedigt jemand, der dem Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung etwas schuldig war, nach der Konkurseröffnung einen Konkursgläubiger, so kann er, wenn er von dem Konkursverwalter in Anspruch genommen wird, mit einem möglicherweise erwachsenen Bereicherungsanspruch gegen die Konkursmasse nicht aufrechnen.

BGH, Urt. v. 25. April 1962 - VIII ZR 43/61 - OLG Braunschweig
LG Braunschweig

VIII. ZR 43/61

Verkündet

am 25. April 1962

Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Bauingenieurs Ernst R. in B.,
Ru.straße,

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von

g e g e n

den Kaufmann Fritz G. in B., F.
straße, als Konkursverwalter im Konkursverfahren
über das Vermögen des verstorbenen Fachlehrers Willi
K.,

Kläger, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr.

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 25. April 1962 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundes-
richter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel und Mormann
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Zi-
vilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig
vom 13. Dezember 1960 wird auf Kosten des Be-
klagten zurückgewiesen, jedoch wird die Ko-
stenentscheidung des bezeichneten Urteils wie
folgt geändert:

- a -

Die Gerichtskosten des ersten und zweiten Rechtszuges trägt der Kläger zu $\frac{3}{4}$, der Beklagte zu $\frac{1}{4}$. Die außergerichtlichen Kosten der früheren Mitbeklagten F[REDACTED], die Hälfte der außergerichtlichen Kosten des Beklagten und $\frac{3}{4}$ der eigenen außergerichtlichen Kosten fallen dem Kläger zur Last, die übrigen außergerichtlichen Kosten dem Beklagten.

Von Rechts wegen

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



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



Tatbestand:

Über das Vermögen des inzwischen verstorbenen Fachlehrers Willi K. in B. wurde am 5. Januar 1954 das Konkursverfahren eröffnet. Der Kläger wurde zum Konkursverwalter bestellt.

K. hatte mit Wirkung vom 1. Januar 1949 das damalige Trümmergrundstück B., N. Str. von der Mutter der ursprünglich mitverklagten Else F. gepachtet, die später ihre verstorbene Mutter beerbt hat. K. hatte sodann mit dem Bau eines Wohn- und Geschäftshauses auf dem Grundstück begonnen, es aber aus Mangel an Geldmitteln nur zu einem Teil fertigstellen können. Im Zusammenhange mit dem Aufbau dieses und dem Aufbau eines weiteren Gebäudes auf einem anderen Grundstück hatte K. umfangreiche Betrügereien begangen, insbesondere hatte er Wohnungen in den Gebäuden jeweils mehrfach vermietet und sich von mehreren Mietlustigen für dieselben Wohnungen Baukostenzuschüsse zahlen lassen. Als K. in Zahlungsschwierigkeiten geraten war, von seinen Gläubigern stark bedrängt wurde und seine Zahlungen bereits eingestellt hatte, veräußerte er zunächst das andere im Aufbau begriffene Grundstück und suchte sodann einen Interessenten, der in seine Rechte aus dem Pachtvertrag eintrat und ihm seine Aufwendungen für den Aufbau erstattete. Durch einen Vermittler wurde er mit dem Beklagten zusammengeführt. Am 27. November 1953 trat Kämmer in einem notariellen Verträge seine Ansprüche gegen Fräulein Fischer mit deren Einverständnis an den Beklagten ab, der sich verpflichtete, an K. 40 000 DM zu zahlen, in die hinsichtlich der Läden und des Seitengebäudes

bestehenden Mietverträge einzutreten und hinsichtlich dieser Mietverträge gegebene Baukostenzuschüsse bis zur Höhe von 4 000 DM zu übernehmen. Von den 40 000 DM waren 18 000 DM unmittelbar an K[REDACTED] zu zahlen. Der Rest von 22 000 DM wurde unwiderruflich an den beurkundenden Notar Dr. Schnellke abgetreten, der diesen Betrag ausschließlich zur Befriedigung derjenigen Personen verwenden sollte, die an K[REDACTED] für Wohnungen auf dem Grundstück Baukostenzuschüsse gegeben hatten.

Der Kläger hat behauptet, die von dem Beklagten versprochene Vergütung sei um 19 500 DM zu niedrig gewesen. Er hat den Vertrag nach den Vorschriften der Konkursordnung angefochten und mit der am 28. Dezember 1954 zugestellten Klage beantragt, den Beklagten und Fräulein F[REDACTED] zu verurteilen, auf ihre Rechte aus dem notariellen Vertrage mit Wirkung gegen die Konkursgläubiger des Kämmer und den Konkursverwalter zu verzichten. Hilfsweise hat er Einwilligung in die Auszahlung des an den Notar gezahlten Betrages an den Kläger und für den Fall, daß der Beklagte noch nicht an den Notar gezahlt haben sollte, Verurteilung des Beklagten zur Zahlung an den Kläger verlangt.

Das Landgericht hat den Beklagten und Fräulein F[REDACTED] nach dem Hauptantrag verurteilt.

Auf die Berufung des Fräulein F[REDACTED] hat das Oberlandesgericht die gegen sie gerichtete Klage durch inzwischen rechtskräftig gewordenes Teilurteil abgewiesen.

Gegenüber dem Beklagten hat der Kläger zwar zunächst Zurückweisung der Berufung beantragt, er hat aber später von dem Beklagten lediglich die Zahlung von 22 000 DM ge-

fordert. Nachdem dieser am 15. Juli 1960 11 000 DM an den Kläger gezahlt hatte, hat der Kläger Zahlung von 11 000 DM nebst Zinsen von 22 000 DM ab 5. Januar 1954 bis 15. Juli 1960 und von 11 000 DM für die folgende Zeit verlangt.

Das Berufungsgericht hat in seinem Schlußurteil dem geänderten Antrag des Klägers stattgegeben, Zinsen allerdings nur für die Zeit seit dem 28. Dezember 1954 zugebilligt. Die Gerichtskosten beider Rechtszüge hat es dem Kläger und dem Beklagten je zur Hälfte auferlegt. Die außergerichtlichen Kosten des Fräulein F. [REDACTED] und die Hälfte der eigenen außergerichtlichen Kosten des Klägers hat nach dem Urteil dieser, die übrigen außergerichtlichen Kosten der Beklagte zu tragen.

Mit seiner Revision, deren Zurückweisung der Kläger erstrebt, verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf vollständige Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist in der Sache selbst nicht begründet, sie führt lediglich zu einer Änderung der Kostenentscheidung des Berufungsgerichts zu Gunsten des Beklagten.

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Vertrag zwischen K. [REDACTED] und dem Beklagten sei dahin zu verstehen, daß der Kaufpreisteil von 22 000 DM, dessen Rest die vom Kläger noch verlangten 11 000 DM darstellen, an den Notar Dr. S. [REDACTED] nur zu treuen Händen abgetreten worden sei. Mit der Konkurseröffnung sei der Treuhandvertrag erloschen, und Dr. S. [REDACTED] habe anschließend

entsprechend der ihm obliegenden Verpflichtung die Forderung gegen den Beklagten auf den Konkursverwalter übertragen.

Die Revision zieht nicht in Zweifel, daß der Notar Dr. S. im Verhältnis zwischen K. und dem Beklagten nur die Stellung eines Treuhänders haben sollte. Bei einem Treuhandvertrag auf Geschäftsbesorgung findet, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, die Regel des § 23 KO Anwendung, so daß der Schuldvertrag erlischt. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung ist das Treugut nach Erlöschen des Treuhandvertrages nicht ipso jure an den Treugeber, hier also an den Konkursverwalter, zurückgefallen. Ein solcher automatischer Rückfall wäre nur dann eingetreten, wenn schon bei Begründung des Treuhandvertrages die Übertragung des Treugutes auf den Treuhänder unter der auflösenden Bedingung der Eröffnung des Konkurses erfolgt wäre (vgl. RGZ 145, 253, 257). Eine solche auflösende Bedingung enthält hier jedoch der zwischen den Beteiligten abgeschlossene Treuhandvertrag nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht, und auch der Akteninhalt gibt nichts dafür her, daß eine solche auflösende Bedingung hier von den Beteiligten ins Auge gefaßt worden wäre, zumal die Beteiligten bei Abschluß des Vertrages vom 27. November 1957 noch gar nicht an die Möglichkeit einer Konkursöffnung gedacht haben. Indes ist der Treuhänder verpflichtet, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, die Forderung nach Erlöschen des Treuhandvertrages an die Konkursmasse abzutreten (Jaeger KO 8. Aufl. § 23 Nr. 8). Dem steht nicht entgegen, daß die Treuhandabrede in dem Vertrag vom 27. November 1953 nur Teil des damals abgeschlossenen Gesamtvertrages über das Grundstück war. Anders wäre es, wenn es der Sinn dor

damals getroffenen Treuhandabrede gewesen wäre. daß die Forderung auf Zahlung von 22 000 DM mit der Übertragung auf den Treuhänder schon endgültig aus dem Vermögen des Verkäufers, d.h. des K[REDACTED] ausgeschieden worden wäre. Für eine so gestaltete Auslegung der Treuhandklausel bieten aber weder die Feststellungen des Berufungsurteils noch auch der sonstige Inhalt der Akten einen hinreichenden Anhaltspunkt. Auch der Umstand, daß in der Treuhandklausel gesagt ist, die Übertragung auf den Treuhänder sei unwiderruflich, ändert hieran nichts. Die in dem Vertrag vereinbarte Unwiderruflichkeit sollte, wie auch das Berufungsgericht ersichtlich angenommen hat, nur den Sinn haben, daß der Verkäufer, der spätere Gemeinschuldner, die Übertragung der Teilkaufpreisforderung nicht seinerseits frei widerrufen konnte. Dagegen kann dieser Klausel nicht entnommen werden, daß auch der Konkursverwalter nach Eröffnung des Konkurses nicht in der Lage wäre, seinerseits nach dem Erlöschen des Treuhandvertrages die Rückübertragung der Kaufpreisforderung zu verlangen. Gegen die Annahme, daß mit der Übertragung der Kaufpreisforderung von 22 000 DM auf den Notar als Treuhänder diese Forderung endgültig aus dem Vermögen des Verkäufers ausgeschieden sei, spricht hier insbesondere der Umstand, daß damals die Beteiligten sich nicht darüber im Klaren waren, in welcher Höhe diese 22 000 DM tatsächlich von den Baukostenzuschußgläubigern in Anspruch genommen würden und daß insbesondere unter den Beteiligten auch noch nicht feststand, welche bestimmten Personen aus diesem Fonds vom Treuhänder befriedigt werden sollten. All diese Umstände sprechen entscheidend dagegen, daß die Beteiligten das Treugut mit der Übertragung auf den Treuhänder endgültig aus dem Vermögen des Verkäufers ausscheiden wollten. Die von dem Berufungsgericht ver-

tretenen Auffassung läßt sich daher aus Rechtsgründen nicht beanstanden.

Auch die Revision wendet sich nicht gegen diese Rechtsansicht des Berufungsgerichts, sie bekämpft jedoch dessen Annahme, daß Dr. S. [REDACTED] durch schlüssiges Verhalten die Forderung auf die Konkursmasse übertragen habe.

Das Berufungsgericht hat die Abtretung an den Konkursverwalter daraus hergeleitet, daß sich der Notar ab Konkurseröffnung jeder weiteren Tätigkeit in Bezug auf die Forderung enthalten, dies erklärt und es abgelehnt habe, vom Beklagten Zahlungen entgegen zu nehmen. Die Revision hat zwar darin recht, daß die Abtretung durch Vertrag zwischen dem alten und dem neuen Gläubiger, hier also zwischen Dr. S. [REDACTED] und dem Konkursverwalter zu erfolgen hatte. Nach dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils hat indes das Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Revision diese Rechtslage nicht verkannt. In dem Verhalten des Dr. S. [REDACTED] hat das Berufungsgericht ersichtlich lediglich das Angebot zur Übertragung der Forderung an den Konkursverwalter erblickt, das dieser seinerseits in schlüssiger Weise mindestens dadurch angenommen hat, daß er die Zahlung der 22 000 DM von dem Beklagten verlangte. Entgegen der Darstellung des Beklagten ist dies schon im ersten Rechtszuge geschehen, denn der Kläger hat bereits von Anfang an mit seinem Hilfsantrag zu b) Zahlung der 22 000 DM begehrt, wie später noch dargelegt werden wird.

Die Würdigung des Verhaltens des Dr. S. [REDACTED] liegt

weitgehend auf tatsächlichem Gebiet. Rechtsfehler des Berufungsgerichts sind entgegen der Ansicht der Revision insoweit nicht hervorgetreten. Die von der Revision unter Beweis gestellte Erklärung des Dr. S. [REDACTED] gegenüber dem Beklagten hat das Berufungsgericht seiner Beurteilung zugrunde gelegt, wie die Ausführungen auf Seite 5 seines Urteils erkennen lassen. Weshalb eine ausdrückliche Erklärung des Dr. S. [REDACTED] gegenüber dem Beklagten des Inhalts erforderlich gewesen sein soll, der Treuhandvertrag sei erloschen und Dr. S. [REDACTED] übertrage die abgetretene Forderung an den Kläger zurück, ist von der Revision nicht näher begründet worden. Ihrer Meinung vermag sich der erkennende Senat nicht anzuschließen. Das Berufungsgericht war nicht gehindert, aus dem Verhalten des Dr. S. [REDACTED] auf seinen Willen zu schließen, die hier in Frage stehende Forderung auf den Konkursverwalter zu übertragen. Ebensowenig ist es zu beanstanden, daß das Berufungsgericht, wie dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe ebenfalls zu entnehmen ist, die Überzeugung erlangt hat, dem klagenden Konkursverwalter sei dieser Wille des Dr. S. [REDACTED] nicht verborgen geblieben, und der Kläger habe seinerseits das in dem schlüssigen Verhalten des Dr. S. [REDACTED] liegende Angebot auf Abtretung der Forderung gegen den Beklagten durch schlüssiges Verhalten angenommen. Entgegen der Meinung der Revision ist somit der Kläger zur Geltendmachung der Forderung befugt.

2. Dadurch, daß der Kläger den zwischen K. [REDACTED] und dem Beklagten abgeschlossenen Vertrag nach Konkursrecht anfocht, war er nicht gehindert, von seinem ursprünglichen, auf die Anfechtung gestützten Anspruch abzugehen und nunmehr Erfüllung des Vertrages zu verlangen.

Die Anfechtung nach Konkursrecht ist nach der jetzt fast einhellig vertretenen, die Dinglichkeitslehre ablehnenden herrschenden Meinung (vgl. Jaeger Vorbem. II und III zu §§ 29 bis 42), der sich der Bundesgerichtshof bereits angeschlossen hat (BGHZ 15, 333, 337) und der auch der erkennende Senat folgt, nicht die Ausübung eines Gestaltungsrechts, sondern lediglich die Geltendmachung eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Rückgewähr. Die Verfolgung eines schuldrechtlichen Anspruchs steht aber im Ermessen des Berechtigten, er ist daher jederzeit in der Lage, von der Weiterverfolgung des Rückgewähranspruchs abzusehen und, wenn ihm dies zweckmäßiger erscheint, Rechte aus dem zunächst "angefochtenen", später aber von ihm als rechtswirksam behandelten Verträge herzu-leiten.

Da es sich um einen zweiseitigen Vertrag handelt, kommt es hier rechtlich darauf an, ob der Vertrag zur Zeit der Konkurseröffnung von dem Gemeinschuldner bereits erfüllt war. Wenn dies nicht der Fall wäre, könnte der klagende Konkursverwalter von dem Beklagten Erfüllung des Vertrages nur dann verlangen, wenn er seinerseits an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllt hätte (vgl. § 17 Abs. 1 KO).

Das Berufungsgericht ist, ohne dies in dem angefochtenen Urteil ausdrücklich zu betonen, ersichtlich der Auffassung, daß der Vertrag von dem Gemeinschuldner voll erfüllt war. An der Richtigkeit dieser Auffassung, die von der Revision nicht bekämpft wird, können insofern Zweifel bestehen, als der Beklagte nach dem Wortlaut des Vertrages lediglich in die hinsichtlich der Läden und des Seitengebäudes bestehenden Mietverträge eingetreten ist und nur hinsichtlich dieser Mietverträge gegebene Baukostenzuschüsse bis zur Höhe

von 4 000 DM übernommen hat. Hierdurch könnte möglicherweise die Verpflichtung des K[REDACTED] begründet worden sein, den Beklagten von Forderungen, die sich aus darüber hinausgehenden Baukostenzuschüssen gegen ihn herleiten ließen, freizustellen. Bei dieser rechtlichen Betrachtung würde es darauf ankommen, ob der Beklagte über den Betrag von 4 000 DM hinausgehenden Forderungen von Mietern des Gebäudes, die Baukostenzuschüsse gegeben hatten, ausgesetzt gewesen sein könnte. Diese Frage hat das Berufungsgericht in anderem Zusammenhange behandelt und verneint. Es hat ausgeführt, der Beklagte sei rechtlich nicht verpflichtet gewesen, Baukostenzuschußgläubiger zu befriedigen, weil er kein dingliches Recht an dem Grundstück erworben habe und die Grundsätze, die in der Rechtsprechung über die Haftung des Grundstückserwerbers oder eines sonstigen kraft Gesetzes als Vermieter in laufende Mietverträge eintretenden dinglich Berechtigten gegenüber Baukostenzuschußgläubigern entwickelt worden sind, schon aus diesem Grunde keine Anwendung finden könnten.

Ob diese Rechtsauffassung gebilligt werden müßte, kann dahingestellt bleiben, denn das Ergebnis, zu dem das Berufungsgericht gelangt ist, läßt sich bereits aus einem anderen Grunde nicht beanstanden. Die von dem Berufungsgericht erwähnte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geht dahin, daß der Erwerber eines Grundstücks, der Ersteher in der Zwangsversteigerung, der Zwangsverwalter und der Konkursverwalter als Baukostenzuschuß geleistete Mietvorauszahlungen gegen sich gelten lassen müssen (BGHZ 6, 202; 15, 296; Urt. v. 3. Juni 1953 - VI ZR 223/52 - LM ZVG § 57 b Nr. 1). Der erkennende Senat hat diese Rechtsprechung gebilligt. Er hat aber in seinem Urteil vom 25. November 1958 - VIII ZR 151/57 - (LM ZVG § 57 b Nr. 3) ausdrücklich

darauf hingewiesen, daß eine Verpflichtung zur Rückgewähr von Baukostenzuschüssen durch den Erwerber eines Grundstücks nur dann besteht, wenn der gezahlte Betrag, sei es auch nur mittelbar, zum Aufbau des Grundstücks verwendet worden ist, was der Mieter zu beweisen hat. Selbst wenn also der Beklagte entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts einem Erwerber des Grundstücks gleichzustellen wäre, könnte er in jedem Falle nur dann auf Rückgewähr gezahlter Baukostenzuschüsse in Anspruch genommen werden, wenn die entsprechenden Mieter in der Lage wären, zu beweisen, daß die von ihnen hingegebenen Beträge bei dem Aufbau des Grundstücks Verwendung gefunden haben. In dieser Richtung ist aber von dem Beklagten nichts vorgebracht worden. Dessen hätte es umsomehr bedurft, als der Gemeinschuldner zwei Bauten gleichzeitig aufführte, von einer weit größeren Anzahl von Miethlustigen Baukostenzuschüsse erhalten hatte, als Wohnungen vorhanden waren, und Aufzeichnungen über die Verwendung der erhaltenen Beträge nicht gemacht wurden. Das Vorbringen des Beklagten geht lediglich dahin, daß er an sieben namentlich benannte Baukostenzuschußgläubiger nach Konkurseröffnung Leistungen bewirkt habe. Dagegen ist nicht dargelegt worden, aus welchen Gründen gerade diese Gläubiger von dem Beklagten Befriedigung haben verlangen können. Da der Vortrag des Beklagten unschlüssig ist, hätte das Berufungsgericht schon aus diesem Grunde nicht auf ihn einzugehen brauchen. Dem Berufungsgericht ist mithin jedenfalls im Ergebnis darin zu folgen, daß der Beklagte sich auf die von ihm angeblich an Baukostenzuschußgläubiger gezahlten Beträge gegenüber dem klagenden Konkursverwalter nicht berufen kann.

3. Ob es rechtlich von Bedeutung wäre, wenn der Beklagte Zahlungen an die einzelnen Baukostenzuschußgläu-

biger jeweils erst nach Besprechung mit dem Notar Dr. S. und im Einvernehmen mit diesem geleistet hätte, wie die Revision vorträgt, kann ungeprüft bleiben, denn der Beklagte hatte entgegen der Darstellung der Revision derartige Behauptungen in den Tatsachenrechten nicht aufgestellt. Er hatte vielmehr lediglich geltend gemacht (Schriftsatz vom 24. Juni 1960 S. 3), der Notar und dessen Bürovorsteher hätten bei einer Rücksprache gegen diese Zahlungen keine Einwendungen erhoben. Aus diesem Vorbringen läßt sich aber nicht der von der Revision gezogene Schluß herleiten, daß der Notar, der nach dem eigenen Vortrag des Beklagten vorher dem Sinne nach geäußert hatte, er wolle mit der ganzen Angelegenheit nichts mehr zu tun haben, ein rechtlich erhebliches Einverständnis mit den Zahlungen an bestimmte Baukostenzuschußgläubiger erklärt hat. Von einer Weiterabtretung der Forderung gegen den Beklagten an die Baukostenzuschußgläubiger durch den Notar kann angesichts der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen ebenfalls nicht die Rede sein.

4. Ob dem Beklagten ein Bereicherungsanspruch gegen den Kläger zusteht, kann entgegen der Ansicht der Revision dahingestellt bleiben, denn der Beklagte durfte mit einem solchen Anspruch gegenüber der Klageforderung nicht aufrechnen. Die Bereicherung der Konkursmasse kann hier nur in der Befreiung von Konkursforderungen bestehen, denn die Baukostenzuschußgläubiger waren entgegen der nicht näher begründeten Ansicht der Revision nichtbevorrechtigte Konkursgläubiger. In einem solchen Falle ist die Rechtslage nach dem Sinn und Zweck des § 55 Nr. 2 KO nicht anders, als wenn die Forderungen im Wege des gesetzlichen Forderungsübergangs (etwa nach § 268 BGB) oder durch Abtretung auf den Dritten, hier

also den Beklagten, übergegangen wären. Entscheidend ist, daß die Forderungen der Baukostenzuschußgläubiger, die der Beklagte erst nach Konkurseröffnung getilgt hat, vor der Konkurseröffnung in ihrer Person entstanden waren. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger gebietet es, daß eine Aufrechnung nur zugelassen wird, wenn schon zur Zeit des Konkursbeginns Forderung und Schuld in ein und derselben Person begründet sind (Jacger § 55 Anm. 8). Das war aber hier nicht der Fall. Deswegen ist dem Beklagten eine Aufrechnung mit einem angeblichen Bereicherungsanspruch zu versagen. Er muß also den aus dem Verträge vom 27. November 1953 noch geschuldeten Restbetrag von 11 000 DM an den Kläger in voller Höhe zahlen.

Wie die Revision zutreffend erkannt hat, ist es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts für die Entscheidung ohne Bedeutung, ob der Beklagte von K [REDACTED] ermächtigt worden ist, an die Baukostenzuschußgläubiger zu leisten. Auch wenn K [REDACTED] den Beklagten hierzu ermächtigt hatte, konnte er nach Konkurseröffnung durch Zahlungen an die Baukostenzuschußgläubiger seine Schuld mit Wirkung gegenüber der Konkursmasse nicht tilgen. Denn die Forderung stand nunmehr dem Kläger zu und nur durch Zahlung an ihn wurde der Beklagte frei. Es ist deshalb unerheblich, ob K [REDACTED] den Beklagten dazu ermächtigt hatte, an die Baukostenzuschußgläubiger zu leisten.

5. Daß der Beklagte zur Zahlung von Prozeßzinsen für den vollen Betrag von 22 000 DM für die Zeit vom 28. Dezember 1954 bis 15. Juli 1960 verurteilt worden ist, beanstandet die Revision ebenfalls zu Unrecht. Zwar ist es zutreffend, daß der Kläger zunächst mit

seinem Hauptantrag den Verzicht des Beklagten auf seine Rechte aus dem zwischen K[REDACTED] und dem Beklagten abgeschlossenen Vertrag verlangt hat. Jedoch hat der Kläger von Anfang an hilfsweise auch die Zahlung des Betrages von 22 000 DM begehrt. Dieser Betrag ist allerdings summenmäßig in dem Hilfsantrag nicht aufgeführt. Indes ergibt der Zusammenhang mit aller Deutlichkeit, daß der Kläger hilfsweise den vollen Betrag von 22 000 DM verlangte und in seinen Antrag nur deshalb keine ziffernmäßig bestimmte Summe einsetzte, weil er über keine zuverlässige Kenntnis darüber verfügte, ob der Beklagte bereits die 22 000 DM oder einen Teil davon an den Notar Dr. S[REDACTED] gezahlt hatte. Dieser Umstand ändert aber nichts daran, daß von dem Hilfsantrag auf Zahlung an den Kläger der gesamte Betrag von 22 000 DM umfaßt worden ist. Da auch ein Hilfsantrag die Rechtshängigkeit begründet (RGZ 117, 112, 114; BGB RGRK § 29^a Anm. 3), kann der Kläger vom 28. Dezember 1954 an, dem Tage, an dem die Klage zugestellt worden ist (§§ 253, 263 ZPO), Prozeßzinsen verlangen (§ 29^a BGB).

6. Die Revision kann mithin, soweit der Beklagte zur Zahlung verurteilt ist, keinen Erfolg haben, so daß sie mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden muß.

Jedoch muß das Berufungsurteil im Kostenpunkt zu Gunsten des Beklagten abgeändert werden. Die Revision hat allerdings die Kostenentscheidung des Berufungsurteils nicht angegriffen, der erkennende Senat hat indes die unrichtige Kostenentscheidung von Amts wegen abzuändern (§ 308 ZPO).

Das Berufungsgericht hat bei seiner Kostenentscheidung zwar berücksichtigt, daß der Kläger mit der Klage gegen die ursprüngliche Mitbeklagte F. im Berufungsrechtszuge durch Teilurteil vom 14. Juni 1960 in vollem Umfange abgewiesen worden ist, es hat jedoch außer Betracht gelassen, daß der Kläger nach der ersten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht von der Weiterverfolgung des Hauptantrags, mit dem er im ersten Rechtszuge durchgedrungen war, Abstand genommen und nur noch Verurteilung nach dem neu formulierten und nunmehr bezifferten Hilfsantrag begehrt hat. Da der Wert des neu gestellten Antrages wesentlich geringer ist als der Wert des ursprünglichen Hauptantrages, erscheint es angemessen, den Kläger mit einem höheren Teil der Kosten zu belasten, als es das Berufungsgericht getan hat, und entsprechend §§ 92, 100 ZPO die Kosten - wie geschehen - zu verteilen.

Dr. Haidinger Dr. Gelhaar Artl Dr. Dorschel Mormann