

42. Kann der Verkäufer eines Grundstücks den Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises, wenn der Käufer (Hauptschuldner) in Annahmeverzug geraten ist, im Konkurse des Bürgen geltend machen? Hat die Feststellung der Forderung dem sie bestreitenden Konkursverwalter gegenüber auf Leistung Zug um Zug zu geschehen?

BGB. §§ 493, 322, 274.

RD. §§ 146, 26, 17.

VI. Zivilsenat. Ur. v. 23. Februar 1914 i. S. Boden-Aktienges. A.
(Kl.) w. Kra. Konkursverm. (Wetl.). Rep. VI 557/13.

I. Landgericht Duisburg.

II. Oberlandesgericht Düsseldorf.

Der Malermeister Kra. hatte durch notarielle Verträge vom 30. November 1911 und 8. Februar 1912 von der Klägerin ein

Grundstück zum Preise von 43 176 *M* gekauft. Für alle Verbindlichkeiten des Kre. aus diesem Geschäfte hatte der Kaufmann Kra. die selbstschuldnerische Bürgschaft übernommen. Der Käufer Kre. kam seinen Verpflichtungen nicht nach; die Eintragung des Grundstücks auf ihn unterblieb. Die Klägerin verlangte nun Bezahlung des Kaufpreises von dem Bürgen Kra., über dessen Vermögen inzwischen das Konkursverfahren eröffnet war, und klagte gegen den Konkursverwalter, der die Forderung bestritt, mit dem Antrage, diese in Höhe von 42 160 *M* nebst Zinsen und Stempel als Konkursforderung festzustellen.

Das Landgericht erkannte entsprechend dem Klagantrage. Das Berufungsgericht dagegen hat auf die Berufung des Beklagten die Forderung der Klägerin als Konkursforderung Zug um Zug gegen Auflassung des verkauften Grundstücks an den Käufer Kre. zur Tabelle festgestellt. Die hiergegen von der Klägerin eingelegte Revision ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„Der Anspruch der Klägerin auf Zahlung des restlichen Kaufpreises nach Maßgabe der Verträge vom 30. November 1911 und 8. Februar 1912 wäre, wenn man zunächst von der Einwirkung des Konkursverfahrens absieht, gegenüber dem Gemeinschuldner als dem selbstschuldnerischen Bürgen an sich begründet. Der Hauptschuldner Kre. hat nur das Angeld von 1016 *M* (beim Kaufabschlusse), weiter aber auf den Kaufpreis nichts bezahlt; er hat auch weder Zinsen, die nach dem Vertrage vom 1. Juli 1912 ab zu zahlen gewesen wären, noch die nach der Vertragsbestimmung von ihm zu tragenden Kosten des Kaufes bezahlt. Er befand sich zur Zeit der Konkursöffnung gegen den Bürgen sonach in Zahlungsverzug. Zugleich aber war er wegen der Gegenleistung der Verkäuferin in Annahmeverzug. Die Klägerin hatte das verkaufte Grundstück dem Käufer aufzulassen und dessen Eintragung in das Grundbuch zu bewilligen (§§ 873, 925, 433 BGB.). Die Auflassung ist auch bereits in dem notariellen Akte vom 8. Februar 1912 erklärt (vgl. Art. 143 Abs. 1 GG. z. BGB., Art. 26 § 1 preuß. UG. z. BGB.). Die Eintragung in das Grundbuch ist aber bisher nicht erfolgt. Dem Grundbuche gegenüber ist von der Verkäuferin eine Eintragungsbewilligung nicht abgegeben worden. Andererseits ist der Käufer, der nicht einmal

die Stempel- und Beurkundungskosten beglichen hat, seiner Erklärung nach außerstande, den Kaufpreis zu bereinigen. Sollte er auch bereit sein, die ihm angebotene Eigentumsübertragung anzunehmen, so hat er doch seinerseits die verlangte Gegenleistung nicht angeboten (§ 298 BGB.).

Würde die Klägerin den Hauptschuldner Kra. auf Erfüllung des Kaufvertrags belangt haben, so könnte dieser, ungeachtet seines Annahmeverzugs, gemäß § 322 BGB. Verurteilung Zug um Zug gegen Bewirkung der Gegenleistung verlangen (vgl. § 274 Abs. 1 BGB.). Auf Grund einer solchen Verurteilung Zug um Zug könnte jedoch die Klägerin nach § 274 Abs. 2 BGB. wegen des Annahmeverzugs des Schuldners ihren Anspruch ohne Bewirkung der ihr obliegenden Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgen, wobei sich das Verfahren gemäß § 726 Abs. 2, §§ 756, 765 ZPO. vollzöge.

Vgl. hierzu Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 51 S. 368; Jur. Wochenschr. 1904 S. 90 Nr. 8; RGKRomm. Anm. 1 und 2 zu § 274; v. Staudinger Anm. 1 und 2 zu § 274.

Es fragt sich, wie sich die Rechtslage gegenüber dem Bürgen und im Konkurse des Bürgen gestaltet. Der Vorberrichter geht davon aus, daß der Bürge Kra., wenn über sein Vermögen nicht der Konkurs eröffnet worden wäre, auf Grund des § 768 BGB. die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erheben und mit dieser die Verurteilung der Klägerin zur Gegenleistung Zug um Zug mit seiner Leistung herbeiführen könnte. Das entspricht der herrschenden Ansicht, während von anderer Seite die Meinung vertreten wird, daß in einem derartigen Falle — auch bei Annahmeverzug des Hauptschuldners — der Bürge überhaupt nicht belangt werden könne, oder daß die Klage gegen ihn auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags hin zurzeit abzuweisen sei. Vgl. Hölder, Arch. f. CivPrax. Bd. 93 S. 121; Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbetritt S. 444 flg. Dagegen: Dertmann, Recht der Schuldverhältn. zu § 768 Anm. 2 a. γ. S. 944. Es ist, wie sich ergeben wird, hier nicht nötig, diese Frage grundsätzlich zu entscheiden.

Das Berufungsgericht nimmt weiterhin an, jene Verächtigung des Bürgen Kra., Verurteilung Zug um Zug zu verlangen, sei durch die Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen nicht weggefallen,

noch geändert worden. Einmal finde die Vorschrift des § 17 RD. nur auf zweiseitige Verträge, dagegen nicht auf die einseitigen oder unvollkommenen zweiseitigen Rechtsverhältnisse Anwendung, also auch nicht im vorliegenden Falle, wo aus Bürgschaft geklagt sei. Sodann sei Gegenstand der Feststellungsklage nicht etwa nur das Recht der Teilnahme am Konkurs oder gar nur des Dividendenbezuges, sondern die Forderung selbst, weil u. a. künftig Rechtsgewißheit über das den Gegenstand der Feststellungsklage bildende Rechtsverhältnis geschaffen werden solle, und weil insbesondere gegenüber dem Gemeinschuldner die festgestellte Forderung auch für die Zukunft als rechtskräftig festgestellt und ohne weiteres vollstreckbarer Leistungstitel wirken solle (§§ 164, 194, 206 RD.). Die Forderung der Klägerin sei aber nicht schlecht hin die Forderung auf Zahlung des Kaufpreises in der von ihr angegebenen Höhe. Die Klägerin könne vielmehr ihre Forderung nur geltend machen, wenn sie gleichzeitig Zug um Zug gegenleiste. An diesem Ergebnis werde auch dadurch nichts geändert, daß in einem solchen Falle gemäß §§ 726 Abs. 2, 756 ZPO. die Zwangsvollstreckung ohne Bewirkung der Gegenleistung betrieben werden könne.

Die Revision rügt Verletzung des materiellen Rechtes, insondere des § 765 BGB., sowie der §§ 65, 66, 67 RD. Durch die vom Berufungsgericht ausgesprochene Feststellung der Forderung als einer nur Zug um Zug zu erfüllenden sei die Klägerin im höchsten Grade beschwert, denn ihr Grundstück habe einen bedeutend höheren Wert. Der Beklagte oder der Gemeinschuldner könne nicht mehr Rechte haben, als der Hauptschuldner Kre. selbst. Diesem brauche die Klägerin das Grundstück nur aufzulassen gegen Bezahlung, und zwar des ganzen Kaufpreises. Eventuell brauche die Klägerin höchstens gegen Bestellung der Kaufgeldhypothek das Grundstück auf den Käufer eintragen zu lassen. Die Sicherheit der Klägerin sei jetzt schwer beeinträchtigt. Indem der Bürge in Konkurs geriet, sei die Forderung fällig geworden, auch gegenüber dem zahlungsunfähigen Käufer.

Die Revision konnte keinen Erfolg haben. Fällig kann die Forderung der Klägerin geworden sein auch abgesehen von der Zahlungsunfähigkeit des Käufers und von dem Konkurs des Bürgen. Sie ist aber nicht um deswillen, weil die Klägerin gegenzuleisten hat, als betagte oder bedingte Forderung im Sinne von §§ 65, 66, 67

RD. anzusehen oder zu behandeln. Den Einwand des nicht erfüllten Vertrags erhebt der verklagte Konkursverwalter eben aus den Vertragsrechten des Hauptschuldners. Dem Umstande, daß durch die jetzige Gestaltung der Verhältnisse die Sicherheit der Klägerin beeinträchtigt ist, kann eine besondere rechtliche Bedeutung für den gegenwärtigen Rechtsstreit nicht zukommen. Auch der von der Revision weiter erhobene Einwand, der Bürge handle unbillig und vertragswidrig, wenn er von der Klägerin die Eintragung eines zahlungsunfähigen Käufers verlange, würde keine Beachtung finden können, wofür hier die Vorschriften der §§ 320 Abs. 1, 322 Abs. 1, 274 Abs. 2 BGB. Platz greifen. Ein Fall des § 320 Abs. 2 BGB. (vgl. Entsch. des RG's in Zivill. Bd. 56 S. 151 flg., Bd. 63 S. 22) liegt hier nicht vor. Ob oder inwieweit aber der verklagte Konkursverwalter zu leisten verpflichtet und Gegenleistung an den Hauptschuldner zu verlangen berechtigt ist, steht eben in Frage. Und dafür sind die konkursrechtlichen Vorschriften mit zu berücksichtigen. Hierbei gelangt man indes eher zu dem Ergebnis, daß die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht die Klägerin, sondern den Beklagten zu Unrecht beschwert.

Dem Vorderrichter ist zwar darin recht zu geben, daß die Bestimmung des § 17 RD. auf den vorliegenden Fall nicht (unmittelbar) zutrifft. Die Bürgschaft ist an sich kein zweiseitiger Vertrag, wird daher auch von mehreren Schriftstellern unter den einseitigen Verträgen, die nicht dem § 17 unterständen, mit aufgeführt (v. Wil-mowski-Kurlbaum Anm. 3, Petersen-Kleinfeller Anm. 3 zu § 17). Allein in den Fällen, wo die Bürgschaft geleistet ist für die Verpflichtungen des Schuldners aus einem zweiseitigen (synallagmatischen) Vertrage wird doch wenigstens dann, wenn der Bürge sich aus dem Rechte des Hauptschuldners dem Gläubiger gegenüber verteidigt, das Rechtsverhältnis im Konkursverfahren nach Maßgabe des der Hauptschuld zugrunde liegenden Geschäfts zu beurteilen sein. Denn es handelt sich hier eigentlich um die Verbindlichkeit des Hauptschuldners, die ein anderer — aus dem Rechtsgrunde der Bürgschaft — zu erfüllen hat, und das Schuldverhältnis auch zwischen Gläubiger und Bürgen läßt sich hierbei, namentlich soweit die Wechselbeziehung von Leistung und Gegenleistung in Frage steht, nur aus dem unterliegenden zweiseitigen Vertrage heraus bestimmen

und beurteilen (vgl. dazu auch § 767 Abs. 1 Satz 1, 2, § 768 Abs. 1, § 770 BGB.).

Nun ist freilich die Anwendung der Vorschrift des § 17 RD. selbst hier aus einem anderen Gesichtspunkt ausgeschlossen. Diese Vorschrift setzt bei dem in die Wahl des Konkursverwalters gestellten Verlangen der Erfüllung von dem anderen Teile voraus, daß auch zum Vorteil der Masse erfüllt werden kann. Sie hat die Fälle im Auge, wo der zweiseitige, zur Zeit der Konkursöffnung von dem Gemeinschuldner und vom anderen Teile nicht oder nicht vollständig erfüllte Vertrag einerseits vom Konkursverwalter für den Gemeinschuldner aus der Konkursmasse (§ 59 Nr. 2 RD.), anderseits vom Vertragsgegner zur Konkursmasse erfüllt werden kann und auf diesem Wege das beiderseitige Schuldverhältnis vollständig erledigt wird (Sonderbestimmungen für einzelne Verträge sind wiederum in §§ 18 bis 22, 23 RD. getroffen; auf das bürgerliche Recht verweist § 25).

Vgl. Jaeger, Konkursordnung 3. Aufl. § 17 Anm. 1, 25, 27, 33, § 59 Anm. 5, 6; Sarweh-Bossert 4. Aufl. § 17 Anm. 6; Petersen-Kleinfeller 4. Aufl. Anm. 3.

Im vorliegenden Falle wäre eine derartige beiderseitige Vertragserfüllung nicht möglich. Die Klägerin, Verkäuferin des Grundstücks, soll und kann das Eigentum an diesem nicht auf den Gemeinschuldner (Bürgen) und für diesen auf den Konkursverwalter, sondern nur auf den Käufer (Hauptschuldner) übertragen. Dieser auch nur würde die im Vertrag ausbedungene hypothekarische Sicherstellung der Klägerin gewähren können. Der verklagte Konkursverwalter seinerseits könnte zwar den Restkaufpreis und die Kaufkosten aus der Masse, sofern diese hierfür ausreichen sollte, an die Klägerin bezahlen, aber er wäre nicht in der Lage, durch Mitwirkung zur Eintragung des Grundstücks auf den Käufer dessen Annahmeverzug zu beseitigen. Von einem Wählen des Konkursverwalters zwischen Erfüllung oder Nichterfüllung im Sinne des § 17 RD. kann also hier nicht die Rede sein.

Wohl aber erscheint es angängig, den Grundgedanken des Gesetzes, auf dem § 17 und weiterhin § 26 RD. beruhen, für die Entscheidung zu verwerten. Als die natürliche Regel darf gelten, daß es bei zweiseitigen Verträgen, die zur Zeit der Konkursöffnung nicht schon von einem Teile vollständig erfüllt sind, bei der Nichterfüllung im Konkurse bleibt. Die Nichterfüllung ist hier die un-

mittelbare Folge der Konkursöffnung. Im § 17 RD. ist allerdings nicht die Regel erwähnt, sondern nur ausgesprochen, daß der Verwalter auch die Erfüllung wählen kann. Es sollte damit der Unbilligkeit vorgebeugt werden, die sich daraus ergeben würde, daß der Konkursverwalter einerseits nicht verpflichtet ist, die persönlichen Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners (voll) zu erfüllen, andererseits aber berechtigt wäre, die Forderung des Gemeinschuldners zur Geltung zu bringen.

Vgl. Motive zur RD. S. 66, 67 (Fahn Mater. S. 85 flg.); v. Wilnowski-Kurlbaum zu § 17 Anm. 6; Jaeger Einl. zu §§ 17 flg. S. 187.

Die Vorschriften des § 26 RD. aber beziehen sich allgemein auf die Fälle, wo infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit (oder, was hier nicht zutrifft, die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses) des Gemeinschuldners eintritt. Dazu gehört der Fall der nach § 17 RD. eintretenden Nichterfüllung, aber nicht dieser allein. Das Konkursverfahren bezweckt die gleichmäßige Befriedigung von Geldforderungen, deren glatte Erledigung an sich durchführbar ist oder durch bestimmte Vorschriften der Konkursordnung ermöglicht wird (§§ 3, 65, 66, 69). Die für aufschiebend bedingte Forderungen vorgeschriebene Behandlung (§§ 67, 154, 156, 168 Nr. 2, 169 RD.) hat ihren Grund in der besonderen Natur dieser Rechtsverhältnisse. Für Forderungen, die von einer Gegenleistung abhängig sind, ist eine (allgemeine) Regelung nur in § 17 RD. getroffen. Allerdings hat, soweit solche Forderungen zu erfüllen sind, der Konkursverwalter die Erfüllung so zu beanspruchen und zu bewirken, wie außerhalb des Konkursverfahrens der Gemeinschuldner selbst, und es wird daher vorkommen, daß Leistung und Gegenleistung Zug um Zug zu erfüllen sind.

Vgl. Jaeger § 17 Anm. 8, 34; hierzu § 146 Anm. 12 S. 223, Urt. des OLG. Dresden vom 25. September 1907, Leipz. Zeitschr. 1908 S. 88.

Aber die Durchführung der Bestimmungen in §§ 320, 322, 274 BGB. mag schon in dem Falle, wo der Gemeindefschuldner der alleinige oder Hauptschuldner ist, auf Schwierigkeiten stoßen, wobei namentlich zweifelhaft sein würde, ob und wie die Vorschriften der §§ 726, 756, 765 BPD. im Hinblick auf §§ 12, 14 RD. im Konkurs-

verfahren, sei es auch nur entsprechende Anwendung finden könnten oder durch die „Generalexekution“ hier ersetzt werden. Um so stärker sind die Erschwernisse der Anwendung in dem Falle, wo der Gemeinschuldner als Bürge eine von der Gegenleistung (die außerhalb des Konkurses, einem Dritten, dem Hauptschuldner gegenüber zu erfüllen wäre) abhängige Leistung schuldet. Es erweist sich auch hier nach, daß sich in einem solchen Falle die Erfüllung des Vertrags mit der konkursrechtlichen Gestaltung des Verhältnisses nicht wohl verträgt und sich in den Rahmen des Konkursverfahrens kaum wird einfügen lassen.

Wenn die Bürgschaftsverbindlichkeit des Gemeinschuldners im vorliegenden Falle überhaupt aus den Grundsätzen über zweiseitige Verträge zu beurteilen ist, dann handelt es sich um einen im Sinne von §§ 17, 26 R.D. noch von keinem Teile vollständig erfüllten Vertrag. Denn wengleich die notarielle Auflassungserklärung erfolgt ist, so kann der Vertrag so lange, als die Eintragung in das Grundbuch noch aussteht, nicht als von der Verkäuferin vollständig erfüllt gelten.

Vgl. Jaeger zu § 17 Anm. 11; Sarwey-Bossert § 17 Anm. 2; Petersen-Kleinfeller zu § 17 Anm. 7 (A. M. Fitting, Konkursrecht § 6 S. 46 Note 4).

Die Nichterfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners — und des Gemeinschuldners — ist, wengleich der Grundstückskäufer schon früher in Zahlungsverzug und Annahmeverzug geraten war, endgültig doch „infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens“ eingetreten (vgl. Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 17 S. 78 flg.).

Treffen die vorstehenden Erwägungen zu, dann hätte der von der Klägerin erhobenen Feststellungsklage gar nicht stattgegeben werden dürfen. Der Hinweis des Vorberrichters auf die rechtliche Bedeutung der Feststellungsklage gemäß § 146 R.D. würde hiergegen nicht durchgreifen. Mag auch das auf diese Klage ergehende Urteil nicht als Leistungs-, sondern als Feststellungsurteil zu betrachten sein (Jaeger Anm. 12 zu § 146 Bb. 2 S. 221), so liegen doch Zweck und Wesen jener Klage und dieses Urteils in der Feststellung der Forderung als einer Konkursforderung, wodurch sie Berücksichtigung im Konkurse erlangt. Wegen der mit der Feststellung verknüpften Nebenwirkungen, der etwaigen Wirksamkeit über das Konkursverfahren

hinaus, könnte die Klägerin natürlich nicht für die von der Teilnahme am Konkurs ausgeschlossene Forderung gegenüber dem Konkursverwalter eine Feststellung (wie sonst nach § 256 BPO.) begehren. Es müßte aber diesfalls mangels einer Anschlußrevision des Beklagten nach § 559 BPO. bei der Entscheidung des Berufungsgerichts bewenden.

Indessen selbst dann, wenn die Verfassung der die Streitforderung betreffenden Feststellung nicht als unbedenklich erschiene, würde doch die Feststellung in der vom Vorderrichter ausgesprochenen Beschränkung das Äußerste sein, was der Klägerin zugestanden werden könnte. Die Klägerin wäre vermutlich in der Lage gewesen, nach § 326 BGB. das gegenseitig verpflichtende Schulverhältnis dem Käufer gegenüber in ein einseitiges, auf Schadensersatz gerichtetes umzuwandeln (vgl. auch Westerkamp a. a. O. S. 449). Sie konnte gemäß § 26 KO. einen solchen Anspruch auf Leistung des Interesses wegen Nichterfüllung, sofern diese die Folge der Eröffnung des Konkursverfahrens gegen den Bürgen war, als Konkursgläubigerin geltend machen. Wenn sie das nicht getan hat, sondern als Konkursforderung den Anspruch auf Vertragserfüllung durch Zahlung des ganzen rückständigen Kaufpreises festgestellt haben will, so müßte sie sich, soll die Feststellung überhaupt zulässig sein, solange der Kaufvertrag ihrerseits nicht vollständig erfüllt ist, mit einem Urteilsausspruche, wie er hier gemäß § 274 Abs. 1, § 322 Abs. 1 BGB. ergangen ist, begnügen.

Hierbei ist schließlich noch mit Rücksicht auf einen von der Revision erhobenen Anstand folgendes zu bemerken. Wenn im Tenor des Berufungsurteils gesagt ist: „Zug um Zug gegen Auflassung des . . . Grundstücks“, so ist damit ohne Zweifel der gesamte Rechtsgang nach §§ 873, 925 BGB. gemeint, also Auflassung im gesetzlichen Sinne und Eintragung (vgl. v. Staudinger Kom. zu § 925 II 3 S. 323). In den Urteilsgründen ist ausdrücklich angeführt: da die Auflassung schon erfolgt sei, so habe die Klägerin später nur die Einwilligung zur Umschreibung des Grundstücks zu erteilen. Der Urteilsausspruch kann daher nicht mißverstanden werden.“