

II ZR 222/59

Verkündet

am 10. Juli 1961

Pfauz, Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Ehefrau Grete Z [REDACTED] geb. E [REDACTED]
in D [REDACTED], J [REDACTED] Straße [REDACTED],Klägerin und Revisions-
klägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Heinrich M [REDACTED] in R [REDACTED],
G [REDACTED] Straße [REDACTED],Beklagten und Revisions-
beklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juli 1961 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Haidinger, Dr. Fischer, Dr. Nörr, Dr. Haager und Liesecke

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 8. Juli 1959 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist für die Firma Arnold B [REDACTED] Maschinenfabrik in Mülheim/Ruhr (im folgenden: Firma B [REDACTED]), Alleininhaber Franz E [REDACTED], von 1934 bis 1955 als Handelsvertreter für den Vertrieb von Wassermotoren tätig gewesen. Der Vertretervertrag sieht eine Provision von 7 % vor, über die monatlich abzurechnen war. Der Beklagte behauptet, gegen die Firma B [REDACTED] eine Forderung auf Provision von 12.655,76 DM zu haben, zu deren Sicherheit ihm zwei Drehbänke übereignet worden seien.

Der Inhaber der Firma B [REDACTED], Franz E [REDACTED], ist am 21. April 1951 verstorben. Er hat in seinem Testament seine Tochter, die Klägerin, und seinen Sohn Karl E [REDACTED] als Erben je zur Hälfte eingesetzt. Für den Fall, daß der im Kriege vermißte Karl E [REDACTED] bereits verstorben war, hat er an dessen Stelle den Sohn Karl's, Winfried E [REDACTED], berufen. Karl E [REDACTED] sollte nach dem Testament die Firma übernehmen und die Klägerin durch eine Zahlung abfinden. Die Klägerin und die Ehefrau Johanna E [REDACTED] als Abwesenheitspflegerin ihres Ehemannes Karl E [REDACTED] haben durch den notariellen Erbauseinandersetzungsvertrag vom 31. Januar 1952 mit Wirkung vom 1. April 1952 die Firma an Karl E [REDACTED] übertragen und für die Klägerin eine Abfindung von 50.000 DM vereinbart. Sie haben als Sicherheit für diese der Klägerin das Eigentum an den beiden Drehbänken übertragen, die auch der Beklagte in Anspruch nimmt. In einem notariellen Zusatzvertrag vom 4. März 1952 haben sie vereinbart, daß der Erbauseinandersetzungsvertrag vom 31. Januar 1952 auch gelten solle, wenn Winfried E [REDACTED] an die Stelle seines Vaters als Erbe treten sollte. Karl E [REDACTED] ist für tot erklärt worden.

Im Jahre 1955 hat die Firma B [REDACTED] ihren Betrieb eingestellt. Die Abfindung der Klägerin ist nur zum Teil gezahlt worden. Die beiden Drehbänke sind, nachdem sie der Beklag-

te an sich genommen hatte, auf Grund einer von der Klägerin erwirkten einstweiligen Verfügung an einen Gerichtsvollzieher herausgegeben und von diesem bei einem Spediteur eingelagert worden.

Die Klägerin hat mit der Klage die Feststellung ihres Eigentums an den beiden Drehbänken begehrt. Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Mit der Widerklage hat er die Verurteilung der Klägerin zur Herausgabe der Drehbänke und zur Zahlung von 12.655,76 DM nebst Zinsen sowie die Feststellung begehrt, daß ihm die Klägerin den durch die Vollziehung der einstweiligen Verfügung entstandenen Schaden zu ersetzen habe.

Der Beklagte hat behauptet, durch den Vertrag vom 2. Januar 1951, der ihm am 18. April 1951 zur Unterschrift übersandt worden sei und den er alsbald unterschrieben zurückgesandt habe, sei ihm von der Firma B. das Eigentum an den beiden Drehbänken zur Sicherung seines Provisionsguthabens übertragen worden. Die Maschinen seien leihweise im Besitz der Firma belassen worden. Seit 1948 sei die Firma mit der Bezahlung seiner Provisionen in Rückstand gewesen. Am 31. Dezember 1951 habe sich sein Guthaben auf 14.530,82 DM und zuletzt auf 12.661,20 DM belaufen. Die von der Klägerin erwirkte einstweilige Verfügung sei ungerechtfertigt gewesen. Sein Schaden durch ihren Vollzug könne erst nach der Veräußerung der Drehbänke berechnet werden.

Die Klägerin hat die Abweisung der Widerklage beantragt und bestritten, daß der Sicherungsübereignungsvertrag vor der Erbaueinandersetzung geschlossen worden sei und daß der Beklagte noch am 31. März 1952 Provisionsforderungen gehabt habe. Sie seien durch nicht verbuchte Schwarzgeschäfte mit Wassermotoren ausgeglichen worden. Der Beklagte habe auch einen etwaigen Anspruch durch langes Zuwarten bis zum Jahre 1955 verwirkt. Sie hafte in jedem Falle als Erbin nur beschränkt, da sie das Geschäft mit Firma nicht fortgeführt habe.



Das Landgericht hat der Klage und der Widerklage unter Abweisung im übrigen bezüglich der Provisionsforderung in Höhe von 1.250,80 DM nebst Zinsen stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen und auf die Widerklage die Klägerin zur Herausgabe der Drehbänke und zur Zahlung von 12.655,76 DM nebst Zinsen an den Beklagten verurteilt sowie ferner festgestellt, daß die Klägerin dem Beklagten allen Schaden aus dem Vollzug der von ihr beantragten einstweiligen Verfügung zu ersetzen habe. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klagantrag und den Antrag auf Abweisung der Widerklage weiter. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht geht bezüglich der Widerklage auf Zahlung rückständiger Provision davon aus, daß zwischen dem Beklagten und der Firma B [REDACTED] ein bis zum Ende des Vertreterverhältnisses fortlaufendes Kontokorrentverhältnis bestanden hat, in dem jeden Monat ein Rechnungsabschluß vorgenommen worden ist. Die Ausführungen der Revision, die § 366 BGB für die Verrechnung der Zahlungen der Firma B [REDACTED] heranziehen will, gehen fehl. § 366 BGB gilt im Kontokorrentverhältnis nicht (BGH WM 1959, 472). Die Zahlungen erfolgen bei bestehendem Kontokorrentverhältnis zur Verrechnung und dienen nicht der Tilgung bestimmter in die laufende Rechnung aufgenommenen Forderungen. Am 1. April 1952, dem Tage des Ausscheidens der Klägerin, hatte sich nach dem Gutachten des Sachverständigen eine Saldoforderung des Beklagten von 16.802,82 DM ergeben. Bis zu dieser Höhe haftete die Klägerin, die gemäß § 2058 BGB als Gesamtschuldnerin mit Karl bzw. Winfried E [REDACTED] für den Saldo per 1. April 1952 einzustehen hatte, gemäß § 356 Abs. 2 HGB für die späteren Salden, und zwar für den niedrigsten Zwischensaldo (vgl. RGZ 136, 178, 181). Durch die späteren Zahlungen und Provisionen hat sich ein gegenüber dem am 1. April 1952 gezogenen um 4.141,62 DM geringerer Saldo ergeben. Die Klägerin

haftet daher nur noch in Höhe von 12.661,20 DM.

II. Die Revision wendet sich gegen die Feststellung der Provisionsforderung entsprechend dem Gutachten des Sachverständigen Schubert mit einer Reihe von Verfahrensrügen, die keinen Erfolg haben können.

1) Das Berufungsgericht hat den Prozeßstoff hinreichend gewürdigt, als es sich für die Provisionsforderung des Beklagten auf das Gutachten Schubert stützte. Durch dieses Gutachten hat das Berufungsgericht den Beweiswert der Buchführung der Firma B [REDACTED], deren Unterlagen nicht mehr im vollen Umfange vorhanden sind, durch einen Vergleich mit den Aufzeichnungen des Beklagten zu ermitteln versucht. Es hat dabei vor allem die Darlegungen des Sachverständigen verwertet, daß die Buchungen, soweit sie die Provisionsansprüche betreffen, "durch Unterlagen in dem bräunlichen Hefter nachgewiesen werden". Dabei handelt es sich vor allem um Provisionsaufstellungen der Firma B [REDACTED] mit Angabe der belieferten Kunden und der Rechnungsbeträge. Die Richtigkeit des Zahlenmaterials ist also nicht ohne Grundlage aus den Buchungen entnommen worden. Dabei hat das Berufungsgericht insbesondere die Berechtigung der Nachbuchungen im Jahre 1955 geprüft und auch die etwaige Auswirkung eines "Nachschreibens" der noch vorgelegten 6 Kontokarten gewürdigt. Der Beklagte hatte nicht zugegeben, daß diese Kontokarten nachgeschrieben worden seien, sondern es für möglich erklärt, daß einzelne Karten später abgeschrieben worden seien. Das Berufungsgericht ist auf Grund des Gutachtens in Verbindung mit den Originalabrechnungen der Firma B [REDACTED] zur Auffassung gelangt, daß auch die Buchungen auf den Kontokarten mit den vom Beklagten vorgelegten Aufstellungen übereinstimmten und im Ergebnis richtig sind. Das Berufungsgericht erachtet auch die Kontokarten nicht für "nachgeschrieben", weil die Zeugen E [REDACTED] und Z [REDACTED] glaubwürdige Aussagen über die Entstehung gemacht hätten. Die Aussagen der Zeugen E [REDACTED] und K [REDACTED] ergänzten sich gegenseitig. Die Revision hält es für

einen Denkfehler, wenn Aussagen von miteinander als Inhaber der Firma und Prokurist verbundenen Zeugen deshalb als glaubwürdig angesehen werden, weil sie sich ergänzten. Diese Ansicht ist unzutreffend. Es kommt vielmehr auf den einzelnen Fall an, ob aus der Übereinstimmung von Aussagen auf ihre Glaubwürdigkeit geschlossen werden kann. Der Zeuge Winfried E. [REDACTED] hatte eingehende Angaben darüber gemacht, welche Teile der Karten er beschriftet habe, und die Zeugin Z. [REDACTED] hatte seine Angaben bestätigt. Der Prokurist K. [REDACTED] hat sich nur allgemein über die Buchungen auf dem Konto der Firma B. [REDACTED] geäußert (I, 201). Wenn das Berufungsgericht aus dem Zusammenhang dieser Aussagen Anhaltspunkte für die Glaubwürdigkeit der Darstellung des Zeugen E. [REDACTED] über die Kontokarten entnommen hat, ohne näher auf die andere Punkte der Aussage betreffende angebliche Unzuverlässigkeit dieses Zeugen einzugehen, so ist dies nicht zu beanstanden. Auch die mangelnde Erinnerungsfähigkeit des Zeugen K. [REDACTED] brauchte nicht von einem Sachverständigen nachgeprüft zu werden, zumal seine Aussage nicht entscheidend verwertet worden ist.

2) Das Berufungsurteil enthält auch keinen Widerspruch, wenn es erörtert, in dem Fall, daß ein Teil der Karten nachgeschrieben worden sei, könne eine bloße Nachholung richtiger Buchungen auf Grund von Unterlagen und Aufzeichnungen vorliegen. Der Sachverständige Schubert hat nicht nur, wie die Revision annimmt, die Übereinstimmung der rechnerischen Richtigkeit der Buchungen mit den Aufzeichnungen des Beklagten bestätigt, sondern auch dargelegt, daß zwar die Buchungsmethoden der Firma B. [REDACTED] und des Beklagten mangelhaft gewesen seien, aber Unterlagen für die einzelnen gebuchten Vorgänge in Gestalt der Provisionsaufstellungen der Firma B. [REDACTED] vorgelegt worden seien, und daß sich die großen Unterschiede, die sich auf den ersten Blick beim Vergleich der Buchungen bei der Firma B. [REDACTED] und durch den Beklagten ergäben, und die Unübersichtlichkeit durch die Nachverbuchung eines Teils der Provisionsansprüche und der Motor-Lieferungen in beiden Konten übereinstimmend aufklärten. Das Berufungsgericht konnte daher bei seiner Beweiswürdigung nach § 286 ZPO ohne dessen Verletzung die Frage des Nachschrei-

bens von Kontenkarten als nicht entscheidend für den Nachweis des Provisionsanspruchs ansehen. Hinzu kommt, daß die Mängel der Buchhaltung bei der Firma B [REDACTED], was die Revision außer acht läßt, zum Nachteil der Klägerin ins Gewicht fallen müssen, da die Firma B [REDACTED], für deren Verbindlichkeiten die Klägerin haftet, auf Grund der provisionspflichtigen Rechnungen das Konto sorgfältig laufend zu führen und die Provisionsabrechnungen pünktlich vorzunehmen hatte.

3) Das Berufungsgericht verletzte auch nicht § 286 ZPO, wenn es keinen Sachverständigen darüber vernommen hat, daß die Provisionsbeträge unmöglich vom Beklagten erzielt werden konnten, weil nur 40 % der gesamten Erlöse der Firma B [REDACTED] provisionspflichtig gewesen sein könnten. Nur etwa ein Drittel des Umsatzes beruhte nach Behauptung der Klägerin auf Anfertigung von Waren zum Vertrieb, der Rest soll auf Reparaturen und Lohnarbeit, bei denen eine Provision des Vertreters nicht in Betracht kommt, entfallen sein. Das Berufungsgericht hat von der Vernehmung eines Sachverständigen hierüber abgesehen, weil die Bücher der Firma B [REDACTED] nicht mehr vorhanden seien. Da die Klägerin keine Zahlenangabe über die Verteilung der Umsätze in den einzelnen Jahren auf Neuanfertigung, Reparaturen und Lohnarbeit gemacht hat, und auch die Möglichkeit offenblieb, daß aus Warenvorräten erst in späteren Jahren Erlöse erzielt wurden, konnte das Berufungsgericht von der Vernehmung eines Sachverständigen und der erneuten Vernehmung des Zeugen Dr. G [REDACTED] über die von ihm aus Anlaß der Begutachtung der Firma B [REDACTED] im Auftrage der Klägerin angeblich festgestellte Höhe der Erlöse aus Neuanfertigungen und von einer Frage nach weiteren Beweisantritten hierzu absehen. Angesichts der vom Beklagten vorgelegten sonstigen Unterlagen über die provisionspflichtigen Geschäfte und der Provisionsaufstellungen mit Angabe der Einzelumsätze konnte das Berufungsgericht ohne Verletzung von Verfahrensgrundsätzen die summarische Aufschlüsselung der Umsatzzahlen für bestimmte Zeiträume als ein bloßes Indiz ansehen, das nach seiner Überzeugung keinen genügend sicheren Schluß auf die

allein erheblichen provisionspflichtigen Einzelumsätze zulasse (vgl. BGH LM ZPO § 539 Nr. 1). Ebenso konnten die Rückstellungen in den Bilanzen, die niedriger waren als die offenen Provisionsforderungen des Beklagten, als zur Entkräftung der anderweit genügend belegten Provisionsforderungen ungeeignet angesehen werden.

4) Der Provisionssatz betrug nach dem Tatbestand des Berufungsurteils unstreitig 7 % und vom 1. Januar 1952 an 5 % des Nettobetrages der Rechnungen. Der Sachverständige ist also zutreffend von diesen Provisionssätzen ausgegangen. Die in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen der Revision sind gegenstandslos. Das Berufungsgericht war auch befugt, ohne erneute Vernehmung des Zeugen Dr. G., die in seinem Ermessen stand, gemäß § 448 ZPO zur Beseitigung von Zweifeln, ob und inwieweit durch die Lieferung von Wassermotoren der Provisionsrückstand ausgeglichen worden sei, den Beklagten eidlich zu vernehmen.

5) Zutreffend hat es auch das Berufungsgericht für unerheblich erachtet, ob der Beklagte bei einem Weiterverkauf der Wassermotoren, die er zur Abgeltung von 3 % seiner Provision erhalten hat, einen Gewinn erzielt hat. Maßgebend für die Anrechnung auf die Provisionsforderung war der von den Parteien zugrunde gelegte Preis, über dessen Errechnung keine Feststellungen getroffen zu werden brauchten. Sollte die Firma B. dem Beklagten die Motoren zum Herstellungspreis überlassen haben - ein Einkaufspreis, von dem die Revision spricht, kommt offensichtlich nicht in Frage, weil die Motore von der Firma B. hergestellt wurden -, so war ein beim Weiterverkauf erzielter Gewinn nicht auf die Provisionsforderung anzurechnen, weil diese dann nur in Höhe des Herstellungspreises durch die vereinbarte Leistung an Erfüllungsstatt getilgt wurde. Der Beklagte erhielt dadurch nicht mehr als 7 % Provision, wie die Revision meint, sondern 4 % in bar und 3 % durch eine in bestimmter Weise von den Parteien bewertete Ware.

6) Die Feststellung des Berufungsgerichts, am 1. April 1952 hätten tatsächlich noch Provisionsforderungen des Beklagten gegen die Firma B [REDACTED] bestanden, ist ohne die von der Revision gerügten Verfahrensverstöße getroffen worden. Die Zeugenaussagen ergaben nichts über einen vollständigen Ausgleich der Provisionsforderung im Jahre 1951. Das Berufungsgericht hat auch nicht die Grenzen der ihm durch § 448 ZPO gewährten Befugnis außer Acht gelassen, als es den Beklagten zur Ergänzung der erhobenen Beweise eidlich vernommen hat. Der Beklagte hatte durch das Gutachten des Sachverständigen, die vorgelegten Aufstellungen und die Zeugenaussagen bereits einigen Beweis für die Provisionsforderung erbracht. Die Klägerin, die die Beweisnachteile des Fehlens ordnungsmäßiger Buchführung der Firma B [REDACTED] als Miterbin des Alleininhabers zu tragen hat, besaß keine eigene Kenntnis der zu erweisenden Tatsachen.

7) Der Anspruch auf Zahlung der Provision wird auch nicht dadurch beeinträchtigt, daß die Klägerin gleichzeitig zur Herausgabe der zur Sicherheit übereigneten Maschinen verurteilt worden ist. Wie die Revision richtig hervorhebt, würde mit der Zahlung, also nicht mit der Verurteilung dazu, die Sicherungsübereignung hinfällig sein. Die Klägerin könnte also, wenn sie gezahlt hat, der Vollstreckung mit dem Ziele der Herausgabe der Maschinen mit einer Klage nach § 767 ZPO entgegentreten und damit auch einem Schadensersatzanspruch wegen Vereitelung der Herausgabe der Maschinen den Boden entziehen.

8) Der Beklagte hat auch den Provisionsanspruch nicht verwirkt. Er hat, wie das Berufungsgericht darlegt, nicht mit der Erhebung des Anspruchs übermäßig lange gezögert. Auch wenn die Klägerin von den Ansprüchen des Beklagten erst längere Zeit nach dem Erbfall Kenntnis erlangt hat und bei der Verfolgung ihrer Ansprüche gegen den Miterben von dem Nichtbestehen solcher Provisionsansprüche ausgegangen ist, so kann dies keinen Verstoß des Beklagten gegen Treu und Glauben durch zu spätes Hervortreten mit Ansprüchen gegen die Klägerin als Miterbin rechtfertigen.

III. Das Berufungsgericht führt aus, die Klägerin hatte für die Saldoforderung aus dem Kontokorrentverhältnis nach §§ 27 Abs. 1, 25 HGB unbeschränkt, weil sie und Winfried E. [REDACTED] als Erben des Inhabers der Firma B. [REDACTED] nach dem Erbfall das Unternehmen mit der Firma fortgeführt hätten. Daß im Betriebe nur Winfried E. [REDACTED] tätig geworden sei, habe keine Bedeutung. Die Teilungsanordnung im Testament, daß Karl, bzw. Winfried E. [REDACTED] das Geschäft erhalten und der Klägerin eine Abfindung zahlen solle, habe das Ausscheiden der Klägerin aus der Firma B. [REDACTED] nicht herbeiführen können. Die Klägerin habe auch nicht durch Vereinbarung mit Winfried E. [REDACTED] aus dem Unternehmen ausscheiden können. Die Vereinbarung sei als Teilauseinandersetzung unwirksam. Es fehle die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Die Revision meint, daß eine Fortführung des Geschäfts auch durch die Klägerin zu Unrecht angenommen worden sei, weil die Vereinbarungen der Miterben unmittelbar nach dem Erbfall darauf gerichtet gewesen seien, das Ausscheiden der Klägerin aus der Firma entsprechend der Teilungsanordnung herbeizuführen. Die Klägerin habe sich auch infolgedessen nicht um das Geschäft gekümmert. Der Revision ist nicht zu folgen.

Die Rechtsfolgen des § 27 HGB treten in der Person aller Erben nur ein, wenn das Geschäft von den Erben gemeinschaftlich fortgeführt wird. Wird nur ein einzelner Miterbe bei der Fortführung tätig, so kann eine Fortführung auch durch die übrigen Miterben vorliegen, wenn sie ihn ausdrücklich oder stillschweigend dazu bevollmächtigt haben. Führt der tätige Miterbe mit Wissen der übrigen Erben und unter deren Duldung das Geschäft weiter, so kann hierin bereits eine stillschweigende Bevollmächtigung liegen. Die Revision meint im Anschluß an das Urteil des erkennenden Senats vom 24. September 1959 (BGHZ 30, 391), eine solche stillschweigende Vollmacht scheide hier aus, weil die Teilungsanordnung nach den Behauptungen der Klä-

gerin unmittelbar nach dem Erbfall, wenn auch nicht durch Vornahme einer wirksamen Teilauseinandersetzung, so doch in tatsächlicher Hinsicht ausgeführt worden sei. Das Berufungsgericht habe zu Unrecht über die Behauptungen der Klägerin über eine solche Vereinbarung nach dem Erbfall keinen Beweis erhoben.

Zu Unrecht stellt es das Berufungsgericht allerdings darauf ab, ob eine wirksame Teilerbauseinandersetzung unmittelbar nach dem Erbfall bezüglich des Geschäfts stattgefunden hat. Für die Frage, ob eine stillschweigende Bevollmächtigung zur Fortführung des Geschäfts aus dem Verhalten eines Miterben entnommen werden kann, ist auch eine unwirksame Auseinandersetzung bezüglich des Geschäfts von Bedeutung. Die Behauptungen der Klägerin ergeben aber die Vornahme einer Auseinandersetzung über das Geschäft alsbald nach dem Erbfall im Wege mündlicher Vereinbarung zum Vollzuge der Teilungsanordnung nicht. Der Vortrag der Klägerin ging dahin, die Miterben seien sich darüber klar gewesen, daß die Klägerin sofort aus dem Geschäft ausscheiden solle, wenn auch die Auseinandersetzungsverträge erst später geschlossen werden sollten; die Klägerin habe mit der Firma wegen der Teilungsanordnung nichts zu tun haben wollen und geäußert, die Weiterführung sei nicht ihre Sache, sie habe im Geschäft nichts zu sagen und zu bestimmen, die Abwesenheitspflegerin solle mit ihrem Sohn so gut wie möglich weiter machen. Diese Sachdarstellung ließ nicht erkennen, daß die Klägerin erkennbar gemacht hat, sie sehe den durch seine Frau als Abwesenheitspflegerin vertretenen Karl E. [REDACTED] oder, falls er für tot erklärt werden würde, seinen Sohn als Alleininhaber des Geschäfts an, der es für seine Rechnung und mit der Befugnis, darüber zu verfügen, weiter betreiben solle. Ihr Auseinandersetzungs Guthaben war noch zu ermitteln und sicherzustellen. Es war nach ihrem Vortrag in Aussicht genommen, einen Auseinandersetzungsvertrag zu schließen. In diesen ist dann die Bestimmung aufgenommen worden, daß die Firma ab 1. April 1952 auf den Miterben unter Gewährung von Sicherheiten für den auf 50 000 DM berechneten Abfindungsanspruch der

Klägerin übertragen werde. Die Behauptung, sie sei "sofort ausgeschieden" konnte daher nur dahin verstanden werden, daß sie die tatsächliche Führung des Geschäfts dem Miterben überlassen, nicht aber sich damit einverstanden erklärt hat, daß er ohne Sicherstellung ihrer Ansprüche der allein am Geschäft Berechtigte sein solle, der es auf seine Rechnung fortführe. In dem in BGHZ 30, 391 entschiedenen Fall hatten die Miterben bereits vor dem Nacherbfall vereinbart, das Baugeschäft des Erblassers solle zu diesem Zeitpunkt mit allen Aktiven und Passiven in den Besitz eines Nacherben übergehen und dieser hatte das Geschäft weitergeführt. Das Verhalten der übrigen Nacherben konnte unter diesen Umständen nicht dahin gedeutet werden, sie hätten dem übernehmenden Nacherben eine Vollmacht zur Weiterführung auch für sie erteilt. Hier blieb, auch wenn das Vorbringen der Klägerin als richtig unterstellt wird, das Geschäft nach ihrer Vorstellung und ihrem Verhalten zunächst Bestandteil des Nachlasses und sollte nicht in die alleinige Verfügungsgewalt des anderen Miterben übergehen, der es somit zunächst für beide Miterben als die Berechtigten fortzuführen hatte. Ob sich die Klägerin um die Führung des Geschäfts nicht gekümmert hat, war für die Frage, ob es nach ihrer Vorstellung zunächst Bestandteil des Nachlasses blieb und ob sie mit einer Weiterführung für die Erbengemeinschaft einverstanden war, ohne Belang.

Mit Recht hat daher das Berufungsgericht der Klägerin den Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung (§ 780 ZPO) versagt.

IV. Auch die Angriffe der Revision gegen die Verurteilung der Klägerin zur Herausgabe der Maschinen sind nicht begründet. Ob für das Eigentum der Klägerin eine Vermutung nach § 1006 BGB sprach, kann dahingestellt bleiben, denn das Berufungsgericht erachtet den Beweis, daß der Beklagte das Eigentum erworben und nicht an die Klägerin verloren hat, für geführt. Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, der Beklagte habe das Sicherungseigentum durch den Vertrag vom 18./20. April 1951 erworben. Die Vereinbarung

eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt hat (§ 930 BGB), ist vom Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum festgestellt worden. Das Berufungsgericht hat den schriftlichen Vertrag ohne unzulässige Erweiterung des Vertragsinhaltes in Verbindung mit den Vorverhandlungen dahin ausgelegt, daß die Parteien sich darüber einig gewesen seien, die Maschinen sollten leihweise weiter bei der Firma B. verbleiben. So ist die Wendung, daß ein Leihverhältnis vereinbart werden sollte, zu verstehen. Trotz der fehlenden Angabe eines bestimmten Besitzmittlungsverhältnisses im schriftlichen Vertrag konnte ein solches als stillschweigend vereinbart betrachtet werden. Die Vereinbarungen der Parteien, wie sie sich aus dem schriftlichen Vertrag und den Vorverhandlungen ergaben, sind vom Berufungsgericht unbedenklich dahin ausgelegt worden, die Firma B. habe die Drehbänke unentgeltlich solange weiter benutzen dürfen, bis sie der Beklagte herausverlangte, um sich wegen seiner Forderung aus ihnen zu befriedigen. Das genügt für ein konkretes Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 BGB (vgl. RGZ 132, 183, 186).

V. Das Berufungsgericht hat auch nicht bei der Prüfung der Frage, ob der Vertrag tatsächlich abgeschlossen worden ist, die Beweislast verkannt. Es hat bei seiner Beweiswürdigung nach § 286 ZPO keine Beweislücke zu Lasten der nicht beweispflichtigen Klägerin ausgefüllt, wenn es aus der Tatsache, daß der Zeuge K. seinerzeit die Frage, ob Rechte Dritter an den Gegenständen bestünden, stets verneint hat, nicht folgert, ein Sicherungsübereignungsvertrag sei nicht geschlossen worden. Ob das Berufungsgericht den anderweit als geführt erachteten Beweis des Abschlusses durch die Äußerungen K. als widerlegt ansehen wollte, unterlag seiner freien Beweiswürdigung. Die Erwägungen des Berufungsgerichts über den Inhalt und die Glaubwürdigkeit der Aussagen der Zeugen V. und K. betreffen ebenfalls die Beweiswürdigung und können mit den Ausführungen der Revision nicht erfolgreich bekämpft wer-

den. Das Vorbringen der Klägerin, die Firma B [REDACTED] habe damals 100 000 DM Vermögen und eine Sicherungsübereignung nicht nötig gehabt, konnte vom Berufungsgericht angesichts der sonstigen Beweise für eine rückständige Provisionsforderung und das Fehlen liquider Mittel für ihre Begleichung als bedeutungslos betrachtet werden. Eine ausdrückliche Erörterung dieses Vorbringens konnte unterbleiben.

VI. Zutreffend hat auch das Berufungsgericht einen gutgläubigen Erwerb des Eigentums an den beiden Drehbänken durch die Klägerin auf Grund der Erbaueinandersetzungsverträge verneint. Zu Unrecht will die Revision aus der Anwendung des § 857 BGB etwas anderes herleiten. Die Erbengemeinschaft nach Franz E [REDACTED] hat durch die Erbaueinandersetzungsverträge das Geschäft der Firma B [REDACTED] an Karl (bzw. W [REDACTED]) E [REDACTED] übertragen und damit auch beabsichtigt, ihm die Maschinen zu übereignen, von denen angenommen wurde, daß sie im Eigentum des Erblassers standen. Karl E [REDACTED] hat bereits mit dem Erbfall gemäß § 857 BGB vom Erblasser den unmittelbaren Mitbesitz erworben und diesen auch durch seine Abwesenheitspflegerin tatsächlich ergriffen. Ferner hat ihm die Klägerin ihren unmittelbaren Mitbesitz gemäß § 857 BGB dadurch übertragen, daß sie ihm die alleinige Führung des Geschäfts überlassen hat (§ 854 Abs. 2 BGB). Karl E [REDACTED] wurde damit unmittelbarer Alleinbesitzer (und zugleich Besitzmittler für die Erbengemeinschaft; vgl. Wolff/Raiser, Sachenrecht § 9 Anm. 6). Ein gutgläubiger Erwerb des Eigentums an den Maschinen durch Karl E [REDACTED], der sich bei der Erbaueinandersetzung bereits im Besitz der Maschinen befand, gemäß §§ 929 Satz 2, 932 Abs. 1 Satz 2 BGB war bereits deshalb ausgeschlossen, weil er den Besitz nicht von der verfügenden Nichtberechtigten, der Erbengemeinschaft, sondern vom Erblasser und von der Miterbin erlangt hatte. Es bedarf keiner Erörterung, ob die bei der Anwendung des § 892 BGB für den Erwerb des Eigentums an Grundstücken vom Nichteigentümer anerkannten Grundsätze, nach denen ein Schutz des guten Glaubens des Erwerbers

nur bei echten Verkehrsgeschäften, nicht aber z.B. bei der Übertragung des Eigentums durch eine Gesamthandsgemeinschaft auf einen Gesamthänder stattfindet (vgl. RGZ 129, 119), auch bei der Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen heranzuziehen sind. Der Schutz des guten Glaubens entfällt hier bereits deshalb, weil ein Rechtschein des Besitzes für den Veräußerer, wie er für die Anwendung des § 932 BGB Voraussetzung ist, nicht bestanden hat. Karl E. [REDACTED] wollte sodann das Eigentum an den Maschinen der Klägerin zur Sicherheit für ihren Abfindungsanspruch übertragen. Diese Übereignung sollte sich nach § 930 BGB vollziehen, weil die Maschinen im Geschäft weiter verwendet werden sollten. Ein Schutz des guten Glaubens bei dieser Veräußerung kommt nicht in Betracht, weil die Maschinen auch später der Klägerin vom Veräußerer nicht übergeben worden sind (§ 933 BGB).

VII. Da auch sonst kein Rechtsirrtum des Berufungsgerichts zum Nachteil der Klägerin zutage tritt, war die Revision als unbegründet zurückzuweisen. Die Klägerin hat die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels gemäß § 97 ZPO zu tragen.

Dr. Haidinger

Dr. Fischer

Dr. Nörr

Dr. Haager

Liesecke