

107. Kann im Konkursverfahren ein Zurückbehaltungsrecht auf Grund des § 273 BGB. dann geltend gemacht werden, wenn der Konkursverwalter auf Grund des § 17 K.D. die Erfüllung eines zweiseitigen, noch nicht erfüllten Vertrags von dem anderen Teile verlangt und dem anderen Teile Forderungen aus einem früheren Vertrag gegen den Gemeinschuldner zustehen?

BGB. § 273.

K.D. §§ 17, 49.

II. Zivilsenat. Ur. v. 1. Dezember 1911 i. S. Sch. (Kl.) w. Schw.
(Bekl.). Rep. II. 225/11.

I. Landgericht Trefeld, Kammer für Handelsfachen.

II. Oberlandesgericht Düsseldorf.

Der Kläger hat von der Beklagten im November 1906 500 000 kg Zucker und vor gänzlicher Ausführung dieses Schlusses im Februar 1907 weitere 600 000 kg gekauft. Im Mai 1907 ist Konkurs über das Vermögen des Klägers eröffnet. Die Beklagte meldete im Konkurse eine aus dem ersten Geschäft herrührende Forderung an den Kläger an, die in Höhe von 71 828,45 \mathcal{M} zur Tabelle festgesetzt wurde. Bezüglich des zweiten Geschäfts, das zur Zeit der Konkursöffnung noch von keiner Seite erfüllt war, erklärte der Konkursverwalter die Erfüllung zu verlangen; er rief zugleich die ganze Menge oder einen Teil (die Parteien streiten darüber) ab, indem er Zahlung des Preises im voraus anbot. Die Beklagte verweigerte die Lieferung. Eine ihr von dem Verwalter unter der Androhung, im Falle der Nichterfüllung Schadensersatz zu fordern, gesetzte Nachfrist blieb erfolglos.

Nachdem sodann das Konkursverfahren infolge eines im Juli 1908 bestätigten Zwangsvergleichs beendet war, erhob der Kläger wegen der Nichtlieferung des Zuckers aus dem zweiten Schluß Anspruch auf Schadenersatz und beantragte, die Beklagte zur Zahlung von 15000 *M* und Zinsen zu verurteilen. Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage; sie wandte ein, es sei auf die Geltendmachung des Schadenersatzes wegen Nichtlieferung verzichtet.

Der erste Richter verwarf die Einrede des Verzichts und verurteilte die Beklagte nach dem Klagantrag. Die Beklagte machte mit der von ihr eingelegten Berufung des weiteren auch geltend, sie sei durch die Erfüllungsverweigerung nicht in Verzug geraten; sie habe gemäß § 273 BGB. mit der Erfüllung des zweiten Schlusses (vom Februar 1907) zurückhalten können, da ihr gegen den Kläger aus dem ersten Schluß (vom November 1906) eine fällige Forderung (von mehr als 70000 *M*) zugestanden habe. Der Kläger bestritt, daß der Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB. zugestanden habe.

Der Berufungsrichter erkannte auf Abweisung der Klage. Auf die Revision des Klägers wurde das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen aus folgenden Gründen:

... „Der Berufungsrichter hat den Schadenersatzanspruch des Klägers wegen Nichterfüllung des Vertrages vom 1. Februar 1907 für unbegründet erachtet, weil die Beklagte zur Zurückbehaltung der vom Konkursverwalter abgerufenen Leistungen gemäß § 273 BGB. wegen des fälligen Anspruchs der Beklagten an den Kläger aus dem Schluß vom 23. November 1906 berechtigt gewesen sei, sich also nicht im Verzuge befunden habe. Der Berufungsrichter führt dazu aus, wenn auch die beiderseitigen Ansprüche nicht auf einem und demselben Vertrage beruhten, so sei doch das in § 273 aufgestellte Erfordernis der Konnezität, des rechtlichen Zusammenhängigkeitsverhältnisses zwischen Anspruch und Gegenanspruch gegeben. Die Parteien hätten in eine dauernde Geschäftsverbindung miteinander treten und eine einheitliche Grundlage schaffen wollen, auf der sie in Zukunft zeitlich getrennte Geschäfte auf Lieferung gleichartiger Waren unter denselben Bedingungen abzuschließen gedachten; die einzelnen beabsichtigten Geschäfte seien von ihnen von vornherein als

in einem engen Zusammenhang miteinander stehend gedacht, derart, daß jedes neue Geschäft als Fortsetzung des früheren aufzufassen sei. Diesen ihren Absichten gemäß hätten die Parteien tatsächlich gehandelt, als sie den Vertrag vom 23. November 1906 und sodann, vor voller Erledigung der Lieferungen aus diesem, den Vertrag vom 1. Februar 1907 geschlossen hätten. Es müsse daher als gegen Treu und Glauben verstößend erscheinen, wenn von der Beklagten Lieferung auf Grund des zweiten Schlußes verlangt, ihr aber die ihr aus dem ersten Schluß geschuldete Leistung nicht gewährt worden sei.“ (Zunächst wird hier ausgeführt, daß die gegen diese Annahme desselben rechtlichen Verhältnisses erhobene Rüge der Revision unbegründet sei, und dann fortgefahren:)

„Eine weitere Revisionsrüge des Klägers geht dahin: nach § 273 sei ein Zurückbehaltungsrecht nur zu beachten, wenn der Schuldner die Ablehnung einer von ihm geforderten Leistung damit zu rechtfertigen suche, das Zurückbehaltungsrecht wirke nicht von selbst, sondern erst kraft Vorbringens. Der Berufungsrichter habe aber das Zurückbehaltungsrecht zugestanden ohne festzustellen, daß sich die Beklagte zu der Zeit, als der Konkursverwalter die Lieferung aus dem zweiten Schluß verlangt gehabt habe, und nicht erst jahrelang später, im Laufe der Berufungsinstanz in dem gegenwärtigen Rechtsstreit, auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen gehabt habe. Die Rüge ist an sich nicht unbeachtlich. Der Schuldner, der wegen eines Anspruchs gegen seinen Gläubiger die diesem geschuldete Leistung bis zur Bewirkung der ihm gebührenden Leistung verweigern will, muß dies dem Gläubiger kundtun; nur so wird der Gläubiger in die Lage versetzt, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts abzuwenden (§ 273 Abs. 3). Es bedarf aber nicht noch näherer tatsächlicher Feststellungen nach diesen Richtungen hin, denn die weitere Rüge des Klägers gegen die Anwendung des § 273 muß im vorliegenden Falle für durchgreifend erachtet werden, daß die Beklagte das von ihr in Anspruch genommene Zurückbehaltungsrecht im Konkurse des Klägers überhaupt nicht geltend machen konnte. Aus den §§ 47, 48, 49 R.D., die das Absonderungsrecht regeln, ergibt sich, daß im Konkurse Zurückbehaltungsrechte nicht schon auf § 273 gestützt werden, sondern nur im Rahmen des § 49 R.D. Wirksamkeit beanspruchen können. Zurückbehaltungsrechten, bei denen die Voraus-

setzungen des § 49 nicht vorliegen, ist im Konkursverfahren die Berücksichtigung zu versagen.

Vgl. Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 15 S. 59, Bd. 20 S. 136, Bd. 29 S. 302; Hahn, Mater. zur Konkursordnung S. 205, Begründung des Entwurfs S. 213; Jaeger, Konkursordnung 3./4. Aufl. 1911, Anm. 42 zu § 49; v. Wilnowski-Kurlbaum, Konkursordnung 6. Aufl. 1906, Anm. 20 zu § 49.

Die Voraussetzungen des § 49 sind im vorliegenden Falle nicht gegeben. Es könnte höchstens § 49 Abs. 1 Nr. 4 in Frage kommen; aber hier sind nur diejenigen Gläubiger aufgeführt, denen nach dem Handelsgesetzbuch in Ansehung gewisser Gegenstände ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, und nach § 369 HGB. ist das Zurückbehaltungsrecht nur an den beweglichen Sachen und Wertpapieren des Schuldners oder doch an solchen Sachen oder Wertpapieren, die auf den Gläubiger übertragen, aber auf den Schuldner zurückzuübertragen sind, gegeben. Um dergleichen Sachen handelt es sich nicht. Die Beklagte schuldete nicht die Zurückgabe oder die Zurückübertragung von Sachen des Klägers, sondern die Leistung von aus ihren Beständen auszusonderndem Zucker; an dieser Leistung will die Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht gehabt haben.

Es kam aber für den vorliegenden Fall noch in Frage, ob die Rechtslage dadurch geändert ist, daß der Konkursverwalter, dem nach § 17 KO. die Wahl zustand, ob der noch von keiner Seite erfüllte Vertrag der Parteien vom 1. Februar 1907 durch Erfüllung zur Erledigung gebracht werden sollte, die Erfüllung des Schlusses von der Beklagten verlangt hat. Die Frage war zu verneinen. Bei der vom Konkursverwalter gestellten Forderung auf Erfüllung des Vertrags war der Konkursverwalter nach § 17 KO. auch seinerseits verpflichtet, den Vertrag an Stelle des Gemeinschuldners zu erfüllen. Aber diese Verpflichtung erstreckte sich nur auf den Vertrag, dessen Erfüllung er verlangte, nicht auch auf den anderen Vertrag der Parteien vom 23. November 1906. Wenn die beiden Verträge auch in einem rechtlichen Zusammenhange im Sinne des § 273 standen, wie das oben erörtert ist, so lagen deshalb doch immer zwei Verträge vor, von denen jeder seine Selbständigkeit hatte (Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 39 S. 59). Nur in betreff des Vertrags vom 1. Februar wurde die Beklagte, wenn sie dem Ver-

langen des Konkursverwalters auf Erfüllung dieses Vertrags nachkam, Massegläubigerin, in betreff des Vertrags vom 23. November blieb sie, was sie war, Konkursgläubigerin. Als Konkursgläubigerin konnte sie nach dem das Konkursrecht beherrschenden Grundsatz völligen Gleichstehens aller Konkursgläubiger, soweit sie nicht bevorrechtigte Forderungen haben und dann wegen dieser aus der gemeinschaftlichen Masse zuerst Befriedigung verlangen können, was hier nicht in Frage steht (§ 61 R.D.), ein außerhalb des Konkursverfahrens gegebenes Zurückbehaltungsrecht nicht ausüben; sie würde sonst besondere, sie vor den anderen Konkursgläubigern bevorzugende, demgemäß diese anderen Konkursgläubiger benachteiligende Rechte erlangen. Es ist dabei noch darauf hinzuweisen, daß das Zurückbehaltungsrecht des § 273 B.G.B. darauf beruht, daß der Gläubiger (im Falle der Voraussetzungen des § 273) arglistig handelt, wenn er von dem Schuldner eine Leistung verlangt, aber die diesem gebührende Leistung nicht bewirkt. Ein arglistiges Handeln steht nicht in Frage, wenn nach Ausbruch des Konkurses der Konkursverwalter alles das zur Konkursmasse zieht, was zu ihr gehört, und dabei nur solche Gegenrechte berücksichtigt, die auch für das Konkursverfahren ihre Wirksamkeit behalten, der Konkursverwalter erfüllt damit nur seine Pflicht, dem Zweck des Konkurses gemäß unter den Konkursgläubigern eine gleichmäßige Verteilung der Masse herbeizuführen.

Ist sonach der alleinige Grund für die Abweisung der Klage rechtsirrig, so war das Berufungsurteil aufzuheben.