

V_ZR_251/56

Verkündet am 4. Dezember 1957
[redacted] Justizangestellter als
Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

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

In dem Rechtsstreit

des Tischlermeisters Johannes B [redacted] in Ha [redacted]
als alleiniger Inhaber der eingetragenen Firma Johannes
B [redacted] in Ha [redacted],

Beklagten, Berufungsbeklagten und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [redacted] -

gegen

den Rechtsanwalt M [redacted]-T [redacted] in K [redacted], Ho [redacted]straße [redacted]
als Konkursverwalter über das Vermögen der Firma Otto D [redacted],
Fertighäuser-Fabrik in Al [redacted]/H [redacted],

Kläger, Berufungskläger und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [redacted] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 4. Dezember 1957 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundes-
richter Dr. Hückinghaus, Dr. Augustin, Dr. Rothe und
Dr. Freitag für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivil-
senats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandes-
gerichts in Schleswig vom 9. März 1956 wird auf
Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter über das Vermögen der Firma Otto D[REDACTED], Fertighäuser-Fabrik in Al[REDACTED]/H[REDACTED].

Die Gemeinschuldnerin befand sich mindestens seit Juni 1952 in erheblichen Vermögensschwierigkeiten, die dazu führten, daß sie sich auf Drängen verschiedener Stellen am 24. Oktober 1952 zur Einleitung eines gerichtlichen Vergleichsverfahrens entschloß. Das am 30. Oktober 1952 beantragte Vergleichsverfahren erwies sich jedoch als undurchführbar. Der Inhaber der Gemeinschuldnerin begab sich daraufhin am 7. November 1952 auf dem Luftwege nach Australien, wohin ihm am 16. November 1952 seine Ehefrau mit den Kindern nachfolgte. Am 2. Dezember 1952 wurde das Anschlußkonkursverfahren eröffnet.

Am 18. Oktober 1952 bestellte die Gemeinschuldnerin bei der Daimler-Benz AG einen Mercedes-Wagen "170 S". Der Kaufpreis betrug 10 388 DM. Anfang November 1952, kurz vor ihrer Abreise nach Australien, übereignete die Ehefrau des Inhabers der Gemeinschuldnerin den Wagen an den Beklagten.

Diesem stand gegen die Gemeinschuldnerin eine Forderung in Höhe von etwa 23 000 DM auf Grund folgenden Sachverhalts zu:

Auf Grund eines sogen. Lohnarbeitsvertrages vom 16. August 1951, der am 6. August 1952 schriftlich bestätigt wurde, hatte es der Beklagte übernommen, aus dem ihm von der Gemeinschuldnerin übergebenen Material nach deren Plänen Küchen und Innentüren mit Futter herzustellen, die im Rah-

- 3 -

men eines der Gemeinschuldnerin erteilten Auftrages nach Australien geliefert werden sollten. Das von der Gemeinschuldnerin gelieferte Material sowie die fertigen und halbfertigen Stücke sollten Eigentum der Gemeinschuldnerin bleiben. Die Abrechnung sollte monatlich erfolgen. Die Gemeinschuldnerin pflögte die von ihr nach Australien zu liefernden Gegenstände in verschiedenen "Abladungen" bei dem Beklagten abzurufen. Bei Konkurseröffnung stand von der zehnten Abladung noch eine Anzahl von Schrankteilen sowie die ganze elfte und letzte Abladung aus. Für eine dem Beklagten aus dem Lohnarbeitsvertrag zustehende Restforderung in Höhe von etwa 23 000 DM hatte die Gemeinschuldnerin Wechsel ausgestellt, die jedoch nicht mehr eingelöst wurden.

Da der damalige Konkursverwalter, Rechtsanwalt Dr. R. [REDACTED], bemüht war, den von der Gemeinschuldnerin mit den australischen Geschäftspartnern abgeschlossenen Vertrag zu erfüllen, hierzu aber insbesondere die von dem Beklagten noch zu fertigenden Teile der elften Abladung benötigte, verhandelte er am 21. Januar 1953 mit dem Beklagten. Dieser war jedoch zur Fertigung und Herausgabe nicht bereit. Mit Schreiben vom 22. Januar 1953 forderte Rechtsanwalt Dr. W. [REDACTED] für den Beklagten den Konkursverwalter unter Hinweis auf § 17 KO zur Erklärung darüber auf, ob er die Erfüllung des Vertrages verlange. Dieses Schreiben erreichte den Konkursverwalter erst am 24. Januar 1953. Inzwischen hatte der Konkursverwalter mit Schriftsatz vom 23. Januar 1953 bei dem Amtsgericht in Schenefeld den Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen die Firma des Beklagten beantragt, mit der er im wesentlichen die Herausgabe der zur elften Abladung gehörenden Einrichtungsgegenstände begehrte. Das Amtsgericht bestimmte am 23. Januar 1953 noch für diesen Tag Termin zur mündlichen

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Verhandlung, in dem die Parteien - der Konkursverwalter hierbei vertreten durch den damaligen Anwaltsassessor Dr. L. [REDACTED] - folgenden Vergleich schlossen:

- "1. Die Antragsgegnerin (Firma Johannes B. [REDACTED]) verpflichtet sich, die Arbeiten zur Fertigstellung der Sachen für die Abladung 11 am Sonnabend, dem 24. Januar 1953, aufzunehmen und die Arbeiten bis zum Ablauf des Montag, des 26. Januar 1953, so zu beenden, daß sie am Abend dieses Tages abgenommen werden können.
2. Der Antragsteller (der damalige Konkursverwalter) wird sich bis Dienstag, dem 27. Januar, mittags 12 Uhr, darüber erklären, ob er die Kehrforderung des Antragsgegners in Höhe von 3,51 DM pro Tür im Gesamtbetrage von 11 102,13 DM anerkennt und demgemäß den Saldo in Höhe von 8 640,82 DM an Herrn B. [REDACTED] vor Herausgabe der Sachen zur Auszahlung bringt."

Nach dem Vergleichsabschluß richtete Rechtsanwalt Dr. W. [REDACTED] noch am selben Tag an den Konkursverwalter folgendes Schreiben:

"In Sachen D. [REDACTED] Konkurs nehme ich Bezug auf die Vergleichsverhandlungen vom heutigen Tage sowie auf das vom Gericht aufgenommene Vergleichsprotokoll.

Wie beiderseits in Gegenwart des Gerichts und der sonstigen anwesenden Personen besprochen, bleiben alle sonstigen Gegenansprüche beider Parteien vorbehalten. Ich habe dies mehrfach mündlich festgestellt und wurde eine Aufnahme in das Protokoll als überflüssig bezeichnet. Jedoch will ich nicht unterlassen, diesen beiderseitigen Vorbehalt hiermit zu bestätigen.

Es fallen also beiderseits unter diesen Vorbehalt alle diejenigen Ansprüche, die sich aus den gesetzlichen Bestimmungen der Konkursordnung oder aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch ergeben."

Unter dem 3. Februar 1953 bestätigte der Konkursverwalter dieses Schreiben schriftlich als inhaltlich richtig.

Die Verpflichtungen aus dem Vergleich wurden beiderseits erfüllt. Der Kläger bezahlte den Betrag von 8 640,82 DM noch vor Auslieferung der fertiggestellten Gegenstände.

Der Kläger hat die Veräußerung des Mercedes-Wagens an den Beklagten nach §§ 30 Nr. 2, 31 Nr. 1 KO angefochten und die Vergütung des Wertes des Wagens, den er auf 8 300 DM beziffert, sowohl von dem Beklagten als auch von der Kirchpiels Spar- und Leihkasse Han [REDACTED] GmbH in Han [REDACTED] an die der Beklagte den Wagen zur Abzahlung erheblicher Schulden weiterübergibt habe, verlangt.

Der Kläger hat im ersten Rechtszug beantragt,

den Beklagten und die Spar- und Leihkasse als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn 8 300 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Dezember 1952 zu zahlen.

Der Beklagte und die Spar- und Leihkasse haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hat geltend gemacht, der Mercedes-Wagen habe der Ehefrau des Inhabers der Gemeinschuldnerin gehört und sei ihm von dieser im eigenen Namen übereignet worden. Hilfsweise hat er mit seiner Gegenforderung in Höhe von etwa 23 000 DM aufgerechnet. Diese Forderung sei dadurch zur Masseforderung und damit aufrechnungsfähig geworden, daß in der von dem Konkursverwalter beantragten einstweiligen Verfügung und in dem von ihm abgeschlossenen Vergleich das Verlangen auf Erfüllung der restlichen Ver-

pflichtungen des Beklagten aus dem Lohnarbeitsvertrag zu erblicken sei.

Das Landgericht hat die Klage in vollem Umfang abgewiesen.

In der Berufungsinstanz hat der Beklagte die Frage des anfechtbaren Erwerbs des Mercedes-Wagens nur noch hilfsweise zur Nachprüfung gestellt.

Das Oberlandesgericht hat die Abweisung der Klage gegen die Spar- und Leihkasse bestätigt, den Beklagten jedoch in Abänderung des landgerichtlichen Urteils unter Abweisung des weitergehenden Zinsanspruchs verurteilt, an den Kläger 8 500 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 16. Oktober 1953 zu zahlen.

Gegen das Berufungsurteil hat nur der Beklagte Revision eingelegt, mit der er seinen Klageabweisungsantrag weiter verfolgt.

Der Kläger beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

a) Das Berufungsgericht hat die vom Konkursverwalter erklärte Anfechtung der Übereignung des Mercedes-Wagens nach § 30 Nr. 2 KO für begründet erachtet. Es führt hierzu aus:

Die Gemeinlichuldnerin habe spätestens am 30. Oktober 1952 ihre Zahlungen eingestellt. Auf die Anfang November

1952 zum Zwecke der teilweisen Befriedigung seiner Forderung an die Gemeinschuldnerin in Höhe von etwa 23 000 DM erfolgte Übereignung des Wagens habe der Beklagte keinen Anspruch gehabt. Demgegenüber habe er nicht nachgewiesen, daß ihm eine Absicht der Gemeinschuldnerin, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, nicht bekannt gewesen sei. Die gesamten Umstände ließen vielmehr erkennen, daß ihm eine solche Absicht der Gemeinschuldnerin bekannt gewesen sei, zumal da er, wie er selbst vorgetragen habe, die Vermögensverhältnisse der Gemeinschuldnerin im einzelnen gekannt habe. Das Kraftfahrzeug habe auch, wie sich aus den Aussagen der Zeugen Ge [REDACTED] und Kr [REDACTED] (damalige Buchhalter der Gemeinschuldnerin) ergebe, der Gemeinschuldnerin gehört. Es sei auch davon auszugehen, daß der Beklagte dies gewußt habe, da er unstreitig von der Ehefrau des Inhabers der Gemeinschuldnerin die Wagenpapiere erhalten habe und nach diesen laut Auskunft des Kreises Süderdithmarschen vom 13. Januar 1955 der Wagen für die Gemeinschuldnerin zugelassen und versichert gewesen sei. Unerheblich sei, daß die Ehefrau des Inhabers der Gemeinschuldnerin den Wagen übereignet habe, da § 30 Nr. 2 KO schon nach seinem Wortlaut nicht notwendig eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners erfordere. Es genüge auch eine Rechtshandlung eines Dritten.

Da der Beklagte den Wagen infolge der Weiterveräußerung (am 4. Dezember 1952 an den Apotheker Po [REDACTED], nicht an die Spar- und Leihkasse) nicht mehr herausgeben könne, sei er dem Kläger gemäß § 37 KO zum Wertersatz verpflichtet. Bei der Berechnung des Wertersatzes sei davon auszugehen, daß die Konkursmasse in die Lage zurückzusetzen sei, in der sie sich ohne die anfechtbare Rechtshandlung befunden hätte. In diesem Falle hätte der Konkursverwalter den Wagen zur Ver-

meidung von Wertminderungen ebenfalls veräußert und einen dem Schätzungswert in diesem Zeitpunkt entsprechenden Erlös in Höhe von 8 300 DM erzielt, wie ihn der Beklagte von dem Apotheker Po[REDACTED] nach dessen Aussage erhalten habe.

Da die Forderung des Klägers erst mit der am 16. Oktober 1953 erfolgten Zustellung der Klageschrift angemahnt worden sei, sei der Zinsanspruch jedoch erst von diesem Zeitpunkt ab begründet.

Diese Ausführungen werden von der Revision nicht angegriffen. Sie enthalten auch keinen Rechtsirrtum.

b) Der von dem Beklagten erklärten Aufrechnung hat das Berufungsgericht aus folgenden Gründen den Erfolg versagt:

Der Beklagte hätte mit Rücksicht auf § 55 Abs. 1 Nr. 1 KO mit seiner Gegenforderung nur dann aufrechnen können, wenn sie nach §§ 17, 59 Nr. 2 KO eine nach § 57 KO aus der Konkursmasse vorweg zu befriedigende Masseschuld geworden wäre. Dies sei aber nicht der Fall, da weder der frühere Konkursverwalter R[REDACTED] noch der damalige Anwaltsassessor Dr. L[REDACTED] die restliche Erfüllung des Lohnarbeitsvertrages im Sinne des § 17 Abs. 1 KO verlangt hätten.

Ein solches Verlangen sei zunächst in der Vorverhandlung am 21. Januar 1953 nicht gestellt worden, wie sich aus der Aussage des Zeugen Rechtsanwalt Dr. W[REDACTED] und insbesondere aus dessen Schreiben an den Konkursverwalter vom 22. Januar 1953 ergebe, in dem es mit einer jeden Zweifel ausschließenden Deutlichkeit heiße:

"Herr B. hat bisher keinerlei schriftliche Bestätigung erhalten, daß er überhaupt die elfte Abladung fertigstellen soll und zu welchen Bedingungen. Eine präzise Erklärung des Konkursverwalters, d.h. Ihrerseits in rechtsverbindlicher Form steht heute noch aus."

und in dem anschließend der Konkursverwalter unter Berufung auf § 17 Abs. 2 KO zu der Erklärung aufgefordert worden sei, ob er Erfüllung verlange. Außerdem bestätige der von dem Konkursverwalter über die Vorverhandlung gefertigte Aktenvermerk eindeutig, daß dieser erfolglos über eine auf die elfte Abladung beschränkte vergleichsweise Regelung verhandelt, nicht aber einseitig vorbehaltlos Erfüllung verlangt habe.

In dem Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung vom 23. Januar 1953 sei nur Herausgabe auf Grund des Eigentums der Gemeinschuldnerin begehrt worden. Eine Erklärung, daß Erfüllung des Vertrages verlangt werde, habe er ebenfalls nicht enthalten.

Ein solches Erfüllungsverlangen sei weiterhin, wie sich aus den Aussagen der Zeugen Dr. Wi. Ja. (der beim Abschluß des Vergleichs antretende Richter) und Dr. L. ergebe, auch nicht in den dem Abschluß des Vergleichs unmittelbar vorausgehenden Verhandlungen erklärt worden.

Schließlich ergebe sich nicht aus dem Vergleich, daß der Konkursverwalter Erfüllung des Vertrages im Sinne des § 17 Abs. 1 KO verlangt habe.

Es könne aber auch nicht festgestellt werden, daß ein solches Verlangen stillschweigend in der Forderung nach

64

Fertigstellung der elften Abladung liege, die in dem Vergleich, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch seinem Zusammenhang nach enthalten sei. Die Forderung sei nämlich nicht vorbehaltlos, sondern nach dem Willen der Parteien unlösbar verbunden gewesen mit dem Anerkenntnis der zusätzlichen im ursprünglichen Vertrag nicht vereinbarten Mehrforderung des Beklagten auf 3,51 DM je Tür und einer Zahlung von nur 8 640,82 DM an diesen vor Herausgabe der Sachen. Eine vorbehaltlose Forderung nach Erfüllung des Vertrages hätte dagegen, worüber sich der Beklagte klar gewesen sei, die Zahlungsverpflichtung des Konkursverwalters in Höhe der ungekürzten Restforderung von über 20 000 DM zur Folge gehabt. Es könne auch nicht zweifelhaft sein, daß in diesem Fall der Vergleich einen ganz anderen Inhalt gehabt, jedenfalls diese Verpflichtung des Konkursverwalters eindeutig bestimmt und sie nicht unerwähnt gelassen hätte. Es könne auch nicht angenommen werden, daß der Zeuge Dr. L. eine solche weittragende Rechtsfolge ohne Protokollierung und klarstellende Einbeziehung in die Niederschrift gewollt oder schweigend hingenommen hätte, nachdem er nicht einmal in der Lage gewesen sei, die Zahlung der 8 640,82 DM verbindlich zu versprechen, wie Nr. 2 des Vergleichs zeige, in der er sich insoweit eine Erklärungsfrist vorbehalten habe.

Das Bestreben des Konkursverwalters sei vielmehr, wie auch sein Aktenvermerk vom 21. Januar 1953 und das Schreiben des Zeugen Dr. W. vom 22. Januar 1953 klar erkennen ließen, auf eine vom ursprünglichen Vertrag abweichende Teillösung gegangen, die den wirtschaftlichen Gegebenheiten Rechnung getragen habe. Dem habe der Vergleich vom 23. Januar 1953 entsprochen. Eine unbeschränkte Erfüllungsforderung des Konkursverwalters hätte der um-

ständlichen Verhandlungen und des förmlichen Vergleichsabschlusses nicht bedurft. Es hätte hierzu eine dem Beklagten zugehende einseitige vorbehaltlose Erklärung ausgereicht.

Nach dem Gang der Verhandlungen sei es auch für den Beklagten ganz klar erkennbar gewesen, daß der Konkursverwalter nur bereit gewesen sei, für die Fertigstellung der elften Abladung höchstens noch die errechnete Summe von 8 640,82 DM zu bezahlen.

Es könne dahingestellt bleiben, ob ein solches bedingtes und eingeschränktes Erfüllungsverlangen keine Wirkungen nach § 17 KO erzeuge oder aber einer Ablehnung gleichkomme. In jedem Fall ergebe sich die Folge, daß dem Beklagten eine aufrechenbare Gegenforderung nicht zustehe. Der Beklagte könne seine Forderung vielmehr nur als gewöhnliche Konkursforderung geltend machen. Wenn er dem eingeschränkten Erfüllungsverlangen des Konkursverwalters - Fertigstellung und Lieferung der elften Abladung gegen Zahlung von nur 8 640,82 DM - nicht widersprochen, vielmehr vergleichsweise eine vertragliche Vereinbarung dieses Inhalts abgeschlossen habe, so sei dies zulässig gewesen, da § 17 KO kein zwingendes Recht darstelle und deshalb Vereinbarungen zwischen dem Konkursverwalter und dem Vertragsgegner, das Wahlrecht nur für den beiderseits ausstehenden Vertragsrest auszuüben, möglich seien.

II.

Die Revision wendet sich ausschließlich gegen die Auslegung des Vergleichs vom 23. Januar 1953 und der ihm vorausgehenden Verhandlungen durch das Berufungsgericht dahin, daß der damalige Konkursverwalter hinsichtlich des Lohnar-

beitsvertrages kein Erfüllungsverlangen nach § 17 Abs. 1 KO gestellt habe, die Parteien in dem Vergleich vielmehr lediglich vereinbart hätten, daß der Beklagte die elfte Abladung gegen Zahlung von 8 640,82 DM fertigstellte und lieferte.

1. Es sind zunächst die insoweit von der Revision mehrfach erhobenen Rügen der Verletzung des § 286 ZPO unbegründet.

Auf die in das Zeugnis des früheren Prokuristen der Gemeinschuldnerin Re. gestellte Behauptung des Beklagten in seinem Schriftsatz vom 9. Dezember 1955 (Bl. 165/166 GA), Reeps habe ihn bereits Anfang Januar 1953 und damit vor dem Vergleich vom 23. Januar 1953 aufgefordert, wegen der am 5. Februar 1953 bevorstehenden Verschiffung die restliche Lieferung fertigzustellen, und auf den weiteren Vortrag des Beklagten in demselben Schriftsatz (Bl. 169/170 GA), die Handlungsvollmacht von Re. habe weiterbestanden, kam es schon deshalb nicht an, weil die Prokura Re. mit der Eröffnung des Konkursverfahrens erloschen war. (Mentzel/Kuhn KO 6. Aufl. § 23 Anm. 3; Jaeger/Lent KO 8. Aufl. § 23 Anm. 4) und der Konkursverwalter eine neue Prokura, da sie mit seiner Aufgabe nicht vereinbar ist, nicht erteilen konnte (Jaeger/Lent aaO; Staub/Bondi HGB 14. Aufl. § 48 Anm. 4; HGB RGRK 2. Aufl. § 48 Anm. 3), und Reeps deshalb zur Abgabe einer solchen Erklärung für den Konkursverwalter überhaupt nicht befugt war.

Damit entfiel für das Berufungsgericht auch der Anlaß, auf den weiteren Vortrag des Beklagten in seinem Schriftsatz vom 9. Dezember 1955 (Bl. 166 GA), er habe auf die Aufforderung von Re. hin mit den Arbeiten begonnen, und auf die hierzu vorgelegten Urkunden über die

für die Zeit vom 5. bis 23. Januar 1953 angefallenen Stunden- und Tageslöhne einzugehen.

Das weitere Vorbringen des Beklagten in seinem Schriftsatz vom 9. Dezember 1955 (Bl. 170 GA), Re [REDACTED] habe auf jeden Fall mit Wissen des Konkursverwalters den Beklagten zur Erfüllung aufgefordert, ist nicht beweisheblich. Die etwaige Kenntnis des Konkursverwalters von dem behaupteten Vorgehen des früheren Prokuristen Re [REDACTED] allein reicht noch nicht zu der Annahme aus, es sei eine Erklärung des Konkursverwalters nach § 17 Abs. 1 KO abgegeben worden. Hierzu hätte es eines dahingehenden Auftrages (Vollmacht) des Konkursverwalters an Reeps bedurft, der jedoch von dem Beklagten nicht behauptet wurde. Es wäre auch ganz ungewöhnlich gewesen, wenn der Konkursverwalter eine so bedeutsame Erklärung, wie sie das Erfüllungsverlangen nach § 17 Abs. 1 KO darstellt, nicht selbst abgegeben, sondern einen anderen damit beauftragt hätte.

Im übrigen brauchte das Berufungsgericht auf das Vorbringen des Beklagten, er sei schon vor dem Abschluß des Vergleichs von Re [REDACTED] zur Erfüllung aufgefordert worden, auch schon deshalb nicht einzugehen, weil es nach seinen Feststellungen auf Grund der Beweisaufnahme in der Verhandlung des damaligen Konkursverwalters mit dem Beklagten und vor allem in den dem Vergleich vorausgehenden eingehenden Verhandlungen gerade darum ging, hinsichtlich der elften Abladung eine Vereinbarung zu treffen, die nicht erforderlich und auch nicht verständlich gewesen wäre, wenn der Konkursverwalter schon vorher Erfüllung nach § 17 Abs. 1 KO mit der sich hieraus ergebenden Folge des § 59 Nr. 2 KO verlangt gehabt hätte.

Soweit die Revision auf den nach ihrer Meinung von dem Berufungsgericht ebenfalls nicht berücksichtigten weiteren Vortrag des Beklagten in seinem Schriftsatz vom 9. Dezember 1955 (Bl. 166 GA) hinweist, der Konkursverwalter sei am 21. Januar 1953 bei dem Beklagten erschienen, um den Stand der Fertigung zu prüfen, und hieraus herleitet, daß zwischen den Parteien keine Zweifel darüber bestanden hätten, daß Erfüllung begehrt und diese auch begonnen worden sei, steht der Wortlaut des Schriftsatzes vom 9. Dezember 1955 entgegen, nach dem der Konkursverwalter zu dem Beklagten gekommen ist, um über die Fertigstellung und Herausgabe zu verhandeln. Daß dies der Fall war, und zwar ohne Erfolg, ergibt sich aber schon aus dem Tatbestand des angefochtenen Urteils (S. 6). Das Berufungsgericht ist auf Grund der Beweisaufnahme zudem zu dem Ergebnis gekommen, daß der Konkursverwalter bei dieser Verhandlung ein Erfüllungsverlangen nach § 17 Abs. 1 KO nicht gestellt habe (S. 30 BU).

Die Revision meint sodann, das Berufungsgericht habe nicht zu der Auffassung kommen können, die Mehrforderung des Beklagten von 3,51 DM je Tür habe die Forderung nach Fertigstellung der elften Abladung mit einem Vorbehalt belastet (S. 32 BU), ohne auf den in dem Schriftsatz des Beklagten vom 20. November 1953 (Bl. 24 R GA) unter Beweis gestellten Vortrag darüber einzugehen, welche Umstände und Gründe die Mehrforderung veranlaßt hätten. Diese Rüge ist jedoch unerheblich, weil das Berufungsgericht hinsichtlich der Forderung nach Fertigstellung einen Vorbehalt nicht nur in dem Anerkenntnis der Mehrforderung des Beklagten sondern auch, was weit mehr ins Gewicht fiel, darin gesehen hat, daß der Konkursverwalter nur zur Zahlung von 8 640,82 DM und nicht auch eines weiteren Betrages von etwa 23 000 DM

bereit war, die er, wenn er ein Erfüllungsverlangen nach § 17 Abs. 1 KO gestellt hätte, ebenfalls hätte bezahlen müssen.

Die Revision meint schließlich, das Berufungsgericht habe aus dem Schreiben des Rechtsanwalts Dr. Wi [REDACTED] vom 22. Januar 1953 nicht den Schluß ziehen können, es sei vor diesem Tag ein Erfüllungsverlangen nach § 17 Abs. 1 KO nicht gestellt worden, da die Fassung des Schreibens, der Beklagte habe bisher keine "schriftliche Bestätigung" erhalten, im Gegenteil auf das Vorliegen eines mündlichen Erfüllungsverlangens hindeute, dessen schriftliche Bestätigung noch erwartet worden sei. Die Revision übersieht hierbei jedoch den von dem Berufungsgericht mit herangezogenen übrigen Inhalt des Schreibens, nach dem Rechtsanwalt Dr. Wi [REDACTED] von dem Konkursverwalter eine "präzise Erklärung" forderte und von ihm "persönlich" darüber hinaus unter Hinweis auf § 17 Abs. 2 KO eine ausdrückliche Erklärung dahin verlangte, ob er Erfüllung verlange. Wenn hieraus das Berufungsgericht entnommen hat, es sei bis zum Schreiben des Rechtsanwalts Dr. Wi [REDACTED] ein Erfüllungsverlangen nach § 17 Abs. 1 KO nicht gestellt worden, so ist dies aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht hat diese Auffassung zudem auch auf die Zeugenaussage des Rechtsanwalts Dr. Wi [REDACTED] und auf den Aktenvermerk des Konkursverwalters über seine Verhandlung mit dem Beklagten am 21. Januar 1953 gestützt.

2. Entgegen der Meinung der Revision hat das Berufungsgericht auch nicht die Vorschrift des § 17 KO verletzt.

Der Revision ist zwar darin zuzustimmen, daß es allein entscheidend war, ob die von dem früheren Konkursverwalter

abgegebenen Erklärungen ein Erfüllungsverlangen nach § 17 Abs. 1 KO darstellten oder nicht, daß es dabei aber nicht auf seinen inneren Willen, sondern auf seinen erklärten Willen ankam, so, wie er nach seiner Auffassung von dem Beklagten verstanden werden sollte und dann auch tatsächlich verstanden wurde, und daß deshalb die Absicht des Konkursverwalters, die für ihn lästigen Folgen eines Erfüllungsverlangens nach § 17 Abs. 1 KO zu vermeiden, rechtlich nur dann von Bedeutung war, wenn sie in einer vertraglichen Vereinbarung mit dem Beklagten ihren Niederschlag fand, die auf eine Teilung des bisher einheitlichen Vertrags in einem vom Konkurs betroffenen Teil und einen durch eine nachträgliche Sondervereinbarung geregelten restlichen Teil hinauslief. Die Revision ist jedoch zu Unrecht der Meinung, eine solche Vereinbarung sei auch nach der Auffassung des Berufungsgerichts nicht zustande gekommen. Dieses hat zunächst ohne Rechtsirrtum (wie sich aus den Ausführungen zu 1 ergibt) festgestellt, daß der Konkursverwalter kein unbedingtes Erfüllungsverlangen, wie es § 17 Abs. 1 KO fordert (Jaeger/Lent aaO § 17 Anm. 30; Mentzel/Kuhn aaO § 17 Anm. 20 b; Böhle-Stamschröder KO 4. Aufl. § 17 Anm. 4), sondern dadurch, daß er nur bereit gewesen sei, für die Fertigstellung der 11. Abladung höchstens noch den Betrag von 8 640,82 DM zu bezahlen, nur ein bedingtes Erfüllungsverlangen gestellt habe, das, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum ausführt, die Gegenforderung des Beklagten in Höhe von etwa 23 000 DM nicht zu einer Masseforderung machte, weil es entweder keine Wirkungen nach § 17 Abs. 1 KO erzeugte (Böhle-Stamschröder aaO) oder einer Ablehnung gleichkam (Jaeger/Lent aaO; Mentzel/Kuhn aaO). Das Berufungsgericht hat weiterhin festgestellt, daß dieses bedingte Erfüllungsverlangen nach dem Gang der Verhandlungen am 23. Januar

1953 für den Beklagten ganz klar erkennbar gewesen sei, er dies auch erkannt habe und, da er dem eingeschränkten Erfüllungsverlangen nicht widersprochen habe, vergleichsweise eine vertragliche Vereinbarung auf der Grundlage des eingeschränkten Erfüllungsverlangens abgeschlossen habe (S. 33 BU). Hieraus hat das Berufungsgericht aber ohne Rechtsirrtum die Folgerung gezogen, daß die Gegenforderung eine gewöhnliche Konkursforderung geblieben ist (Jaeger/Lent aaO § 17 Anm. 18 und 30; Mentzel/Kuhn aaO), mit welcher der Beklagte nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 KO gegen die Klageforderung nicht aufrechnen konnte.

Wenn die Revision demgegenüber unter Bezugnahme auf die Aussagen der Zeugen Ja. [REDACTED] und Dr. L. [REDACTED], die das Berufungsgericht keineswegs übersehen hat, geltend macht, der Vergleich vom 23. Januar 1953 habe nur eine alle konkursrechtlichen Streitfragen der Parteien offenlassende vorläufige Regelung über die Verpflichtung des Beklagten zur Lieferung des Restes und über die Verpflichtung des Klägers zur Bezahlung dieser Restlieferung schaffen wollen, so wendet sie sich ausschließlich gegen die der Nachprüfung in der Revisionsinstanz verschlossene tatsächliche Beweiswürdigung. Die Revision übersieht hierbei auch die Aussage des Zeugen Dr. L. [REDACTED], nach der dieser in den dem Abschluß des Vergleichs vorausgehenden Verhandlungen erklärt hatte, daß ein Erfüllungsverlangen des Konkursverwalters der Genehmigung des Gläubigerausschusses bedurft hätte (§ 133 Nr. 2 KO).

Der Meinung der Revision, es sei unstreitig, daß der Beklagte sein Einverständnis mit der vom Berufungsgericht aus dem Vergleich entnommenen Regelung verweigert habe, stehen die Feststellungen des Berufungsge-

richts entgegen, nach denen das eingeschränkte Erfüllungsverlangen des Konkursverwalters nach dem Gang der Verhandlungen am 23. Januar 1953 für den Beklagten ganz klar erkennbar war, er dies auch erkannt hatte und hiergegen keinen Widerspruch erhoben, vielmehr vergleichsweise die von dem Konkursverwalter gewünschte vertragliche Vereinbarung abgeschlossen hatte. Darauf, daß der Beklagte bei der Vorverhandlung mit dem Konkursverwalter am 21. Januar 1953 sein Einverständnis verweigert hatte (§ 6 BU), kam es hiernach nicht mehr an. Die Revision kann sich deshalb auch nicht mit Erfolg darauf berufen, das Berufungsgericht hätte, wenn es in dem Vergleich nicht eine nur vorläufige Regelung in dem von der Revision gemeinten Sinne habe sehen wollen, zu dem Ergebnis kommen müssen, daß ein Vergleich mangels Willensübereinstimmung (§ 155 BGB) nicht zustande gekommen sei. Soweit der Revisionskläger in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen hat, er habe mit Rücksicht auf das ihm zustehende Pfandrecht (§ 647 BGB) keinen Anlaß gehabt, der von dem Konkursverwalter gewünschten vertraglichen Vereinbarung zuzustimmen, steht entgegen, daß es sich bei den dem Pfandrecht unterliegenden Sachen um nur zum Teil fertiggestellte und außerdem um zum Einbau in die von der Gemeinschuldnerin zu liefernden Fertighäuser bestimmte Gegenstände handelte und damit ihre Verwertung einen über den Materialwert hinausgehenden Erlös nicht erwarten ließ.

III.

Da die entscheidenden Ausführungen des Berufungsgerichts auch im übrigen keinen Rechtsirrtum enthalten, war somit die Revision mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Tasche

Dr. Hückinghaus

Dr. Augustin

Rothe

Dr. Freitag