

Für das Nachschlagewerk !
Nicht für die Amtliche Sammlung !

Gesetz: BGB §§ 2046, 2058, 2059.

Rechtssatz:

Bei einer aus zwei Erben bestehenden Erbengemeinschaft kann der eine Miterbe gegen den anderen Miterben noch vor der Auseinandersetzung des Nachlasses eine Forderung, die ihm gegen den Erblasser zugestanden hat, zu dem Teil geltend machen, zu dem der andere Miterbe geworden ist. Die Geltendmachung ist jedoch ausgeschlossen, wenn z.Zt. für den Nachlaß ohne besondere Verluste noch keine bereiten Zahlungsmittel zur Verfügung stehen und dem Miterben-Gläubiger nach der Sachlage ein Zuwarten zugemutet werden kann, oder wenn eine hinreichende Aussicht für die Annahme besteht, daß er etwa aus einer bereits teilweise durchgeführten Auseinandersetzung mit dem anderen Miterben noch etwas verschuldet und diese Schuld die Höhe der geltend gemachten Nachlaßforderung erreicht oder übersteigt.

Aktenzeichen: II ZR 20/52

Urteil des BGH vom 14. Januar 1953

KG Berlin

II ZR 20/52

V e r k ü n d e t
am 14. Januar 1953
Jodas, Just.Ang.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Eduard T [REDACTED], B [REDACTED], A [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die Witwe Frau Frieda T [REDACTED] geb. H [REDACTED],
B [REDACTED], A [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 14. Januar 1953 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter Dr. Selowsky, Dr. Haidinger, Dr. Fischer und Dr. Meyer für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 18. Dezember 1951 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es den Beklagten zur Zahlung von DM 6.038,79 nebst 4 % Zinsen verurteilt hat. In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, das dabei auch über die Kosten der Revision zu entscheiden hat.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin ist die Schwiegertochter des Beklagten. Ihr Ehemann ist am 27. Januar 1946 gestorben und von den Parteien je zur Hälfte beerbt worden.

Die Parteien errichteten durch Gesellschaftsvertrag vom 3. Juni 1946 eine offene Handelsgesellschaft zum gemeinsamen Betrieb einer Lebensmittel- und Gemischtwarenhandlung detail-engros. Diese Gesellschaft lösten sie sodann am 30. März 1947 wieder auf. Dabei regelten sie durch ein schriftliches Abkommen vom gleichen Tage die Auseinandersetzung in der Weise, daß die Klägerin das Lebensmittelgeschäft; der Beklagte das Seifengeschäft übernehmen und daß das vorhandene Engros-Warenlager gleichmässig verteilt werden sollte. Ausserdem waren Bestimmungen darüber getroffen, daß Gewinn und Verlust beider Geschäfte längstens bis zum 30. September 1947 zu gleichen Teilen gehen und daß die endgültige Trennung mit diesem Zeitpunkt vollzogen werden sollte.

Die Klägerin verlangt mit der Klage ihr Auseinandersetzungsguthaben, das sie auf Grund einer Bilanz ihres Buchsachverständigen auf DM 15.057,93 errechnet hat. Der Beklagte hat demgegenüber geltend gemacht, daß er sich bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages in einem Irrtum befunden und den Vertrag deshalb mit Schreiben vom 7. März 1947 angefochten habe. Ferner hat er die Ansätze der von der Klägerin vorgelegten Bilanz im einzelnen bestritten und schließlich hat er vorsorglich mit Gegenforderungen aufgerechnet, die ihm gegen die Klägerin aus der noch nicht endgültig durchgeführten Nachlaßauseinandersetzung zuständen.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von DM 7.053,86 verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen.



Das Oberlandesgericht hat die Verurteilung des Beklagten in Höhe von DM 6.038,79 bestätigt. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klagabweisungsantrag auch hinsichtlich dieses Betrages weiter, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

1.) Soweit sich die Revision dagegen wendet, daß das Berufungsgericht die Anfechtung des Gesellschaftsvertrages durch den Beklagten als rechtlich unwirksam betrachtet hat, kann sie mit ihrem Angriff gegen das Berufungsurteil keinen Erfolg haben. Der Beklagte hat diese Anfechtung darauf gestützt, daß er beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages irrgewisse angenommen habe, daß die Klägerin alleinige Inhaberin des von ihrem Ehemann betriebenen Engrosgeschäfts gewesen sei. Demzufolge habe die Klägerin dieses Geschäft auch allein in die neu errichtete offene Handelsgesellschaft als ihre Einlage eingebracht. In Wirklichkeit habe aber dieses Geschäft ihm und seinem Sohn, dem Ehemann der Klägerin, gemeinsam gehört und die Klägerin sei daher als Miterbin ihres Ehemannes nur zu $\frac{1}{4}$ an dem Geschäft beteiligt gewesen. Die auf diesen Sachverhalt gestützte Anfechtung kann - abgesehen von der Frage, ob die dahingehenden Behauptungen des Beklagten zutreffend sind - schon deshalb nicht durchgreifen, weil es sich hierbei nicht um einen Irrtum über den Inhalt der Erklärung, sondern um einen Irrtum im Beweggrund handelt, der nur im Rahmen des § 119 Abs 2 BGB rechtliche Bedeutung besitzt. Wenn sich die Revision in diesem Zusammenhang darauf beruft, daß auch die Klägerin beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages von der gleichen irrigen Vorstellung ausgegangen sei und daß dieser Umstand nach § 242 BGB - offen-

bar unter Anwendung der Grundsätze vom Wegfall der Geschäftsgrundlage - Beachtung verdiene, so handelt es sich hierbei um eine tatbestandswidrige Annahme der Revision. Nach dem für die Revisionsinstanz maßgeblichen Tatbestand des Berufungsurteils ist nach dem Vortrag des Beklagten nur dieser und nicht auch die Klägerin von der erwähnten irrigen Auffassung über die Eigentumsverhältnisse an dem Engrosgeschäft des verstorbenen Ehemannes der Klägerin ausgegangen. Es kann daher aus diesem Grunde auf die Ausführungen der Revision über den Irrtum beider Parteien nicht weiter eingegangen werden. Schließlich ist in diesem Zusammenhang noch hervorzuheben, daß die Auffassung des Beklagten über die Anfechtung des Gesellschaftsvertrages auch schon deshalb ohne weitere Bedeutung ist, weil er nach seinem eigenen Vortrag in Kenntnis des wahren Sachverhalts die Auflösungsvereinbarung vom 30. März 1947 mit der Klägerin abgeschlossen hat und diese Vereinbarung allein die Grundlage für den geltend gemachten Auseinandersetzungsanspruch der Klägerin bildet. Eine völlig andere Frage, die mit der Möglichkeit der Anfechtung nichts zu tun hat, ist es, ob der Beklagte im Rahmen der Erbauseinandersetzung gegen die Klägerin besondere Ansprüche insofern hat, als ihr im Wege einer teilweise vorweggenommenen Erbauseinandersetzung das Geschäft des Erblassers im vollen Umfang zum Zweck der Einlage in die offene Handelsgesellschaft zugeteilt worden ist. Diese Frage kann nur im Rahmen der Erbauseinandersetzung unter Berücksichtigung etwaiger Abmachungen der Parteien bei dieser Gelegenheit abschliessend beantwortet werden.

2.) Das Berufungsgericht hat entsprechend den Ausführungen der Klägerin die Höhe ihres Auseinandersetzungsanspruchs in der Weise berechnet, daß es mit Hilfe eines Sachverständigengutachtens die Höhe der Kapitalanteile bei-

der Parteien festgestellt und sodann unter Berücksichtigung des Gesellschaftsvermögens den Auseinandersetzungsanspruch der Klägerin in Höhe seines Geldwertes bestimmt hat. Hiervon hat es den Wert des auf die Klägerin anteilig entfallenden Engros-Warenlagers, das die Klägerin bereits erhalten hat, in Abzug gebracht. Die von dem Beklagten hiergegen geltend gemachten Bedenken mit dem Hinweis, daß der Klägerin nach der Auflösungsvereinbarung vom 30. März 1947 nicht ein Auseinandersetzungsanspruch in Geld, sondern im Wege der beschlossenen Realteilung des Gesellschaftsvermögens lediglich ein Anspruch auf das Lebensmittelgeschäft und die Hälfte des Warenlagers zustehe, hat das Berufungsgericht für unbegründet gehalten. Es stützt sich dabei auf ein Nachtragsabkommen, das die Parteien am 30. August 1947 geschlossen haben. In § 2 dieses Abkommens ist davon gesprochen, daß zwischen den Parteien am 30. September 1947 eine Schlußabrechnung erfolge. Hieraus entnimmt das Berufungsgericht, daß eine finanzielle Abrechnung im Zuge der Auseinandersetzung nicht abgeschlossen sei und daß die Klägerin demgemäß noch einen Auseinandersetzungsanspruch in Geld geltend machen könne.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts sind im Ergebnis zutreffend. Bei der Beurteilung dieser Ausführungen ist davon auszugehen, daß es zu der in der Vereinbarung vom 30. März 1947 vorgesehenen Realteilung des Geschäftsvermögens nicht gekommen ist. Da die Klägerin die Konzession zu dem Betrieb des Lebensmittelgeschäfts nicht erhalten hat, hat nicht sie, sondern der Beklagte neben dem Seifengeschäft auch das Lebensmittelgeschäft übernommen. Eine Realteilung ist zwischen den Parteien nur hinsichtlich des Engros-Warenlagers vorgenommen worden. Daß bei dieser gegenüber der Vereinbarung vom 30. März 1947

veränderten Sachlage eine finanzielle Abrechnung zwischen den Parteien in der Form zu erfolgen hatte, daß die Klägerin entsprechend ihrem Kapitalanteil in Geld abzufinden war, entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung. Wenn das Berufungsgericht für die Notwendigkeit einer finanziellen Abrechnung zudem noch einen Anhalt in dem Abkommen vom 30. August 1947 gefunden hat, so kann das unter diesen Umständen nicht als rechtsirrig angesehen werden.

3.) Gegenüber dem geltend gemachten Klaganspruch hat der Beklagte vorsorglich u.a. eine angebliche Forderung in Höhe von DM 11.250 zur Aufrechnung gestellt. Diese Forderung habe ihm in Höhe von RM 22.500 gegen den Erblasser, seinem Sohn und dem Ehemann der Klägerin, zugestanden und mit ihm sei also der Nachlaß belastet gewesen, so daß die Klägerin als Miterbin zur Hälfte auch die Hälfte dieser Forderung zu erfüllen habe. Das Berufungsgericht hat diese Aufrechnung nicht für zulässig gehalten, weil diese Forderung mit einer Einrede behaftet sei. Die Klägerin könne nämlich dieser Forderung andere Forderungen aus dem Nachlaß entgegensetzen, weil der Nachlaß noch immer nicht geteilt sei. Dabei könne der Klägerin auch nicht entgegengehalten werden, daß sie sich in diesem Prozeß auf eine Erörterung der Forderungen aus dem Nachlaß nicht einlassen wolle. Die Klägerin habe ein begründetes Interesse auf eine getrennte Behandlung, nachdem nun nach etwa dreijährigem Rechtsstreit der geltend gemachte Anspruch aus der Auseinandersetzung der offenen Handelsgesellschaft entscheidungsreif sei, die Forderungen aus dem Nachlaß zwischen den Parteien jedoch noch immer ungeklärt und verwickelt seien. - Diese Ausführungen des Berufungsgerichts sind, wie die Revision mit Recht hervorhebt, rechtlich nicht haltbar.

a) In diesem Zusammenhang ist davon auszugehen, daß die Forderung der Klägerin und die hiergegen zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung des Beklagten nicht in einem rechtlichen Zusammenhang miteinander stehen. Die Forderung der Klägerin rührt aus der Auseinandersetzung der inzwischen aufgelösten offenen Handelsgesellschaft, die Gegenforderung des Beklagten stützt sich dagegen auf rechtsgeschäftliche Abmachungen zwischen diesem und seinem verstorbenen Sohn. Das Fehlen eines rechtlichen Zusammenhangs zwischen den beiden Forderungen schließt jedoch nicht die Möglichkeit einer Aufrechnung aus, da für sie zwar Gleichartigkeit und Gegenseitigkeit der Forderungen, nicht aber das Vorliegen eines rechtlichen Zusammenhangs erforderlich ist. Auch ist es nicht notwendig, daß die zur Aufrechnung gestellte Forderung liquid, d.h. sofort beweisbar ist. Es ist daher auch gegenüber einer im Prozeß erklärten Aufrechnung nicht möglich, sie deshalb als unzulässig anzusehen, weil die Entscheidung über das Vorliegen der zur Aufrechnung gestellten Forderung angesichts eines noch verwickelten und ungeklärten Sachverhalts völlig ungewiß sei. Auch das vom Berufungsgericht hervorgehobene Interesse der Klägerin auf eine getrennte Behandlung von Forderung und Gegenforderung zwecks schneller Entscheidung über den geltend gemachten Klaganspruch schließt die Möglichkeit einer Aufrechnung nicht aus. Ein solches, aus Rechtsgründen durchaus anzuerkennendes Interesse kann nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 302 ZPO nur nach Maßgabe dieser Vorschrift Berücksichtigung finden. Es hätte unter diesem Gesichtspunkt das Berufungsgericht nach seinem Ermessen ein Vorbehaltsurteil zugunsten der Klägerin erlassen (vgl dazu aber auch § 302 Abs 4 Satz 3 ZPO), nicht aber mit dieser Erwägung die Möglichkeit einer Aufrechnung seitens des Beklagten ausschliessen können.

b) Nach § 390 BGB ist die Aufrechnung seitens des Beklagten ausgeschlossen, wenn seine Forderung gegen die Klägerin mit einer Einrede behaftet ist. Eine Einrede im Sinne des § 390 BGB kann nicht schon deshalb anerkannt werden, weil sich die Forderung des Beklagten gegen die Klägerin in ihrer Eigenschaft als Miterbin richtet. Die Klägerin kann insoweit zwar den Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung geltend machen, sie kann aber auf diese Weise nicht zugleich eine ihr gegenüber erklärte Aufrechnung mit dem Hinweis auf § 390 BGB zurückweisen. Das ergibt sich aus § 1977 Abs 1 BGB, wonach eine solche Aufrechnung zunächst wirksam ist und nur bei Anordnung der Nachlaßverwaltung oder bei Eröffnung des Nachlaßkonkurses später mit rückwirkender Kraft als nicht erfolgt anzusehen ist.

Es fragt sich jedoch, ob die Forderung des Beklagten ohne Rücksicht auf die Auseinandersetzung des Nachlasses geltend gemacht werden kann und ob sie auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet ist. Für die Beantwortung dieser Frage ist es bedeutsam, daß diese Forderung nicht eine Forderung auf Auseinandersetzung des Nachlasses, also nicht eine Forderung ist, die dem Beklagten in seiner Eigenschaft als Miterben gegen den anderen Miterben zusteht. Eine solche Forderung würde grundsätzlich nicht auf Zahlung einer Geldsumme, sondern auf Vornahme der Auseinandersetzung, etwa nach Maßgabe eines vorzulegenden Teilungsplanes gerichtet sein (RGRK BGB § 2042 Bem 2), so daß diese wegen fehlender Gleichartigkeit nicht zur Aufrechnung gegenüber einem Zahlungsanspruch gestellt werden könnte. Hier handelt es sich dagegen bei der vom Beklagten zur Aufrechnung gestellten Forderung um eine solche, die ihm bereits gegenüber dem Erblasser zustand. Diese Schuld des

Erblassers ist mit dessen Tod zu einer echten Nachlaßschuld geworden, so daß der Beklagte insoweit die Stellung eines Nachlaßgläubigers hat.

Gegen die Geltendmachung einer solchen Forderung bestehen vor der Auseinandersetzung des Nachlasses für den Regelfall auch dann keine Bedenken, wenn der Gläubiger zugleich Miterbe ist. Dieser Grundsatz ist in der Rechtsprechung (RGZ 93, 196) und im Schrifttum (RGRK BGB § 2046 Bem 1; Staudinger-Herzfelder Kom BGB 9. Aufl § 2046 Bem 4; Planck-Ebbecke Kom BGB 4. Aufl § 2039 Bem 3; Bendoricic J 88, 31) allgemein anerkannt. Dieser Grundsatz findet nur dann eine Ausnahme, wenn das Verlangen auf Vorewegbefriedigung nach den besonderen Umständen des Einzelfalles mit Treu und Glauben in Widerspruch steht, etwa, weil zur Zeit für den Nachlaß ohne besondere Verluste noch keine bereiten Zahlungsmittel zur Verfügung stehen und dem Miterben-Gläubiger ein Zuwarten nach der Sachlage zugemutet werden kann, oder weil es zweifelhaft ist, ob dieser mit Rücksicht auf frühere Zuwendungen bei der Teilung überhaupt noch etwas zu fordern hat (RGZ 93, 197).

Mit diesem Grundsatz steht es nicht im Widerspruch, daß nach der Rechtsprechung des Senats ein Gesellschafter nach Auflösung der Gesellschaft Forderungen gegen die Gesellschaft, auch wenn er sie nicht auf Grund des Gesellschaftsvertrages, sondern auf Grund eines besonderen Rechtsgeschäfts mit der Gesellschaft erworben hat, nicht mehr selbständig geltend machen kann, sondern auch insoweit auf die Durchführung der Auseinandersetzung und auf die Geltendmachung seines sich danach ergebenden Auseinandersetzungsanspruchs angewiesen ist (Urteil vom 8. Oktober 1952 - II ZR 2/52). Für die Auseinandersetzung eines Ge-

sellschaftsvermögens ergeben sich nach der Auflösung der Gesellschaft insofern Besonderheiten, als von dem genannten Zeitpunkt an alle Ansprüche des Gesellschafters grundsätzlich nur noch unselbständige Rechnungsposten der Auseinandersetzungsrechnung sind und als Rechnungsfaktoren in sie aufgehen. Mit der Auflösung der Gesellschaft ist der Zweck für die Verselbständigung des Gesellschaftsvermögens entfallen, und das Abrechnungsverfahren zur Auseinandersetzung des Vermögens umfaßt nunmehr alle Forderungen und Verbindlichkeiten der Gesellschafter, die sich auf dieses Vermögen beziehen. Bei einem Nachlaß ist es anders. Hier können sich für eine sofortige Auseinandersetzung rechtliche und tatsächliche Hemmnisse ergeben. Hier kann nach dem Willen des Erblassers oder nach dem Willen der Erben sowie aus sonstigen Gründen (§§ 2042 ff BGB) die Auseinandersetzung für eine bestimmte oder für eine unbestimmte Zeit zurückgestellt werden. Es entspricht daher dieser besonderen Sachlage bei einem Nachlaß, wenn der Miterbe - Gläubiger, der seine Nachlaßforderung ohne Zusammenhang mit dem Erbfall und ohne Zusammenhang mit seiner Eigenschaft als Miterbe erworben hatte, diese auch unabhängig von der etwa erst später zu vollziehenden Auseinandersetzung des Nachlasses geltend machen kann. Denn es geht nicht an, daß er insoweit, nämlich bei der Geltendmachung seiner Forderung, von vornherein gegenüber anderen Nachlaßgläubigern nur deshalb schlechter gestellt wird, weil er auch Miterbe ist. Anderes gilt freilich dann, wenn in diesem Zeitpunkt bereits eine hinreichende Aussicht für die Annahme besteht, daß er etwa aus einer bereits teilweise durchgeführten Auseinandersetzung dem anderen Miterben noch etwas verschuldet und diese Schuld die Höhe der geltend gemachten Nachlaßforderung erreicht oder übersteigt.

In diesem Fall ist die Geltendmachung ausgeschlossen, aber nicht, weil sich das aus den Besonderheiten einer erbrechtlichen Auseinandersetzung ergibt, sondern weil ihr hier der allgemeine Satz entgegensteht, daß derjenige arglistig handelt, der das fordert, was er aus einem anderen Rechtsgrund wieder zurückzugewähren hat. Dem Beklagten ist demgemäß unter diesem Gesichtspunkt die Geltendmachung seiner Forderung im Wege der Aufrechnung nur dann verwehrt, wenn er in der noch ausstehenden Auseinandersetzung der Klägerin Beträge in der Höhe seiner Forderung zurückerstatten muß. In diesem Fall würde seiner Forderung die Einrede der Arglist entgegenstehen und deshalb nach § 390 BGB die Aufrechnung mit dieser Forderung ausgeschlossen sein.

Das Vorliegen eines solchen Ausnahmestatbestandes ergibt sich jedoch aus den Ausführungen des Berufungsgerichts nicht. Das Berufungsgericht hat vielmehr die sofortige Geltendmachung der Forderung seitens des Beklagten schon deshalb für ausgeschlossen erachtet, weil die Auseinandersetzung des Nachlasses noch nicht durchgeführt sei. Diese Begründung reicht aber nach den vorstehenden Darlegungen nicht aus, so daß das Berufungsurteil auch unter Berücksichtigung dieser Begründung nicht haltbar ist.

c) In Rechtsprechung und Schrifttum ist die Frage umstritten, ob ein Miterbe-Gläubiger seine Nachlaßforderung gegen die einzelnen Miterben in Form der Gesamtschuldklage (§ 2058 BGB) oder nur in Form der Gesamthandsklage (§ 2059 BGB) geltend machen kann. Während vornehmlich das Reichsgericht (RGZ 93, 196; JW 1929, 584; aber auch Planck-Ebbecke aaO § 2039 Bem 3; Boehmer MDR 1949, 287 mit weiteren Nachweisen) dem Miterben-Gläubiger im Hinblick auf die Vorschrift des § 426 BGB nur die Möglichkeit der Gesamthands-

klage zubilligte, hat sich ein Teil des Schrifttums (RGRK § 2058 Bem 2; Staudinger-Herzfelder aaO § 2059 Bem 1 b; Bender aaO) und neuerdings auch ein Teil der Rechtsprechung (OGHZ 1, 46; 161; OLG Marienwerder HRR 1939, 83; OLG Hamburg HEZ 2, 326) u.a. unter Berufung auf die gleichliegende, vom Reichsgericht (RGZ 85, 157) im Sinne der Gesamtschuldklage beantwortete Frage im Gesellschaftsrecht (vgl dazu aber auch RGZ 153, 305 und Weipert RGRK HGB 2. Aufl § 128 Bem 32) für die Zubilligung der Gesamtschuldklage entschieden. Diese Frage braucht im vorliegenden Fall nicht abschliessend beantwortet zu werden. Hier handelt es sich nur um zwei Erben, von denen der eine den anderen für eine Nachlassschuld in Anspruch nimmt, jedoch die Inanspruchnahme des anderen Miterben von vornherein auf den Teil der Forderung beschränkt, für den der andere Miterbe dem Miterben-Gläubiger nach § 426 BGB im Innenverhältnis verpflichtet ist. Der Beklagte macht hier also seine Forderung als Teilschuld nach § 426 BGB geltend, was in jedem Fall auch nach der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichts zulässig ist. Es können daher auch unter diesem Gesichtspunkt Bedenken gegen die von dem Beklagten ausgesprochene Aufrechnung mit dem die Klägerin im Innenverhältnis treffenden Teil seiner Nachlassforderung nicht erhoben werden.

Zusammenfassend ergibt sich somit, daß das Berufungsgericht zu Unrecht die vom Beklagten erklärte Aufrechnung mit seiner angeblichen Nachlassforderung nicht beachtet hat. Das Berufungsurteil unterliegt daher der Aufhebung. Das Berufungsgericht wird in der erneuten Verhandlung zu prüfen haben, ob dem Beklagten eine solche Forderung zusteht und wenn ja, in welcher Höhe. Es wird dabei, falls sich hierfür in der erneuten Verhandlung greifbare Anhaltspunkte ergeben sollten, auch zu berücksichtigen haben, daß beim Vorliegen beson-

derer Umstände entsprechend den vorstehenden Rechtsausführungen unter Ziff 3 b die sofortige Geltendmachung der etwaigen Nachlaßforderung durch den Beklagten nach Treu und Glauben ausgeschlossen und daher seine Aufrechnung im Hinblick auf § 390 BGB unstatthaft sein könnte. Ob das Berufungsgericht mit Rücksicht auf das von ihm hervorgehobene schutzwürdige Interesse der Klägerin an einer alsbaldigen Entscheidung über ihren geltend gemachten Klageanspruch in der erneuten Verhandlung von der Möglichkeit zum Erlaß eines Vorbehaltsurteils nach § 302 ZPO Gebrauch machen will, steht in seinem eigenen Ermessen.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision ist dem Berufungsgericht vorzubehalten, da eine abschliessende Entscheidung zur Sache noch nicht möglich ist.

Dr. Canter für den erkrankten Bundes-
richter Dr. Selowsky:

Dr. Canter

Dr. Haidinger Dr. Fischer Dr. K.E. Meyer