

072 72
Für das Nachschlagewerk!
Nicht für die Amtliche Sammlung!

Gesetz: AbzG § 5, BGB § 315

Rechtssatz: 1) Wiederansichnahme der Kaufsache im Sinne des § 5 AbzG liegt auch vor, wenn der Verkäufer durch Handlungen des Käufers in die Notwendigkeit versetzt worden ist, die Kaufsache zurückzunehmen. Es kommt nicht darauf an, von wem der Anstoß dazu ausgegangen ist. Nur ein arglistiges Verhalten des Käufers kann die Folgen des § 5 AbzG nicht auslösen.

2) An der Rechtsprechung des Reichsgerichts (JW 1912, 346¹¹), wonach die Bestimmung der Leistung im Sinne des § 315 BGB auch durch schlüssige Handlungen vorgenommen werden kann, wird festgehalten.

Aktenzeichen: I ZR 2/53

Urteil des BGH vom 2. Februar 1954

KG Berlin

12
I. ZR 2/53

V e r k ü n d e t
am 2. Februar 1954

Grunau, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der U-H-GmbH, vertreten durch ihre Geschäfts-
führer, B V str.,

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

gegen

den Kaufmann Carl Oskar L , B
K ,

Kläger, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 2. Februar 1954 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Wilde, Dr. Birnbach, Dr. Bock, Dr. Christoph
und Dr. Weiß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des
2. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom
14. Oktober 1952 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision, an das
Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war vom 1. März 1949 bis zum 14. April 1950 im Auftrage des Haupttreuhänders für NSDAP-Vermögen im Amerikanischen Sektor von Berlin als dessen Beauftragter und treuhänderischer Verwalter der "N [REDACTED] S [REDACTED]"-I [REDACTED] V [REDACTED] GmbH tätig. Als Vergütung für diese Tätigkeit waren ihm die Einnahmen des Betriebes der N [REDACTED] S [REDACTED] bewilligt, wovon er aber sämtliche Ausgaben des Betriebes mit Ausnahme der Raummiete zu tragen und monatlich 15 % der Netto-Einnahmen aus dem eigentlichen Kinobetrieb und 20 % der sonstigen Brutto-Einnahmen der sogenannten Nebeneinkünfte an den Haupttreuhänder abzuführen hatte. Diese Regelung sollte zunächst bis zum 30. April 1949 gelten. Von diesem Zeitpunkt ab hatte sich der Haupttreuhänder eine Neuregelung vorbehalten, die aber bis zur Entlassung des Klägers aus seiner Treuhandsverwaltung, die ihren Grund in der Freigabe der N [REDACTED] S [REDACTED] aus der Vermögenskontrolle hatte, nicht vorgenommen wurde.

Während der Zeit dieser Verwaltungstätigkeit kaufte der Kläger am 6. Mai 1949 von der Beklagten 2 komplette Zeiß-Ikon-Vorführmaschinen für die N [REDACTED] S [REDACTED] zum Gesamtpreise von 17.300.- DM. Die Zahlung des Kaufpreises sollte in der Weise erfolgen, daß eine Anzahlung von 5.000,- DM bei Erhalt des Bestätigungsschreibens geleistet und der Restbetrag in monatlichen Raten von 1.000,- DM unter Hingabe von Sicherheitswechseln getilgt werden sollte. Bis zur endgültigen Bezahlung des Kaufpreises behielt sich die Beklagte das Eigentum an den Maschinen vor. Dem Vertrage waren die Allgemeinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Beklagten zugrunde gelegt, die in Ziff. 4 für den Fall des Verzuges des Käufers mit der Kaufpreiszahlung vorsehen, daß die Verkäuferin nach ihrer Wahl berechtigt sein sollte, die gelieferten Gegenstände ohne Rücktrittserklärung zum Zwecke der Sicherstellung oder im Wege des Rücktritts vom Vertrage an sich zu nehmen. Für den Fall



der Rücknahme der Sicherstellung behielt sich die Beklagte das Recht vor, die Gegenstände anderweitig zu veräußern oder zu verwenden.

Diese Vorführmaschinen wurden geliefert und entsprechend dem Wunsche des Klägers in dem Betriebe der N. S. eingebaut. Bis zu seiner Abberufung aus seiner Treuhandverwaltung hat der Kläger auf den Kaufpreis für diese Maschine 13.000,- DM bezahlt, so daß er mit etwa 4.000,- DM im Verzuge war.

Im Hinblick auf die zu erwartende und schließlich am 14. April 1950 auch erfolgte Abberufung des Klägers als Treuhänder fanden zwischen den Parteien Verhandlungen über die Lösung ihrer vertraglichen Beziehungen statt. Mit Schreiben vom 28. März 1950 bestätigte der Kläger der Beklagten eine mit deren Herrn B. gehabte Unterredung wie folgt:

"Sie haben sich entgegenkommenderweise damit einverstanden erklärt, daß ich den nächsten fälligen Wechsel und die folgenden nicht mehr einlöse und daß am Dienstag, den 11. April 1950 zu Ihrer Sicherheit die im Hause der N. S. befindlichen Maschinen sowie Bogenlampen-Widerstände ausgebaut werden und gegen die ursprünglichen im Hause befindlichen ausgetauscht werden. Bis zur endgültigen Regelung des Weiteren bleiben die Maschinen in Ihrem Besitz. Ich werde mich bemühen, von mir aus einen Käufer, der die weiteren Verpflichtungen übernimmt, zu finden. ..."

Außerdem teilte der Kläger der Beklagten unter dem 11. April 1950 mit, daß die Maschinen und Geräte aus dem Kaufvertrage vom 6. Mai 1949 vom heutigen Tage an der Beklagten zur Verfügung ständen, und bat, verabredungsgemäß zu verfahren. Hierauf antwortete die Beklagte durch Schreiben vom gleichen Tage, daß sie mit Rücksicht auf die Gesellschafter der N. S. vorläufig davon absehe, die Maschinen bei dieser auszubauen. Am 6. Mai 1950 empfahl der Kläger der Beklagten schriftlich einen Kaufinteressenten für die Vorführmaschinen,

mit dem sich die Beklagte jedoch nicht in Verbindung setzte.

Sie machte vielmehr durch Schreiben vom 15. Juni 1950 der N S ein Angebot zur Übernahme der Bezahlung der Restschuld des Klägers, die sie auf etwa 5.000,- DM bezifferte. Dabei stellte die Beklagte in Aussicht, ihre "Rechtsstellung" gegenüber dem Kläger gemäß ihren Lieferungsbedingungen, auf Grund deren dieser die Maschine erworben habe, nach erfolgter Bezahlung des genannten Betrages auf die N S zu übertragen. Letztere erklärte sich mit diesem Angebot einverstanden. Am 15. Juni 1950 wurde der Kläger seitens der Beklagten davon benachrichtigt, daß sie ihre Rechtsstellung aus dem Vertrage vom 6. Mai 1949 an die N S übertragen habe. Dem widersprach der Kläger und forderte weiterhin den Ausbau der Maschinen.

Nunmehr schrieb der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten am 25. Juli 1950 an den Prozeßbevollmächtigten des Klägers, daß die N S die Restschuld des Klägers durch Hingabe von Wechseln übernommen habe und es jetzt Sache des Klägers sei, sich mit der N S hinsichtlich der bereits geleisteten Anzahlungen auseinanderzusetzen. Unter dem 7. August 1950 teilte die N S dem Prozeßbevollmächtigten des Klägers mit, daß ihr die Rechte und Pflichten aus dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Kaufvertrage von der Beklagten abgetreten worden seien. Sie mache hiermit von dem nach Ziff. 4 der Lieferungsbedingungen eingeräumten Recht Gebrauch, die Maschinen bei nicht pünktlicher Zahlung ohne Fristsetzung an sich zu nehmen und vom Vertrage zurückzutreten. Gegen den Rückgewährsanspruch des Klägers rechne sie mit der ihr aus dem Pachtverhältnis zustehenden Forderung teilweise auf.

Vorher, am Tage der Entlassung des Klägers aus seiner Stellung als Treuhänder, hatte der Haupttreuhänder ein Schreiben an die N S u.a. folgenden Inhalts gerichtet:

"Gleichzeitig bestätige ich Ihnen, daß ich in meiner Eigenschaft als Custodian der Amerikanischen Militärregierung alle Ansprüche an Ihre Gesellschaft abtrete, die etwa gegen Herrn C.O. L. [REDACTED] (Kläger) auf Grund der ihm übertragenen Verwaltung des Vermögens Ihrer Gesellschaft und der im Zusammenhang damit von ihm vorgenommenen Handlungen jeder Art bestehen sollten".

Mit der Klage verlangt der Kläger Rückzahlung der von ihm auf die Vorführmaschinen geleisteten Zahlung. Er klagt auf Zahlung von insgesamt 10.000,- DM nebst Zinsen, und zwar zum Teil an verschiedene Abtretungsgläubiger, mit der Begründung, daß auf Grund der mit der Beklagten am 28. März 1950 getroffenen Vereinbarung der Kaufvertrag vom 6. Mai 1949 im gegenseitigen Einvernehmen aufgehoben worden sei. Mindestens aber liege ein Rücktritt der Beklagten von diesem Verträge vor, so daß diese, da er zur Zeit des Kaufabschlusses nicht im Handelsregister eingetragen gewesen sei, auf Grund der Vorschriften des Abzahlungsgesetzes zur Rückzahlung der geleisteten Kaufpreistraten, notfalls unter Abzug einer Abnutzungsgebühr für die Maschinen, verpflichtet sei.

Die Beklagte hat die Sachbefugnis des Klägers bestritten, da dieser nicht im eigenen Namen, sondern als Treuhänder der N. [REDACTED] S. [REDACTED] die Maschinen von der Beklagten gekauft und mit Mitteln der N. [REDACTED] S. [REDACTED] bezahlt habe und da er die Klageforderung teilweise abgetreten habe. Weiter hat sie eine Aufhebung des Kaufvertrages vom 6. Mai 1949 bestritten und geltend gemacht, sie sei nach ihren Allgemeinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen zur anderweiten Veräußerung der Maschinen berechtigt gewesen, um sich für ihre Forderung sicher zu stellen. Diese Sicherstellung sei durch Entgegennahme von seitens der N. [REDACTED] S. [REDACTED] über die Restforderung aus gestellten Akzepten geschehen. Außerdem hat die Beklagte ihre Passivlegitimation bestritten und geltend gemacht, der Kläger könne sich wegen seiner Ansprüche nur an die N. [REDACTED] S. [REDACTED] halten.

Das Abzahlungsgesetz hält sie im vorliegenden Falle für nicht anwendbar, da sie die Maschinen nicht wieder an sich genommen habe. Es fehle an der dazu erforderlichen Begründung eines Sachherrschaftsverhältnisses. Weiter hat sie gegenüber der Klageforderung mit ihrem Anspruch auf Nutzungsgebühr, die sie auf monatlich 250,- DM bemessen hat, aufgerechnet. Hilfsweise hat sie mit der an sie seitens der N. S. am 11. Dezember 1950 abgetretenen restlichen Pachtzinsforderung von 12.000,- DM aufgerechnet.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme die Klage abgewiesen, wobei es den Aufrechnungseinwand der Beklagten auch hinsichtlich der zuletzt angeführten Aufrechnungsforderung hat durchgreifen lassen.

Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht nach dem Klageantrag erkannt.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Kläger die streitigen Maschinen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung gekauft habe. Diese Feststellung beruht auf rechtsirrtumsfreier Würdigung der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme und des Schriftwechsels der Parteien. Sie ist für das Revisionsgericht bindend; die Revision hat insoweit auch keine Beanstandungen erhoben. Ebensowenig unterliegt die Annahme des Berufungsgerichts, daß der Kläger auch hinsichtlich der abgetretenen Teile des Klageanspruches in der von ihm geltend gemachten Form aktivlegitimiert sei, rechtlichen

Bedenken, da die betreffenden Abtretungen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nach Klageerhebung erfolgt sind (§ 265 ZPO). Auch insoweit hat die Revision Bemängelungen nicht vorgebracht.

Zutreffend geht das Berufungsgericht weiter davon aus, daß es sich bei dem streitigen Kaufvertrage über die Vorführmaschinen um ein Abzahlungsgeschäft im Sinne des Abzahlungsgesetzes handelt, so daß dessen Bestimmungen, da der Kläger zur Zeit dieses Kaufabschlusses nicht als Kaufmann im Handelsregister eingetragen war, grundsätzlich Platz greifen, was die Revision ebenfalls nicht in Zweifel gezogen hat.

Der Streit der Parteien geht in erster Linie darum, ob in dem Verhalten der Beklagten eine "Wiederansichnahme" der verkauften Sache im Sinne des § 5 aaO zu sehen ist. Daß der Kaufvertrag in mündlicher Vereinbarung der Parteien, wie es das Schreiben des Klägers an die Beklagte vom 18. März 1950 darlegt, aufgelöst worden sei, sieht das Berufungsgericht nicht für erwiesen an. Es entnimmt diesem Schreiben lediglich, daß die Beklagte im Einverständnis mit dem Kläger von dem ihr nach den Allgemeinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen zustehenden Recht, die Maschinen zum Zwecke der Sicherstellung an sich zu nehmen und sie gegebenenfalls weiterzuveräußern, Gebrauch machen sollte. Damit sei zwar, so führt das Berufungsgericht weiter aus, die Bedingung des Erwerbs des Volleigentums im Falle der vollständigen Zahlung des Kaufpreises ausgefallen und der Eigentumsvorbehalt beendet, der Kaufvertrag als solcher aber nicht rückgängig gemacht worden. Auf Grund dieser Vereinbarung seien aber die Maschinen in den mittelbaren Besitz der Beklagten im Verhältnis zur Neuen Skala übergegangen, da die Beklagte die Maschinen in deren Besitz gelassen habe. Dadurch habe die Beklagte die Maschinen aus dem Herrschaftsbereich des Klägers in ihren eigenen genommen und damit an sich gebracht.

In letzterer Hinsicht hat das Berufungsgericht weiter ausgeführt, der Begriff des Ansichnehmens im Sinne des § 5 AbzG sei weit auszulegen, er setze nicht die Begründung des unmittelbaren Besitzes voraus, andernfalls würde der Schutz des § 3 aaO in Wegfall kommen, wenn der Verkäufer den Gewahrsam an der Sache bereits erlangt hätte. Entscheidend sei vielmehr, daß der Käufer auf Veranlassung des Verkäufers den Besitz einbüße. Dies treffe vorliegend zu. Selbst wenn man die Wiederansichnahme nicht schon in dem ernstlichen und begründeten Rückgabeverlangen der Beklagten zwecks Sicherstellung sehen wolle, dann liege eine Wiederansichnahme jedenfalls darin, daß die Beklagte die Maschinen im Besitz der N. S. belassen und damit über den Besitz verfügt habe. Dazu komme, daß die Beklagte mit der N. S. neue Vereinbarungen getroffen, den Restkaufpreis entgegengenommen und das Eigentum an den Maschinen auf die Neue Skala übertragen habe.

In diesen Darlegungen des Berufungsgerichts erblickt die Revision eine Verkennung des Begriffs der Wiederansichnahme im Sinn des § 5 AbzG und eine Verletzung des § 286 ZPO. Diese Rügen können nicht durchgreifen. In ersterer Hinsicht meint die Revision, es gehe nicht an, die genannte Vorschrift anzuwenden, wenn der Käufer aus eigenen Stücken die Sache an den Verkäufer zurückgebe; denn der Käufer dürfe nicht die Möglichkeit haben, durch einseitige Handlung einen Rücktritt des Verkäufers vom Vertrage herbeizuführen. Sonst würde § 5 AbzG zu einem Freibrief für die Abzahlungskäufer. Dem ist an und für sich beizutreten (so auch Klauss, Abzahlungsgeschäfte 1950 Anm. 385). Von diesen Erwägungen ist aber auch das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat hervorgehoben, es sei entscheidend für die Annahme des Tatbestandes des § 5, daß der Käufer auf Veranlassung des Verkäufers den Besitz einbüße. Einen solchen Fall hat das Berufungsgericht als gegeben angesehen. Der vom Berufungsgericht angenommene mittelbare Besitz der Beklagten im Verhältnis zur N. S. beruht nicht auf

einer einseitigen Handlung des Klägers, sondern auf einer vertraglichen Vereinbarung der Parteien. Auch wenn der Verkäufer mit Einverständnis des Käufers die Sache nur zur Sicherung ohne die Absicht des Rücktritts wieder an sich nimmt, ist die Voraussetzung des § 5 erfüllt (so auch die bei Crisolli, 4. Aufl. Anm. 81 zu § 5 AbzG angeführte Reichsgerichtsrechtsprechung). Dieser Tatbestand ist auch gegeben, wenn der Verkäufer durch Handlungen des Käufers in die Notwendigkeit versetzt wurde, die Kaufsache zurückzunehmen. Es kommt nicht darauf an, von wem der Anstoß dazu ausgegangen ist. Nur ein arglistiges Verhalten des Käufers insoweit könnte die Folgen des § 5 AbzG nicht auslösen. Für ein derartiges Verhalten des Klägers ist hier kein Anhalt gegeben.

Zu Unrecht wendet sich die Revision auch gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, durch die Übertragung der Maschinen auf die N. S. durch die Beklagte habe diese über die Maschinen verfügt und diese somit im Sinne des § 5 AbzG an sich genommen. Es ist zwar richtig, daß der Abzahlungskäufer trotz seiner Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums an den Abzahlungskäufer während der Zeit der Abzahlung und auch bei vertragsmäßiger Einhaltung der Ratenzahlungsfristen nicht gehindert ist, das Eigentum an einen Dritten durch Abtretung des Herausgabeanspruchs mit oder ohne die gesicherte Forderung abzutreten (so auch Aubele, Abzahlungsgesetz Anm. 16 § 1). Für die Frage, ob in einem solchen Vorgang ein Wiederansichnehmen mit der Rechtsfiktion des Rücktritts liegt, kommt es entgegen der Ansicht der Revision, aber nicht darauf an, ob bei Übertragung der Rechtsstellung der Beklagten an die N. S. eine Entlassung des Klägers aus dem Kaufvertrage beabsichtigt oder vereinbart war. Maßgebend für die Anwendung des § 5 AbzG ist allein der objektive Tatbestand (RGZ 139, 205 [207]). Insoweit rechtfertigt jedenfalls die hier zur Erörterung stehende Über-

72
tragung der Rechtsstellung der Beklagten an die N S die Annahme einer Wiederansichnahme der Vorführmaschinen durch die Beklagte.

Auf die von der Revision in diesem Zusammenhange beanstandete Übergehung der im Schriftsatz der Beklagten vom 12. August 1950 angebotenen Beweise dafür, daß eine Entlassung des Klägers aus dem Kaufvertrage bei der Übertragung der Rechtsstellung der Beklagten an die N S nicht beabsichtigt gewesen sei, kann daher eine erfolgreiche Rüge der Verletzung des § 286 ZPO nicht gestützt werden. Bei dieser Sach- und Rechtslage bedarf es auch keines Eingehens auf das Revisionsvorbringen, daß aus der unter dem 7. August 1950 seitens der N S erfolgten Inanspruchnahme der Vorführmaschinen keine Schlüsse für die Annahme der Voraussetzungen des § 5 AbzG auf seiten der Beklagten gezogen werden könnten.

Unerheblich ist auch das weitere Revisionsvorbringen, das dahin geht, das Berufungsgericht habe bei Prüfung der Frage des Vorliegens eines Wiederansiehnehmens der verkauften Sache im Sinne des genannten § 5 die gegenseitigen Schreiben der Parteien vom 11. April 1950 nicht berücksichtigt. In diesem Vorgang läge keine Verfügung, die den Tatbestand des § 5 rechtfertigen könne. Das hat das Berufungsgericht auch nicht angenommen und seine Entscheidung auch nicht auf diesen Vorgang gestützt. In der Übergehung dieses Schriftwechsels kann daher auch kein entscheidungserheblicher Verstoß gegen § 286 ZPO gesehen werden, den die Revision insoweit geltend machen will.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht beanstandet die Revision ferner die Nichtbescheidung des in ihrem Schriftsatz vom 12. Januar 1951 S 3 enthaltenen Zeugenbeweisantritts, der dahin gehe, daß das Schreiben vom 28. März 1950 nur Vorverhandlungen wiedergebe, die aber zu keinem Erfolg geführt hätten. Außerdem sei als Auslegungstoff

für die Auslegung des genannten Schreibens das Schreiben der Beklagten an die H. S. vom 15. Juni 1950 nicht berücksichtigt, in dem sich die Beklagte verpflichtet habe, ihre Rechtsstellung gegenüber dem Kläger auf die H. S. zu übertragen, sowie das Schreiben der Beklagten vom 11. April 1950, in dem diese erklärt habe, mit Rücksicht auf die Gesellschafter der H. S. von dem Ausbau der Maschinen bei dieser abzusehen. Nach Meinung der Revision würde das Berufungsgericht bei Berücksichtigung des gesamten Auslegungstoffes nicht zu der Annahme einer Wiederansichnahme der Maschinen durch die Beklagte gelangt sein. Diese Angriffe der Revision können nicht durchgreifen. Von der Erhebung des vorbezeichneten Zeugenbeweises konnte das Berufungsgericht absehen. Dieser Beweisantritt ist im Rahmen der auch vom Berufungsgericht verneinten Frage, ob der Kaufvertrag zwischen den Parteien aufgelöst worden sei, vorgebracht und ging dahin, daß die anlässlich der bevorstehenden Beendigung der Treuhandtätigkeit des Klägers geführten Verhandlungen eine für alle Parteien (auch die H. S.) befriedigende Regelung erstrebt hätten, aber zu keinem Erfolg geführt hätten. Dies schließt die Annahme des Berufungsgerichts nicht aus, es sei wenigstens zwischen den Parteien eine Vereinbarung dahin zustande gekommen, daß die Beklagte die Maschinen zum Zwecke der Sicherstellung an sich nehmen sollte mit der Wirkung, daß der mittelbare Besitz an den Maschinen auf die Beklagte im Verhältnis zur H. S. überginge. Das gleiche gilt für das von der Revision als unberücksichtigt beanstandete vorbezeichnete Schreiben der Beklagten an die H. S. vom 15. Juni 1950 und das Schreiben der Beklagten an den Kläger vom 11. April 1950.

Auch die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen dieses die Passivlegitimation der Beklagten begründet, sind rechtlich nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht hat insoweit ausgeführt, eine Übertragung der gesamten Rechtsstellung der Beklagten, sowohl der Gläubiger-

als auch der Schuldnerstellung, auf die N S sei nur möglich gewesen, wenn der Kläger, was die Schuldnerstellung der Beklagten anbetreffe, die Genehmigung dazu erteilt hätte. Eine solche sei aber nicht gegeben worden. Die Beklagte hafte daher nach wie vor im Falle des Platzgreifens der gesetzlichen Fiktion des § 5 AbzG für die Rückzahlung des Kaufpreises.

Die Höhe der vom Kläger zu erstattenden Gebrauchsvergütung hat das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht auf Grund des von diesem angehörten Sachverständigen rechtsirrtumsfrei auf 2.750,- DM bemessen. Dagegen werden von der Revision Beanstandungen nicht erhoben. Sie wendet sich aber noch gegen die vom Berufungsgericht nicht berücksichtigte Aufrechnung der Beklagten mit der an sie von der N S abgetretenen Forderung in Höhe von 12.000,- DM. Das Berufungsgericht hält diese Abtretungsforderung für noch nicht existent, da eine endgültige Festsetzung der vom Kläger zu leistenden Beträge aus der Verwaltung der N S noch ausstehe. Mangels einer zur Zeit wirksamen Abtretung durch den Haupttreuhänder an die N S habe auch diese, so führt das Berufungsgericht weiter aus, keine Forderung wirksam an die Beklagte abtreten können. Selbst wenn man das Vorliegen einer wirksamen Abtretung aber annehmen würde, so stehe der Aufrechnung durch die Beklagte § 390 BGB entgegen, da der Kläger sich mit Recht auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages berufen könne. Die zwischen dem Kläger und dem Haupttreuhänder getroffenen Abmachungen verpflichteten den Letzteren zur endgültigen Festsetzung der vom Kläger zu leistenden Abgaben. Dieser Verpflichtung sei aber der Haupttreuhänder bisher nicht nachgekommen.

Diesen Ausführungen des Berufungsgerichts kann nicht beigetreten werden. Zunächst sind gegen die Rechtswirksamkeit der zur Erörterung stehenden Abtretung keine Bedenken

zu erheben, weil es zur Rechtswirksamkeit der Abtretung auch genügt, daß die abgetretene Forderung bestimmbar ist, und zwar auch wenn die Leistung oder ihr Umfang im Rahmen des § 315 BGB zu bestimmen ist (RGRK zum BGB 10. Aufl. Anm. 1 zu § 398). Die Voraussetzungen der genannten Vorschrift sind hier gegeben. Nach der einwandfreien Feststellung des Berufungsgerichts sollte die endgültige Festlegung der vom Kläger an den Haupttreuhänder abzuführenden Beträge durch Letzteren erfolgen, was im Zweifel nach billigem Ermessen zu geschehen hat. Soweit die Revision demgegenüber geltend macht, dass für die Zeit nach dem 30. April 1949 die angemessene Vergütung als vereinbart anzusehen sei, bewegt sie sich auf dem der Revision verschlossenen Gebiete der Tatsachenwürdigung. Gegen die Annahme der Rechtswirksamkeit einer derartigen privatrechtlichen Verpflichtung seitens des Haupttreuhänders bestehen keine Bedenken. Er übte zwar eine amtliche Tätigkeit aus, das schloß aber die Eingehung privatrechtlicher Verträge, auch zur Durchführung der ihm übertragenen Verwaltungstätigkeit, nicht aus.

Der Versuch der Beklagten, mit der ihr seitens der N. S. abgetretenen Forderung aufzurechnen, kann auch nicht an § 387 BGB scheitern. Zu den Voraussetzungen dieser Vorschrift gehört, daß die Gegenforderung, mit der aufgerechnet werden soll, falls sie nur bestimmbar ist, auch bereits bestimmt worden ist (Staudinger 9. Aufl. Anm. 3 a aaO und die dort angeführte höchstrichterliche Rechtsprechung). Das Berufungsgericht nimmt zwar an, daß eine endgültige Festlegung über die Höhe der vom Kläger abzuführenden Beträge noch nicht getroffen ist. Für eine derartige Annahme fehlt es aber an einer ausreichenden Feststellung durch das Berufungsgericht. Es hat insoweit nur auf eine Bestimmung der Leistung durch den Haupttreuhänder abgestellt. Dabei ist nicht in Erwägung gezogen, daß das Recht des Haupttreuhänders zur Bestimmung der Leistung im Sinne des § 315 BGB mit der

von ihm vorgenommenen - nach den obigen Ausführungen auch zulässigen - Abtretung seiner Ansprüche gegen den Kläger aus der Verwaltung der N. S. vom 14. April 1950 auch an die N. S. übergegangen ist. Es war daher auch zu prüfen, ob seitens der N. S. inzwischen eine solche Bestimmung der Leistung im Sinne des § 315 BGB hinsichtlich der von dem Kläger abzuführenden Beträge vorgenommen worden ist. Es handelt sich dabei um eine einseitige, formlose und empfangsbedürftige Erklärung gegenüber dem anderen Teile, hier also dem Kläger. Diese konnte auch durch schlüssige Handlungen erfolgen (RG JW 1912, 346¹¹). Bei der gegebenen Sachlage bedurfte es somit der Prüfung, ob nicht in der - dem Prozeßbevollmächtigten des Klägers während des vorliegenden Rechtsstreits mit Schriftsatz der Beklagten vom 12. Januar 1951 mitgeteilten - Abtretungserklärung der N. S. vom 11. Dezember 1950, worin diese von ihrer angeblichen Forderung von 34.432,85 DM einen Teilbetrag von 12.000,- DM an die Beklagte abgetreten hat, eine solche Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts nach § 315 BGB zu erblicken ist.

Wegen dieses bei Prüfung des Aufrechnungseinwandes im angefochtenen Urteil zutage getretenen Rechtsirrtums des Berufungsgerichts war die angefochtene Entscheidung daher aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Soweit dieses auf Grund des neuen Verhandlungsergebnisses zu der Feststellung gelangt, daß die N. S. ihr Leistungsbestimmungsrecht im oben erörterten Sinne ausgeübt hat, wird das Berufungsgericht im Falle des Bestreitens der Billigkeit einer solchen Bestimmung seitens der N. S. (§ 315 BGB Abs. 3 Satz 3 1. Halbsatz) zu beachten haben, daß eine etwaige für diesen Fall in der genannten Vorschrift vorgesehene Bestimmung der Leistung durch das Gericht auch im vorliegenden Rechtsstreit - nicht notwendig in einem besonderen

Rechtsstreit - erfolgen kann (RGRK Anm. 5 aaO).

Wilde

Birnbach

Bock

Christoph

Weiß