

20.1

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein

ZPO §§ 302, 318

Zur Bindungswirkung eines Aufrechnungsvorbehalts und zur Frage, inwieweit der Kläger gegen das Aufrechnungsvorbehaltsurteil Rechtsmittel mit dem Ziel einlegen kann, den Vorbehalt zu beseitigen (Ergänzung zu BGHZ 35, 248).

BGH, Urt.v.7.Dezember 1978 - III ZR 140/76 - OLG Düsseldorf
LG Duisburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 140/76

URTEIL

Verkündet am
7. Dezember 1978
Schorm,
Justizamtsinspektor

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Kaufmanns Kurt A l [REDACTED],
Du [REDACTED] Straße [REDACTED], D [REDACTED]-Wi [REDACTED],

Klägers, Revisionsklägers
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Walter von der B [REDACTED],
H [REDACTED]straße [REDACTED], Du [REDACTED],

Beklagten, Revisionsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. November 1978 durch die Richter Dr. Krohn, Dr. Tidow, Dr. Peetz, Lohmann und Kröner

für Recht erkannt:

Die Revisionen der Parteien gegen das Teil- und Vorbehaltsurteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 13. August 1976 werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Revisionsrechtszugs tragen der Kläger 6/10, der Beklagte 4/10.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger begehrt von dem Beklagten Zahlung von 390.000 DM auf Grund dreier Schuldscheine vom 22. Juni 1970 über je 130.000 DM, fällig im Mai, August und November 1971.

Am 22. Juni 1970 verkaufte der Kläger, der damals Hauptaktionär und von November 1968 bis September 1970 Aufsichtsratsvorsitzender der Gebrüder K. AG - im folgenden: K.AG - war, sämtliche ihm gehörenden K.-Aktien (nominell 2,008 Mio DM von insgesamt 2,0176 Mio DM Inhaber-Aktien) zum Preis von 3,44 Mio DM an die damals in Gründung befindliche B.u.K. Verwaltungs- und Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG - im folgenden: B.u.K. -.



Der Kaufpreis war u.a. in drei Teilbeträgen von jeweils 130.000 DM im Mai, August und November 1971 zu zahlen. Wegen dieser Beträge stellte der Beklagte, der an der Käuferin beteiligt war und am 24. Juni 1970 Vorstandsmitglied der K.AG wurde, die drei eingangs genannten Schuldscheine aus. Der im November 1971 fällige Schuldschein wurde zurückgehalten, weil der Kläger Aktien von nominell 9.600 DM nicht übergeben konnte. Die übrigen Aktien - nominell 1.998.400 DM - wurden der Käuferin übergeben; diese nahm seither die Rechte daraus wahr.

Am 15. Februar 1973 wurde über das Vermögen der K.AG, am 28. März 1973 auch über das der B.u.K. das Konkursverfahren eröffnet; letzteres Verfahren wurde im Juli 1975 mangels Masse eingestellt.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kläger den Beklagten zunächst nur aus dem im Mai 1971 fälligen Schuldschein im Urkundenprozeß in Anspruch genommen und ein rechtskräftig gewordenes Vorbehaltsurteil erstritten. Der Vorbehalt beschränkte den Beklagten auf die Möglichkeit, im Nachverfahren aufzurechnen; seine übrigen Verteidigungsmittel wurden als unbegründet zurückgewiesen.

Im Nachverfahren hat der Beklagte einen Zinsanspruch der K.AG gegen den Kläger in Höhe von 408.407,17 DM zur Aufrechnung gestellt und hierüber eine schriftliche Abtretungserklärung der Vorstandsmitglieder St[REDACTED] und Sch[REDACTED] vom 2. August 1972 vorgelegt. Zur Begründung dieser Forderung hat er vorgetragen, der Kläger habe während seiner Zeit als Aufsichtsratsvorsitzen-

der mit Hilfe der Vorstandsmitglieder Ki[REDACTED] und Sp[REDACTED] und des Architekten Kr[REDACTED] einer von ihm zum Erwerb der K.Aktien mitgegründeten Gesellschaft - der Bau- und Terrain GmbH - in der Zeit vom 25. März bis 8. August 1969 aus dem Vermögen der K.AG einen Betrag von 2,05 Mio DM als zinsloses Darlehen zufließen lassen, der zum Erwerb der Aktien verwendet worden sei. Dieses Geld sei dem Kläger ohne Einwilligung des Aufsichtsrats zur Verfügung gestellt worden. Der K.AG sei in Höhe von mindestens 7 % ein Zinsschaden entstanden, für den der Kläger als Aufsichtsratsvorsitzender hafte. Weitere Zinsansprüche ergäben sich daraus, daß der Kläger auch im Jahre 1968 für dieselbe Gesellschaft in ähnlicher Weise 500.000 DM unter Verschleierung der tatsächlichen Vorgänge und im Jahre 1969 für eine unter seiner Mitwirkung gegründete "Studiengemeinschaft zur Förderung der Forschung im Bauwesen" weitere 85.000 DM entnommen habe.

Das Landgericht hat im Nachverfahren unter Aufhebung des Vorbehaltsurteils die Klage mit der Begründung abgewiesen, die Aufrechnung mit den Zinsen für die an die Bau- und Terrain GmbH geflossenen Beträge greife durch.

Mit der Berufung hat der Kläger die Klageforderung um die Beträge der beiden anderen Schuldscheine erhöht. Er hat die gegen ihn gerichteten Zinsansprüche und die Wirksamkeit der Abtretung an den Beklagten bestritten. Der Beklagte hat weiterhin bestritten, aus den Schuldscheinen zur Zahlung verpflichtet zu sein; er hat die Aufrechnung mit den ihm abgetretenen Forderungen der K.AG zusätzlich auf eine erneute Abtretung dieser An-

sprüche durch den Konkursverwalter vom 15. Januar 1974 in Verbindung mit einer Zusatzvereinbarung vom selben Tage gestützt, die wie folgt lautet:

"Ergänzend hierzu wird vereinbart, daß Herr Walter von der B. [REDACTED] /Beklagter/ berechtigt sein soll, diese Forderung im eigenen Namen gegen Herrn Kurt Al. [REDACTED] /Kläger/ in vollem Umfang geltend zu machen, insbesondere gegenüber etwaigen Ansprüchen des Herrn Kurt Al. [REDACTED] gegen Herrn Walter von der B. [REDACTED] die Aufrechnung zu erklären. Macht Herr Walter von der B. [REDACTED] diese ihm abgetretene Forderung ganz oder teilweise gegen Herrn Kurt Al. [REDACTED] geltend oder rechnet er damit auf, so verpflichtet sich Herr Walter von der B. [REDACTED], den Betrag an Herrn Günter R. [REDACTED] als Konkursverwalter der Gebrüder K. [REDACTED] AG oder etwaigen Amtsnachfolger zu zahlen, der durch die erloschene abgetretene Forderung durch Herrn Walter von der B. [REDACTED] verbraucht ist."

Ferner hat der Beklagte gegenüber der Klageforderung die Aufrechnung mit angeblichen Schadensersatzansprüchen der Firma B.u.K. gegen den Kläger aus dem seinerzeitigen Aktienkauf erklärt. Diese Ansprüche sind ihm vom Konkursverwalter der B.u.K. mit Urkunde vom 17. Januar 1974 abgetreten worden.

Das Berufungsgericht hat durch Teil- und Vorbehaltsurteil die Klage, soweit sie den im November 1971 fälligen Schuldschein betraf, d.h. in Höhe eines Teilbetrags von 130.000 DM nebst Zinsen, abgewiesen. Wegen der anderen beiden Schuldscheine hat es den Beklagten antragsgemäß verurteilt, jedoch die Entscheidung über die vom Beklagten geltend gemachte Aufrechnung mit der Gegenforderung vorbehalten, die in der Abtretungsvereinbarung vom 15. Januar 1974 zwischen dem Beklagten und dem Konkursverwalter der K.AG näher bezeichnet ist.

Gegen dieses Urteil richten sich die Revisionen beider Parteien. Der Senat hat durch Beschluß vom 20. März 1978 die Revision des Klägers nicht angenommen, soweit sie sich gegen die Abweisung der Klage wegen des im November 1971 fällig gewordenen Schuldscheins richtet.

Entscheidungsgründe

A. Die Revision des Beklagten

Die Revision des Beklagten ist nicht begründet.

I.

Das Berufungsgericht hat die beiden im Mai und August 1971 fällig gewordenen Schuldscheine, um die es allein noch geht, als selbständige Schuldversprechen im Sinne des § 780 BGB angesehen. Diese rechtliche Würdigung trifft zu; sie wird von der Revision auch nicht angegriffen. Die Einwendungen des Beklagten gegen die auf diese Schuldversprechen gegründete Zahlungsverpflichtung hat das Berufungsgericht bis auf die vorbehaltene Aufrechnung zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Soweit diese Einwendungen Gegenstand des Urkundenverfahrens über den im Mai 1971 fällig gewordenen Schuldschein gewesen waren, hat sich das Berufungsgericht an sein rechtskräftiges Urkundenvorbehaltsurteil

vom 2. Juni 1972 gebunden gesehen, in welchem es die Einreden des Beklagten aus dem Kaufvertrag, wegen ungerechtfertigter Bereicherung und wegen Arglist sowie das geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht als materiell unbegründet zurückgewiesen hat. Die Annahme einer solchen Bindung ist frei von Rechtsirrtum; sie entspricht der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH Urteil vom 15. Dezember 1959 - VIII ZR 192/58 = NJW 1960, 576; Urteil vom 17. Januar 1973 - VIII ZR 48/71 = NJW 1973, 467; Urteil vom 15. Juni 1977 - VIII ZR 20/76 = NJW 1977, 1687; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 12. Aufl. S. 304 m.w.Nachw.; a.A. Stein/Jonas/Schlosser ZPO 20. Aufl. Rdn. 12 ff zu § 600 ZPO). Die gegenteilige Meinung der Revision gibt dem Senat keinen Anlaß, von dieser Rechtsprechung abzuweichen.

Revisionsrechtlich ist es auch nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht bei dem anderen Schuldschein, der erst im Berufungsrechtszug des Nachverfahrens in den Rechtsstreit eingeführt worden ist, trotz einer insoweit fehlenden Bindung die Erwägungen seines Urkundenvorbehaltsurteils zur Selbständigkeit des Schuldversprechens und zur Zurückweisung der dort abgehandelten Einwendungen des Beklagten übernommen hat.

2. Das Berufungsgericht hat weiter mit Recht angenommen, daß auch diejenigen Einwendungen, die der Beklagte im Nachverfahren gegenüber beiden Schuldscheinen mit neuer Begründung erhoben hat, nicht durchgreifen. Diese Einwendungen werden, soweit sie sich gegen den im Mai 1971 fälligen Schuldschein richten, durch das Vorbehaltsurteil nicht abgeschnitten. Ein Vorbe-

haltsurteil schließt neues Vorbringen nicht aus, das eine Einwendung ergänzt oder vervollständigt, die im Vorverfahren allein mangels hinreichender Substantiierung zurückgewiesen worden war (Stein/Jonas/Schlosser aaO Rdn. 12; Baumbach/Lauterbach/Hartmann ZPO 36. Aufl. 1978 Anm. 1 D zu § 600 ZPO). Das hat das Berufungsgericht beachtet und insoweit das Vorbringen des Beklagten sachlich gewürdigt.

a) Der Beklagte stützt die Bereicherungseinrede darauf, daß der Kläger wegen des inzwischen eingetretenen Konkurses der K.AG den Kaufvertrag über die Aktien hinsichtlich des noch ausstehenden Restes im Werte von nominell 9.600 DM nicht mehr erfüllen könne, da diese Aktien wertlos geworden seien. Er macht geltend, auf Grund dieser teilweisen Unmöglichkeit der Erfüllung sei der auf den Erwerb sämtlicher K.Aktien gerichtete Kaufvertrag für die Käuferin - B.u.K. - nunmehr insgesamt ohne Interesse; damit habe der Kläger den Anspruch auf den gesamten Kaufpreis verloren, so daß der Rechtsgrund für die Erteilung der Schuldversprechen weggefallen sei.

b) Demgegenüber hat das Berufungsgericht ausgeführt, der mit der Ausstellung der beiden hier in Rede stehenden Schuldscheine beabsichtigte Erfolg sei eingetreten. Die Aktien seien der Käuferin gleichzeitig mit der Hingabe der Schuldscheine ausgehändigt worden; sie habe seither die Rechte daraus wahrgenommen. Wegen der nicht übergebenen Aktien im Werte von nominell 9.600 DM habe sich der Beklagte durch Nichtaushändigung des im November 1971 fällig gewordenen Schuldscheins gesichert und damit zu erkennen gegeben,

daß für ihn kein Zusammenhang zwischen der Hingabe der beiden übrigen Schuldscheine und der Aushändigung der restlichen Aktien an die Käuferin bestanden habe.

c) Diese Würdigung beruht auf der Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Wille der Kaufvertragsparteien darauf gerichtet war, das Vertragswerk trotz der fehlenden Übergabe der 9.600 DM K.Aktien in Vollzug zu setzen. Diese Feststellung wird von der Revision mit verfahrensrechtlichen Rügen nicht angegriffen. Dem entsprechend läßt es keinen Rechtsfehler erkennen, daß das Berufungsgericht die Bereicherungseinrede, soweit es um die im Mai und August 1971 fällig gewordenen Schuldscheine geht, deshalb zurückgewiesen hat, weil insoweit der mit der Eingehung des Kaufvertrags beabsichtigte Erfolg, der Erwerb der Aktien gegen Hingabe der Schuldscheine, bereits eingetreten sei.

d) Soweit die Revision unter Bezugnahme auf die Ausführungen des Beklagten im Berufungsrechtszug geltend macht, nachträglich sei das Interesse der Käuferin an der Erfüllung des gesamten Kaufvertrages weggefallen, kann dem ebenfalls nicht gefolgt werden. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Übergabe der fehlenden Aktien dem Kläger unmöglich gewesen oder ob er damit in Verzug geraten ist. Denn ein auf dieser teilweisen Nichterfüllung beruhender Interessewegfall, der die Rechtsfolgen der §§ 325, 326 BGB hätte auslösen können, hätte sich bei der Käuferin in dem Verlangen nach Umgestaltung oder Rückabwicklung des gesamten Vertragswerks äußern müssen. Dafür gibt der vom Berufungsgericht festgestellte Sachverhalt indes keine tatsächlichen Anhaltspunkte; entscheidend gegen die Ausübung

eines derartigen Gestaltungsrechts durch die B.u.K. spricht, daß sie selbst bis zum Konkurs der K.AG die Stellung als Hauptaktionärin auf Grund der - sei es auch nicht vollständigen - Erfüllung des Aktienkaufvertrags durch den Kläger wahrgenommen hat. Sollte also durch die mangelnde Übergabe der restlichen Aktien ein Schaden entstanden sein, so würde es sich um einen Verzugsschaden oder um einen Nichterfüllungsschaden wegen dieses Restpostens handeln, der den Bestand des übrigen Vertrages und damit den Rechtsgrund für die Begebung der beiden Schuldscheine durch den Beklagten unberührt ließe.

II.

Das Berufungsgericht hat die von dem Beklagten gegenüber der Klageforderung mit abgetretenen Schadensersatzansprüchen der Firma B.u.K. erklärte Aufrechnung als unwirksam angesehen. Auch hiergegen wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

1. Allerdings beruht - wie der Revision zuzugeben ist - die Auffassung des Berufungsgerichts, die Wirksamkeit der zwischen dem Konkursverwalter der Firma B.u.K. und dem Beklagten geschlossenen Abtretungsvereinbarung vom 17. Januar 1974 scheitere bereits daran, daß dem Beklagten damit die Stellung der Käuferin insgesamt habe übertragen werden sollen, auf einer mit Wortlaut und Sinn der Urkunde nicht zu vereinbarenden Auslegung (§ 133 BGB). Zwar heißt es im Text der Urkunde, daß "sämtliche denkbaren Ansprüche und Rechte" der B.u.K. "aus dem Kaufvertrag vom 22. Juni 1970 ..., die der Gesellschaft ge-

gen den Kaufmann Kurt Al [REDACTED] /Kläger/ zustehen oder zustehen werden, in voller Höhe und in vollem Umfang" an den Beklagten abgetreten würden. Das rechtfertigt jedoch nicht den vom Berufungsgericht gezogenen Schluß, der Beklagte habe statt der B.u.K. Käufer werden sollen. Vielmehr sollte ihm lediglich ermöglicht werden, die der B.u.K. zustehenden Rechte aus dem Kaufvertrag nach Maßgabe der Rechtslage geltend zu machen, in der sich der weitgehend schon abgewickelte Kaufvertrag befand. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts fehlt der Abtretung auch nicht die erforderliche Bestimmtheit. Diese ist bereits gegeben, wenn alle Forderungen aus einem bestimmten Rechtsgeschäft abgetreten werden (vgl. Palandt/Heinrichs BGB 37. Aufl. Anm. 3 d aa zu § 398 BGB m.w.Nachw.).

2. Dagegen ist die Abtretung unwirksam, weil sie nach den rechtsfehlerfrei getroffenen tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts dem Konkurszweck widersprach und mithin nicht von der Vertretungsmacht des Konkursverwalters gedeckt war. Der Konkursverwalter hat das Verfügungsrecht über die zur Konkursmasse gehörenden Gegenstände (§ 6 KO) nur zur Herbeiführung der gleichmäßigen Befriedigung aller Konkursgläubiger. Er darf nur Handlungen vornehmen, die dem Konkurszweck nicht widerstreiten. Handlungen, die unrechtmäßig sind oder dem Konkurszweck offenbar zuwiderlaufen, sind unwirksam (BGH Urteil vom 3. Februar 1971 - VIII ZR 94/69 = NJW 1971, 701, 702, 703; Mentzel/Kuhn KO 8. Aufl. 1976 § 6 KO Rdn. 37; Jaeger/Henckel KO 9. Aufl. § 6 KO Rdn. 150 m.w.Nachw.). Insbesondere darf der Konkursverwalter grundsätzlich keine Massegegenstände unentgeltlich weggeben (Mentzel/Kuhn aaO Rdn. 38; Jaeger/Henckel aaO Rdn. 153). Hierzu ergeben die Feststellungen des Beru-

fungungsgerichts, daß für die angeblichen Ansprüche der Konkursmasse eine Gegenleistung des Beklagten nicht vereinbart und auch nicht etwa nachträglich noch erbracht worden ist. Daher hat das Berufungsgericht mit Recht angenommen, daß die Abtretung nichtig war.

Entgegen den Ausführungen der Revision bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, daß es sich bei der Abtretung um eine Einziehungsermächtigung gehandelt hat. Der von der Revision angeführte Gesichtspunkt, die Abtretung sei im Hinblick auf das Kostenrisiko vorgenommen worden, gibt für eine solche Annahme nichts her. Mit Recht hat das Berufungsgericht es im übrigen abgelehnt, die Abtretung wegen des Kostenrisikos eines Prozesses als wirksam anzusehen. Sie mag aus dieser Sicht "zweckmäßig" gewesen sein. Das reicht indessen nicht aus, wenn es - wie hier - an einem Gegenwert für die abgetretene Forderung fehlt. Die Unwirksamkeit dieser zweckwidrigen Verfügung des Konkursverwalters dauerte über den Konkurs hinaus, so daß die zwischenzeitliche Einstellung des Konkursverfahrens insoweit ohne Bedeutung ist (Jaeger/Henckel aaO Rdn. 160).

3. Den weiteren Ausführungen der Revision, zwischen der B.u.K. und dem Beklagten habe ein Auftrags- oder Kommissionsverhältnis bestanden, auf Grund dessen der Beklagte die gegen den Kläger gerichteten Forderungen der B.u.K. in deren Konkurs habe aussondern können, fehlt - worauf die Revisionserwiderung des Klägers mit Recht hinweist - die erforderliche tatsächliche Grundlage. Insbesondere fehlt es an Anhaltspunkten dafür, daß die B.u.K. die Aktien für Rechnung des Be-

klagten gekauft hat. Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Käuferin, d.h. die B.u.K. selbst die Rechte aus den ihr übertragenen Aktien wahrgenommen. Das spricht entscheidend gegen die Annahme, daß die Aktien für Rechnung des Beklagten gekauft wurden. Außerdem deckten die Schuldscheine nur einen verhältnismäßig geringen Teil des Gesamtkaufpreises ab.

4. Die Revision beanstandet weiter, das Berufungsgericht habe den Vortrag des Beklagten unberücksichtigt gelassen, die B.u.K. habe ihm schon lange vor der Konkursöffnung vom 28. März 1973 sämtliche Ansprüche aus dem Kaufvertrag vom 22. Juni 1970 abgetreten. Diese auf § 286 ZPO gestützte Revisionsrüge ist unbegründet. In der Berufungsbegründung vom 15. Oktober 1971 gegen das Urkundenvorbehaltsurteil des Landgerichts hatte der Beklagte zwar behauptet, sowohl die B.u.K.KG als auch die B.u.K. GmbH und schließlich auch deren Geschäftsführer Rechtsanwalt Ka[REDACTED] hätten ihm sämtliche Ansprüche gegen den Kläger aus dem Kaufvertrag vom 22. Juni 1970 abgetreten. Der Beklagte stellte in Aussicht, die drei Abtretungserklärungen alsbald nachzureichen. Das ist indes nicht geschehen, obwohl der Kläger dieses Vorbringen in der Berufungsbeantwortung vom 19. April 1972 bestritten und das Berufungsgericht es in seinem Berufungsurteil des Urkundenverfahrens ausdrücklich als bestritten gekennzeichnet hat. Das Berufungsgericht hatte deshalb keinen Anlaß, im Nachverfahren auf diesen Vortrag des Beklagten einzugehen.

III.

Das Berufungsgericht hat weiter ausgeführt, der Beklagte könne auch nicht mit den ihm von der K.AG am 2. August 1972 abgetretenen Ansprüchen aufrechnen. Das trifft zu und wird von der Revision nicht angegriffen. Diese Abtretung war unwirksam, da sie von den beiden Vorstandsmitgliedern St[REDACTED] und Sch[REDACTED] erklärt worden war. Gegenüber dem Beklagten, der zu dieser Zeit selbst Vorstandsmitglied war, konnte aber die Gesellschaft nur durch den Aufsichtsrat vertreten werden (§ 112 AktG).

B. Die Revision des Klägers

Auch die Revision des Klägers ist im Ergebnis unbegründet.

I.

Alleiniger Gegenstand der Revision des Klägers ist die Anfechtung des im Berufungsurteil zugunsten des Beklagten ausgesprochenen Aufrechnungsvorbehalts (zur Beschränkung der Annahme der Revision auf einen Teil des Verfahrensgegenstandes vgl. BGHZ 69, 93). Durch ihn ist der Kläger beschwert. Denn wenn ein Gericht in einem Urteil, in dem es nach § 302 ZPO die Entscheidung über die Aufrechnung vorbehält, die Zulässigkeit der Aufrechnung bejaht, ist es daran im Nachverfahren gebunden (§ 318 ZPO). Diese Bindungs-

wirkung beschwert den Kläger; er kann daher gegen das Vorbehaltsurteil Rechtsmittel einlegen mit dem Ziel, die Unzulässigkeit der Aufrechnung festzustellen und so den Wegfall des Vorbehalts zu erwirken (BGHZ 35, 248, 250).

1. Unzulässig ist jedoch die Revisionsrüge, § 302 ZPO sei verletzt, weil das Berufungsgericht wegen rechtlichen Zusammenhangs zwischen Forderung und Gegenforderung ein Vorbehaltsurteil nicht habe erlassen dürfen. Damit stellt der Kläger die auflösend bedingte Verurteilung des Beklagten in Frage, woran er kein schützenswertes Interesse haben kann.

2. Die Revision meint weiter, schon aus dem Text der Schuldscheine, die auf Zahlung der darin genannten Beträge lauteten, ergebe sich im vorliegenden Fall ein vertraglicher Aufrechnungsausschluß. Dieser Revisionsangriff ist unbegründet. Es kann dahingestellt bleiben, ob das Fehlen eines solchen Ausschlusses bei dem im Mai 1971 fälligen Schuldschein schon durch die Rechtskraft des Urkundenvorbehaltsurteils für das Nachverfahren bindend festgestellt ist. Jedenfalls ergibt sich - wie die Revision selbst einräumt - ein solcher Aufrechnungsausschluß aus dem Text beider Schuldscheine nicht zwingend. Ein Vergleich mit der Klausel: "Kasse gegen Dokumente" (dazu Weber in BGB RGRK 12. Aufl. § 387 BGB Rdn. 51) oder mit einem unwiderruflichen Dokumenten-Akkreditiv (vgl. dazu BGHZ 60, 262, 264; Senatsurteil vom 18. Dezember 1975 - III ZR 103/73 = WM 1976, 331, 332) ist nicht angebracht. Denn dort handelt es sich um häufig wiederkehrende, typische Klauseln, bei denen sich eine Verkehrsauffassung über einen stillschwei-

genden Aufrechnungsausschluß gebildet hat. Hier dagegen liegt eine Individualvereinbarung vor. Es bestand nach den Umständen des Falles für das Berufungsgericht kein Anlaß, eine Auslegung der Urkunden über ihren Wortlaut hinaus in Richtung auf einen Aufrechnungsausschluß in Erwägung zu ziehen.

II.

Soweit das Berufungsgericht die vom Konkursverwalter vorgenommene Abtretung etwaiger Schadensersatzansprüche der K.AG als wirksam angesehen hat, kann ihm nicht gefolgt werden.

1. Allerdings läßt es keinen Rechtsfehler erkennen, daß das Berufungsgericht auf Grund der zusätzlichen Vereinbarung vom 15. Januar 1975 und des Ergebnisses der Beweisaufnahme von einer entgeltlichen Abtretung ausgeht. Soweit die Revision beanstandet, daß das Berufungsgericht der Sachdarstellung des Zeugen R [REDACTED] über das Zustandekommen dieser Vereinbarung gefolgt sei, begibt sie sich auf das ihr verschlossene Gebiet tatrichterlicher Würdigung (§ 561 Abs. 2 ZPO).

a) Nach der Zusatzvereinbarung sollte der Beklagte die durch Aufrechnung verbrauchten Beträge der abgetretenen Forderung an die Konkursmasse erstatten. Da der Kläger Forderungen von zusammen 390.000 DM nebst 4 % Zinsen seit der im Jahre 1971 eingetretenen Fälligkeit geltend machte und die abgetretene Gegenforderung rd. 408.000 DM betrug, konnte - anders als die

Revision meint - nach dem Willen der Parteien des Abtretungsvertrages nicht von einem Mißverhältnis zwischen Forderung und Gegenforderung ausgegangen werden.

b) Der Inhalt der Abtretungserklärung ergibt auch nichts dafür, daß der Konkursverwalter auf Schadensersatzansprüche gegen andere, möglicherweise neben dem Kläger (und dem Beklagten, s. dazu nachfolgend unter 2 d) - f)) haftende Aufsichtsratsmitglieder verzichtet und dadurch die Lage der Masse verschlechtert hat. Ob ein Gläubigerausschuß bestand und ob dieser der Abtretung zugestimmt hat, ist - was die Revision nicht berücksichtigt - für die Wirksamkeit der Abtretung nach §§ 133, 136 KO ohne rechtliche Bedeutung.

c) In der Abtretungsvereinbarung ist jedoch die Frage nicht geregelt worden, was mit dem Teil der abgetretenen Forderung geschehen sollte, der durch die Aufrechnung nicht verbraucht wurde. Es war nach dem Wortlaut der Zusatzvereinbarung in das Belieben des Beklagten gestellt, ob er diesen Teil gegen den Kläger geltend machen wollte; eine Rechtspflicht hierzu bestand nicht. Diese Frage gewinnt hier besondere Bedeutung, weil die Klageforderung zu einem Betrag von 130.000 DM bereits rechtskräftig abgewiesen ist, die Aufrechnung also allenfalls die verbliebenen 260.000 DM erfassen kann. Ob insoweit eine teilweise Unentgeltlichkeit angenommen werden muß oder ob nach dem Willen der Vertragschließenden und dem Zweck der Abtretung davon auszugehen ist, daß der Beklagte der Konkursmasse die nicht verbrauchten Beträge zurückabtreten muß, kann indes dahinstehen, da gegen die Rechtswirksamkeit der Abtretung aus einem anderen Grunde Bedenken bestehen. Die

Revision rügt zutreffend, daß das Berufungsgericht diese Bedenken nicht in vollem Umfang erkannt hat.

2. Es kommt in Betracht, daß der Konkursverwalter den Beklagten durch die Abtretung einseitig zu Lasten der Masse bevorzugt hat.

a) Schadensersatzforderungen der K.AG gegen den Kläger gehörten nach § 1 Abs. 1 KO zur Masse. Durch die Abtretung wurde der Beklagte in die Lage versetzt, diesen Massegegenstand zu seiner eigenen Rechtsverteidigung zu verwerten, mit der Maßgabe, den Wert des dabei erzielten Gewinns - nämlich einer gänzlichen oder teilweisen Befreiung von Ansprüchen des Klägers gegen ihn - der Masse zu erstatten.

b) Bisher ist unbekannt, ob eine für die Masse erfolgreiche Verwertung der Forderung zu erwarten war, wenn der Beklagte sie durch Aufrechnung verbrauchte und die dadurch ersparten eigenen Leistungen der Masse zuführte. Dieses Rechtsgeschäft wäre für die Masse vorteilhaft, wenn der Beklagte leistungsfähiger als der Kläger ist. Tatsächliche Feststellungen dazu fehlen.

c) In diesem Zusammenhang ist weiter wesentlich, was das Berufungsgericht nicht berücksichtigt hat und worauf die Revision zutreffend hinweist, daß der Beklagte nach dem 24. Juni 1970 Vorstandsmitglied der K.AG wurde und nunmehr seinerseits nach §§ 93, 76, 115 Abs. 4 AktG verpflichtet war, einen vom Kläger als Aufsichtsratsmitglied in unzulässiger Weise gewährten Kredit alsbald einzuziehen und dabei auch der Gesellschaft etwa

zustehende Zinsen geltend zu machen. Hat der Beklagte diese Pflichten vernachlässigt, so wurde er der K.AG neben dem Kläger schadensersatzpflichtig.

d) Eine Abtretung zugunsten des Beklagten als einem Schuldner der K.AG zur Rechtsverteidigung gegen Ansprüche des Klägers als eines anderen Schuldners dieser Gesellschaft kann daher eine dem Konkurszweck zuwiderlaufende Bevorzugung des Beklagten enthalten. Bisher ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen dem Konkurszweck dadurch besser gedient wurde, daß der Konkursverwalter es dem Beklagten ermöglichte, mit Schadensersatzforderungen der Gemeinschuldnerin gegen den Kläger aufzurechnen, statt diese Ansprüche gegen beide Parteien geltend zu machen.

e) Sollte die Masse mit der Abtretung zugleich auf weitergehende Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten verzichtet haben, so trug nur noch die Masse das Risiko für die Verwertung der gegenüber dem Kläger und dem Beklagten bestehenden Ersatzansprüche. Zu Verfügungen, die den Beklagten einseitig zuungunsten der Masse bevorzugten, wäre der Konkursverwalter nach § 6 KO nicht berechtigt gewesen. Solche dem Konkurszweck zuwiderlaufende Verfügungen sind nichtig. Die Entscheidung der Sache hängt deshalb auch davon ab, ob der Beklagte der Masse schadensersatzpflichtig war, was bisher nicht festgestellt worden ist.

Diese Bedenken werden nicht durch die Erwägung ausgeräumt, durch die in diesem Rechtsstreit erklärte Aufrechnung hätte der Masse das Risiko eines eigenen Prozesses gegen den Kläger - zumindest teilweise - er-

spart werden können. Die Befreiung von dem etwaigen Kostenrisiko eines Prozesses allein vermag nämlich die einseitige Bevorzugung eines Konkursgläubigers nicht zu rechtfertigen.

III.

Andererseits kann nach dem bisherigen Sachstand aber auch nicht ausgeschlossen werden, daß die Gegenforderung dem Beklagten wirksam abgetreten wurde. Das angefochtene Urteil kann daher nicht - wie von der Revision erstrebt - für vorbehaltlos erklärt werden.

Damit werden die Bedenken gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Wirksamkeit der Abtretung nicht gegenstandslos. Der Kläger kann sie im Nachverfahren weiter verfolgen. Denn die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Wirksamkeit der Abtretung werden von der Bindungswirkung nach § 318 ZPO für das Nachverfahren nicht umfaßt. Diese Bindung beschränkt sich nach den Grundsätzen der Entscheidung BGHZ 35, 248, 250, der der erkennende Senat beitrifft, auf die Zulässigkeit der Aufrechnung. Soweit das Berufungsgericht auch Ausführungen zur Rechtsinhaberschaft des Beklagten an der zur Aufrechnung gestellten Forderung gemacht hat, handelt es

sich ersichtlich nicht um Erwägungen, die für das
Nachverfahren eine Bindung herbeiführen sollen.

Krohn

Tidow

Peetz

Richter Lohmann
ist erkrankt und
kann nicht unter-
schreiben

Krohn

Kröner