

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2227 074

ZPO § 551 Nr.1; GVG §§ 70, 118

Läßt die Einberufung von Hilfsrichtern wegen Geschäftshäufung bei einem Teil von ihnen nicht erkennen, ob die Abordnung wegen vorübergehender Belastung erfolgt ist, ist aber einer dieser Hilfsrichter ausdrücklich mit Rücksicht auf eine bestimmte, aus einem feststehenden Anlaß hervorgetretene Geschäftsbelastung vorübergehender Art bis zu ihrer Behebung herangezogen worden, so ist die Bestellung dieses Hilfsrichters zulässig (Ergänzung zu BGHZ 22,142,147; 34,260).

BGH, Urt. v. 4. April 1962 - VIII ZR 64/61 - OLG Köln
LG Bonn

Verkündet am 4. April 1962
[REDACTED], Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Dr. Erich L. [REDACTED] in Bad G [REDACTED],
V [REDACTED]straße [REDACTED] als Verwalters im Konkurse über den Nach-
laß des am 31. Dezember 1958 verstorbenen Kaufmanns Ewald
W [REDACTED] aus H [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers, Berufungs-
beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. [REDACTED] -

gegen

die offene Handelsgesellschaft August S [REDACTED],
Obstgroßhandlung, in R [REDACTED], Bergerstraße 1, vertreten
durch den geschäftsführenden Gesellschafter August S [REDACTED]
[REDACTED] in R [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungs-
klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 4. April 1962 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr.Haidinger sowie der Bundesrich-
ter Artl, Dr.Mezger, Dr.Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Köln vom 8. Februar 1961 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision fallen dem Beklagten
zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Herbst 1958 verkaufte und lieferte die Klägerin dem am 31. Dezember 1958 verstorbenen Kaufmann Ewald W[REDACTED], der in H[REDACTED] am Rhein eine Fabrik für Obstkonserven, Konfitüren und Fruchtsäfte betrieb, nach und nach 1 582 856 kg Äpfel zum Gesamtpreis von 158 285,64 DM. Dem Verkauf lagen die Verkaufs-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Klägerin zugrunde, die u.a. einen Eigentumsvorbehalt an den gelieferten Waren vorsehen. Die Klägerin hatte mit W[REDACTED] vereinbart, daß die Lieferungen frachtfrei erfolgen sollten. Die Durchführung dieser Vereinbarung geschah in der Weise, daß Weiershaus die anfallenden Frachten auslegte und von den Rechnungen der Klägerin abzog. Die gesamten Frachtauslagen beliefen sich auf 54 027,73 DM. Im übrigen bezahlte er die Rechnungen mit Schecks und Wechseln, die bis auf einen Scheck über 3531,10 DM bei seinem Tode am 31. Dezember 1958 nicht eingelöst waren. Die gelieferten Äpfel waren damals zum Teil verarbeitet worden; der Rest von 819 110 kg befand sich, ~~von den Lieferungen~~ anderer Firmen getrennt, auf dem Lager, ohne daß sich jedoch feststellen ließ, aus welchen Einzellieferungen der Klägerin sie stammten.

Der Betrieb der Firma W[REDACTED] wurde durch den Tod des Inhabers nicht unterbrochen. Am 2. Januar 1959 erfuhr der Inhaber der Klägerin von dem Tode und beabsichtigte persönlich die Lagerbestände in H[REDACTED]. Darauf wurden weiterhin Äpfel, die von der Klägerin geliefert waren, in dem Betrieb der Firma W[REDACTED] verarbeitet.



Auf Antrag der Erben wurde am 5. Januar 1959 die Nachlaßverwaltung angeordnet und der Beklagte zum Nachlaßverwalter bestellt. Unter dem 6. Januar 1959 wandte sich der Beklagte in einem Rundschreiben an die Gläubiger der Firma W [REDACTED], darunter auch an die Klägerin, und teilte ihnen mit, daß die Zahlungen eingestellt wurden.

Am 13. Januar 1959 erschien der Angestellte Sc [REDACTED] der Klägerin im Betrieb der Firma Weiershaus und legte ein Schreiben der Klägerin vom 11. Januar 1959 vor, in dem sie erklärte, daß sie in Verbindung mit zwei weiteren Lieferanten von den Kaufabschlüssen gemäß ihren Lieferungsbedingungen zurücktrete. Von dem Rücktrittsschreiben nahm auch der Beklagte Kenntnis. Sc [REDACTED] und der Beklagte vereinbarten, daß ein Teil der Äpfel dem Beklagten zur Fortführung der Produktion überlassen werden solle. Dabei einigte man sich auf einen Preis von 5 DM für den Zentner und bezog die seit dem 2. Januar 1959 aus dem Lagervorrat entnommenen Äpfel in die Vereinbarung ein. Eine Abrechnung über die in der Zeit vom 2. bis 7. Januar 1959 entnommenen Äpfel erfolgte am selben Tage. Von dem Rechnungsbetrag zog der Beklagte unter Berufung auf die von der Firma W [REDACTED] verauslagten Frachten 40 % ab. Sc [REDACTED] widersprach dem Abzug und nahm den Verrechnungsscheck über den Restbetrag nur unter Vorbehalt als à Konto-Zahlung an. In der Folgezeit wurde ebenso verfahren. Der weitere, an den Beklagten nicht überlassene Teil der Äpfel wurde von der Klägerin an Dritte veräußert. Insgesamt erhielt die Firma W [REDACTED] in der Zeit vom 2. Januar bis zum 2. Februar 1959 aus den Lagerbeständen 593 300 kg Äpfel. Auf den Ge-

samtrechnungsbetrag von 59 330 DM hat der Beklagte 35 900 DM gezahlt. Den Restbetrag von 23 430 DM zieht er als Frachtauslagen ab, die auf die überlassene Menge von 593 300 kg entfallen sollen. Er errechnet den Betrag nach einem überschlägigen Satz von 40 % des Rechnungsbetrages. Mit Schreiben vom 31. Januar 1959 hat er gegenüber dem Einwand der Klägerin, eine Aufrechnungsmöglichkeit bestehe nicht, in seiner Eigenschaft als Nachlaßverwalter noch einmal ausdrücklich die Aufrechnung erklärt.

Am 19. Februar 1959 ist das Vergleichsverfahren zur Abwendung des Nachlaßkonkurses und am 1. März 1960 der Anschlußkonkurs eröffnet worden. Der Beklagte war Vergleichsverwalter; er ist jetzt Konkursverwalter.

Die Klägerin will die Verrechnung der Frachtauslagen auf den am 13. Januar 1959 neu ausgehandelten Kaufpreis nicht gelten lassen. Sie hat im ersten Rechtszuge den Beklagten als Nachlaßverwalter auf Zahlung eines Teilbetrages von 2000 DM nebst Zinsen in Anspruch genommen. Der Beklagte hat mit der Widerklage die Feststellung verlangt, daß der Klägerin ein Anspruch auf 23 430 DM nebst Zinsen nicht zusteht.

Das Landgericht ist der Auffassung, der Beklagte sei grundsätzlich berechtigt, die von dem Erblasser bereits gemachten Aufwendungen für die Fracht vom Kaufpreis für die seit dem 2. Januar 1959 überlassenen Äpfel abzuziehen. Das Landgericht nimmt aber an, der Frachtanteil betrage durchschnittlich nicht 40 %, sondern nur 34,11 %, so daß der Beklagte nur 20 442,12 DM anrechnen könne. Der Beklagte schulde

daher nur noch 2788 DM (richtig: 23 430 - 20 442,12 = 2987,88 DM). Das Landgericht hat den Beklagten daher zur Zahlung von 2000 DM nebst Zinsen verurteilt und auf die Widerklage festgestellt, daß der Klägerin außer 788 DM nebst Zinsen keine Forderungen zustehen.

Im Berufungsrechtszuge hat die Klägerin die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 23 430 DM als Masseschuld begehrt. Das Berufungsgericht hat auf ihre Berufung das Urteil des Landgerichts teilweise dahin abgeändert, daß der Beklagte als Konkursverwalter unter Abweisung der Widerklage verurteilt wird, an die Klägerin 23 430 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte den Antrag auf Abweisung der Klage weiter, soweit nicht bereits durch Urteil des Landgerichts rechtskräftig entschieden worden ist. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Revision rügt, der erkennende Senat des Berufungsgerichts sei nicht ordnungsmäßig besetzt gewesen. Der mitwirkende Landgerichtsrat Dr. J. [REDACTED] sei "an Stelle" des in das Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen versetzten Oberlandesgerichtsrats F. [REDACTED] als Richter verwendet worden. Bei dem Senat habe infolge der Versetzung des Oberlandesgerichtsrats F. [REDACTED] ein

dauerndes Bedürfnis nach einer Richterkraft bestanden, das nicht durch Heranziehung eines Hilfsrichters hätte befriedigt werden dürfen.

Die Rüge ist unbegründet. Nach der Auskunft des Präsidenten des Oberlandesgerichts in Köln vom 7. Dezember 1961 wurde Oberlandesgerichtsrat F. [REDACTED] mit Wirkung vom 1. Januar 1961 bis auf weiteres zur Dienstleistung an das Justizministerium abgeordnet. Erst durch Erlaß des Justizministers vom 15. Juni 1961 wurde er unter Aufrechterhaltung der Abordnung an das Justizministerium mit Wirkung vom 1. Juli 1961 in eine neu zugeteilte Planstelle als Landgerichtsdirektor versetzt. Danach bestand bei Erlaß des angefochtenen Urteils am 8. Februar 1961 ein nach damaliger Sicht vorübergehendes Bedürfnis nach einer Richterkraft. Die Planstelle des Oberlandesgerichtsrats F. [REDACTED] konnte zur damaligen Zeit noch nicht anderweit besetzt werden.

Die Revision will die Unzulässigkeit der Beschäftigung des Landgerichtsrats Dr. J. [REDACTED] auch daraus herleiten, daß in den Jahren 1960 und 1961 bei den 11 Zivilsenaten des Oberlandesgerichts in Köln ständig etwa 10 bis 12 Hilfsrichter beschäftigt worden seien. Ihre Abordnung sei sowohl erfolgt, um sie für die Tätigkeit beim Oberlandesgericht auszubilden und sie dort einzuarbeiten, als auch, um einer nicht nur vorübergehenden Arbeitsvermehrung zu begegnen. Nach der angeführten Auskunft des Präsidenten des Oberlandesgerichts und der in Fotokopie eingereichten Verfügung über die Bestellung des Landgerichtsrats Dr. J. [REDACTED] zum Hilfsrichter erfolgte seine Abordnung für die Zeit vom 1. Januar

1961 bis 30. Juni 1961 aus Anlaß des Geschäftsandranges in Entschädigungssachen. Mit einer demnächstigen Erledigung eines wesentlichen Teiles der Entschädigungssachen dürfte bei der damaligen Abordnung des Landgerichtsrats Dr. J. [REDACTED] gerechnet werden. Mindestens vom Zeitpunkt des Jahresendes 1960 aus brauchte die Belastung mit Entschädigungssachen nicht mehr als dauernde betrachtet zu werden. Bei der zur Pflicht gemachten raschen Aufarbeitung der restlichen Entschädigungssachen kann vielmehr davon ausgegangen werden, daß im Jahre 1961 der Geschäftsandrang durch Entschädigungssachen nur noch vorübergehend sein werde. Unerheblich ist auch, ob andere Hilfsrichter vorschriftswidrig bestellt worden sind. Der Bundesgerichtshof hat zwar mehrfach ausgesprochen, daß dann, wenn bei einem Oberlandesgericht die zur Erledigung der Daueraufgaben erforderliche Zahl von Richterplanstellen nicht geschaffen oder nicht in angemessener Zeit besetzt worden ist und die Hilfsrichter zur Behebung der dadurch eintretenden dauernden Geschäftshäufung einberufen worden sind, bei sämtlichen wegen vermehrter Geschäftsbelastung eingesetzten Hilfsrichtern die Mitwirkung als unzulässig anzusehen sei, selbst wenn bei dem Senat, dessen Urteil angefochten ist, eine Geschäftshäufung vorübergehender Natur bestanden hat (BGHZ 22,142,147; 34,260). Das gilt aber nicht, wenn zwar ein Teil der Hilfsrichter in unzulässiger Weise herangezogen worden ist, der bei der angefochtenen Entscheidung mitwirkende Hilfsrichter aber ausdrücklich mit Rücksicht auf den bei einem bestimmten Senat vorübergehend aufgetretenen Geschäftsandrang bis zu dessen Behebung einberufen worden ist. Die Mit-

wirkung aller nur wegen vermehrter Geschäftsbelastung berufenen Hilfsrichter ist deshalb unzulässig, weil eine Grenzziehung in der Weise, daß bei einem Teil die Zuziehung unzulässig wäre und bei dem anderen Teil nicht, nach sachlichen Gesichtspunkten nicht vorgenommen werden könnte, sondern in jedem Falle willkürlich sein müßte. Für diese Erwägung ist aber kein Raum, wenn wie hier ^{einer} der Hilfsrichter nicht wegen allgemeiner Geschäftshäufung, sondern wegen einer aus einem feststehenden Anlaß hervorgetretenen Geschäftsbelastung für bestimmte Zeit einberufen worden ist. Daß Landgerichtsrat Dr. J. [REDACTED] nicht gerade in dem Entschädigungssenat, bei dem das Bedürfnis nach einer zusätzlichen Richterkraft hervorgetreten war, beschäftigt worden ist, macht seine Berufung als Hilfsrichter nicht unzulässig. Das Präsidium ist gerichtsverfassungsmäßig nicht genötigt, den ordnungsmäßig bestellten Hilfsrichter gerade dem Senat zuzuteilen, in dem das Bedürfnis nach einer zusätzlichen Richterkraft besteht. Wie es eine durch vorübergehenden Geschäftsanfall eintretende ~~Überbelastung anderer Richter~~ behebt, unterliegt seiner freien Entscheidung.

B.

I. 1. Das Berufungsgericht sieht die Kaufpreisforderung der Klägerin als begründet an. Es legt auf Grund der eigenen Erklärungen der Parteien, ihrer Interessenlage und der Bekundung des Zeugen Schäfer die zwischen Schäfer und dem Beklagten am 13. Januar 1959 getroffene Vereinbarung dahin aus, daß die Klägerin dem Beklagten als Nachlaßverwalter eine bestimmte Menge Äpfel ver-

kauft habe, von denen ein Teil seit dem 2. Januar 1959 schon im Betriebe verarbeitet gewesen sei, der andere Teil noch habe verarbeitet werden sollen. Der Umstand, daß die Äpfel bereits Gegenstand von Kaufverträgen zwischen der Klägerin und dem Kaufmann Weiershaus gewesen seien, stehe, so meint das Berufungsgericht, der Annahme eines Kaufvertrages zwischen der Klägerin und dem Beklagten nicht entgegen, weil die Klägerin von den früheren Kaufverträgen wirksam zurückgetreten sei. Da die Rücktrittserklärung der Klägerin keine Beschränkung auf Einzellieferungen an Weiershaus enthalte und bei den noch vorhandenen Äpfeln auch nicht habe festgestellt werden können, ~~aus welchen Einzellieferungen sie stammen, haben davon~~ ausgegangen werden, daß die Klägerin ihren Rücktritt in weitestmöglichem Umfange habe erklären und mit dem Rücktritt auch die Äpfel habe erfassen wollen, die sich am 2. Januar 1959 noch auf dem Lager befunden hätten. Soweit die Äpfel am 13. Januar 1959 schon verarbeitet gewesen seien, habe die Klägerin zwar das Vorbehaltseigentum an ihnen nach § 950 BGB verloren gehabt. Das habe aber den Abschluß eines Kaufvertrages nicht gehindert, da die Parteien die schuldrechtlichen Beziehungen, die durch die dingliche Rechtsänderung entstanden seien, hätten abgrenzen und klären wollen.

2. Diese Auffassung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Der Hinweis der Revision, der Kaufvertrag über eine dem Käufer gehörende Sache sei auf eine rechtlich unmögliche Leistung gerichtet und daher nichtig, geht fehl. Im vorliegenden Fall hat die Klägerin nicht die Verpflichtung übernommen, dem Beklag-

ten das Eigentum an den schon verarbeiteten Äpfeln zu verschaffen. Das lag für die Vertragsparteien auf der Hand. Vielmehr haben sie nach der nicht zu beanstandenden Auslegung des Berufungsgerichts vereinbart, daß der Ausgleich für den Verlust des Eigentums an den bereits verarbeiteten Äpfeln rückwirkend ab 2. Januar 1959 nach den Bestimmungen des neu geschlossenen Kaufvertrages vom 13. Januar 1959 erfolgen solle. Sie haben also nur ihre Rechtsbeziehungen so regeln wollen, als habe die Firma W[REDACTED] die Äpfel auf Grund des neuen Vertrages gekauft. Eine solche Abrede ist zulässig.

Dem Umstand, daß die Parteien eine Einigung über die Frage des Abzuges der von W[REDACTED] verauslagten Frachten nicht erzielt haben, mißt das Berufungsgericht für die Wirksamkeit des Kaufvertrages keine Bedeutung bei. Es stellt fest, keine der Parteien habe den Willen gehabt, das Zustandekommen der Vereinbarung von der Regelung des Abzuges abhängig zu machen. Die Parteien hätten vielmehr diese Frage bewußt offen gelassen und seien gleichwohl entsprechend der Vereinbarung vom 13. Januar 1959 verfahren.

Die Revision, die davon ausgeht, es habe nur der Rechtszustand wieder hergestellt werden sollen, der vor dem Rücktritt bestanden habe, meint, der Kaufmann W[REDACTED] habe dadurch, daß er die Fracht für die gesamten empfangenen Äpfel verauslagt habe, den Kaufpreis zum Teil bezahlt, daher hätten die Frachtauslagen anteilig auch bereits den Kaufpreis für die vom Beklagten erneut übernommenen Äpfel getilgt. Träfe das zu, so wären allerdings Bedenken gegen die Wirksamkeit der Vereinba-

rung vom 13. Januar 1959 begründet. Alsdann könnte es nämlich an einer Einigung über den Kaufpreis fehlen. Die Klägerin hätte einen Kaufpreis von 5,--DM gefordert, der Beklagte einen um die entsprechende Fracht geminderten bewilligt und beide hätten sich darauf eine Einigung hierüber vorbehalten. Die in § 154 Abs.1 BGB grundsätzlich zugelassene Abrede späterer Verständigung über noch offene Punkte darf sich aber nicht auf die für einen Vertrag begrifflich notwendigen Bestandteile beziehen. Fehlt es an einer Einigung über sie, kann ein Vertrag nicht zustandekommen, so bei mangelnder Einigung über den Preis beim Kaufvertrag (RGZ 124, 81,83). Die Revision legt indessen ihrer Betrachtungsweise einen Sachverhalt zugrunde, den das Berufungsgericht gerade nicht festgestellt hat. Das Berufungsgericht sieht als erwiesen an, daß die Parteien hinsichtlich des Kaufpreises nicht auf die alten Verträge zurückgegriffen hätten, sondern daß sie ausdrücklich einen Preis von 5,--DM je Zentner ausgehandelt hätten. Es begründet seine Ansicht damit, daß die Klägerin auch bei der Veräußerung eines Teiles der Äpfel an Dritte von einem Kaufpreis von 5,--DM für den Zentner ausgegangen ist und daß die Parteien der Überzeugung gewesen sein können, der Preis von 5,--DM sei im Hinblick auf die inzwischen eingetretene Preissteigerung einerseits und den verschlechterten Zustand der Ware andererseits angemessen. Bei dieser Sachlage war, wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt, nicht etwa der Kaufpreis offen geblieben: vielmehr war in der Schwebe nur die Frage, ob der Beklagte gegen die unstreitige Kaufpreisforderung aus dem neu geschlossenen Vertrage mit Forderungen auf Erstattung verauslagter Frachtbeträge aufrechnen dürfe.

3. Die Revision macht weiter geltend, wenn eine Einigung über den Kaufpreis zustande gekommen und ein Vertrag wirksam geschlossen sei, so sei die Kaufpreisabrede jedenfalls dahin auszulegen, daß der Beklagte nur den sich nach Abzug der anteiligen Frachtkosten ergebenden Betrag als Kaufpreis schulden sollte. Auch dieser Auffassung steht die angeführte Würdigung des Berufungsgerichts entgegen.

4. Unbegründet sind die Verfahrensrügen, mit denen die Revision die Auslegung des Berufungsgerichts angreift. Sie will daraus, daß Sc [REDACTED] entgegen kaufmännischer Übung keinen Schlußschein über die dem Beklagten überlassenen Äpfel ausgestellt habe, gefolgert wissen, die Vertragsparteien hätten nach vollzogenem Rücktritt nur den alten Vertrag wieder herstellen wollen. Dasselbe will die Revision auch aus einem angeblich vom Berufungsgericht nicht berücksichtigten Schreiben des Anwalts der Klägerin vom 23. Januar 1959 schließen, in dem er den Standpunkt vertritt, der Klägerin stehe auch an den noch vorhandenen Äpfeln Vorbehaltseigentum zu. Damit bewegt die Revision sich indessen auf dem ihr verschlossenen Gebiet der tatsächlichen Würdigung. Das Berufungsgericht durfte, ohne gegen Auslegungsgrundsätze zu verstoßen, zu der Auffassung gelangen, daß Schäfer und der Beklagte übereingekommen sind, mündlich einen neuen Kaufvertrag über die restliche Menge Äpfel mit einem Kaufpreis von 5,--DM je Zentner unter Beibehaltung der alten Abrede über den Eigentumsvorbehalt zu schließen. Im übrigen hätte das Berufungsgericht auf Grund seiner Feststellungen zur weiteren Begründung für die von ihm bereits berücksichtigte beider-

seitige Interessenlage auch auf die wirtschaftlichen Beweggründe verweisen können, die ersichtlich bei dem Abschluß des Vertrages vom 13. Januar 1959 eine Rolle gespielt haben. Die Klägerin wollte, nachdem der Betrieb des verstorbenen Kaufmanns W. [REDACTED] notleidend geworden war, durch Rücktritt vom Kaufvertrage die noch vorhandenen Äpfel möglichst vorteilhaft verwerten. Da sie bei der Veräußerung der Äpfel an Dritte einen Preis von 5,--DM je Zentner zugrunde legte, war ein Verkauf von Äpfeln an den Beklagten für die Klägerin nur sinnvoll, wenn sie auch von ihm den von beiden Parteien für angemessen gehaltenen Preis von 5,--DM erhielt. Nachdem W. [REDACTED] 763 746 kg Äpfel für 73 374,60 DM verarbeitet hatte, die von ihm hierfür gegebenen Schecks und Wechsel bis auf einen geringfügigen Betrag jedoch nicht eingelöst worden waren, konnte das Interesse der Klägerin nur dahin gehen, daß ihre Verpflichtung zur Erstattung von Frachtauslagen mit ihren gegen die Erben Weiershaus gerichteten Forderungen, die nicht beitzureibbar erschienen, aufgerechnet werde. Diese wirtschaftliche Überlegung kann auch dem Beklagten nicht verborgen geblieben sein. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist es nicht fehlsam, wenn das Berufungsgericht zu der Annahme gelangt, die Parteien hätten eine echte Kaufpreisschuld von 5,--DM je Zentner begründen wollen und hätten nur die von ihnen als Rechtsfrage angesehene Frage, ob der Beklagte gegen die neue Kaufpreisforderung mit Ansprüchen auf Frachterstattung aus den früheren Verträgen aufrechnen dürfe, späterer Entscheidung vorbehalten.

III. 1. Zur Aufrechnung führt das Berufungsgericht aus, nach dem Rücktritt der Klägerin von den alten Verträgen habe nach § 346 BGB ein Anspruch der Erben auf Rückgewähr der von Weiershaus verauslagten Frachten und des von ihm gezahlten kleinen Kaufpreisteiles bestanden. Mit diesem Anspruch habe der Beklagte aber, von einem vertraglichen Ausschluß der Aufrechnung entsprechend den Lieferungsbedingungen abgesehen, schon deshalb nicht aufrechnen können, weil der Anspruch mit einer Einrede behaftet gewesen sei. Ihm habe nämlich die Klägerin nach §§ 348, 320 BGB die Einrede des nicht erfüllten Vertrages wegen des ihr zustehenden Wertsatzanspruches für die 763 746 kg Äpfel entgegensetzen können, die bis zum 31. Dezember 1958 im Betriebe verarbeitet worden seien und deshalb nicht hätten zurückgegeben werden können. Dieser Auffassung des Berufungsgerichts ist mindestens im Ergebnis beizupflichten.

2. Soweit die Revision einwendet, der Klägerin stehe für die in der Zeit ~~bis zum 31. Dezember 1958~~ verarbeiteten Äpfel kein Rückgewähranspruch aus § 346 BGB, sondern ein Ausgleichsanspruch aus § 951 BGB zu, der nur als Konkursforderung und nicht mittels Einrede geltend gemacht werden könne, geht ihr Vorbringen fehl. Selbst wenn der Rücktritt der Klägerin auf Grund ihres Eigentumsvorbehalts nur bezüglich der noch vorhandenen, nicht aber der bereits verarbeiteten Ware möglich wäre, also, wie die Rechtsprechung es für den eigentlichen Sukzessivlieferungsvertrag angenommen hat, nur für die Zukunft Wirkung gehabt hatte, so stünde der Klägerin für die Vergangenheit nicht ein

Anspruch aus § 951 BGB, sondern auf Grund des insoweit wirksam gebliebenen Kaufvertrages ein Kaufpreisanspruch zu. Wie der Anspruch der Klägerin auf Bezahlung der bis zum 31. Dezember 1958 verarbeiteten Äpfel rechtlich einzuordnen ist, kann indessen dahingestellt bleiben. In jedem Fall bildet dieser Anspruch im Nachlaßkonkurs eine Konkursforderung. Der Umstand, daß es sich um eine Konkursforderung handelt, rechtfertigt aber nicht die Auffassung der Revision, die Klägerin dürfe dem Beklagten mit seiner Aufrechnung nicht auf diese Konkursforderung verweisen, weil dadurch die Rechte der anderen Konkursgläubiger verkürzt würden.

Daß die vom Beklagten ausgesprochene Aufrechnung gegen die Kaufpreisforderung der Klägerin aus dem Vertrage vom 13. Januar 1959 schon deshalb scheitern müsse, weil die Forderung des Beklagten, wie das Berufungsgericht meint, einredebehaftet sei, begegnet zwar Bedenken. Vom Standpunkt des Berufungsgerichts aus hätte die Klägerin, wenn der Beklagte von ihr die Erstattung von Frachtauslagen beansprucht hätte, diesem Verlangen die Einrede des nicht erfüllten Vertrages und folglich ein Zurückbehaltungsrecht entgegensetzen können. Da es sich um beiderseitige Geldforderungen handelt, läge aber in der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts in Wahrheit eine Erklärung der Aufrechnung. Das gilt, wie das Reichsgericht angenommen hat (RGZ 83,183,140), vor allem dann, wenn, wie hier, der Erklärende weiß, daß seine Forderung bei dem Gegner nicht beigetrieben werden und voraussichtlich auf andere Weise als durch Aufrechnung nicht getilgt werden kann. Daß im Grunde genommen die Klägerin mit

ihrer Forderung auf Bezahlung der bis zum 31. Dezember 1958 an W[REDACTED] gelieferten und von ihm verarbeiteten Äpfel gegen etwaige Forderungen des Beklagten auf Erstattung verauslagter Fracht aufrechnen will, ergibt auch ihre Anmeldung im Konkursverfahren, bei der sie von ihrer Forderung die gesamten Frachtauslagen abgesetzt hat. Das meint wohl auch die Revision mit ihrer Ausführung, die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts bedeute eine gesetzeswidrige Bevorzugung der Klägerin vor den anderen Konkursgläubigern. Ob die den Gegenstand der Klage bildende Forderung der Klägerin durch die vom Beklagten erklärte Aufrechnung getilgt ist, läßt sich deshalb auf die Frage zurückführen, ob die Klägerin den Beklagten darauf verweisen darf, daß er mit seiner Forderung nicht gegen den Kaufpreisanspruch aus dem Verträge vom 13. Januar 1959, sondern gegen den Anspruch der Klägerin auf Bezahlung der bis zum 31. Dezember 1958 verarbeiteten Äpfel aufrechne. Dieses Recht steht der Klägerin in der Tat zu. Es liegt der Fall des § 396 BGB vor. Die Klägerin hatte gegen die Erben W[REDACTED], unter welchem rechtlichen Gesichtspunkt auch immer, eine Forderung auf Bezahlung der bis zum 31. Dezember 1958 verbrauchten Äpfel und eine weitere Forderung aus dem neuen Verträge vom 13. Januar 1959 auf Entrichtung des Kaufpreises von 59 330 DM abzüglich geleisteter Teilzahlungen. Grundsätzlich konnte der Beklagte als Nachlaßverwalter die Forderungen bestimmen, die gegeneinander aufgerechnet werden sollten. Seiner Bestimmung, daß die neue Kaufpreisforderung getilgt

werden solle, hat unstreitig die Klägerin unverzüglich mit der Folge widersprochen, daß die Vorschrift des § 366 Abs.2 BGB entsprechende Anwendung findet. Danach erlangte aber die Aufrechnung des Beklagten entgegen der von ihm ausgesprochenen Bestimmung dergestalt Wirksamkeit, daß die Forderung der Klägerin auf Bezahlung der bis zum 31. Dezember 1958 verarbeiteten Äpfel getilgt wurde. Diese Forderung, die im Falle des Nachlaßkonkurses eine gewöhnliche Konkursforderung bildet, bietet gegenüber der Forderung aus dem Vertrage vom 13. Januar 1959, die sich nach § 224 Nr.5 KO als Masseschuld darstellt, der Klägerin geringere Sicherheit (vgl. BGB RGRK 11.Aufl. § 366 Anm.9). Ein Rechtssatz, wonach ein Gläubiger, um andere Konkursgläubiger nicht zu benachteiligen, zur Aufrechnung nicht eine Forderung wählen dürfe, die später Konkursforderung wird, besteht entgegen der Annahme der Revision nicht. Nach § 53 KO kann ein Gläubiger vorbehaltlich der hier nicht vorliegenden Ausnahmefälle des § 55 KO selbst im Konkurs noch mit einer Konkursforderung aufrechnen, wenn er vor Konkurseröffnung aufrechnungsberechtigt war. Das Berufungsgericht hat daher im Ergebnis zu Recht angenommen, daß die Klageforderung durch Aufrechnung nicht getilgt worden ist.

C.

Die Revision des Beklagten ist daher zurück-
zuweisen. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Dr.Haidinger Artl Dr.Mezger Dr.Messner Mormann