

V. ZR 128 / 50

Verkündet
28. Juni 1951

ett, Justizangest.

Urkundsbesitzer der
Geschäftsstelle.

Im Namen des Volkes :

In dem Rechtsstreit

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr.

g e g e n

1. _____

2.

3. a)
b)
c)
d)
e)
f)
g)
h)
i)
k)

4.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Justizrat

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 14. Juni 1951 unter Mit-

wirkung der Bundesrichter Dr.Lersch, Raske, Dr.Hartz,
Johannsen und Dr.Kregel

für Recht erkannt:

- . Das Urteil des 3.Zivilsenats des Hanseatischen
Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 9.November 1950
wird aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Ver-
handlung und Entscheidung, auch über die Kosten
der Revision, an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen.

Von Rechts wegen.

Tatbestand:

Am 5.Mai 1924 verstarb zu Hamburg der Kaufmann
Gustav D [REDACTED]. Zur Zeit seines Todes war er ne-
ben seinem Bruder Dr.Heinrich D [REDACTED] Mitinha-
ber der offenen Handelsgesellschaft in Firma Theodor
W [REDACTED] in Hamburg. Diese Firma war an den Firmen Theo-
dor W [REDACTED] & Co. in Santos/Sao Paulo und Rio de Janeiro
beteiligt. Die offene Handelsgesellschaft in Firma
Theodor W [REDACTED] wurde nach den Bestimmungen des Gesell-
schaftsvertrages durch den Tod des Erblassers aufge-
löst und von dem Teilhaber Dr.Heinrich D [REDACTED]
als Einzelkaufmann weitergeführt. Gustav D [REDACTED]
[REDACTED] hinterliess ein am 29.Juni 1922 errichtetes Te-
stament. Hierin setzte er seinen Adoptivsohn Carlos
Frederico D [REDACTED] bezüglich eines Drittels sei-
nes Nachlasses zum Miterben ein. Weitere Miterben zu
einem weiteren Drittel sollten der Bruder und Mitge-
sellschafter des Erblassers Dr.Heinrich D [REDACTED]
(zu 1/5 des zweiten Drittels, also zu 1/15 des Gesamt-

- 3 -

nachlasses) und bezüglich des Restes dieses Drittels Neffen und Nichten des Erblassers sein. Hinsichtlich des letzten Drittels des Nachlasses bestimmte der Erblasser, dass daraus ein Betrag von 6.000.000 Mark und 600 Contos durch die von ihm eingesetzten Testamentsvollstrecker verwaltet und die Einkünfte zur Bestreitung von einer Reihe von im Testament ausgesetzten Rentenvermächtnissen verwandt werden sollten. Ausserdem sollten aus dem letzten Drittel des Nachlasses verschiedene andere Vermächtnisse entrichtet werden. In dem dieses Drittel betreffenden § 4 des Testaments hatte der Erblasser weiter bestimmt, dass beim Wegfall der Rentenvermächtnisse durch das Ableben der Bedachten "der dadurch freigewordene Kapitalbetrag" seinem Sohne Carlos Frederico D. [REDACTED] zufallen sollte. In § 4 ist schliesslich angeordnet, dass die Testamentsvollstrecker befugt sein sollten, soweit das letzte Drittel des Nachlasses und der Einkünfte daraus nicht für die Erfüllung von Vermächtnissen benötigt sein sollte, nach ihrem Ermessen Beträge für wohltätige Zwecke zu bestimmen und zu verteilen und auch diese Beträge zu erhöhen.

Nach § 5 des Testaments sollten die Gesellschaftsverträge des Erblassers in jeder Hinsicht, namentlich auch in bezug auf die Auszahlung des Kapitals für die Erben bindend sein. Ferner hatte der Erblasser angeordnet, dass Dr. Heinrich D. [REDACTED] seinen Erbteil und Carlos Frederico D. [REDACTED] und die zu Erben eingesetzten Neffen und Nichten die Hälfte der ihnen zufallenden Erbteile in der Firma Theodor W. [REDACTED] belassen sollten.



Zur Erfüllung der in § 4 des Testaments getroffenen Anordnungen des Erblassers errichteten die Testamentsvollstrecker am 19. Mai 1925 die Gustav D. Stiftung, die Klägerin. Diese Stiftung wurde durch Beschluss des Senates der Hansestadt Hamburg vom 3. Juni 1925 als rechtsfähige Stiftung anerkannt. Durch Urkunde vom 8. Juli 1925 übertrugen die Testamentsvollstrecker "das ganze Drittel des Nachlasses, über den der Testator in § 4 seines Testaments vom 29. Juni 1922 verfügt hat, auf die Klägerin mit der Auflage, die in § 4 des Testaments vom 29. Juni 1922 und in den Nachträgen hierzu angeordneten Vermächtnisse und Legate zu erfüllen, soweit die Testamentsvollstrecker zu ihrer Erfüllung verpflichtet sind oder ihre Erfüllung auf Grund der ihnen im letzten Absatz des § 4 des Testaments erteilten Befugnis anordnen, sowie die Abgaben auf diese Vermächtnisse und / oder Legate zu entrichten".

Ziff 5 der Stiftungsurkunde der Klägerin trifft folgende Bestimmung über die Verwaltung des Stiftungsvermögens:

"Solange die Firma Theodor W., H., besteht, soll das Kapital der Stiftung bei dieser zu 5 % p.a. verzinslich stehen. Im Falle die Firma nicht geneigt ist, das Kapital weiter zu behalten, oder im Falle sie sich auflöst, haben die Verwalter nach ihrem sorgfältigen Ermessen hinsichtlich der Sicherheit und Wertbeständigkeit der Anlage über die Belegung zu entscheiden."

In den Büchern der Firma Theodor W. [REDACTED] wurden unter dem 7. Juli 1926 zugunsten der Klägerin folgende Eintragung vorgenommen:

"An Übertrag von Gustav D. [REDACTED]
Nachlass per 31. August 1926 Mark 900.000,--".

Am 20. April 1942 verstarb Dr. Heinrich D. [REDACTED]. Seine Erben sind die Beklagten zu 3. Diese führten die Firma Theodor W. [REDACTED] fort. Am 1. März 1943 wurde die Firma in eine Kommanditgesellschaft, die Beklagte zu 1, umgewandelt. Persönlich haftender Gesellschafter wurde der Beklagte zu 2, während die Beklagten zu 3 als Kommanditisten beteiligt waren.

Am Währungsstichtag betrug das Guthaben der Klägerin bei der Beklagten zu 1 RM 841.999,44.

Die Parteien streiten darum, wie dieses Guthaben der Klägerin bei der Beklagten zu 1 umzustellen sei. Die Klägerin ist der Ansicht, es handle sich um eine Forderung aus dem Vermächtnis oder der Auseinandersetzung zwischen einem Vermächtnisnehmer oder Erben und der Gesamtheit der Erben und zugleich um eine solche aus der Auseinandersetzung zwischen Gesellschaftern, nämlich der Gemeinschaft der Erben des Erblassers und dessen Mitgesellschafter Dr. Heinrich D. [REDACTED], da die Forderung zur Erfüllung des Vermächtnisses an die Klägerin abgetreten sei. Die Beklagten zu 3 hafteten für die Verbindlichkeit auch als Erben des Dr. Heinrich D. [REDACTED]. Die Klägerin meint deshalb, ihr Anspruch sei nach § 18 Abs 1 Ziff 3 UmstG im Verhältnis 1 : 1 von RM auf DM umzustellen, und die ihr zukommenden Zinsen seien nach

dem Betrag von 841.999,44 DM zu berechnen. Mit der Klage hat die Klägerin beantragt,

- 1) die Beklagte zu 1 zu verurteilen, der Klägerin für die Zeit vom 21. Juni 1948 bis zum 30. Juni 1949 Abrechnung über ihr Konto mit der Maßgabe zu erteilen, dass ihr 5 % jährliche Zinsen von einem Ausgangsbetrag von DM 841.999,44 gutgebracht werden,
- 2) die Beklagten zu 1 - 3 als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin das aus der Abrechnung ersichtliche Zinsguthaben zu zahlen,
- 3) die Beklagten zu 4a und 4b zu verurteilen, die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut ihrer Ehefrauen, der Beklagten zu 3 b und 3 c zu dulden.

Die Beklagten haben beantragt,
die Klage abzuweisen.

Die Forderung von 900.000 RM, mit der die Klägerin am 7. Juli 1926 in den Büchern der Firma Theodor W. [REDACTED] erkannt worden sei, rühre aus einem Gesamtguthaben her, das die Testamentsvollstrecker des Erblassers durch Versilberung des Nachlasses allmählich bei der Firma Theodor W. [REDACTED] angesammelt hätten. Das Auseinandersetzungsguthaben der Gesellschaft sei allein durch das Socio-Konto des Erblassers dargestellt worden, das per 30. Juni 1924 mit 322.052,85 RM bewertet worden sei. Hiervon sei ein Drittel für die Klägerin abgezweigt und auf das Konto übertragen worden. Der Betrag von 900.000,-- RM habe sich aus der Veräußerung von Wertpapieren ergeben, die nicht gesellschaftlich

gebundenes Vermögen der Firma, sondern Privatvermögen des Erblassers gewesen seien. Das gleiche gelte auch von dem übrigen Privatvermögen des Erblassers, insbesondere aus den Einkünften von Rimessen, die über die Gesellschaft gelaufen und von dieser zugunsten der Klägerin verbucht worden seien. Die Firma Theodor [REDACTED] habe dabei nur die Stellung einer "Familienbank" eingenommen. Es könne daher gegen die Beklagte zu 1 nur eine im Verhältnis 10 : 1 umgestellte Forderung entstanden sein. Die Beklagten zu 3 bestreiten, dass sie als Erben in Anspruch genommen werden können. Die Klägerin habe dem Übergang der Schuld auf die Beklagte zu 1 als Kommanditgesellschaft nicht widersprochen. Die Eintragung der Kommanditgesellschaft sei veröffentlicht worden. Die Klägerin habe auch nicht erklärt, dass sie die Beklagten zu 3 als unbeschränkt haftbar ansehe.

Die Klägerin hat sich gegen diese Ausführungen der Beklagten gewandt. Das gesamte Vermögen Gustav D. [REDACTED] sei in die Firma eingebracht worden. Die Wertpapiere des Erblassers seien zwar in den Büchern der Firma mit [REDACTED] als Privatvermögen des Gustav D. [REDACTED] bezeichnet gewesen. Es habe sich dabei jedoch um Gegenstände gehandelt, die der Gesellschaft zur Benutzung überlassen worden seien und zur Stärkung ihrer Kapitalkraft beitragen sollten. Der Erlös aus der Veräußerung der Wertpapiere müsse daher zu dem Gesellschaftsvermögen gerechnet werden, das der Auseinandersetzung unterlegen habe.

Das Landgericht in Hamburg hat durch Urteil vom 13. Juni 1950 die Klage abgewiesen, weil durch Novation eine neue Forderung geschaffen worden sei und zwischen der Forderung aus Vermögensanlage und der Forderung aus Auseinandersetzung keine natürliche Verbindung mehr bestehe.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin, mit der sie ihren Klagantrag weiter verfolgte, zurückgewiesen.

Gegen das Urteil des Oberlandesgerichts hat die Klägerin Revision eingelegt mit dem Antrag,

unter Aufhebung des angefochtenen Urteils nach den Schlussanträgen der Klägerin in der Berufungsinstanz zu erkennen,
hilfsweise die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Die Beklagten haben um Zurückweisung der Revision gebeten.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat festge stellt, dass die der Klägerin zustehende Forderung keine Vermächtnisforderung ist und auch nur zu einem Teil den Charakter einer Forderung aus der Auseinandersetzung unter Gesellschaftern gehabt hat. Aber auch insoweit hat sie nach Ansicht des Berufungsgerichts das Umstellungsprivileg nach § 18 Abs 1 Ziff 3 UmstG verloren. Die von dem Berufungsgericht hierzu gemachten Rechtsausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum.

Die Revision vertritt allgemein die Ansicht, dass § 18 Abs 1 Ziff 3 UmstG weit auszulegen und die Auseinandersetzung im Sinne dieser Vorschrift als Einheit aufzufassen sei. Bei der danach zu fordernden wirtschaftlichen Betrachtungsweise sei die Klägerin nur ein Mittel zum Zweck der Auseinandersetzung zwischen Gesellschaftern, Miterben und Vermächtnisnehmern gewesen. Da sowohl die Ansprüche der Vermächtnisnehmer gegen die Erben, die Ansprüche der Erben untereinander aus der Erbauseinandersetzung und die Ansprüche aus der Auseinandersetzung der Gesellschafter umstellungsbevorrechtigt seien, müsste auch die Forderung der Klägerin schlechthin dieses Privileg genießen.

Obwohl es zutreffend ist, dass der Begriff Auseinandersetzung im § 18 Abs 1 Ziff 3 UmstG weit auszulegen ist und dass für seine Auslegung wirtschaftliche Gesichtspunkte maßgebend sein können, vermag der Senat der Revision doch insoweit nicht zu folgen.

Die Revision legt der Errichtung der Klägerin durch die Testamentsvollstrecker eine Bedeutung bei, die ihr nicht zukommt. Die Klägerin wurde errichtet zur Erfüllung der in § 4 des Testaments angeordneten Vermächtnisse. Aus diesem Grunde wurde sie mit einem Vermögen ausgestattet, das einem Drittel des Wertes des Nachlasses entsprach. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass sowohl die Klägerin als auch alle sonstigen Beteiligten, insbesondere die Vermächtnisnehmer, mit dieser Regelung einverstanden gewesen sind. Es ist rechtlich unbedenklich, wenn das Berufungsgericht diese Vorgänge dahin würdigt, dass die Klägerin

Die Erfüllung der sich gegen die Erben richtenden Vermächtnisforderungen an ihrer Stelle übernommen hat. Es kann dahingestellt bleiben, ob, wie das Berufungsgericht annimmt, eine befreiende Schuldübernahme (§ 415 BGB) vorgelegen hat, weil die beteiligten Vermächtnisnehmer damit einverstanden waren. Denn selbst wenn man einen anderen Standpunkt einnimmt, ist es rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommt, Vermächtnisforderungen seien auf die Klägerin nicht übergegangen. Sowohl rechtlich wie wirtschaftlich ist zu scheiden zwischen diesen Forderungen und dem Vermögen, aus dem sie erbracht werden sollen. Das, was der Klägerin durch die Stiftung zugedacht war, war das Vermögen, das neben anderen Zwecken auch zur Erfüllung der von dem Erblasser ausgesetzten Vermächtnisse dienen sollte. Träger der Vermächtnisforderungen blieben nach wie vor die Vermächtnisnehmer, sei es, dass die Klägerin die Verbindlichkeit aus diesen Vermächtnissen mit befreiender Wirkung übernommen hatte, sei es, dass sie nur den mit den Vermächtnissen Belasteten oder den Testamentsvollstreckern gegenüber zur Erfüllung verpflichtet war. Wenn man die Stiftung mit der Revision als ein "technisches Mittel" ansehen will, dann war es ein solches der Schuldner der Vermächtnisse, nicht aber der Vermächtnisnehmer.

Nach § 82 BGB waren die Testamentsvollstrecker als Errichter der Stiftung verpflichtet, das in dem Stiftungsgeschäft zugesicherte Vermögen auf die Klägerin

zu übertragen. Diese Verpflichtung erfüllten sie in der Weise, dass der Klägerin Forderungen gegen die Firma Theodor W. in Höhe von $\frac{1}{3}$ des Nachlasswerts zugewandt wurden. Dadurch wurde wirtschaftlich gesehen ein Teil des Nachlasses abgeschichtet, der der Befriedigung der Vermächtnisnehmer und der vom Erblasser in § 4 des Testaments weiter bestimmten Zwecke dienen sollte. Die Klägerin ist als juristische Person ins Leben gerufen und mit diesem abgeschichteten Vermögen ausgestattet worden. Der Zweck dieser Maßnahme war gerade der, die Erbauseinandersetzung und die Ausschüttung der den Erben zugedachten Nachlasswerte zu ermöglichen und zu vollziehen. Diese Maßnahmen sind auch mit der Abschichtung des Vermögens vollzogen worden. Damit hat die Klägerin wirtschaftlich gesehen eine gegenüber der Erbengemeinschaft selbständige Stellung eingenommen. Die Aufgaben, die sie noch zu erfüllen hat, sind wirtschaftlich betrachtet nicht mehr Aufgaben der Erben, sondern ihre eigenen. Die Ansprüche, die sie gegen die Beklagte geltend macht, sind gleichfalls rechtlich und wirtschaftlich ihre eigenen Ansprüche. Für die Frage, wie diese Ansprüche umzustellen sind, können daher nicht die allgemeinen Erwägungen, die zur Errichtung der Klägerin geführt haben, sondern nur die Rechtsnatur der einzelnen Forderungen maßgebend sein.

Erörterungen über die Rechtsnatur der Forderungen der Klägerin würden sich allerdings dann erübrigen,

wenn auch ursprünglich umstellungsprivilegierte Forderungen diesen Charakter in der Person der Klägerin verloren haben. Diese Schlussfolgerung kann jedoch entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auf Grund der dort getroffenen tatsächlichen Feststellungen nicht gezogen werden.

Sollten die Forderungen im Wege der Abtretung auf die Klägerin übergegangen sein, so hätten sie dadurch, falls sie vor der Abtretung umstellungsbevorrechtigt waren, diesen Charakter nicht verloren. Die Abtretung lässt grundsätzlich den ursprünglichen Schuldgrund, der für das Umstellungsverhältnis maßgebend ist, unberührt (vgl. Harmening-Duden, Währungsgesetz § 18 Anm 19; Binder-Wetter-Reinbothe, Umstellungsgesetz § 18 Anm 96; Däubler DRZ 1949, 3).

Der Ansicht des Berufungsgerichts, dass auch ursprünglich umstellungsprivilegierte Forderungen der Klägerin diese Bevorzugung dadurch verloren haben, dass sie jetzt in einer Gesamtforderung aufgegangen seien und damit ihre rechtliche Selbständigkeit verloren hätten, kann nicht beigetreten werden.

Das Umstellungsgesetz enthält keine Bestimmungen darüber, unter welchen Voraussetzungen eine durch Auseinandersetzung begründete Forderung diesen Charakter und damit das Umstellungsprivileg verliert. Wie bereits erwähnt, ist allgemein anerkannt, dass die Abtretung an eine nicht an der Auseinandersetzung beteiligte Person das Wesen der Forderung nicht berührt. Dass auch die Schuldübernahme für die Frage der Um-

stellung grundsätzlich ohne Bedeutung sei, ist die Ansicht von Däubler DRZ 1949, 3. Öfter ist die Frage erörtert worden, ob die Umwandlung der Forderung in ein Vereinbarungsdarlehen (§ 607 Abs 2 BGB) oder die Schuldumschaffung (Novation) d.h. die Ersetzung der ursprünglichen Forderung durch eine neue das Umstellungsvorrecht beseitige. Harmening-Duden aaO § 18 Anm 19 vertreten die Ansicht, dass die Bevorzugung nicht mehr gelte, wenn die Auseinandersetzungsforderung in eine solche anderer Art umgewandelt sei. Sie schränken die Allgemeinheit dieses Satzes jedoch dadurch ein, dass sie ausführen, dies sei nur bei eindeutiger Umgestaltung des Rechtsverhältnisses anzunehmen, die der Tilgung der alten und der Begründung einer neuen Forderung im wesentlichen gleichkomme. Einige Schriftsteller wollen eine novierte Schuld im Verhältnis 10 : 1 umstellen (Boesebeck NJW 1947/8, 509 [512]; Spengler ebenda S 643 [646]). Den gegenteiligen Standpunkt vertreten Bergmann NJW 1947/8, 405 [408]; v. Caemmerer SJZ 1948, 497 [512]; Binder-Wetter-Kleinbothe § 18 Anm 95). Däubler DRZ 1949, 4 ist der Ansicht, dass das Umstellungsprivileg dann erhalten bleibe, wenn durch die Umwandlung die natürliche Verbindung mit der Auseinandersetzung nicht gestört sei. Es komme darauf an, ob die Forderung nach der Verkehrsanschauung noch als Auseinandersetzungsforderung angesehen werden könne. In der Rechtsprechung wird dieser Standpunkt vom OLG Düsseldorf in NJW 1950, 353 vertreten.

§ 18 Abs 1 Ziff 3 UmstG hat sein Vorbild in den Vorschriften der §§ 10 Abs 1 Ziff 2 und 63 Abs 2 AufwGes, die für Auseinandersetzungsforderungen ein Aufwertungsprivileg schufen. In RGZ 113, 201 [2057] hat das Reichsgericht entschieden, dass eine Vereinbarung nach § 607 Abs 2 BGB nicht genüge, um einem Anspruch aus einem Gesellschaftsvertrag seinen ursprünglichen Rechtscharakter zu nehmen. Hierzu bedürfe es einer Novation, durch die das alte Schuldverhältnis völlig beseitigt und durch ein neues ersetzt werde (vgl auch Hügel, Aufwertungsgesetz 5. Aufl S 921). In RGZ 126, 230 wird die Ansicht vertreten, bei § 10 AufwGes komme es nicht auf das jetzige Wesen der Forderung an, sondern darauf, ob sie auf einer bestimmten Beziehung beruhe. In § 10 sei nicht das Erfordernis des rechtlichen Zusammenhangs aufgestellt. Ein geschichtlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang genüge.

Der Ansicht, dass nicht nur auf die Rechtsform, sondern auch auf den Ursprung und den inneren Zusammenhang der Geldforderung mit einer Auseinandersetzung abzustellen sei, also auch auf wirtschaftliche Gesichtspunkte, ist auch für die Auslegung des § 18 Abs 1 Ziff 3 UmstG der Vorzug zu geben. Das Umstellungsprivileg beruht nicht auf währungspolitischen Gründen, sondern kann nur aus Billigkeitserwägungen erklärt werden. Ob im einzelnen Fall die Parteien eine Schuldersetzung oder bloss die Veränderung des alten Schuldverhältnisses wollten, ist oft schwierig zu entscheiden. Die Schuldersetzung stellt wirtschaft-

lich auch nur eine Schuldumwandlung dar. Im Zweifel wird auch rechtlich nur die letztere gewollt sein (vgl hierzu Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht 11. Bearb. § 75 II, III).

Die Umstände, aus denen das Berufungsgericht den Wegfall des Umstellungsprivilegs folgert, reichen nicht aus, um den rechtlichen Charakter der der Höhe nach noch festzustellenden Teilforderungen der Auseinandersetzung zu ändern. Dass die gesamten, auf verschiedenen Rechtsgründen beruhenden Forderungen der Klägerin in den Büchern der Beklagten zu 1 viele Jahre als Teile einer einheitlichen Gesamtforderung erscheinen, berührt ihre rechtliche Selbständigkeit nicht. Hier handelt es sich um einen buchungstechnischen Vorgang, der nur dann rechtliche Bedeutung gewinnt, wenn ihm ein eigentlicher oder uneigentlicher Kontokorrentvertrag zugrunde liegt (§ 355 HGB). In dieser Hinsicht ist von den Parteien nichts vorgetragen und vom Berufungsgericht auch nichts festgestellt worden. Es kann auch nicht darauf abgestellt werden, dass dies die Klägerin gewusst und gebilligt habe, wie die Revisionsbeantwortung meint. Wird für einen Gläubiger ein Konto in den Büchern seines Schuldners eröffnet, so wird dieses mit allen Beträgen aus Forderungen oder Leistungen des Gläubigers erkannt, dagegen mit Leistungen des Schuldners belastet. Wird dieses Konto periodisch saldiert und der Saldo auf die neue Rechnungsperiode vorgetragen, so fließen die verschiedenen "Rechnungsposten" notwendig in einen

einheitlichen Betrag zusammen. Damit verlieren die einzelnen Vorgänge nicht ihre rechtliche Selbständigkeit, es sei denn, dass die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart haben, an die Stelle der einzelnen Forderungen solle eine einheitliche Forderung treten. Ob die Begründung eines echten Kontokorrentverhältnisses überhaupt möglich war, erscheint schon um deswillen ausgeschlossen, weil sich aus dem Vorbringen der Parteien nicht ergibt, dass eine Geschäftsverbindung vorliegt, aus der beiderseits Forderungen entstehen und ausgeglichen werden sollten (vgl. Staub, HGB 14. Aufl. § 355 Anm. 8; Heymann-Kötter 20. Aufl. § 355 Anm. 1). Vielmehr beruht die Veränderung des Kontos darauf, dass auf der einen Seite die Klägerin mit Beträgen erkannt wurde, die ihr aus der Auseinandersetzung mit der Firma und aus der Ver Silberung des Nachlasses des Erblassers zufließen, und auf der anderen Seite mit Zahlungen belastet wurde, die die Firma Theodor W. für ihre Rechnung oder an sie selbst geleistet hat.

Demnach kommt es darauf an festzustellen, welche Rechtsnatur die einzelnen Forderungen haben, die den Gesamtbetrag der Forderung der Klägerin ausmachen. Im Verhältnis 1 : 1 umzustellen wären die Forderungen der Klägerin hier insoweit, als es sich um Forderungen der Vermächtnisnehmer gegen die Erben und aus der Auseinandersetzung zwischen Miterben oder zwischen Gesellschaftern handeln würde.

Dass an die Klägerin keine Forderungen der Vermächtnisnehmer abgetreten sind, hat das Berufungsgericht rechtlich bedenkenfrei festgestellt.

Die Revision rügt zwar, das Berufungsgericht sei unter Verletzung des § 286 ZPO zu dem Ergebnis gelangt, dass der Klägerin eine Vermächtnisforderung nicht zugestanden habe. Nach § 4 des Testamentes habe der Erblasser angeordnet, dass wenn der Betrag von sechs Millionen Mark und 600 Contos ganz oder teilweise durch Ableben der Legatäre frei werde, der freigewordene Kapitalbetrag seinem Sohn Carlos Frederico D. [REDACTED] zufallen solle. Soweit Carlos Frederico D. [REDACTED] Anspruch auf dieses Nachlassdrittel gehabt habe, sei er Vermächtnisnehmer gewesen. Es habe ihm gegen die Erben nach dem jeweiligen Ableben der Rentenberechtigten ein Anspruch auf Auszahlung des jeweilig freiwerdenden Kapitalbetrags zugestanden. Diesen Anspruch habe der Sohn des Erblassers auf die Klägerin übertragen. Bereits in der Klageschrift sei vorgetragen worden, dass Carlos Frederico D. [REDACTED] zu Gunsten der zu errichtenden Stiftung auf den vorgesehenen Anfall etwa erledigter Legate verzichtet habe. Auf diese Abmachungen mit dem Sohn des Erblassers sei auch in dem Schriftsatz vom 22. Dezember 1949 - Bl 30 Gera - hingewiesen worden. In der mündlichen Verhandlung vor dem OLG habe die Klägerin vorgetragen, sie sei Rechtsnachfolger des Sohnes des Erblassers. Zum Beweis hierfür werde auf das Zeugnis des Rechtsanwalts Dr. B. [REDACTED] - M. [REDACTED] Bezug genommen. Das Ober-

landesgericht sei, wenn ihm das in den Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung Vortragene nicht ausreichend erschienen sei, verpflichtet gewesen, von seinem Fragerecht Gebrauch zu machen und die Klägerin zum weiteren Vortrag über Einzelheiten der Übertragung aufzufordern. Die Klägerin hätte dann eine Vereinbarung zwischen Carlos Frederico D. [REDACTED] und dem Testamentsvollstrecker Dr. B. [REDACTED] vom 24. Mai 1924 vorgelegt, wonach der erstere auf den Anfall der erwähnten Rechte verzichtet und den Anfall den Testamentsvollstreckern zu Stiftungszwecken zur Verfügung gestellt habe.

Diese Rüge ist nicht begründet. Soweit es sich um das angebliche Vorbringen der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht handelt, kann Beweis dafür nur durch das Sitzungsprotokoll oder den Tatbestand des Urteils erbracht werden (§ 314 ZPO). Aber auch das Vorbringen der Klägerin in erster Instanz gab dem Berufungsgericht keine Veranlassung, ein Fragerecht nach § 139 ZPO auszuüben. Die Erklärung in der Klageschrift, dass Carlos Frederico D. [REDACTED] auf seine Rechte zu Gunsten der Klägerin verzichtet habe, war eindeutig und bedurfte keiner Ergänzung. In dem Schriftsatz vom 22. Dezember 1949 - Bl 32 Gera - hatte die Klägerin zwar auf Abmachungen mit dem Genannten hingewiesen, die im Zusammenhang mit der Errichtung der Stiftung getroffen worden seien. Im Hinblick darauf, dass der Inhalt der Abmachung aber bereits in

der Klageschrift genannt war, konnte auch dieser Vortrag für die Vorinstanzen keinen Grund bieten, der Klägerin eine Ergänzung ihrer Erklärung aufzugeben. Unterstellt, dass Carlos Frederico D. [REDACTED] Vermächtnisnehmer hinsichtlich der ihm in § 4 des Testaments zugewandten Kapitalbeträge war, so konnte die Behauptung der Klägerin doch keinen anderen Sinn haben und nicht anders verstanden werden, als dass der Bedachte die Dotierung der Stiftung dadurch ermöglicht habe, dass er gegenüber dem mit der Zuwendung Belasteten oder den Testamentsvollstreckern die Forderung aufgegeben habe. Dass dadurch Ansprüche an die Klägerin abgetreten seien, war so fernliegend, dass diese Möglichkeit nicht in Betracht gezogen zu werden brauchte.

Das angefochtene Urteil lässt aber nicht klar erkennen, welche Forderungen auf die Klägerin übergegangen sind und wie sich der Erwerb dieser Forderungen vollzogen hat. Das Berufungsgericht führt aus, die Testamentsvollstrecker hätten am 8. Juli 1925 $\frac{1}{3}$ des Nachlasses an die Klägerin übertragen. Erschöpfende Feststellungen darüber, welche einzelnen Nachlasswerte übertragen worden sind, und in welcher Form diese Übertragung geschah, können dem angefochtenen Urteil nicht entnommen werden. Insbesondere fehlen jegliche Feststellungen darüber, welche Bedeutung der von der Klägerin überreichten Urkunde vom 8. Juli 1925 in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zukam. Durch diese Erklärung konnten die Testamentsvollstrecker nicht einen Anteil an dem

gesamten Nachlass auf die Klägerin übertragen. Zu einer solchen Verfügung waren sie rechtlich nicht in der Lage. Nach § 2205 BGB konnten sie nur über die einzelnen Nachlassgegenstände verfügen. Ebenso war es rechtlich nicht möglich, der Klägerin einen Bruchteil des Erbteils der einzelnen Miterben zu übertragen. Die Erklärung vom 8. Juli 1925 könnte daher möglicherweise nur die Bedeutung gehabt haben, dass die Testamentsvollstrecker sich verpflichteten, nach der Verwertung des Nachlasses Werte in Höhe von $\frac{1}{3}$ des Nachlasses an die Klägerin zu übertragen. Sollte jedoch der gesamte Nachlass dem Miterben Dr. Heinrich D. [REDACTED] überlassen worden sein, dann hatten die übrigen Miterben gegen diesen Ansprüche auf eine Abfindung. Diese Ansprüche könnten dann teilweise auf die Klägerin übertragen worden sein. Soweit die Forderung der Klägerin aus solchen ihr abgetretenen Ansprüchen herrührt, würde sie gemäss § 18 Abs 1 Ziff 3 UmstG im Verhältnis 1 : 1 umzustellen sein.

Da das Berufungsgericht infolge rechtsirrtümlicher Würdigung die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen über die Bedeutung der Erklärung vom 8. Juli 1925 und über die Art und Weise des Erwerbs der Rechte der Klägerin unterlassen hat, und da die Möglichkeit nicht auszuschliessen ist, dass auf die Klägerin Ansprüche aus der Erbausinandersetzung übergegangen sind, die jetzt geltend gemacht werden, musste schon aus diesem Grunde das angefochtene Ur-

teil aufgehoben und der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Das Berufungsgericht wird bei der neuen Verhandlung in erster Linie festzustellen haben, wie überhaupt die Vermögenszuwendung an die Klägerin erfolgt ist. Sind der Klägerin in Vollzug der erb- und der gesellschaftlichen Auseinandersetzung überhaupt keine Forderungen abgetreten worden, sondern hat sie ihr Vermögen dadurch/erlangt, dass die Firma Theodor W. [REDACTED] zu ihren Gunsten durch selbständige Schuldversprechen neue Forderungen begründet hat, dann könnte nur eine Umstellung nach der allgemeinen Vorschrift des § 16 UmstG in Betracht kommen.

Sollten der Klägerin dagegen Forderungen abgetreten sein, die den Miterben aus der Erbauseinandersetzung gegen Dr. Heinrich D. [REDACTED] zustanden, dann würde es sich insoweit noch um Verbindlichkeiten aus der Erbauseinandersetzung zwischen Miterben handeln, die nach § 18 Abs 1 Ziff 3 UmstG im Verhältnis 1 : 1 umzustellen wären. Hierbei wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob ausser den Erben des Dr. Heinrich D. [REDACTED] auch die Beklagten zu 1 und 2 für die Erfüllung dieser Verbindlichkeit haften.

Soweit der Klägerin Ansprüche der Erben des Gustav D. [REDACTED] aus der Auseinandersetzung zwischen Gesellschaftern abgetreten worden sind, kommt gleichfalls nach § 18 Abs 1 Ziff 3 UmstG eine Um-

stellung im Verhältnis 1 : 1 in Betracht. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, dass als Anspruch aus der Auseinandersetzung zwischen Gesellschaftern nur der auf die Klägerin übergegangene Anteil aus dem Socio-Konto des Gustav D. [REDACTED], nicht aber aus dem Erlös der Wertpapiere in Frage kommen könne, auch wenn Gustav D. [REDACTED] der offenen Handelsgesellschaft Theodor W. [REDACTED] das Recht eingeräumt hatte, auf diese Wertpapiere für die Zwecke der Gesellschaft zurückzugreifen und sie notfalls zu verwerten. Es könne sich auch in diesem Falle nicht um Gegenstände gehandelt haben, die im Sinne des § 732 BGB der Gesellschaft zur Benutzung überlassen worden seien. Abgesehen davon seien auch die zur Benutzung überlassenen Gegenstände vor der Auseinandersetzung des gesamten Vermögens zurückzugeben. Die Forderung des beklagten Gesellschafters könne daher nicht als eine solche aus der Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens angesehen werden.

Dieser Ansicht des Berufungsgerichts kann nicht beigetreten werden. Der Umstand allein, dass die Wertpapiere in den Büchern als Privatvermögen des Erblassers ausgewiesen sind, würde der Behandlung als auseinanderzusetzendes Gesellschaftsvermögen i.S. des § 18 Abs 1 Ziff 3 UmstG nicht entgegenstehen. Es ist schon oben erwähnt worden, dass der Begriff der Auseinandersetzung im Sinne des Umstellungsgesetzes weit auszulegen und nicht auf die Fälle zu beschränken ist, in denen Gesellschafter, Ehegatten,

Eltern und Kinder an einem gesamthänderisch gebundenen Vermögen oder einer Rechtsgemeinschaft überhaupt beteiligt sind (vgl. Harmening-Duden aaO § 18 Anm 18; Weber NJW 1949, 294; OGHZ in NJW 50, 144; Urteil des erkennenden Senats vom 4. Juni 1951 IV ZR 14/50). Eine Auseinandersetzung im Sinne des § 18 Abs 1 Ziff 3 UmstG liegt immer dann vor, wenn die Vermögensbeziehungen zwischen Gesellschaftern, Erben, Ehegatten und Eltern und Kindern bei einer bereits eingetretenen oder für den Fall einer noch bevorstehenden Auflösung der zwischen ihnen bestehenden Beziehungen neu geregelt werden. Die aus dieser Neuregelung entstehenden Geldsummenforderungen geniessen das Umstellungsprivileg auch dann, wenn nicht rechtlich oder tatsächlich eine Vermögensgemeinschaft vorliegt und der umzustellende Geldanspruch die Vergütung für einen einem anderen Beteiligten überlassenen "Anteil" an dem gemeinschaftlichen "Sachvermögen" darstellt. Auch in den §§ 10 Abs 1 Ziff 2 und 63 Abs 2 AufwGes, an die sich die Regelung des § 18 Abs 1 Ziff 3 UmstG anschliesst, ist der Begriff der Auseinandersetzung weit ausgelegt worden (Mügel, AufwGes 5. Aufl. S 612; 918 f).

Würde der Erblasser der Firma Theodor W., an der er mit 90% beteiligt war, seine Wertpapiere nicht nur zur Verwaltung übergaben, sondern auch zur Stärkung ihrer Kapitalkraft überlassen haben, so wäre es nicht grundsätzlich auszuschliessen, das Guthaben der Klägerin bei der Beklagten zu 1, soweit es den Erlös von versilberten Wertpapieren enthält, als um-

stellungsbevorzugt zu behandeln. Das wird nach dem Sinn und Zweck des § 18 Abs 1 Ziff 3 UmstG, dass mit Rücksicht auf die engen Beziehungen der Beteiligten und die innere Natur der Ansprüche als Wertersatzansprüche eine bevorzugte Umstellung billig ist, dann der Fall sein, wenn die Wertpapiere im Interesse der Firma verwandt und ihr dadurch diese Werte zugeflossen sind. Die hieraus sich ergebenden Ansprüche des Gesellschafters sind dann nicht solchen gleichzustellen, die auch zwischen der Gesellschaft und einem Dritten bestehen können, wie z.B. echte Darlehnsansprüche und dergl., die an dem Umstellungsprivileg nicht deswegen teilnehmen, weil der Gläubiger zu dem Personenkreis des § 18 Abs 1 Ziff 3 UmstG gehört.

Eine Umstellung im Verhältnis 10 : 1 wird aber dann in Betracht kommen, wenn, wie die Beklagten behauptet haben, die Beklagte zu 1 die beim Tode des Erblassers vorhandenen Wertpapiere im Auftrage der Testamentsvollstrecker veräußert und den auf die Klägerin entfallenden Erlösanteil nicht ausgezahlt, sondern ihr in den Büchern gutgebracht hat. Dann liegt nur ein Auftragsverhältnis vor; die daraus entstehenden Geldansprüche sind nur im Verhältnis 10 : 1 umzustellen.

Zu Unrecht will das Berufungsgericht aus §§ 732, 738 BGB entnehmen, dass die Ansprüche auf den Erlös dieser Wertpapiere in keinem Fall Auseinandersetzungsansprüche seien. Diese Vorschriften beziehen

sich entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch auf den Fall, dass ein Gesellschafter Wertpapiere oder andere Gegenstände der Gesellschaft als Kreditunterlage überlässt. Auch hierin liegt eine "Benutzung" (Staudinger-Geiler 10. Aufl § 732 Anm 3). Solche ihr zur Benutzung überlassenen Sachen sind zwar grundsätzlich sofort nach der Auflösung der Gesellschaft herauszugeben. Schon diese sofortige Herausgabe bildet einen Teil der Auseinandersetzung, wie sich aus § 731 BGB ergibt. Die Regel des § 732 gilt aber nicht ausnahmslos. Hat die Gesellschaft die überlassenen Sachen zur Beschaffung eines Kredits verwendet, so muss der Gesellschafter warten, bis der Kredit im Wege der ordnungsgemässen Liquidation abgelöst wird. Das gilt auch für andere Sachen, die zum Zwecke der Liquidation benötigt werden (RG JW 1937, 3155, 38, 457; RGKomm § 732 Anm 1). Es besteht an ihnen ein Zurückbehaltungsrecht wegen etwaiger Ansprüche auf Zahlung eines Nachschusses (Staudinger-Geiler aaO). Daraus ergibt sich, dass auch die Rückgabe nur zur Benutzung überlassener Gegenstände einen Teil der Auseinandersetzung bildet. Tritt an die Stelle dieses Anspruchs auf Herausgabe nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien oder kraft Gesetzes (§ 732 Satz 2 BGB) ein Geldsummenanspruch des Gesellschafters, so ist er als Auseinandersetzungsanspruch im Verhältnis 1 : 1 umzustellen.

Das Berufungsgericht wird daher bei der erneuten Verhandlung der Sache noch nähere Feststellungen

darüber zu treffen haben, welche Bestimmungen über die "Behandlung" der Wertpapiere des Erblassers von diesem oder den Testamentsvollstreckern und der Firma getroffen waren. Nicht genügen wird es, dass der Erblasser sein gesamtes Vermögen als "Firmenvermögen" angesehen hat. Ergibt sich, dass die Papiere von der Firma im Einverständnis mit dem Erblasser oder den Testamentsvollstreckern für Zwecke des Unternehmens verwandt worden waren, so ist ein zum Nachlass gehörender an die Stelle des Rückgabeanspruchs getretener Geldanspruch umstellungsbevorrechtigt. Waren die Wertpapiere nur für Rechnung des Erblassers von der Firma verwaltet, zur Zeit seines Todes noch vorhanden und sind sie dann nach Weisung der Testamentsvollstrecker veräußert worden, um den Nachlass zum Zwecke der Erbauseinandersetzung zu versilbern, so besteht kein umstellungsbevorrechtigter Anspruch.

Ergibt die neue Verhandlung vor dem Berufungsgericht, dass die Forderung der Klägerin sich aus umstellungsbevorrechtigten und nicht umstellungsbevorrechtigten Einzelforderungen zusammensetzt, dann ist weiter zu beachten, dass die verschiedenen Forderungen der Klägerin nicht gleichzeitig deren Konto gutgebracht worden sind und dass Zahlungen von der Firma Theodor W. [REDACTED] für Rechnung der Klägerin geleistet worden sind. Es wird sich daher nicht umgehen lassen, dass für jede Zahlung, soweit es sich nicht um die von Zinsen handelt, festgestellt wird, welchen Bestand das Konto an den verschiedenen Forde-

rungen aufwies und dann wird nach § 366 BGB festzustellen sein, welche Teile dieser verschiedenen Forderungen durch die einzelnen Zahlungen getilgt worden sind. Nur wenn man diese Rechnung bis zu dem per 20. Juni 1948 festgestellten Guthaben von 841.999,44 RM durchführt, wird sich ermitteln lassen, inwieweit dieses Guthaben eine umstellungsbevorzugte Auseinandersetzungsforderung enthält.

Schliesslich wird das Berufungsgericht auch noch die Einwendungen der Beklagten zu 3 gegen ihre unbeschränkte Haftung als Miterben des Dr. Heinrich D [REDACTED], und zwar auch nach § 27 Abs. 2 HGB, zu prüfen haben. Zu diesen Fragen Stellung zu nehmen, sieht sich der Senat nicht veranlasst, da es hierzu in dem Berufungsurteil an jeglicher Feststellung fehlt.

Da der Senat in der Hauptsache nicht entscheiden konnte, musste auch die Entscheidung über die Kosten der Revision dem Berufungsgericht überlassen bleiben.

Dr. Lersch

Raske

Dr. Hartz

Johannsen

Kregel