

16

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 1223; ZPO § 109

Eine Bank braucht Pfänder, die ihr aus Anlaß der Übernahme einer Prozeßbürgschaft gegeben worden sind, grundsätzlich erst zurückzugeben, wenn ihr die Bürgschaftsurkunde ausgehändigt wird oder eine Erklärung des Bürgschaftsgläubigers vorliegt, daß sie aus der Bürgschaft entlassen ist.

KO § 6 Abs. 2

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen die Verfügung des Konkursverwalters über einen zur Konkursmasse gehörenden Gegenstand nichtig ist, weil sie dem Konkurszweck zuwiderläuft.

BGH, Urt. v. 3. Februar 1971 - VIII ZR 94/69 OLG Köln
LG Bonn

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 94/69

URTEIL

Verkündet am

3. Februar 1971

Scheibl,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der Städtischen Sparkasse zu B[REDACTED] in B[REDACTED], F[REDACTED]platz [REDACTED],
vertreten durch ihren Vorstand, ebenda,

Beklagte,

- Prozeßbevollmächtigter II. Instanz: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]
in K[REDACTED] -

2. Frau Grace Maria M[REDACTED] in Be[REDACTED], O[REDACTED] Weg [REDACTED],
Streithelferin der Beklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

gegen

1. die Kauffrau Beatrice H[REDACTED] in Ki[REDACTED]/Tirol,
H[REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

2. den Kaufmann Dr. W[REDACTED] in Mü[REDACTED],
C[REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger,

- Prozeßbevollmächtigte II. Instanz: Rechtsanwälte
Prof. Dr. [REDACTED], Dr. [REDACTED]
und [REDACTED] in K[REDACTED], Ha[REDACTED] Ring
[REDACTED] -

16

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Februar 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Mormann und Dr. Hiddemann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 12. Februar 1969 wird auf Kosten der Streithelferin der Beklagten zurückgewiesen.

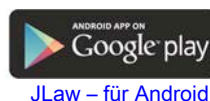
Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger zu 2), Ehemann der Klägerin zu 1) führte wegen eines Anspruchs aus einem Grundstücksgeschäft seit 1962 einen Rechtsstreit gegen den Kaufmann M. Im Jahre 1964 verklagte er auch die Ehefrau M. (11 O 380/64 LG Berlin), und zwar aufgrund des Anfechtungsgesetzes, weil der Kaufmann M. sein Vermögen an sie verschoben habe. Am 14. September 1964 erwirkte der Kläger zu 2) gegen Frau M. einen Arrestbefehl (11 Q 20/64 LG Berlin). In der Berufungsinstanz des Arrestverfahrens machte das Kammergericht durch Urteil vom 22. Februar 1965 (12 U 1957/64)



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



die Bestätigung des Arrestbefehls davon abhängig, daß der Kläger zu 2) bis zum 31. März 1965 eine Sicherheit in Höhe von 100 000 DM leiste. Dies geschah durch eine Bürgschaft der beklagten Sparkasse vom 24. März 1965, die auszugsweise lautet:

"Die Städtische Sparkasse zu B[REDACTED] in B[REDACTED], vertreten durch ihren Vorstand, übernimmt hiermit für die zu stellende Sicherheit im Auftrage des Klägers, Herrn Dr. Werner Has[REDACTED], B[REDACTED], die selbstschuldnerische Bürgschaft bis zum Betrage von

DM 100.000,-- (i.W.-einhunderttausend Deutsche Mark-)

...
Die Bürgschaft ist unbefristet, sie erlischt bei Rückgabe dieser Urkunde an die Städtische Sparkasse zu B[REDACTED] in B[REDACTED]."

Zur Sicherung der Beklagten, die schon in dem Rechtsstreit gegen den Ehemann M[REDACTED] für den Kläger zu 2) eine Prozeßbürgschaft übernommen hatte, verpfändete ihr die Klägerin zu 1) weitere Obligationen und ein Sparguthaben von 50 000 DM. Versuche des Klägers zu 2), durch Vollziehung des Arrestes gegen Frau M[REDACTED] Sicherheiten in die Hand zu bekommen, blieben im Ergebnis ohne Erfolg.

Im Jahre 1967 fielen beide Eheleute M[REDACTED] in Konkurs. Die Kläger bemühten sich bei der Beklagten um die Freigabe der Obligationen und des Sparguthabens. Der Kläger zu 2) wandte sich zu diesem Zweck auch an die Verwalter in den Konkursen des Ehemannes und der Ehefrau M[REDACTED]. Beide stellten ihm Verzichts- und Freigabeerklärungen aus, und zwar der Verwalter im Konkurs der Ehefrau

Minta am 26. Oktober 1967 die folgende:

"In meiner Eigenschaft als Konkursverwalter über das Vermögen der Frau Grace Maria M[REDACTED] verzichte ich auf die der von mir verwalteten Konkursmasse zustehenden Rechte aus der Bürgschaft der Städtischen Sparkasse zu B[REDACTED] im Auftrag von Dr. W. Has[REDACTED] zum Ak.Z.Ur.Nr. Stadtsparkasse B[REDACTED] 142/65 über DM 100.000,-- in Sachen 11 Q 20/64 = 12 U 1957/64. Ich gebe die insoweit von Herrn Dr. W. Has[REDACTED] erbrachte Sicherheitsleistung ausdrücklich frei.

Berlin, den 26. Oktober 1967

Stempel

Karlheinz Me[REDACTED]"

Die Beklagte weigerte sich gleichwohl, die Obligationen und das Sparguthaben herauszugeben, weil die Konkursverwalter die Bürgschaften lediglich zugunsten der Gemeinschuldner freigegeben hätten. Darauf erhoben die Kläger Klage auf Rückgabe der Sicherheiten und auf Schadensersatz. Im ersten Rechtszuge gab die Beklagte die Obligationen heraus, soweit sie zur Sicherung der in dem Prozeß gegen den Ehemann M[REDACTED] übernommenen Prozeßbürgschaft gegeben waren, gegen den der Kläger zu 2) inzwischen ein rechtskräftiges Urteil erstritten hatte. Insoweit ist die Hauptsache erledigt. Die Beklagte behielt nominell 62 000 DM Obligationen und das Sparbuch über 50 000 DM zur Sicherung der in dem Arrestverfahren gegen Frau M[REDACTED] übernommenen Prozeßbürgschaft vom 24. März 1965. Der Hauptprozeß gegen Frau M[REDACTED] ist noch nicht rechtskräftig entschieden.

Das Landgericht wies die Klage ab, soweit die Parteien sie nicht für erledigt erklärt haben. Im Berufungsrechtszuge trat Frau M. der Beklagten als Streithelferin bei. Das Berufungsgericht änderte das Urteil des Landgerichts teilweise ab und verurteilte die Beklagte zur Herausgabe der 62 000 DM Obligationen und des Sparbuchs. Revision hat allein Frau M. als Streithelferin der Beklagten eingelegt. Sie erstrebt Abweisung auch der Klage auf Herausgabe der Obligationen und des Sparbuchs. Die Klägerin zu 2) beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

1. Ob Frau M. ein rechtliches Interesse daran hat, daß in diesem Rechtsstreit die Beklagte obsiege, und ob sie deshalb befugt war, der Beklagten als Streithelferin beizutreten (§ 66 ZPO), braucht nicht entschieden zu werden. Da die Parteien in der Berufungsinstanz sich rügelos auf die mündliche Verhandlung mit der Streithelferin eingelassen haben, ist der Beitritt von Frau M. rechtswirksam (RGZ 163, 361, 365). Ihre Revision ist zulässig.

2. a) Nach § 1223 BGB ist die Beklagte als Pfandgläubigerin verpflichtet, der Klägerin zu 1) nach Erlöschen des Pfandrechts die Pfänder zurückzugeben. Nach

§ 1252 BGB erlischt das Pfandrecht mit der Forderung, für die es besteht. Da hier das Pfandrecht eine künftige Rückgriffsforderung der Beklagten gegen den Kläger zu 2) sichert, erlischt es erst, wenn feststeht, daß Frau M. die Beklagte aus der Prozeßbürgschaft nicht in Anspruch nehmen kann. Das ist der Fall, wenn entweder im Verhältnis zwischen Frau M. und dem Kläger zu 2) die Voraussetzungen des § 945 ZPO nicht mehr eintreten können oder wenn Frau M. die ihr vom Kläger zu 2) geleistete Sicherheit freigegeben, d.h. die Beklagte aus der Bürgschaft entlassen hat.

b) Eine Bank, die für einen Arrestkläger eine Bürgschaft zum Zwecke der Sicherheitsleistung im Prozeß zur Verfügung stellt und sich ihrerseits vom Arrestkläger oder in dessen Auftrag von einem Dritten Pfänder geben läßt, will zur Rückgabe der Pfänder erst verpflichtet sein, wenn sie keinerlei Risiko läuft, vom Arrestbeklagten noch aus der Bürgschaft in Anspruch genommen zu werden. Ein solches Risiko wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß sie auf die Klage des Verpfänders rechtskräftig zur Rückgabe der Pfänder mit der Begründung verurteilt wird, die Voraussetzungen des § 945 ZPO könnten für den Arrestbeklagten nicht mehr eintreten. Wird später die Bank vom Arrestbeklagten aus der Bürgschaft in Anspruch genommen, so wirkt gemäß § 325 ZPO das in dem ersten Prozeß ergangene Urteil grundsätzlich nicht gegenüber dem Arrestbeklagten. In dem zweiten (Bürgschafts) Prozeß kann mithin, wenn das Gericht die Sach- oder

Rechtslage anders beurteilt, die Bank aus der Bürgschaft verurteilt werden, auch wenn in dem ersten Prozeß festgestellt ist, das durch die Bürgschaft zu sichernde Risiko werde nicht mehr eintreten und deshalb die Bank zur Rückgabe der Pfänder verurteilt worden ist und dementsprechend die Pfänder zurückgegeben hat.

c) Dieses Risiko kann die Bank nicht durch eine Streitverkündung an den Arrestbeklagten ausschalten. Denn die Voraussetzungen des § 72 ZPO für eine Streitverkündung sind nicht gegeben. Die Bank hat für den Fall des ihr ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits über die Rückgabe der Pfänder keinen Anspruch des Arrestbeklagten "auf Gewährleistung oder Schadloshaltung" zu besorgen. Der Anspruch, den sie "besorgt", ist nicht ein Anspruch der vorstehend genannten Art, sondern ein Bürgschaftsanspruch und hängt nicht davon ab, ob die Bank in dem Rechtsstreit mit dem Verpfänder unterliegt.

d) Es widerspricht dem Sinn des Verpfändungsvertrages, der Bank ein solches unabwendbares Risiko aufzuerlegen. Vielmehr ist der Vertrag dahin auszulegen, daß in einem solchen Falle der Verpfänder von der Bank die Pfänder nur zurückverlangen kann, wenn er den Nachweis für das Erlöschen des Pfandrechts in einer Weise führt, daß das aufgezeigte Risiko für die Bank nicht besteht.

Der Weg dafür ist in § 109 ZPO, der auf eine Sicherheitsleistung durch Bürgschaft entsprechend anzuwenden ist (RGZ 156, 164, 166), vorgezeichnet. Danach hat das Gericht, wenn die Veranlassung für die Sicherheit weggefallen ist, der Prozeßpartei, zu deren Gunsten die Sicherheit geleistet ist, eine Frist für die Einwilligung in die Rückgabe der Sicherheit oder für die Klageerhebung zu setzen. Nach Ablauf der Frist hat das Gericht die Rückgabe der Sicherheit anzuordnen, wenn nicht inzwischen die Erhebung der Klage nachgewiesen ist. Bei einer Sicherheitsleistung durch Prozeßbürgschaft kann die "Rückgabe der Sicherheit" darin bestehen, daß entweder die begünstigte Prozeßpartei die Bürgschaftsurkunde an die andere Prozeßpartei zurückgibt, wenn - wie im vorliegenden Falle - die Beteiligten vereinbart haben, daß die Bürgschaft bei Rückgabe der Bürgschaftsurkunde erlischt, oder daß der Gläubiger durch besondere Erklärung den Bürgen aus der Bürgschaft entläßt (Reichsgericht aaO). Die Prozeßpartei, die im Prozeß Sicherheit durch eine Bankbürgschaft geleistet hat, kann mithin, wenn die Voraussetzungen des § 109 ZPO gegeben sind, auf dem dort vorgesehenen Weg ihren Prozeßgegner zwingen, die Rechte aus der Bürgschaft aufzugeben.

Wenn, wie hier (vgl. Beschluß des Kammergerichts vom 20. August 1968) das Verfahren nach § 109 ZPO nicht zu einer alsbaldigen Anordnung der Rückgabe durch Beschluß führt, so kann die sicherheitsleistende Partei

die Einwilligung des Prozeßgegners in die Rückgabe im Klageweg verlangen (RGZ 156, 164, 167), wenn feststeht, daß das Risiko, für das sie Sicherheit geleistet hat, nicht eintreten wird. Der Arrestkläger, der die Prozeßbürgschaft einer Bank beigebracht hat, kann also in jedem Falle, in dem sich die Bürgschaft der Bank erledigt hat, von dem Arrestbeklagten die Einwilligung zur Entlassung der Bank aus der Bürgschaft erreichen. Erst wenn der Arrestbeklagte diesem Verlangen nachgekommen ist, gilt auch im Verhältnis zwischen der Bank und dem Arrestkläger die Bürgschaft als erloschen. Das trifft auch für den Fall zu, daß der Arrestkläger seinerseits die Bank für das Bürgschaftsrisiko abgesichert hat. Die Rückgabe dieser Sicherheiten kann der Arrestkläger deshalb nur verlangen, wenn er der Bank die Bürgschaftsurkunde oder die Erklärung des Arrestbeklagten vorlegt, daß die Bank aus der Bürgschaft entlassen ist. Nichts anderes gilt auch, wenn ein anderer im Auftrag des Arrestklägers die Bank für die Übernahme der Bürgschaft abgesichert hat. Dann hat dieser andere (hier: die Klägerin zu 1) über seinen Auftraggeber (hier: der Kläger zu 2) die Bürgschaftsurkunde oder die Erklärung, daß die Bank aus der Bürgschaft entlassen ist, vom Arrestbeklagten (hier: Frau M. [REDACTED]) beizubringen. Nur auf diese Weise wird die Bank von dem nicht in ihrem Bereich liegenden Risiko befreit, das in der Ungewißheit liegt, ob die Bürgschaft erloschen ist oder nicht. Die Klägerin zu 1) kann demnach Rückgabe

der Pfänder von der beklagten Bank nur verlangen, wenn sie dieser die Bürgschaftsurkunde zurückgibt oder die Einwilligung der Frau M. in die Rückgabe der vom Kläger zu 2) geleisteten Sicherheit beibringt.

3. Statt einer solchen Einwilligung der Frau M. hat die Klägerin zu 1) nur die Erklärung des Konkursverwalters der Frau M. vom 26. Oktober 1967 vorgelegt. Wie diese Erklärung auszulegen ist und ob sie gegenüber Frau M. wirkt, ist zwischen den Parteien streitig. Auch eine solche Streitfrage kann gemäß den oben zu 2 d entwickelten Grundsätzen in der Regel nicht schon in dem Prozeß zwischen dem Verpfänder (Klägerin zu 2) und der Bank auf Rückgabe der Pfänder für die Bank verbindlich entschieden werden. Der hier zu entscheidende Fall hat aber die Besonderheit, daß die Arrestbeklagte und Bürgschaftsgläubigerin Frau M. der beklagten Bank als Streithelferin rechtswirksam beigetreten ist (vgl. oben zu 1.). Unterliegt die Beklagte im vorliegenden Prozeß, weil der Konkursverwalter der Frau M. die Beklagte rechtswirksam aus der Bürgschaft entlassen habe und deshalb das Pfandrecht der Beklagten erloschen sei, so kann Frau M. die Beklagte nicht mehr aus der Bürgschaft in Anspruch nehmen. Denn infolge der Streithilfewirkung des § 68 ZPO steht dann auch für den Bürgschaftsprozeß zwischen Frau M. und der Beklagten fest, daß Frau M. gegen sie Ansprüche aus der Bürgschaft nicht (mehr) hat. Bei einer solchen Fallgestaltung aber muß die Bank es sich gefallen lassen, daß die Frage des Bestehens

oder Erlöschens der Bürgschaftsforderung schon in dem Rechtsstreit mit dem Verpfänder sachlich geklärt wird. Denn in diesem Fall besteht für die Bank nicht das Risiko einer abweichenden Entscheidung im Bürgschaftsprozeß.

4. Die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits hängt deshalb davon ab, ob die Erklärung des Konkursverwalters vom 26. Oktober 1967 eine Bürgschaftsforderung der Frau M. gegen die beklagte Bank ausschließt. Das ist mit dem Berufungsgericht zu bejahen.

a) Die Erklärung des Konkursverwalters kann nach ihrem Wortlaut, ihrem Adressaten und den Umständen, unter denen sie abgegeben worden ist, nicht, wie die Beklagte will, dahin verstanden werden, der Konkursverwalter gebe die Rechte aus der Bürgschaft zugunsten der Gemeinschuldnerin (Frau M.) frei. Der Konkursverwalter hat diese Erklärung auf Ersuchen des Prozeßbevollmächtigten des Klägers zu 2) abgegeben, der eindeutig eine Freigabe der vom Kläger zu 2) gestellten Prozeßsicherheit in dem Sinne einer Einwilligung in die Rückgabe der Sicherheit verlangt hat. Deshalb kann der Schlußsatz der an den Kläger zu 2) gerichteten Erklärung:

"Ich gebe die insoweit vom (Kläger zu 2)
erbrachte Sicherheitsleistung ... frei"

nur die Einwilligung in die Rückgabe der Sicherheit im Sinne des § 109 Abs. 1 ZPO und nicht eine Freigabe

aus der Konkursmasse zugunsten der Gemeinschuldnerin bedeuten. Insoweit ist die Auslegung des Berufungsgerichts im Ergebnis zutreffend. Durch die Einwilligung in die Rückgabe der Sicherheit hat der Konkursverwalter die Bank aus der Bürgschaft entlassen.

b) Diese Entlassung ist rechtswirksam. Die Rechte der Gemeinschuldnerin aus der vom Kläger zu 2) in dem Arrestverfahren geleisteten Sicherheit gehörten zur Konkursmasse. Über sie konnte deshalb der Konkursverwalter gemäß § 6 Abs. 2 KO verfügen. Der Verwalter mußte prüfen, in welcher Weise der vom Kläger zu 2) gegen Frau Minta geführte Rechtsstreit (einschließlich des Arrestverfahrens) abgewickelt werden sollte. Führte diese Prüfung zu dem Ergebnis, daß ein durch die vom Kläger zu 2) geleistete Sicherheit abgedecktes Risiko der Gemeinschuldnerin nicht oder nicht mehr bestand, so war er zur Freigabe der Sicherheit durch Entlassung der Beklagten aus der Bürgschaft schon deshalb berechtigt, weil durch eine unbegründete Einbehaltung der Sicherheit die Masse gegenüber dem Kläger zu 2) gemäß § 59 Nr. 1 KO schadensersatzpflichtig werden konnte. Denn eine Prozeßpartei darf eine vom Gegner gestellte Sicherheit nicht zurückbehalten, wenn das gesicherte Risiko erloschen ist. Ob der Konkursverwalter insoweit die Sach- und Rechtslage zutreffend beurteilt hat, ist hier nicht zu prüfen. Seine Freigabeerklärung wäre rechtsunwirksam nur, wenn sie offenbar dem Konkurszweck zuwiderlief (VI ZR 189/53 vom 8. Dezember 1954 = JR 1955, 184, JZ 1955, 337,

WM 1955, 312 ZZP 1955, 35; Mentzel/Kuhn KO 7. Aufl. § 6 Anm. 37; Jaeger KO 8. Aufl. § 6 Anm. 25, 26). Davon kann nicht die Rede sein, wenn, was hier zu unterstellen ist, der Konkursverwalter zutreffend davon ausgegangen ist, daß Schadensersatzansprüche der Frau M[REDACTED] gegen den Kläger zu 2) aus der Vollziehung des Arrestes nicht infrage kamen. Unter dieser Voraussetzung brauchte er sich nicht - wenn er es gegenüber dem Kläger zu 2) überhaupt durfte - darauf zu beschränken, die angebliche Bürgschaftsforderung der Frau Minta aus der Konkursmasse freizugeben, was den Kläger zu 2) gezwungen hätte, sich mit Frau M[REDACTED] als der Gemeinschuldnerin weiterhin über die Rückgabe der Sicherheit auseinanderzusetzen. Aufgrund seines Verwaltungs- und Verfügungsrechtes nach § 6 Abs. 2 KO konnte vielmehr der Konkursverwalter über die angebliche Bürgschaftsforderung der Frau M[REDACTED] endgültig entscheiden, indem er dem Kläger zu 2) als Prozeßgegner der Frau M[REDACTED] die von diesem gestellte Sicherheit dadurch zurückgab, daß er die angeblichen Rechte der Frau M[REDACTED] als Bürgschaftsgläubigerin aufgab. Unter der

16

- 14 -

genannten Voraussetzung war die Freigabe der Sicherheit und die Entlassung der Beklagten aus der Bürgschaft konkurs- und sachgerecht. Die Beklagte muß demnach die Pfänder herausgeben, weil durch die Erklärung des Konkursverwalters ihre Bürgschaftsverpflichtung und damit auch ihr Pfandrecht erloschen ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Mormann

Dr. Hiddemann