

IV ZR 174 / 50

Verkündet

am 14. Juni 1951

Klett, Justizangest.

als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle.

Im Namen des Volkes !

In dem Rechtsstreit

der Geschäftsfrau August J. [REDACTED], Josefine
geb. T. [REDACTED], M. [REDACTED], S. [REDACTED] Weg [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Jakob J. [REDACTED], M. [REDACTED], S. [REDACTED]
weg [REDACTED]

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf
die mündliche Verhandlung vom 4. Juni 1951 unter
Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Lersch, Raske,
Dr. Hartz, Johannsen und Dr. Kregel

für Recht erkannt:

Das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts in Düsseldorf vom 16. März 1950 wird
aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung auch über die Kosten der Revi-
sion an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Wert des Beschwerdegegenstandes wird auf
DM 10.000,-- festgesetzt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Vater des Klägers, der Kaufmann Winand J. [REDACTED], übertrug durch notariellen Vertrag vom 2. Juni 1931 sein unter der Firma Winand J. [REDACTED] in M. [REDACTED] von ihm betriebenes Seilereigeschäft mit allen Aktiven und Passiven, insbesondere auch mit dem dazugehörigen Grundbesitz an den Kläger. Diesem wurde dabei auch das Recht eingeräumt, die Firma mit oder ohne einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz weiterzuführen.

Die Eintragung des Klägers als Eigentümer der überlassenen Grundstücke erfolgte noch im Juni 1931. Seine Eintragung als Inhaber der Firma im Handelsregister unterblieb jedoch.

Gegen Ende des Krieges brachte der Kläger einen Teil der Warenvorräte der Firma nach B. [REDACTED], wo er zunächst auch blieb. Dort wurde er nach dem Einmarsch der Russen verhaftet und ins Lager Mühlberg/Elbe gebracht. Im Sommer 1948 wurde er aus dem Lager entlassen und kehrte im August 1948 nach M. [REDACTED] zurück.

Während seiner Abwesenheit meldete der Vater, der noch als Inhaber der Firma im Handelsregister eingetragen war, am 2. Januar 1947 zum Handelsregister an, dass er seinen Sohn August, der seit vielen Jahren in der Seilerei als Angestellter tätig war, unter Gründung einer offenen Handelsgesellschaft als Gesellschafter in die Firma aufgenommen habe. In dieser Form wurde die Firma weitergeführt. August J. [REDACTED]

39

- 3 -

starb Anfang des Jahres 1948 und wurde von seiner Witwe, der Beklagten, beerbt. Demgemäss wurde am 15. Juni 1948 diese als Gesellschafterin im Handelsregister eingetragen. Ferner wurde am 31. August 1948 dort vermerkt, dass nun sie zur Vertretung der Firma befugt sei.

Unter den Parteien entstand nach der Rückkehr des Klägers ein Streit darüber, wer Inhaber der Firma sei, der Kläger oder die offene Handelsgesellschaft. Das Eigentum des Klägers an den Grundstücken hingegen wurde nicht bestritten.

Mit der vorliegenden gegen seinen Vater als Erstbeklagten und die Beklagte erhobenen Klage hat der Kläger beantragt, die Beklagten zu verurteilen,

- 1) die gesamten Geschäfts- und Fabrikationsräumlichkeiten des Grundstücks M [REDACTED], S [REDACTED] weg [REDACTED], nebst allen Fabrikationseinrichtungen und allem Geschäftsinventar sofort herauszugeben;
- 2) darin einzuwilligen, dass ihre Löschung als Offene Handelsgesellschaft der Firma Winand J [REDACTED], M [REDACTED], S [REDACTED] weg [REDACTED] im Handelsregister HRA 4597 erfolge und darin einzuwilligen, dass er als Alleininhaber der Firma Winand J [REDACTED], M [REDACTED] [REDACTED] eingetragen werde.

Die Beklagten haben um Klageabweisung gebeten.

Das Landgericht hat die Beklagten nach dem Klageantrag verurteilt. Gegen dieses Urteil haben die Beklagten Berufung eingelegt mit dem Antrag,



in Abänderung des angefochtenen Urteils nach ihrem früheren Antrag auf Abweisung der Klage zu erkennen.

Im Berufungsrechtszuge haben die Beklagten am 16./17. Mai 1949 die Grundstücke der Firma geräumt und dem Kläger übergeben. Darauf haben die Parteien den Rechtsstreit hinsichtlich der Räumung in der Hauptsache für erledigt erklärt. Ferner ist die Berufung der Beklagten gegen das angefochtene Urteil zu Ziff 2 der Urteilsformel durch rechtskräftiges Teilurteil vom 28.7.1949 zurückgewiesen worden, während die Entscheidung im übrigen und über die Kosten vorbehalten blieb.

Der Kläger hat im Wege der Anschlussberufung die Herausgabe von Maschinen, Geschäftsbüchern, Werkzeugen und einem Kraftwagen verlangt. Er hat zur Begründung vorgetragen, die Beklagten hätten keineswegs alle Fabrikationseinrichtungen und alles Geschäftsinventar herausgegeben, vielmehr hätten sie in der letzten Zeit vor Räumung des Geschäftsgrundstücks eine Reihe von Gegenständen heimlich beiseite geschafft und bei Verwandten und Bekannten untergestellt. Die Beklagten hätten durch Wegschaffung der zum Geschäft gehörenden Gegenstände verbotene Eigenmacht verübt und seien in erster Linie nach § 861 BGB zur Herausgabe verpflichtet. Er sei Besitzer seines ganzen Betriebes mit allen Einrichtungsgegenständen gewesen. Dieser Besitz habe sich weder durch seine Reise in die Ostzone noch durch seine Verhaftung geändert. Im übrigen sei die Klage auch aus § 1007 BGB

begründet, weil die Gegenstände ihm abhandengekommen seien. Ferner werde der Herausgabeanspruch auch noch hilfsweise auf Eigentum gestützt. Die Maschinen und Einrichtungsgegenstände stammten zu einem grossen Teil aus der Zeit vor 1945, als er den Betrieb noch selbst geführt habe. Zu einem weiteren Teil seien sie in seinem Betriebe mit Mitteln des Betriebes angeschafft worden. Er sei also als Geschäftsinhaber Eigentümer der Gegenstände.

Der Kläger hat beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, die in der Urteilsformel des Berufungsschlussurteils im einzelnen aufgeführten Gegenstände herauszugeben.

Die Beklagten haben bestritten, dass die herausverlangten Gegenstände Eigentum des Klägers seien und um Zurückweisung der Anschlussberufung gebeten.

Das Oberlandesgericht hat die Beklagten durch Schlussurteil zur Herausgabe der in dem Antrag des Klägers aufgeführten Sachen verurteilt.

Hiergegen haben beide Beklagten Revision eingelegt. Der Vater des Klägers hat jedoch die von ihm eingelegte Revision zurückgenommen.

Die Beklagte beantragt unter Aufhebung des angefochtenen Schlussurteils vom 16. März 1950, soweit sie verurteilt worden ist,

- 1) die Anschlussberufung des Klägers gegen sie als unbegründet zurückzuweisen, hilfsweise
- 2) die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Der Kläger beantragt, die Revision der Beklagten kostenpflichtig zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Der Kläger verlangt im Wege der Anschlussberufung die Herausgabe einzelner Gegenstände, auf deren Herausgabe auch bereits sein Klagantrag im ersten Rechtszuge gerichtet war, ohne dass darin allerdings alle herausverlangten Gegenstände im einzelnen bezeichnet waren. Diesem seinem Antrag hatte das Landgericht in vollem Umfange entsprochen. Sein in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht gestellter Antrag enthält lediglich eine nähere inhaltliche Ausgestaltung seines erstinstanzlichen Antrages, soweit über diesen nicht durch rechtskräftiges Teilurteil entschieden (Ziff 2) und soweit er nicht in der Hauptsache erledigt war. Die Erklärung der Parteien, dass der Herausgabeantrag (Ziff 1) durch die Räumung des Fabrikgrundstückes der Hauptsache nach in vollem Umfang erledigt sei, stand in Widerspruch mit ihren Anträgen zur Anschlußberufung. Gestritten wurde nach wie vor um die Herausgabe der Sachen, die der Kläger bereits im ersten Rechtszuge verlangt, die die Beklagten aber noch nicht herausgegeben hatten und nicht herausgeben wollten. Insoweit hatten also die Beklagten ihre Berufung und der Kläger seinen Antrag auf Herausgabe dieser Sachen in Wirklichkeit aufrecht erhalten. Eine Anschlussberufung im eigentlichen Sinne liegt also nicht vor.

39

In der Sache geht das Berufungsgericht davon aus, dass der Kläger im Jahre 1931 Inhaber des streitigen Seilereigeschäftes und damit Eigentümer und unmittelbarer Besitzer aller zum Betriebe dieses Geschäfts gehörigen Gegenstände geworden sei. Diesen Besitz habe er weder durch seine Reise nach B [REDACTED] im Februar 1945 noch durch seine Verhaftung und Überführung in ein sowjetisches Konzentrationslager (am 25.8.1945) verloren. Er sei ihm vielmehr erst - und zwar durch verbotene Eigenmacht - entzogen, als die Beklagte und der Vater des Klägers sich bei dessen Rückkehr im August 1948 geweigert hätten, den Betrieb an ihn zurückzugeben. Spätestens sei diese Entziehung hinsichtlich der jetzt noch streitigen Sachen dadurch erfolgt, dass die Beklagte und der Vater des Klägers diese kurz vor der Räumung des Fabrikgrundstückes aus dem Betrieb entfernt hätten. Demgemäss seien die Beklagte und der Vater des Klägers gemäss § 861 BGB verpflichtet, dem Kläger den Besitz wieder einzuräumen.

Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum. Zwar bestehen keine Bedenken gegen die Annahme, dass der Kläger im Februar 1945 durch seinen Aufenthalt in B [REDACTED] den unmittelbaren Besitz an den Betriebsgegenständen nicht verlor. Dieser Aufenthalt sollte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts von beschränkter Dauer sein. Der Kläger hatte zunächst noch die Möglichkeit, jederzeit nach M [REDACTED] zurückzukehren. Inzwischen wurde der Besitz an den zu seinem Seilereigeschäft gehörenden Gegenständen erkennbar für ihn von den

Angestellten des Betriebes als seinen Besitzdienern (§ 855 BGB) ausgeübt. Dieses Verhältnis erfuhr noch eine gewisse Bestätigung dadurch, dass der Kläger am 9.6.1945 vier Angestellten des Betriebes eine notarielle Vollmacht erteilte.

Man kann dem Berufungsgericht auch darin folgen, dass sich an diesem Besitzverhältnis durch die Verhaftung des Klägers und seine Überführung in das Konzentrationslager zunächst noch nichts geändert hat. Sein Aufenthalt war den Beteiligten bekannt. Eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von bestimmter, längerer Dauer war nicht erfolgt. Es war also mit der Möglichkeit seiner jederzeitigen Rückkehr und sonach mit der Möglichkeit zu rechnen, daß von ihm wieder Weisungen in Bezug auf die zum Betriebe gehörigen Sachen erteilt werden konnten. Demgemäss ist der Betrieb anscheinend auch zunächst von dem Bevollmächtigten des Klägers und seinen sonstigen Arbeitern und Angestellten in seinem Namen fortgesetzt worden. Nähere Feststellungen hierüber trifft das Berufungsgericht nicht.

Als die Rückkehr des Klägers sich jedoch immer länger hinauszögerte, und es damit ungewiss blieb, ob und wann er jemals die Freiheit wiedererlangen würde, gingen sein Vater und sein Bruder August (der Ehemann der Beklagten) dazu über, den Betrieb im eigenen Namen und für eigene Rechnung und Gefahr bzw. im Namen und für Rechnung der von ihnen gegründeten offenen Handelsgesellschaft, deren Gesellschafter sie waren, zu führen. Den genaueren

Zeitpunkt, wann dies geschah, stellt das Berufungsgericht nicht fest. Die offene Handelsgesellschaft wurde am 2. Januar 1947 in das Handelsregister eingetragen. Die Prokura des Klägers war anscheinend schon früher gelöscht worden.

Es wäre vom Berufungsgericht unter näherer Aufklärung des hierauf bezüglichen Sachverhalts zu prüfen gewesen, ob der Vater und der Bruder des Klägers diesem nicht bereits hierdurch den Besitz an den zum Betrieb gehörigen Gegenständen entzogen haben. Sie haben bei der Rückkehr des Klägers den auch jetzt noch von der Beklagten verfochtenen Standpunkt vertreten, dass es sich um ihren Betrieb handle und mit dieser Begründung dessen Herausgabe verweigert. Sie haben vor dem Landgericht auch geltend gemacht, dass sie mit der Ehefrau des Klägers als dessen Vertreterin einen Vertrag über die pachtweise Überlassung des Betriebsgrundstückes und der beim Zusammenbruch vorhandenen Betriebsanlagen geschlossen hätten. Auch dieses ihr Vorbringen würde dafür sprechen, dass sie von einem gewissen Zeitpunkt an den Betrieb mit dem Bewußtsein geführt haben, das Geschäft unter Beibehaltung der bisherigen Firma als eigenes zu betreiben. Den Entschluss hierzu hatten sie offenbar auch nach aussen hin - spätestens durch Eintragung der offenen Handelsgesellschaft, möglicherweise aber auch schon früher, z.B. etwa durch Löschung der Prokura des Klägers - erkennbar hervortreten lassen.

Wenn aber der Vater und der Bruder des Klägers

auf diese Weise das Unternehmen als Inhaber mit dem erkennbaren Willen übernommen haben, es unter Ausschaltung des Klägers für eigene Rechnung und Gefahr zu betreiben, so entzogen sie, die bisher als Besitzdiener des Klägers über dessen Sachen die tatsächliche Gewalt ausgeübt hatten, dem Kläger damit den Besitz und machten sich selbst zu unmittelbaren Besitzern, d.h. sie begingen an den damals vorhandenen Betriebsgegenständen verbotene Eigenmacht (vgl. Komm. d. RGR 9. Aufl. Anm. 2 zu § 855). Die Besitzentziehung wurde nicht dadurch zu einer erlaubten, dass der Kläger abwesend und seine Rückkehr bzw. deren Zeitpunkt ungewiss war. Wenn sie den Betrieb nicht mehr auf Grund der vom Kläger erteilten Vollmachten in dessen Namen und für dessen Rechnung fortsetzen, andererseits aber für die Erhaltung und Fortsetzung des Betriebes in ihrem Interesse und im Interesse der Angehörigen des Klägers Vorsorge treffen wollten, so konnte das in rechtmässiger Weise nur dadurch geschehen, dass für den Kläger gemäss § 1911 Abs. 2 BGB vom Gericht ein Abwesenheitspfleger bestellt wurde.

Die Besitzentziehung wurde auch nicht dadurch zu einer rechtmässigen, dass das Unternehmen des Klägers konkursreif war. Dies wird übrigens von der Beklagten - und zwar ohne nähere Substantiierung - nur für die Zeit unmittelbar nach dem Zusammenbruch, nicht für den Zeitpunkt der späteren "Übernahme" behauptet. Daß der Vater und der Bruder des Klägers auf Grund eines mit dessen Ehefrau abgeschlossenen Miet- oder Pachtvertrages zur Übernahme des Betriebes berechtigt ge-

wesen seien, ist von der Beklagten offenbar nicht mehr ernstlich geltend gemacht worden, nachdem das Landgericht mit zutreffenden Gründen, insbesondere auch unter Hinweis auf das Fehlen einer entsprechenden Vollmacht der Ehefrau des Klägers das Zustandekommen eines solchen Vertrags verneint hatte.

Hinsichtlich der Gegenstände, die dem Kläger auf diese Weise durch verbotene Eigenmacht entzogen wurden, kann er von seinem Vater und von der Beklagten, die als Erbin ihres Ehemannes die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gegen sich gelten lassen muss, die Wiedereinräumung des Besitzes verlangen (§§ 861, 858 Abs 2 BGB). Soweit ihm durch die Besitzentziehung ein weiterer Schaden entstanden ist, kann er diesen nach § 823 Abs 1 und § 858 in Verbindung mit § 823 Abs 2 BGB ersetzt verlangen. Soweit er Eigentümer dieser Gegenstände war, stehen ihm auch die Ansprüche aus §§ 985 ff BGB zu.

Dagegen haben Vater und Bruder des Klägers und später die Beklagte von dem Zeitpunkt an, in dem sie die Geschäftsübernahme den Kunden bekanntgegeben haben, also mindestens seit der Eintragung der offenen Handelsgesellschaft in das Handelsregister, die Neuerwerbungen an Maschinen und Material für ihr Geschäft getätigt. Zu derartigen einzelnen Rechtsgeschäften für sich waren sie berechtigt, gleichviel, ob sie zur Übernahme des Unternehmens im ganzen berechtigt waren oder sich für berechtigt halten konn-

ten. Von da an erwarben sie also fehlerfreien Besitz und Eigentum an Neuanschaffungen, gleichviel, ob sie dazu Mittel aus ihrem Privatvermögen oder aus dem Betriebe aufwendeten. Hinsichtlich dieser Anschaffungen steht dem Kläger deshalb auch ein Anspruch aus unechter Geschäftsführung (§ 687 Abs 2 BGB) gegen die Übernehmer nicht zu. Eine etwaige Schadensersatzpflicht wegen Verwendung von Betriebsmitteln kann hier dahingestellt bleiben.

Die Übernehmer können das Unternehmen auch vor der Bekanntgabe der Übernahme bereits als eigenes übernommen und geführt haben. Ein Indiz dafür kann es sein, wenn sie schon zu einem früheren Zeitpunkt Maschinen und Material in einem über den betriebswirtschaftlich gebotenen Umfang hinaus aus eigenen Mitteln erworben haben. Zum Nachweis ihres Eigentumserwerbs an solchen Anschaffungen bedarf es aber noch anderer Beweise dafür, dass sie schon damals den Betrieb auf eigene Rechnung und Gefahr übernommen hatten. Insoweit sind sie beweispflichtig, da sie den Inhaberwechsel behaupten. Solange sie Neuanschaffungen im wesentlichen aus Betriebsmitteln vorgenommen haben, ist bis zur Eintragung der offenen Handelsgesellschaft ins Register die Übernahme des Unternehmens in eigene Regie nicht vollzogen, die Neuanschaffungen in dieser Zeit sind also nicht ihr Eigentum geworden, sondern für das fremde Unternehmen geschehen und an den Kläger herauszugeben.

Wegen der dargelegten sachlich-rechtlichen Mängel war das angefochtene Urteil aufzuheben und, da die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsggerichts unter den erörterten Gesichtspunkten der Ergänzung bedürfen, zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Eines Eingehens auf die von der Revision noch erhobene Verfahrensrüge (Nicht-heranziehung der Straftaten) bedurfte es hiernach nicht mehr.

Dr.Lersch Raske Dr.Hartz Johannsen Kregel.