

IV ZR 295/55

Verkündet
am 1. Februar 1956
Schorm, Justizangest.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2474 052

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

In dem Rechtsstreit

1. des Regierungsbaumeisters Karl W [REDACTED] in
K [REDACTED], K [REDACTED]-Allee [REDACTED],

Beklagten und Berufungsklägers,

2. der Ehefrau Maria W [REDACTED] geb. W [REDACTED]
in K [REDACTED], R [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

3. des Stadtbaudirektors Adolf W [REDACTED],
ebenda,

Beklagten,

- Prozeßbevollmächtigter der Beklagten zu 2:

Rechtsanwalt [REDACTED] in [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Ernst W [REDACTED] in P [REDACTED], M [REDACTED]
[REDACTED]-Str. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] in [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in der
mündlichen Verhandlung vom 1. Februar 1956 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter
Raske, Johannsen, Dr. Kregel und Siemer

für Recht erkannt:

Das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Karlsruhe vom 17. August 1955 wird aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Handwritten signature

Tatbestand:

Der Kläger ist der Sohn der Eheleute Holzgroßhändler Pius und Anna W. geb. K. aus L. Amt S. Pius W. ist im Jahre 1937, Anna W. ist am 12. August 1942 verstorben. Die Beklagten zu 1 und 2 sind die Geschwister des Klägers, der Beklagte zu 3 ist der Ehemann der Beklagten zu 2. Er war ursprünglich auf Duldung der Zwangsvollstreckung mitverklagt, gegen ihn ist jedoch der Rechtsstreit inzwischen in der Hauptsache erledigt. Pius W. hatte seine Frau durch ein Testament vom 12. Februar 1933 als Alleinerbin eingesetzt. Die Eheleute W. hatten vier Kinder, nämlich den Kläger, die Beklagten zu 1 und 2 und einen Sohn Alfred. Dieser ist inzwischen verstorben. Er hat zwei Söhne und eine Tochter hinterlassen.

Am 15. März 1938 hatte die Witwe Anna W. ein öffentliches Testament errichtet, in welchem sie ihren Sohn Alfred W., ersatzweise dessen Sohn, ihre Tochter Maria W. geb. W. (die Beklagte zu 2) und ihren Sohn Karl W. (den Beklagten zu 1) als ihre Erben einsetzte. In § 1 Abs 4 des Testaments hatte sie hinsichtlich des Klägers bestimmt:

"Mein Sohn Ernst W. in B. und dessen Abkömmlinge sollen aus meinem Nachlaß nichts mehr erhalten, da mein Sohn Ernst zu meinen Lebzeiten und denen meines Ehemannes schon mehr an Vorempfang erhalten hat, als sein Erb- und Pflichtteil betragen würde."

In § 2 des Testaments war eine Anordnung für die Auseinandersetzung bezüglich der zum Nachlaß gehörigen Grundstücke gegeben.

Am 16. Oktober 1940 hatte die Witwe Anna W. mit ihren Kindern Karl W. und Maria W. (den

- 3 -

Beklagten zu 1 und 2) und mit ihren Enkeln Alfred und Helmut We [REDACTED], den Söhnen ihres verstorbenen Sohnes Alfred, einen notariellen Übergabevertrag geschlossen, der die Veräußerung einer Anzahl von Grundstücken zum Gegenstand hatte. Dieser Vertrag enthält in § 2 Abs 2 zugunsten des Klägers folgende Bestimmung:

"Hinsichtlich der Ausgleichung gilt folgendes:

...

- II. Die Übergeberin hat noch einen weiteren Sohn Ernst W [REDACTED]. An ihn haben Maria W [REDACTED] und Karl W [REDACTED] je zur Hälfte 500 (fünfhundert) Festmeter Holz mittlerer Stärke ab Stock zu liefern, und zwar frühestens 3 Monate nach Ableben der Mutter. Die beiden Verpflichteten können ihm aber auch statt dessen nach ihrer Wahl den dann geltenden Preis für diese ihm insgesamt zustehenden 500 Festmeter zahlen."

Dieser Übergabevertrag wurde behördlich nicht genehmigt, wie es zur Rechtswirksamkeit der darin von der Übergeberin übernommenen Verpflichtung zur Veräußerung von Grundstücken und deren Auflassung erforderlich gewesen wäre. Ein Genehmigungsantrag war zwar gestellt, begegnete aber Bedenken. Nach dem Tode der Übergeberin erklärten die Übernehmer noch bevor über den Genehmigungsantrag entschieden war, in einer an den Badischen Finanz- und Wirtschaftsminister gerichteten Schrift vom 15. November 1942 (II, 121), daß die inzwischen verstorbene Übergeberin die Waldgrundstücke als Vorgriff auf den Erbgang ihrer Kinder habe übergeben wollen. Sie habe aber auch das Testament vom 15. März 1938 hinterlassen, das von den Erben vollzogen werde; sie, die Übernehmer, verzichteten nunmehr auf die Rechte aus dem Übergabevertrag, dessen Genehmigung nicht mehr erforderlich und der durch das Testament überholt sei.



Zwischen den Parteien besteht kein Streit darüber, daß der Kläger aus Darlehen den Beklagten zu 1) 5.250,-- RM und der Beklagten zu 2) 5.458,-- RM geschuldet hat. Die Beklagten wollen mit diesen Forderungen gegen die ihnen nach § 2 Abs 2 des Übergabevertrages gegenüber dem Kläger obliegenden Verpflichtung aufgerechnet haben. Der Kläger verlangt jedoch nach wie vor Erfüllung dieser Verpflichtung, indem er eine rechtswirksame Aufrechnung bestreitet. Er hat im ersten Rechtszuge beantragt, wie folgt zu entscheiden:

I. Hauptantrag:

1. Die Beklagten zu 1 und 2 werden verurteilt, an den Kläger je 250 fm Holz mittlerer Stärke ab Stock zu liefern, und zwar Zug um Zug gegen Zahlung eines Betrages von

- a) 525,-- DM an den Beklagten zu 1,
- b) 545,80 DM an die Beklagte zu 2.

Im Unvermögensfalle hat der Beklagte zu 1 an den Kläger den Betrag von 18.690,-- DM, die Beklagte zu 2 den Betrag von 18.669,20 DM nebst 4 % Zinsen seit Klageerhebung zu zahlen.

Fürsorglich: Im Unvermögensfalle hat der Beklagte zu 1 an den Kläger den Betrag von 13.965,-- DM, die Beklagte zu 2 den Betrag von 13.757,-- DM nebst 4 % Zinsen seit Klageerhebung zu zahlen.

2. ...
3. ...
4. ...

II. Hilfsantrag:

1. Die Beklagten zu 1 und 2 werden verurteilt, an den Kläger nebst 4 % Zinsen seit Klageerhebung zu zahlen

- a) der Beklagte zu 1 den Betrag von 18.690,-- DM,
- b) die Beklagte zu 2 den Betrag von 18.669,-- DM,

fürsorglich:

- a) der Beklagte zu 1 den Betrag von 13.965,-- DM,
- b) die Beklagte zu 2 den Betrag von 13.757,-- DM.

2. ...

3. ...

4. ...

Die Beklagten zu 1 und 2 haben Abweisung der Klage beantragt.

Das Landgericht hat die Beklagten zu 1 und 2 verurteilt, an den Kläger je 250 fm Holz mittlerer Stärke ab Stock zu liefern, und zwar Zug um Zug gegen Zahlung eines Betrages von 525,-- DM an den Beklagten zu 1 und von 545,80 DM an die Beklagte zu 2. Im übrigen hat es die Klage, soweit sie sich gegen die Beklagten zu 1 und 2 richtet, abgewiesen. Hinsichtlich des Beklagten zu 3 hat es die Hauptsache für erledigt erklärt.

Gegen dieses Urteil haben die Beklagten zu 1 und 2 Berufung eingelegt. Der Beklagte zu 1 hat jedoch seine Berufung zurückgenommen. Auf Antrag des Klägers wurde er durch Beschluß des eingelegten Rechtsmittels für verlustig erklärt und wurden ihm die durch das Rechtsmittel entstandenen Kosten auferlegt.

Der Kläger hat sich der Berufung der Beklagten zu 2 mit dem Antrag angeschlossen, die Kostenentscheidung des Landgerichts im Verhältnis zwischen ihm und der Beklagten zu 2 zu seinen Gunsten abzuändern.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zu 2 zurückgewiesen. Auf die Anschlußberufung des Klägers hat es die Kostenentscheidung des Landgerichts geändert.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte zu 2, im folgenden Beklagte genannt, ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Der Kläger leitet seinen Klageanspruch aus dem Übergabevertrag vom 16. Oktober 1940 her. Dieser Vertrag bedurfte, soweit er die Auflassung von Grundstücken und eine darauf gerichtete Verpflichtung der Übergeberin zum Gegenstand hatte, zu seiner Wirksamkeit nach § 2 der Grundstücksverkehrsbekanntmachung vom 26. Januar 1937 (RGBl I, 35), später nach Art IV Abs 1 des am 24. April 1947 in Kraft getretenen Kontrollratsgesetzes Nr 45 der Genehmigung durch das Landratsamt in Säckingen (vgl II, 117). Die Genehmigung ist unstreitig nicht erteilt, vielmehr haben die Übernehmer, nachdem die Übergeberin, bevor über den Genehmigungsantrag entschieden war, am 12. August 1942 verstorben war, durch Erklärung gegenüber dem Bad. Finanz- und Wirtschaftsminister in Karlsruhe vom 15. Dezember 1942 auf ihre Rechte aus dem Vertrag mit der Begründung, daß dieser durch das nunmehr in Kraft getretene Testament der Erblasserin vom 15. März 1938 überholt sei, verzichtet und eine Genehmigung für nicht mehr erforderlich erklärt.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, daß die Ansprüche der Übernehmer aus dem Übergabevertrag mit dem Tode der Übergeberin erloschen seien, weil die diesen Ansprüchen entsprechenden Verpflichtungen der Übergeberin kraft Erbgangs auf die Übernehmer übergegangen seien. Auch sei der mit der Durchführung des Vertrages erstrebte Erfolg dadurch eingetreten, daß die Übernehmer das Eigentum an den übergebenen Grundstücken, noch bevor die Übergabe wirksam geworden sei, durch Erbgang erworben hätten. Unter diesen Umständen habe

der Schwebезustand hinsichtlich der Wirksamkeit des Übergabevertrages, wie er infolge der Genehmigungsbedürftigkeit bestanden habe, mit dem Verzicht auf die Erteilung der Genehmigung nicht zu einer Nichtigkeit des Vertrages, sondern (mit dem Tode der Übergeberin) zu einem Fortfall der Genehmigungsbedürftigkeit geführt, weil ein genehmigungsbedürftiges Rechtsgeschäft nicht mehr bestanden habe. Die in dem Übergabevertrag weiterhin zugunsten des Klägers vereinbarte Ausgleichungspflicht werde deshalb nicht dadurch berührt, daß die gleichzeitig vereinbarte Übergabe von Grundbesitz nicht auf Grund dieses Vertrages stattgefunden habe. Die Ausgleichungspflicht sei als solche nicht genehmigungsbedürftig gewesen.

Gegen diese Auffassung bestehen, wie die Revision zutreffend dargelegt hat, rechtliche Bedenken. Der Personenkreis der Erben, der mit dem Erbfall in die Rechtsstellung der Erblasserin - auch hinsichtlich ihrer Verpflichtungen aus dem Übergabevertrag - eingerückt ist, ist nicht identisch mit dem Personenkreis der Übernehmer aus dem Vertrag vom 16. Oktober 1940. Erben sind auf Grund des Testaments vom 15. März 1938 der am [REDACTED] 1924 geborene Alfred W. [REDACTED] als Ersatzerbe für seinen vorverstorbenen Vater Alfred W. [REDACTED] sowie die Beklagte und ihr Bruder Karl. Zu den Übernehmern aus dem Vertrag vom 16. Oktober 1940 gehört außer diesen Personen noch ein zweiter Sohn des vorverstorbenen Alfred W. [REDACTED], nämlich der am [REDACTED] 1929 geborene Helmut W. [REDACTED]. Das Eigentum an den Grundstücken, die durch den Übergabevertrag an die Übernehmer veräußert werden sollten, ist durch den Erbfall also nicht auf die Übernehmer, sondern auf eine andere Personengruppe übergegangen. Der Übergang ist zum andern in der Weise erfolgt, daß jeder

Erbe nicht hinsichtlich der ihm im Übergabevertrag zugedachten Grundstücke Alleineigentümer, sondern hinsichtlich aller Grundstücke der Erblasserin zusammen mit den übrigen Erben Gesamthandseigentümer geworden ist. Es kann danach nicht davon gesprochen werden, daß der Übergabevertrag hinsichtlich der darin geplanten Grundstücksveräußerung durch den Erbfall gegenstandslos geworden sei, weil der mit der Grundstücksveräußerung erstrebte Erfolg genau so bereits mit dem Erbfall eingetreten sei.

Der Übergabevertrag ist hiernach, soweit er genehmigungspflichtig war, nicht wirksam geworden. Da eine künftige Genehmigung nicht mehr zu erwarten ist, muß er auch als endgültig unwirksam behandelt werden.

Genehmigungsbedürftig war nach den oben angeführten gesetzlichen Bestimmungen die Auflassung der Grundstücke und das ihr zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft. Nicht genehmigungsbedürftig war dagegen die Vereinbarung über die den Übernehmern Karl W. und Maria Wi. auferlegte Verpflichtung zugunsten des Klägers, die den Gegenstand dieses Rechtsstreits bildet. Nach § 139 BGB würde auch diese Vereinbarung als Teil des Übergabevertrages nichtig sein, wenn nicht anzunehmen ist, daß sie auch ohne den nichtigen Teil des Übergabevertrages vorgenommen sein würde.

Das Berufungsgericht hält diese letztere Voraussetzung, auch wenn es sie nicht ausdrücklich unter dem Gesichtspunkt des § 139 BGB geprüft hat, ersichtlich für gegeben. Es hat dazu ausgeführt: Selbst wenn die Ausgleichungspflicht zugunsten des Klägers in einer rechtlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit von dem Vollzuge gerade des Übergabevertrages gestanden hätte,

wäre davon auszugehen, daß die Vertragsschliessenden sie auch dann eingegangen wären, wenn der Übergang der Rechte an dem Grundbesitz auf andere Weise, wie er hier geschehen sei, vor sich gehen würde. Dafür spreche die eigene Erklärung der Übernehmer, daß der Übergabevertrag im Vorgriff auf den zu erwartenden Erbgang abgeschlossen worden sei, und auch eine Bemerkung im Schreiben der Beklagten vom 28. Januar 1940 (Mappe Bl 23), wonach dem Kläger zukommen werde, was ihm zustehe und, was ihm zukommen zu lassen, sein vorverstorbenen Vater vor seinem Ableben seiner Witwe, der Erblasserin, aufgetragen habe. Anna W. (die Erblasserin) selbst habe dem Kläger auf wiederholte Vorstellungen am 26. August 1940 (Mappe Bl 29) geantwortet, er habe zwar schon viel mehr bekommen als seine Geschwister; um endlich Ruhe zu haben, habe sie sich aber gedacht, dem Kläger nochmals 500 fm Holz auf dem Stock zukommen zu lassen. Auch am 2. Dezember 1942 hätten sich die Beklagte und ihr Bruder Karl zur Lieferung von Holz bereit erklärt (I, 33) und am 25. Februar 1943 (Mappe Bl 47) hätten sie ihre Bereitwilligkeit, dem Wunsche der Erblasserin Rechnung zu tragen, bestätigt. Mit Schreiben vom 2. November 1947 (I, 31) habe die Beklagte die dem Kläger zugesagten, von ihr ihm noch zu liefernden 250 fm Holz erwähnt und am 28. November 1948 (I, 119) habe auch ihr Bruder Karl von der Holzmenge gesprochen, die dem Kläger noch zustehe. Er habe auch in diesem Rechtsstreit am 9. Juli 1952 (I, 113) ausgesagt, daß dem Kläger aus dem Übergabevertrag noch eine Forderung zustehe und zwar auf 250 fm Holz. Ähnlich habe sich auch der Ehemann der Beklagten am 9. Juli 1952 (I, 115) und am 24. Juni 1954 (II, 67 ff) geäußert.

Das Berufungsgericht geht hiernach ersichtlich davon aus, daß die Erblasserin in jedem Falle entschlossen war, der Beklagten und ihrem Bruder Karl, sei es durch Vertrag unter Lebenden, sei es durch Erbvertrag oder durch eine einseitige letztwillige Verfügung, eine Ausgleichungspflicht zugunsten des Klägers, wie sie in dem Übergabevertrag vereinbart ist, aufzuerlegen und daß der Beklagten und ihrem Bruder Karl diese Absicht der Erblasserin beim Abschluß des Übergabevertrages auch bekannt war. Danach ist aber der - offensichtlich auch vom Berufungsgericht gezogene - Schluß gerechtfertigt, daß die Ausgleichungspflicht zugunsten des Klägers von den insoweit am Übergabevertrag Beteiligten auch ohne den genehmigungsbedürftigen und infolgedessen nichtigen Teil des Vertrages vereinbart worden wäre. Der Vorteil, den die Beklagte und ihr Bruder Karl gegenüber ihrer Einsetzung als Erben in dem Testament der Erblasserin erhalten sollten, bestand ja im wesentlichen nur darin, daß sie bereits zu Lebzeiten ihrer Mutter in den Genuß ihres Erbteils kamen. Dieser Vorteil aber war angesichts des hohen Alters der Mutter und angesichts der Tatsache, daß mit einer nennenswerten Änderung des Erbteils ihrer beiden Kinder bis zu ihrem Tode nicht zu rechnen war, gering.

Hiernach bestehen keine Bedenken, trotz der teilweisen Unwirksamkeit des Übergabevertrages die darin zugunsten des Klägers vorgesehene Ausgleichungspflicht als wirksam vereinbart anzusehen.

Die Beklagte vermag auch nicht darzutun, daß diese Vereinbarung nach dem Tode der Erblasserin durch Vertrag zwischen ihren Erben (als Rechtsnachfolgern der Übergeberin) einerseits und den Übernehmern andererseits wirksam aufgehoben sei. Die Revision meint, daß

ein solcher Aufhebungsvertrag der Erklärung der Übernehmer an den Badischen Finanz- und Wirtschaftsminister vom 15. November 1942 zugrunde gelegen haben müsse. Dieser Schluß ist nicht gerechtfertigt. Aus dieser Erklärung würde allenfalls gefolgert werden können, daß die Beteiligten sich über die Nichtdurchführung der in dem Übergabevertrag vorgesehenen Grundstücksveräußerung einig gewesen seien, nicht jedoch, daß nach ihrem Willen auch die Ausgleichungspflicht zugunsten des Klägers entgegen dem eindeutigen Willen der Erblasserin nicht mehr habe gelten sollen. Außerdem hätte ein solcher Vertrag, durch den über den Anspruch des damals noch minderjährigen Helmut W. auf Übertragung des Eigentums an Grundstücken verfügt worden wäre, gemäß § 1821 Abs 1 Nr 2 in Verbindung mit § 1643 Abs 1 BGB der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedurft.

Im übrigen ergibt der vom Berufungsgericht festgestellte Sachverhalt, daß die Ausgleichungspflicht, wenn nicht als vertragliche Abmachung, so jedenfalls im Wege der Umdeutung gemäß § 140 BGB als einseitige letztwillige Verfügung der Erblasserin in Geltung bleiben müßte. War die Erblasserin, wie das Berufungsgericht ersichtlich annimmt, in jedem Falle entschlossen, dem Kläger noch eine Zuwendung in Gestalt von 500 fm Holz oder eines dem Preise dieser Holzmenge entsprechenden Geldbetrages zukommen zu lassen, so folgt daraus, daß sie bei Kenntnis der Nichtigkeit des Übergabevertrages die Geltung der Ausgleichungspflicht zugunsten des Klägers im Sinne eines Vermächtnisses, also auf Grund einer letztwilligen Verfügung gewollt haben würde. Bei einem solchen Willen der Erblasserin würde der Übergabevertrag insoweit beim Fehlen einer wirksamen vertraglichen Bindung gemäß § 140 BGB als Verfügung von Todes wegen gelten, deren Form-

erfordernisse erfüllt sind (vgl. RG JW 1910, 467; OLG Koblenz in NJW 1948, 384; BGB RGRK 10. Aufl. § 140, 2 S. 296). Die Ausgleichungspflicht zugunsten des Klägers stand zwar nach dem Übergabevertrag - im Sinne einer Bedingtheit, nicht im Sinne einer Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung - in engem Zusammenhang mit dem darin vorgesehenen Grundstückserwerb durch die beiden ausgleichungspflichtigen Geschwister des Klägers. Da die Ausgleichungspflicht jedoch erst nach dem Tode der Erblasserin in Kraft trat und die beiden mit ihr belasteten Geschwister zu diesem Zeitpunkt wenn auch nicht die im Übergabevertrag ihnen zugeordneten Grundstücke, so doch einen entsprechenden Anteil am Gesamtgrundbesitz der Erblasserin erhalten hatten, muß diese Bedingung nach Treu und Glauben als eingetreten angesehen werden. Für den Willen der Erblasserin wie auch für die beiden mit der Ausgleichungspflicht beschwerten Geschwister des Klägers konnte es keinen ins Gewicht fallenden Unterschied machen, ob diese Bedingung in der einen oder in der anderen Gestalt eintrat.

Das Berufungsgericht hat die im § 2 Abs. 2 des Übergabevertrages festgelegte Leistungspflicht der Beklagten und ihres Bruders Karl zugunsten des Klägers inhaltlich als ein Wahlschuldverhältnis mit Wahlrecht der Schuldner ausgelegt. Danach schuldeten die Beklagte und ihr Bruder Karl entweder eine bestimmte Menge Holz oder einen Geldbetrag, der am Tage der Fälligkeit der Holzlieferungsverpflichtung (3 Monate nach dem Tode der Mutter, also am 12. November 1942) dem Preise dieser Holzmenge entsprach. Der Wortlaut des Vertrages läßt in Verbindung mit dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt

diese Auslegung, gegen die auch von seiten der Parteien keine Einwendungen erhoben sind, zu. Sie ist somit für das Revisionsgericht bindend.

Von der Annahme eines Wahlschuldverhältnisses in dem dargelegten Sinne ausgehend, hat das Berufungsgericht dann die Frage geprüft, ob, wie die Beklagte geltend gemacht hatte, das Schuldverhältnis sich, sei es infolge einer von Anfang an bestehenden oder später eingetretenen Unmöglichkeit der Holzlieferung - § 265 BGB -, sei es durch eine von den Schuldern erklärte Wahl - § 263 BGB - auf die Verpflichtung zur Bezahlung eines Geldbetrages beschränkt worden sei.

Zur Frage der Unmöglichkeit einer Lieferung von Holz hat das Berufungsgericht ausgeführt: Nach der Auskunft des Forstamts in T. [REDACTED] vom 1. Oktober 1952 (II, 55) sei allerdings die einmalige Erhebung von 250 fm Holz in einem Eingriff aus waldbaulichen Gründen nicht möglich gewesen; die Masse habe aber im Laufe eines Jahrzehntes mit zwei Hieben im Abstand von etwa 5 Jahren genutzt werden können. Die Ausführung wäre im Hinblick auf die Knappheit an Arbeitskräften vielleicht erschwert, aber nicht unmöglich gewesen. Die weitere Verwertung des Holzes habe allerdings nur durch ein Sägewerk geschehen können, weil der Kläger nach den bis 1948 bestehenden Zwangsbewirtschaftungsvorschriften den erforderlichen Holzbezugschein nach Lage der Sache nicht habe erhalten können. Hieraus ergebe sich, daß die Lieferung des zugesagten Holzes unter Berücksichtigung der damals bestehenden Bewirtschaftungsvorschriften nicht zulässig gewesen sei, sondern lediglich nach Maßgabe dieser Vorschriften habe ausgeführt werden müssen. Das sei nicht unmöglich gewesen, habe allerdings zu einer Verteilung

der Einschlüge auf eine längere Zeitdauer führen müssen. Das aber sei für die Vertragschliessenden nicht von ausschlaggebender Bedeutung gewesen, jedenfalls nicht von einem so wesentlichen Einfluß, daß die vorübergehende Unmöglichkeit, die Lieferungsverpflichtung alsbald in vollem Umfang zu erfüllen, die Erfüllbarkeit der von der Beklagten und ihrem Bruder Karl übernommenen Ausgleichungspflicht überhaupt ausgeschlossen hätte. Gegen eine solche Annahme spreche ausschlaggebend, daß es sich nicht um ein Warenlieferungsgeschäft gehandelt habe, an dem die Vertragschliessenden nur bei alsbaldiger oder in naher absehbarer Zeit geschehender Erfüllung ein Interesse gehabt haben könnten, sondern um eine Ausgleichung unter Geschwistern und gesetzlichen Miterben, die nach dem Willen der Vertragschliessenden nicht an die Erfüllung innerhalb eines engeren Zeitraums geknüpft gewesen sei. Nach dem Willen der Vertragschliessenden habe deshalb keine dauernde Unmöglichkeit und auch keine endgültige Behinderung der Vertragserfüllung durch die Vorschriften der Zwangsbewirtschaftung vorgelegen. Es könne deshalb nicht gesagt werden, daß das wahre Schuldverhältnis sich deshalb auf eine den vorgenannten Schwierigkeiten und Verzögerungen nicht unterworfenene Geldschuld beschränkt habe.

Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsirrtum erkennen. Zwar war danach im Hinblick auf die während des Krieges und der ersten Nachkriegsjahre geltenden Holzbewirtschaftungsbestimmungen eine unmittelbare Belieferung des Klägers mit Holz nicht zulässig. Nach dem Inhalt des Vertrages, wie ihn das Berufungsgesicht ohne Rechtsirrtum feststellt, konnten aber die Beklagte und ihr Bruder Karl ihrer Holzlieferungs-

verpflichtung auch dadurch nachkommen, daß sie das dem Kläger geschuldete Holz für Rechnung des Klägers an einen Dritten, der bezugsberechtigt war, veräußerten und den Erlös an den Kläger abführten. Eine Verpflichtung dieses Inhalts verstieß nicht gegen die Bewirtschaftungsvorschriften. Ihre Vereinbarung war also nicht, wie die Revision meint, wegen Verstosses gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) nichtig und ihre Erfüllung nicht unmöglich, mindestens nicht dauernd unmöglich. Das Berufungsgericht hat danach die Anwendbarkeit des § 263 Satz 1 BGB auf das von ihm angenommene Wahlschuldverhältnis ohne Rechtsirrtum verneint.

Zu der Frage, ob die Beklagte und ihr Bruder Karl durch Erklärung gegenüber dem Kläger Leistung von Geld statt Lieferung von Holz gewählt hätten, hat das Berufungsgericht nach eingehender Würdigung des gesamten Sachverhalts, insbesondere des zwischen den Beteiligten geführten Schriftwechsels und der Zeugen- und Parteiaussagen abschließend festgestellt, daß die Beklagte einen Beweis für die Abgabe einer solchen Wahlerklärung nicht zu führen vermocht habe. Das Berufungsgericht erblickt eine solche Erklärung auch nicht in dem Schreiben der Beklagten an den Kläger vom 2. November 1947 (I, 31), in welchem die Beklagte im einzelnen die Reichsmarkbeträge anführt, die der Kläger im Laufe der letzten 20 Jahre darlehensweise von ihr erhalten habe. Ihre Gesamtforderung gegen den Kläger berechnet sie in diesem Schreiben auf mindestens 5000,-- RM zuzüglich 2100,-- RM Zinsen. "Selbst wenn Du glaubst", so heißt es dann in dem Schreiben, "keine Zinsen zahlen zu müssen , so schuldest Du mir immerhin heute noch 5000,-- RM. Das ist aber mehr, als die . . . von mir Dir zu lie-

fernden 250 fm Holz heute wert sind. Ich hätte Dir also nichts mehr zu geben, bin aber bereit, Dir die jetzt angeblich benötigten 30 fm Holz noch zu geben, wenn dies möglich ist. Voraussetzung ist aber Deine schriftliche Anerkennung, daß Du von mir nichts mehr zu fordern hast, wie man Dir das schon lange abverlangte . . . Damit scheint mir unsere gegenseitige Lage wieder einmal klargestellt".

In Gegensatz zum Berufungsgericht ist der Senat der Auffassung, daß in dieser Erklärung der Beklagten eine eindeutige Aufrechnungserklärung enthalten ist und daß die abweichende Ansicht des Berufungsgerichts auf einer Verkennung des Wesens der Aufrechnung und der Erfordernisse einer Aufrechnungserklärung, also auf einem Rechtsfehler, beruht. Eine solche Erklärung braucht nicht ausdrücklich abgegeben zu werden. Sie kann auch in der Erklärung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger liegen, daß er diesem nichts mehr schuldig sein wolle und sogar von ihm noch etwas zu fordern habe (RG 59, 211). Eben das hat aber die Beklagte dem Kläger gegenüber in dem vorerwähnten Schreiben erklärt. Zwar mochte bei der Abgabe dieser Erklärung zwischen den Parteien keine völlige Einigkeit darüber bestehen, wie hoch einerseits der Preis für 250 fm Holz am 12. November 1942 gewesen sei und auf welchen Betrag sich andererseits die gesamte Darlehensforderung der Beklagten gegen den Kläger belief. Das war jedoch für die Wirksamkeit der Aufrechnungserklärung auch nicht erforderlich. Eindeutig war jedenfalls der Wille der Beklagten zum Ausdruck gekommen, daß die Forderung des Klägers mindestens bis zum Betrage von 5000,-- RM als infolge Gegenrechnung nicht mehr bestehend, angesehen werden solle. Unmißverständlich hat die Beklagte damit auch zum Ausdruck gebracht, daß sie ihre For-

derung gegen den Kläger mindestens in dieser Höhe als "verbraucht" betrachte. Ihre Erklärung wird darüber hinaus sogar dahin verstanden werden müssen, daß sie überhaupt ihre gesamte Forderung gegen den Kläger als erledigt ansehe, denn andernfalls hätte es keinen Sinn gehabt, daß sie dem Kläger in dem Schreiben noch freiwillig, d.h. ohne eine Verpflichtung dazu anzuerkennen, 30 fm Holz unter der Bedingung anbot, daß er anerkenne, von ihr nichts mehr fordern zu können. Mit einer auf diese Weise vorgenommenen "Befriedigung" des Klägers sollten also alle Gegenforderungen der Beklagten gegen ihn erloschen sein. Tatsächlich hat auch die Beklagte in der Folgezeit vom Kläger eine Begleichung ihrer Darlehensforderung durch Zahlung von seiten des Klägers nie mehr verlangt.

Die Möglichkeit, daß die Forderung des Klägers höher sei als ihre Darlehensforderung, ist dabei von der Beklagten in ihrem Schreiben vom 2. November 1947 nicht in Erwägung gezogen, das Angebot einer Lieferung von weiteren 30 fm Holz - über die Verrechnung der Darlehensforderungen hinaus - vielmehr eindeutig als freiwillige Mehrleistung gekennzeichnet. Selbst wenn aber die Beklagte mit dieser Möglichkeit gerechnet hätte, würde das ihrem Aufrechnungswillen nicht entgegenstehen. Nach dem Sinn und Zweck der Ausgleichungspflicht, wie ihn das Berufungsgericht feststellt, war die Beklagte auch zu Teilleistungen berechtigt. Die Aufrechnung mit einer geringeren Gegenforderung war also auch wirksam, selbst wenn man die Frage, ob die Aufrechnung mit einer Forderung des Schuldners, die die Forderung des Gläubigers, gegen die aufgerechnet wird, nur teilweise deckt, als eine Teilleistung anzusehen ist, entgegen der wohl herrschenden Meinung grundsätzlich verneinen wollte (vgl Palandt-Lauterbach BGB

§ 266, 5a; BGB RGRK 10. Aufl § 266, 2 S 512, Soergel 8. Aufl § 266 BGB Anm 1 S 738).

Bei ihrer Aufrechnungserklärung ging aber die Beklagte - dem Kläger erkennbar - von der Vorstellung aus, daß die Forderung des Klägers als Geldforderung behandelt werden solle, weil sonst keine einseitige Aufrechnung, sondern nur ein gegenseitiger Erlaß der beiderseitigen Forderungen möglich gewesen wäre. Es spricht aber nichts dafür, daß die Beklagte dem Kläger in dem Schreiben vom 2. November 1947 lediglich einen solchen gegenseitigen Erlaß habe anbieten wollen. Ihre Erklärung - abgesehen von dem bedingten Angebot einer freiwilligen Mehrleistung von 30 fm Holz - nichts leisten zu wollen, ist eindeutig so abgegeben, daß ihre Wirksamkeit nicht mehr von der Zustimmung des Klägers abhängen sollte. Es wäre auch unnatürlich, die Aufrechnungserklärung der Beklagten als unter der Bedingung abgegeben anzusehen, daß sich die Forderung des Klägers demnächst durch Wahlerklärung der Beklagten auf eine Geldforderung beschränken würde, da für die Beklagte kein vernünftiger Grund vorhanden war, die Wahlerklärung nicht schon jetzt abzugeben, zumal wenn sie, wie sich aus ihrer Erklärung ergibt, überzeugt war, daß ihre Geldforderung den Wert der mit ihrer Wahlerklärung entstehenden Geldforderung des Klägers übersteigen werde. Die Beklagte hätte bei den im November 1947 gegebenen Verhältnissen eindeutig gegen ihr Interesse gehandelt, wenn sie trotz ihrer Überzeugung, daß ihre Geldforderung gegen den Kläger höher sei als dessen alternative Geldforderung gegen sie, nicht die Geldschuld gewählt und nicht die Aufrechnung erklärt hätte. Das konnte auch der Kläger bei der Entgegennahme ihrer Erklärung nicht verkennen.

Daß die Beklagte möglicherweise früher, insbesondere etwa in dem Schreiben des Rechtsanwalts Reinhold F. an den Kläger vom 25. Februar 1943, auf das der Kläger in der Revisionsverhandlung besonders hingewiesen hat, die Aufrechnung noch nicht mit aller Deutlichkeit einseitig erklärt hat, steht der Annahme, daß eine solche Erklärung in dem Schreiben vom 2. November 1947 enthalten sei, nicht entgegen. Der nähere Inhalt des "Vorschlags", auf den in dem Schreiben vom 25. Februar 1943 Bezug genommen ist, ist nicht bekannt. Die Möglichkeit, daß die Beklagte und ihr Bruder Karl sich auch in diesem Vorschlag bereits auf den Standpunkt gestellt haben, daß sie dem Kläger an sich nichts mehr schuldeten, jedoch gegebenenfalls zu einer freiwilligen Mehrleistung bereit seien, bleibt offen. In jedem Falle geht aber auch schon dieses Schreiben von der Vorstellung aus, daß die Forderung des Klägers als Geldforderung zu behandeln sei, denn es wird dem Kläger darin anheingegeben, seine Forderung zu "beziffern", damit man sich darüber einigen könne, was an ihn "bezahlt" werden solle.

Durch die in dem Schreiben der Beklagten vom 2. November 1947 erklärte Aufrechnung ist die Reichsmarkforderung des Klägers, die nach dem am 12. November 1942 geltenden Preis von 250 fm Holz mittlerer Stärke ab Stock zu berechnen ist, jedenfalls in Höhe der vom Kläger anerkannten Gegenforderung der Beklagten, also in Höhe von 5.458,-- RM getilgt. Die Klage wäre hiernach ganz oder teilweise zur Abweisung reif, wenn dieser Preis feststünde. Die Beklagte und ihr Bruder Karl hatten dazu bestimmte Einzelangaben gemacht (I, 26 und 201, 203 f). Im Berufungsurteil sind jedoch hierüber keine Feststellungen getroffen, so daß

der Rechtsstreit an das Oberlandesgericht zurückverwiesen werden muß.

Da die Beklagte bereits mit ihrem Schreiben vom 2. November 1947 wirksam aufgerechnet hat, bedurfte es keines Eingehens auf die von der Revision vertretene Auffassung, daß auch die Einlassung der Beklagten im gegenwärtigen Rechtsstreit neben dem in erster Linie von ihr vertretenen Standpunkt, daß die Wahl, Geld statt Holz zu schulden und die Aufrechnung gegen die damit entstandene Geldschuld bereits früher erklärt seien, hilfsweise dahin verstanden werden müsse, daß allenfalls Wahl- und Aufrechnungserklärung jetzt noch abgegeben würden.

Schmidt	Raske	Johannsen	Bundesrichter	Siemer
			Dr. Kregel ist	
			beurlaubt und	
			ortsabwesend.	
			Er ist dadurch	
			verhindert, das	
			Urteil zu unter-	
			schreiben.	

Schmidt