

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

2048 013

BGB § 413; HGB § 22; UWG § 16

D e r k l e i n e T i e r f r e u n d

Die Sicherungsübereignung eines Zeitschriftenunternehmens
als Ganzes oder als Teil eines Gesamtunternehmens durch
eine sich nur auf die Übertragung des Unternehmens beziehen-
de Willenseinigung ist nicht möglich, da dieses weder eine
Sache noch ein Recht, sondern ein Inbegriff von Vermögens-
gegenständen ist.

BGH, Urt. v. 11. Oktober 1967 - Ib ZR 144/65 - OLG Koblenz
LG Mainz

22

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib ZR 144/65

URTEIL

Verkündet am
11. Oktober 1967
Z u g ,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Stadt M [REDACTED], vertreten durch ihren Oberbürgermeister,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt Dr. Rolf H [REDACTED], M [REDACTED], G [REDACTED]
B [REDACTED], in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter
über das Vermögen der Firma H [REDACTED]-Kunstverlag-GmbH in
M [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

- 2 -

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Oktober 1967 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Dr. Sprenkman, Dr. Mösl, Dr. Simon und Prof. Dr. Bökelmann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 23. Dezember 1964 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter in dem Konkursverfahren über das Vermögen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter der im Handelsregister eingetragenen Firma H■■■■-Kunstverlag in M■■■■. In dieser Eigenschaft begehrt er mit der vorliegenden Klage von der beklagten Stadt M■■■■ die Rückzahlung eines Betrages von 6.200,-- DM zur Konkursmasse, die der Beklagten nach seiner Ansicht ohne rechtlichen Grund zu Lasten der Konkursmasse zugeflossen sind.

Der H■■■■-Kunstverlag hatte durch Vertrag vom 21. Mai 1949 von Walter B■■■■ alle diesem zustehenden Rechte, insbesondere Verlags- und Urheberrechte, an der Zeitschrift "Der kleine Tierfreund" übertragen erhalten. Nach § 2 dieses Vertrags sollte die Gesellschaft die Schriftleitung der Zeitschrift und alle damit verbundenen Aufgaben in eigenem Namen und auf eigene Rechnung durchführen.

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



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Nunmehr erschien im Verlag der H [REDACTED] GmbH die Monatszeitschrift "Der kleine Tierfreund" und ab 1951 ein Jahreskalender gleichen Namens. Herausgeberin dieser Werke der Literatur, die für Kinder und Schüler im Alter von 10 bis 16 Jahren bestimmt waren und überwiegend von Schulen in Sammelbestellungen bezogen wurden, war Frau R [REDACTED]. Die Auflagenhöhe der Monatszeitschrift steigerte sich im Laufe der Jahre auf ca. 200 000 und die des Jahreskalenders auf ca. 250 000 Exemplare.

Am 15. September 1952 kam es zwischen der H [REDACTED]-Kunstverlag GmbH und der Städtischen Sparkasse M [REDACTED] zu einem Kreditvertrag. Danach gewährte diese der Gesellschaft einen Kredit in laufender Rechnung gegen Abtretung der Forderungen der Kreditnehmerin aus ihren Außenständen. Bis zum Höchstbetrag von 175.000,-- DM sollte die jeweilige Kredithöhe nicht mehr als 90 % der gerade bestehenden Außenstände der Gesellschaft betragen.

Am selben Tage schlossen die gleichen Parteien weiterhin einen Mantelabtretungsvertrag, wonach die H [REDACTED]-Kunstverlag GmbH ihre Forderungen aus den Lieferungen des Monatsheftes "Der kleine Tierfreund" und des Jahreskalenders mit dem gleichen Titel an die Städtische Sparkasse M [REDACTED] zur Sicherheit aller Forderungen, die dieser aus ihrer Geschäftsverbindung mit der Gesellschaft zustehen würden, abtrat. Die H [REDACTED]-Kunstverlag GmbH verpflichtete sich zur Führung eines genauen Schuldnerverzeichnisses, wobei dieses in der seitherigen Form der Kundenkartei weitergeführt werden konnte. Ferner vereinbarten die Parteien, daß beim Postscheckamt in L [REDACTED] ein Sonderkonto für die Kundeneinzahlungen errichtet würde, über das allein die Sparkasse Verfügungsberechtigt sein sollte.

Die Städtische Sparkasse M. [REDACTED] verlangte neben der Abtretung der Außenstände der Kreditnehmerin noch eine Bürgschaft. Um eine Kündigung des Kredits durch die Sparkasse zu vermeiden, übernahm die Beklagte gegenüber der Städtischen Sparkasse M. [REDACTED] die Ausfallbürgschaft bis zum 1. April 1953 in Höhe von 175.000,-- DM und von da an bis zum 1. Juli 1953 in Höhe von 100.000,-- DM. Um im Falle der Inanspruchnahme aus dieser Bürgschaft gesichert zu sein, schloß die Beklagte mit der alleinigen Gesellschafterin und Geschäftsführerin der H. [REDACTED]-Kunstverlag GmbH, Frau R. [REDACTED], am 23. Januar 1953 einen notariellen Sicherungsübereignungsvertrag. In diesem Vertrag heißt es unter anderem:

"Zur Sicherheit aller Ansprüche, die der Stadt M. [REDACTED] aus dieser Ausfallbürgschaft gegen die H. [REDACTED]-Kunstverlag GmbH etwa erwachsen, übereignet Frau R. [REDACTED] namens der genannten Gesellschaft der Stadt M. [REDACTED] die der Gesellschaft zustehenden Verlagsrechte an der Zeitschrift "Der kleine Tierfreund" und an dem Jahreskalender "Der kleine Tierfreund".

Frau R. [REDACTED] erklärt weiter:

Als Herausgeberin der vorgenannten Zeitschrift sowie des Jahreskalenders erteile ich zu der Übereignung meine Zustimmung, ebenso als Eigentümerin sämtlicher Geschäftsanteile der Gesellschaft, falls dies erforderlich sein sollte."

Am 10. Februar 1953 stellte der Bücherrevisor Dr. Z. [REDACTED] eine vorläufige Vermögensübersicht der H. [REDACTED]-Kunstverlag GmbH per 31. Dezember 1952 auf, die mit einer Verschuldung, ohne Berücksichtigung des Stammkapitals, in Höhe von 53.900,-- DM abschloß. Daraufhin forderte die Sparkasse mit Schreiben vom 12. Februar 1953 die sofortige Aufstellung eines genauen Finanzierungsplanes, eine Kalkulation der Verdienstspanne und weitere Erklärungen über die entstandenen Verbind-

lichkeiten von der Gesellschaft. Ungefähr seit dieser Zeit hielten sich ständig Angestellte der Sparkasse in den Geschäftsräumen des Verlages auf und führten eine laufende Kreditüberwachung durch. Mit Schreiben an die Beklagte vom 4. März 1953 wies die H[REDACTED]-Kunstverlag GmbH auf ihre untragbar gewordene Lage hin, bat mit Schreiben vom 9. März 1953 um Aufnahme eines neuen, wirtschaftlich versierten Geschäftsführers und bot die Übereignung der Büroeinrichtung sowie Bestellung einer Grundschuld an dem Grundstück der Gesellschafterin Rosenberg bis zum Rückgang der Kreditsumme auf 90 % der Außenstände an. Daraufhin fand am 12. März 1953 eine Besprechung zwischen dem Oberbürgermeister der beklagten Stadt, Vertretern der Sparkasse und der Geschäftsführerin des Verlages statt. Man einigte sich dahingehend, daß die vorhandene Büroeinrichtung des Verlags an die Sparkasse zur Sicherheit übereignet und weiterhin für die Sparkasse eine Grundschuld in Höhe von 15.000,-- DM auf dem Grundstück der Frau R[REDACTED] eingetragen werden sollte. Als zweiter Geschäftsführer der H[REDACTED]-Kunstverlag GmbH sollte Herr K[REDACTED] bestellt werden. In einem Schreiben vom gleichen Tage an den Verlag bestätigte die Sparkasse diese Vereinbarungen und machte im letzten Satz darauf aufmerksam "..., daß wir nicht in der Lage sind, weitere Schecks einzulösen, wenn Sie unserem Verlangen nicht entsprechen sollten". Am 18. März 1953 kam es zwischen der H[REDACTED]-Kunstverlag GmbH und der Städtischen Sparkasse M[REDACTED] zum Abschluß des abgesprochenen Sicherungsübereignungsvertrags. Danach übereignete die Firma, vertreten durch ihre Geschäftsführer Frau R[REDACTED] und K[REDACTED] der Sparkasse zur Sicherung der Forderungen, die dieser aus dem Kreditverhältnis zustanden, einzeln aufgeführte Büro- und Einrichtungsgegenstände mit einem angegebenen Wert von 16.243,54 DM abzüglich eines Betrages von 2.198,23 DM für noch offenstehende Lieferantenforderungen.

Am 23. April 1953 wurde auf Antrag der Sparkasse, die am 20. April eine Kontokorrentforderung von über 119.000,-- DM gegen den Verlag hatte, das Konkursverfahren eröffnet und Rechtsanwalt Dr. Georg H[REDACTED], der Vater des Klägers, zum Konkursverwalter bestellt, der das Amt bis zu seinem Tode am 20. September 1957 innehatte. Die Bestellung des Klägers zum neuen Konkursverwalter erfolgte am 30. September 1957.

In der ersten Gläubigerversammlung am 19. Mai 1953 war beschlossen worden, den Verlagsbetrieb vorerst bis zu dem für den 3. Juni 1953 anberaumten Termin zur Prüfung der angemeldeten Forderungen aufrechtzuerhalten, um die Möglichkeit zu haben, das rückständige April-Heft "Der kleine Tierfreund" noch drucken zu lassen und zu vertreiben. Hierfür war die Erwägung maßgebend, daß nur bei einer fortlaufenden Herstellung und Auslieferung der Hefte der sog. "Verlagswert" der Zeitschrift "Der kleine Tierfreund" erhalten bleiben und später im Interesse der Konkursgläubiger veräußert werden konnte. Mit einem neuen Kredit der Städtischen Sparkasse M[REDACTED] bis zur Höhe von 31.000,-- DM gegen Abtretung aller für das Aprilheft eingehenden Beträge gelang es auch, dieses Heft mit einmonatiger Verspätung auszuliefern.

Im Termin zur Gläubigerversammlung und Prüfung der angemeldeten Forderungen am 3. Juni 1953 erklärte der Konkursverwalter, nachdem der Gläubigerausschuß in einer Pause mit wartenden Kaufinteressenten verhandelt hatte, daß die "Verlagsrechte" an den Verlag Wolfgang D[REDACTED] in M[REDACTED] veräußert würden. Die Gläubigerversammlung beschloß daraufhin einstimmig, den Geschäftsbetrieb für die Konkursmasse nicht mehr weiterzuführen.

Von der Städtischen Sparkasse auf Grund der Ausfallbürgschaft in Anspruch genommen, veranlaßte die Beklagte die Sparkasse, das Konto der Stadt M. mit den noch bestehenden Forderungen der Sparkasse gegen die Gemeinschuldnerin und mit den Forderungen aus dem Kreditvertrag für das "Aprilheft" zu belasten. Die Städtische Sparkasse M. erklärte daraufhin am 2. Juni 1953 gegenüber der Beklagten, wegen ihrer Forderungen befriedigt zu sein. Gleichzeitig trat sie die Rechte aus dem Kreditvertrag und der Mantelzession vom 15. September 1952, aus dem Kreditvertrag für die Herausgabe des Aprilheftes "Der kleine Tierfreund" und aus dem Sicherungsübereignungsvertrag vom 18. März 1953 an die Beklagte ab.

Am 10. Juni 1953 kam es dann zu der beschlossenen Veräußerung der "Verlagsrechte" der Gemeinschuldnerin. Hierüber wurde ein notarieller "Kaufvertrag" geschlossen, an dem beteiligt waren der damalige Konkursverwalter, Rechtsanwalt Dr. D. für die Beklagte "aufgrund ihrer Rechte an der H.-Kunstverlag GmbH aufgrund Sicherungsübereignungsvertrag vom 23. Januar 1953", der Verleger D. und Frau R.. In dem Vertrag heißt es:

"I.

Herr Rechtsanwalt Dr. H., in seiner vorbezeichneten Eigenschaft, und die Stadt M., wie angegeben vertreten, verkaufen und übertragen an die H.-D.-Verlags KG in M., für welche Herr Wolfgang D. dies annimmt, auf Grund der bereits erteilten Zustimmung des Konkursgläubigerausschusses, das Verlags-, Herausgeber- und Urheberrecht an der Zeitschrift "Der kleine Tierfreund" und die gleichen Rechte an dem unter dem Namen "Der kleine Tierfreund" erscheinenden Jahreskalender.

II.

Auf den Kaufpreis werden bezahlt DM 95.000,-- in Worten: Fünfundneunzigtausend Deutsche Mark, an

die Stadt M. und zwar auf Weisung des Konkursverwalters an die Städtische Sparkasse M. in M.

Falls dieser Betrag zur Abdeckung der bei der Städtischen Sparkasse bzw. der Stadt M. bestehenden Schuld der H.-Kunstverlag GmbH vor Konkurseröffnung und Konto nach Konkurseröffnung nicht ausreicht, zahlt Käuferin einen entsprechenden Mehrbetrag.

Voraussetzung ist jedoch, daß die der Stadt M. bzw. der Städtischen Sparkasse M. gegebenen Sicherheiten - Zession von Außenständen und Mobiliar-übereignung - vorweg zur Befriedigung des Kontos Verwendung findet.

.....

IV.

Herr Rechtsanwalt Dr. H., als Konkursverwalter, verkauft ferner an die Käuferin die Kartei und sonstiges Adressenmaterial, welche zur Fortführung bzw. zur Herausgabe der Mai-, Juni- und der folgenden Hefte des "Kleinen Tierfreundes" notwendig ist.

Mitverkauft wird das Archiv der Schriftleitung und das Recht auf Benutzung des Namens "H.".

Hierfür werden an den Konkursverwalter DM 25.000,-- in Worten: Fünfundzwanzigtausend Deutsche Mark, gezahlt.

Herr Dr. H. verkauft diese Sachen so, wie sie vor jedermanns Augen liegen, ohne jede Gewähr für Vollständigkeit und Richtigkeit.

Sämtliche Sachen stehen Herrn Rechtsanwalt Dr. H. zur Durchführung des Konkursverfahrens zur Verfügung.

V.

Die Parteien sind darüber einig, daß der gesamte Kaufpreis von DM 120.000,-- dann eine Erhöhung findet, wenn nach Zahlung der DM 95.000,-- und nach Verwertung der von der H.-Kunstverlag GmbH der Städtischen Sparkasse M. bzw. der Stadt M. gegebenen Sicherheiten noch ein Restsaldo bei der Städtischen Sparkasse M. bestehen sollte.

Andererseits besteht Einigkeit darüber, daß, falls die DM 95.000,-- zur Abdeckung der Verpflichtungen bei der Städtischen Sparkasse bzw. der Stadt M nicht völlig in Anspruch genommen werden, der dadurch ersparte Betrag der Konkursmasse "H" zu- steht.

VI.

Die miterschienene Frau Theodora R geb. O stimmt persönlich, wie auch als Herausgeberin und Urheberin von Jahreskalender und Zeitschrift "Der kleine Tierfreund" sowie als Inhaberin aller Geschäftsanteile und Geschäftsführerin der H-Kunstverlag GmbH in M dem vorstehenden Kaufvertrag, insbesondere dem Übergang der Herausgeber- und Urheberrechte zu und erklärt ihr Einverständnis zur Übertragung des Verlagsarchivs an den H-D-Verlag."

Später veräußerte der Konkursverwalter auch noch das Mobiliar der Gemeinschuldnerin an den H-D-Verlag. Dieser überwies am 17. Dezember 1953 von dem Kaufpreis - nach Begleichung der von einigen Lieferanten auf Grund Eigentumsvorbehalts geltend gemachten Ansprüche und nach Erledigung des Vermieterpfandrechts - auf Veranlassung des Konkursverwalters und im Hinblick auf die im Vertrag vom 10. Juni 1953 getroffene Vereinbarung den Restbetrag von 833,51 DM an die Beklagte.

Durch Eingang weiterer Zahlungen von Beziehern der Zeitschrift "Der kleine Tierfreund" verringerten sich die durch Abtretung vom 2. Juni 1953 auf die Beklagte übergegangenen Forderungen gegen die Gemeinschuldnerin auf einen Betrag von 62.459,86 DM. Diese Summe zahlte der H-D-Verlag in Erfüllung des Kaufvertrages vom 10. Juni 1953 an die Beklagte, die somit volle Befriedigung ihrer Forderung außerhalb des Konkurses erlangte.

In dem Konkursverfahren über das Vermögen der Gemeinschuldnerin war Schlußtermin für den 26. April 1957 bestimmt worden. In diesem Termin erhob der Vertreter der E [REDACTED] GmbH, Berlin, die bis zum April 1953 die Hefte und Kalender gedruckt hatte, Einwendungen gegen die Schlußrechnung. Nach seiner Ansicht standen der Beklagten keine Absonderungsrechte aus den Verträgen vom 23. Januar 1953 und 18. März 1953 zu. In einem zu diesem Punkte auf Beschluß der Gläubigerversammlung erstatteten Gutachten vom April 1959 kam Prof. Dr. Friedrich W [REDACTED], H [REDACTED], zu dem Schluß, daß die Beträge von 62.459,86 DM (aus dem Sicherungsübereignungsvertrag vom 23. Januar 1953) und 833,51 DM (aus dem Sicherungsübereignungsvertrag vom 18. März 1953) von der Beklagten an die Konkursmasse zurückzuerstatten seien. Eine dahingehende ausführlich begründete Aufforderung des Konkursverwalters vom 27. April 1959 ließ die Beklagte trotz mehrerer Erinnerungen unbeantwortet.

Daraufhin hat der Konkursverwalter die vorliegende Klage erhoben. Mit ihr macht er einen Teilbetrag in Höhe von 6.200,-- DM geltend, und zwar 6.100,-- DM aus der Zahlung des H [REDACTED]-D [REDACTED]-Verlages an die Beklagte auf Grund des Sicherungsübereignungsvertrages vom 23. Januar 1953 in Verbindung mit dem Kaufvertrag vom 10. Juni 1953 und 100,-- DM aus der Zahlung des gleichen Verlages an die Beklagte auf Grund des Mobiliarsicherungsübereignungsvertrages vom 18. März 1953 in Verbindung mit dem Vertrag vom 2. Juni 1953.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn
6.200,-- DM nebst 4 % Zinsen seit dem
1. Mai 1959 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Die Berufung der Beklagten ist zurückgewiesen worden.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

A. Absonderungsrecht der Beklagten.

Die Beklagte hat im Zusammenhang mit der Veräußerung der Konkursmasse an den H[REDACTED]-D[REDACTED]-Verlag die Beträge von 62.459,86 DM und 833,51 DM erhalten. Der Kläger verlangt hiervon mit der Klage je einen Teilbetrag von 6.100,-- DM und von 100,-- DM, zusammen 6.200,-- DM, zurück. Beide Vorinstanzen haben einen Rechtsanspruch der Beklagten auf diese Beträge mit der Begründung verneint, daß weder der Beklagten an den ihr durch den Vertrag vom 23. Januar 1953 sicherungsweise übereigneten, zur Konkursmasse gehörenden "Verlagsrechten" noch der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der Städtischen Sparkasse M[REDACTED], an den dieser durch Vertrag vom 18. März 1953 sicherungsweise übereigneten, ebenfalls zur Konkursmasse gehörenden Einrichtungsgegenständen ein Absonderungsrecht zugestanden habe. Daher habe die Beklagte die ihr durch die Zahlungen des H[REDACTED]-D[REDACTED]-Verlages zugeflossenen Beträge ohne rechtlichen Grund auf Kosten der Konkursmasse erlangt und sei gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB verpflichtet, diese Beträge an den Kläger als Konkursverwalter herauszugeben.

I. Teilbetrag von 6.100,-- DM.

Frei von Rechtsirrtum geht das Berufungsgericht davon aus, daß nach § 48 KO ein Absonderungsrecht auch denjenigen Konkursgläubigern zusteht, denen ein zur Konkursmasse übereigneter Gegenstand sicherungsweise übereignet worden ist.

Dagegen verneint das Berufungsgericht, daß die Beklagte durch Abschluß des notariellen Sicherungsübereignungsvertrages vom 23. Januar 1953 ein Absonderungsrecht an den ihr übereigneten Gegenständen erworben hat. Nach diesem Vertrag hat Frau R. [REDACTED] zur Sicherung aller Ansprüche der Beklagten aus der gegenüber der Städtischen Sparkasse M. [REDACTED] bis zum Betrage von 175.000,-- DM übernommenen Ausfallbürgschaft namens der H. [REDACTED]-Kunstverlag GmbH die dieser Gesellschaft "zustehenden Verlagsrechte an der Zeitschrift 'Der kleine Tierfreund' und an dem Jahreskalender 'Der kleine Tierfreund'" der Beklagten übereignet. Weiter hat Frau R. [REDACTED], die damals allein Geschäftsführerin der Gesellschaft war, erklärt, daß sie sowohl als Herausgeberin der Zeitschrift und des Jahreskalenders als auch als Inhaberin sämtlicher Geschäftsanteile ihre Zustimmung zu der Übereignung erteile.

1. Bei Beurteilung der Frage, welchen Inhalt die den Gegenstand der Übereignung betreffende Vereinbarung hat, ist das Berufungsgericht von folgendem ausgegangen:

Sowohl die Zeitschrift "Der kleine Tierfreund" wie der gleichnamige Jahreskalender seien Sammelwerke im Sinne des § 4 LitUrhG und § 6 KunstUrhG. Soweit an den einzelnen Beiträgen Urheberrechte bestünden, stünden diese demjenigen zu, der den Beitrag geschaffen habe. Unstreitig habe der

Verlag bezüglich dieser Beiträge keine Verlagsrechte im Sinne der §§ 8, 9 VerlG, sondern gemäß §§ 41, 42 Abs. 1 VerlG nur ein einfaches Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht erhalten.

Ferner stehe Frau R. [REDACTED] als Herausgeberin der beiden Sammelwerke das Urheberrecht an den erschienenen Heften der Zeitschrift und den erschienenen Jahrgängen des Kalenders zu.

Schließlich bestehe noch an jedem der beiden Sammelwerke das Recht am Sammelwerk als Unternehmen.

Dieser Ausgangspunkt des Berufungsgerichts läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Er steht in Einklang mit der in der höchststrichterlichen Rechtsprechung und im Schrifttum vertretenen Auffassung (vgl. BGHZ 15, 1 - Sport-Wette; RGZ 70, 220, 222 f; 68, 49 ff; Ulmer, Urheber- u. Verlagsrecht 2. Aufl. S. 145 ff; Bappert-Wagner, Rechtsfragen des Buchhandels 2. Aufl. S. 47 ff u. S. 91 ff; Bappert-Maunz, Verlagsrecht zu § 41 Anm. 15 ff).

Die Vorschriften des - nach Revisionseinlegung - am 1. Januar 1966 in Kraft getretenen Urheberrechtsgesetzes vom 9. September 1965 (BGBl I 1273) finden gemäß dessen § 132 Abs. 1 auf vor dem Inkrafttreten des Gesetzes abgeschlossene Verträge keine Anwendung. Es ist daher auch im Verhältnis der Urheber der bis zum Abschluß des Sicherungsübereignungsvertrages im Jahre 1953 in den beiden Sammelwerken erschienenen Beiträge zum Erwerber der Rechte an beiden Sammelwerken als Unternehmen insoweit keine Änderung eingetreten, als die gemäß § 141 Nr. 4 UrhG aufgehobene Bestimmung des § 42 VerlG nunmehr durch die des § 38 UrhG ersetzt worden ist, derzufolge der Verleger oder Herausgeber einer

periodisch erscheinenden Sammlung im Zweifel ein ausschließliches Nutzungsrecht zur Vervielfältigung und Verbreitung erhält (vgl. § 38 Abs. 1 UrhG).

2. Soweit es im Streitfall darauf ankommt, inwieweit Rechte an einem periodisch erscheinenden Sammelwerk als Unternehmen bestehen und zur Sicherung übereignet werden können, gilt folgendes.

Bei derartigen Sammelwerken, wie sie die Zeitschrift und der Jahreskalender "Der kleine Tierfreund" darstellen, besteht die unternehmerische Tätigkeit in der Herstellung, Vervielfältigung und Verbreitung der einzelnen Folgen dieser Werke. Von der Art des Sammelwerks hängt es im Einzelfall ab, ob zum Unternehmen Urheber- oder Verlagsrechte gehören, notwendig ist das nicht (vgl. Bappert-Maunz aaO § 41 VerlG Anm. 16). Ebenso können zum Unternehmen andere Rechte und Sachen gehören. Der Ruf, den ein solches Sammelwerk sich erworben hat sowie die Beziehungen zu den die Beiträge liefernden Personen und zu den Abnehmern des Werks begründen die Möglichkeit einer gewinnbringenden Fortführung des Werkes durch Veröffentlichung weiterer Folgen. Hierbei kommt dem Titel des Werkes besondere Bedeutung zu. In dieser Möglichkeit der gewinnbringenden Fortführung des Sammelwerkes ist seit jeher der wesentliche Inhalt des Rechts am Sammelwerk als gewerbliches Unternehmen erblickt worden, das seinerseits weder ein Urheberrecht noch ein Verlagsrecht ist (RGZ 37, 176, 178 betr. Zeitung; 68, 49, 53 betr. Zeitschrift; 70, 220, 223 betr. Zeitung; vgl. auch Ulmer aaO S. 146; Bappert-Wagner aaO S. 92 f; Bappert-Maunz, § 41 VerlG Anm. 16). Zur Frage, wer im Einzelfall Inhaber dieses Rechts am Sammelwerk als Unternehmen ist, nämlich ob dies der Verleger oder der Herausgeber ist, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß festgestellt, daß dies im Streitfall der

H-Kunstverlag sei. Denn B, der bereits im Jahre 1948 die Zeitschrift unter dem Titel "Der kleine Tierfreund" in den Handel gebracht habe, habe durch Verträge vom 4. und vom 21. Mai 1949 alle ihm zustehenden Rechte an dieser Zeitschrift einschließlich aller Verlags- und Urheberrechte auf die H-Kunstverlag GmbH und nicht auf Frau R übertragen.

Es ist anerkannt, daß ebenso wie andere Unternehmen auch das Zeitschriftenunternehmen v e r ä u ß e r t werden kann (RGZ 70, 223; 68, 52; 37, 178; vgl. Ulmer aaO S. 146). Die Übereignung kann jedoch nicht durch eine lediglich auf das Unternehmen bezügliche bloße Einigung erfolgen. Vielmehr sind die zum Unternehmen gehörenden Gegenstände nach den für sie maßgebenden Vorschriften zu übertragen. Bewegliche Sachen sind also durch Übergabe oder deren Ersatz, Forderungen durch Abtretung zu übertragen. Im übrigen ist der Erwerber durch Einweisung in den Tätigkeitsbereich in die Lage zu versetzen, das Unternehmen so fortzuführen, wie es der Veräußerer mit Hilfe der veräußerten Werte selbst betrieben hat; hierzu kann auch die Übergabe der Kundenlisten gehören (Schlegelberger-Hildebrandt, HGB 3. Aufl. § 22 Anm. 3; Würdinger in Großkomm. HGB 3. Aufl. § 22 Anm. 20; J. v. Gierke, Handelsrecht u. Schifffahrtsrecht, 8. Aufl. S. 74 u. 86).

Dementsprechend ist auch die V e r p f ä n d u n g oder Sicherungsübereignung eines Unternehmens durch eine sich nur auf das Unternehmen als Ganzes oder als Teil eines Gesamtunternehmens beziehende Willenseinigung nicht möglich, da dieses weder eine Sache noch ein Recht, sondern ein Inbegriff von Vermögensgegenständen ist. Verpfändbar sind daher nur die einzelnen zum Unternehmen gehörenden Sachen und Rechte (RGZ 95, 235, 237 f; 70, 226, 228; 68, 54; Wür-

dinger aaO Anm. 58; v. Gierke aaO S. 74 u. 92; Ulmer aaO S. 146 u. 356).

3. Diese Rechtsgrundsätze hat das Berufungsgericht nicht verletzt.

Bei der Prüfung, was die Parteien des Sicherungsübereignungsvertrages mit der sicherungsweisen Übereignung der "Verlagsrechte" an der Zeitschrift und an dem Jahreskalender gemeint haben, gelangt das Berufungsgericht zu folgendem Ergebnis.

Unter Bezugnahme auf die eingehenden Erörterungen des Landgerichts nimmt es mit diesem an, daß sowohl die dem H[REDACTED]-Kunstverlag an den Beiträgen der einzelnen Autoren (Einsender) zustehenden einfachen Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechte als auch die der Herausgeberin zustehenden Herausgeber-Urheberrechte "keinen nennenswerten Wert" dargestellt hätten. Hieraus sei zu folgern, daß die Vertragspartner diese Rechte mit der Bezeichnung "Verlagsrechte" nicht gemeint haben könnten. Das gelte auch dann, wenn diesen Rechten - wie die Beklagte unter Beweisantritt behauptet habe - entgegen den Äußerungen des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels doch ein größerer Wert beizumessen sein sollte. Da die Beklagte die Ausfallbürgschaft für den Kredit bis zum Betrage von 175.000,-- DM übernommen habe, müsse angenommen werden, daß die Vertragspartner eine Sicherung beabsichtigt hätten, die der Höhe des von der Beklagten übernommenen Risikos entsprochen habe, daß also das, was sie unter "Verlagsrechten" verstanden hätten, einen Wert gehabt habe, der das Risiko der Beklagten deckte.

Aus einer Reihe von Umständen ergebe sich jedoch, daß das "Verlagsrecht" von den Vertragspartnern sowohl seiner

Art als auch seinem Wert nach als taugliches Sicherungsmittel angesehen worden sei, und daß als sein "Wert" ein Betrag von 180.000,-- DM genannt worden sei. Diese Wertangabe beweise, daß sich die Bezeichnung "Verlagsrecht" nicht auf das Verlagsrecht im Sinne des Verlagsgesetzes, sondern auf den "Wert des Verlages" und zwar seinen inneren Wert (good will) bezogen habe. Diesen inneren Wert (good will) habe Frau R. der Beklagten unter der Bezeichnung "Verlagsrecht" angeboten und im Vertrage übertragen. Die Beklagte habe jedoch angenommen, unter dieser Bezeichnung ein Verwertungsrecht an der Zeitschrift und am Kalender als Unternehmen erwerben zu können. Dieser Erfolg sei jedoch mangels einer Einigung nicht eingetreten, weil der Geschäftswille der Vertragspartner hinsichtlich des Vertragsgegenstandes nicht übereingestimmt habe (Dissens).

Unabhängig hiervon sei aber zu berücksichtigen, daß der innere Wert eines Unternehmens als unkörperlicher Bestandteil des lebenden Betriebs nur mit diesem zusammen übertragen werden könne und daß überdies ein gewerbliches Unternehmen als Ganzes nicht durch schlichte Einigung mit dinglicher Wirkung übertragen werden könne. Auch könne ein Handelsgeschäft als solches nicht Gegenstand eines Pfandrechts sein, vielmehr seien nur die einzelnen zum Geschäft gehörenden Sachen und Rechte verpfändbar. Insoweit sei es daher unerheblich, ob, wie die Beklagte behauptete, beide Vertragspartner die Absicht gehabt hätten, daß das Recht am geistigen Unternehmen, zu dem die körperlichen Gegenstände des Verlages nicht gehörten, und damit ein "Verwertungsrecht" an der Zeitschrift und am Kalender sicherungsweise übertragen werden sollte, das die rechtlich gesicherte Möglichkeit der Fortsetzung der beiden Sammlungen böte.

4. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Die Revision wendet sich dagegen, daß das Berufungsgericht dem Sicherungsübereignungsvertrag jede rechtliche Wirkung abgesprochen hat.

Sie rügt in erster Linie, das Berufungsgericht habe den Vortrag der Beklagten unberücksichtigt gelassen, daß diese bei Übernahme der Ausfallbürgschaft habe darauf vertrauen können, die Sparkasse werde gemäß dem Kreditvertrag dem H[REDACTED]-Kunstverlag Kredite nur bis zum Betrage von 90 % der Außenstände einräumen (§ 286 ZPO). Lege man dies zugrunde, so folge, daß zur Absicherung des der Beklagten bleibenden Risikos nur die Übereignung eines Wertes erforderlich gewesen sei, der einem Bruchteil des Gesamtkreditbetrages entsprochen habe. Dann werde aber der Annahme des Berufungsgerichts die Grundlage entzogen, die Vertragspartner des Sicherungsübereignungsvertrages hätten dem, was sie als "Verlagsrecht" bezeichnet hätten, einen Wert beigemessen, der das mit 175.000,-- DM zu bewertende Risiko der Beklagten aus der Ausfallbürgschaft decke. Andererseits müsse nach dem angefochtenen Urteil davon ausgegangen werden, daß den dem Verlag bezüglich der Beiträge zustehenden Rechten und daß dem der Frau R[REDACTED] als Herausgeberin zustehenden Urheberrecht "doch ein größerer Wert" beizumessen sei. Hätten aber diese Rechte einen größeren Wert und sei davon auszugehen, daß das Risiko der Beklagten nur einen Bruchteil des Betrages von 175.000,-- DM betragen habe, so müsse entgegen der insoweit fehlerhaften Auslegung des Vertrages durch das Berufungsgericht angenommen werden, daß die Vertragspartner sehr wohl d i e s e Rechte als taugliches Sicherungsmittel angesehen und unter der Bezeichnung "die Verlagsrechte" verstanden hätten.

Weiter rügt die Revision, daß das Berufungsgericht infolge der Nichtberücksichtigung erheblichen Vortrages der Beklagten, für den auch Beweis angetreten worden sei, zu der Annahme gelangt sei, die Vertragspartner hätten sich in Wirklichkeit nicht geeinigt (§ 282 ZPO).

Schließlich vertritt die Revision die Ansicht, daß die Verlagsrechte an der Zeitschrift und an dem Kalender sicherungsweise hätten übereignet werden können, ohne daß es - wie aber das Berufungsgericht angenommen habe - einer Übertragung der einzelnen Vermögensgegenstände des Verlages bedurft hätte. Das Berufungsgericht habe verkannt, daß die Beklagte gar nicht den Wert des Verlages und dessen Unternehmen und auch nicht den Verlag oder das Eigentum der Zeitschrift habe erwerben wollen. Damit verblieben als Gegenstände der Sicherungsübereignung aber diejenigen Rechte an der Zeitschrift und an dem Jahreskalender, die als selbständige Rechte dem Verlag und/oder der Herausgeberin zugestanden hätten.

b) Diese Angriffe der Revision können keinen Erfolg haben. Die Revision übersieht folgendes.

Die Beklagte hat im Rechtsstreit von Anfang an die Ansicht vertreten, daß sie das von ihr mit Zustimmung des Konkursverwalters an den D[RECKEN]-Verlag durch Kaufvertrag vom 10. Juni 1953 veräußerte Recht zur Fortführung der beiden Sammelwerke unter dem Titel "Der kleine Tierfreund" ihrerseits durch den Sicherungsübereignungsvertrag vom 23. Januar 1953 erworben habe und der hierfür vom D[RECKEN]-Verlag an sie gezahlte Kaufpreis von 62.459,86 DM ihr mit rechtmäßigem Grunde zustehe. In Übereinstimmung hiermit hat die Beklagte bezüglich des von ihr mit dem Sicherungsübereignungsvertrag verfolgten Zweckes folgende, in den Entschei-

dungsgründen des angefochtenen Urteils wörtlich wiedergegebene Ausführungen gemacht:

"Die Stadt wollte mit dem Sicherungsübereignungsvertrag ein Verwertungsrecht an der Zeitschrift und dem Kalender als Unternehmen erwerben. Unter der Bezeichnung "Verlagsrechte", die lediglich eine unbeachtliche falsa demonstratio darstellt, war das Recht am geistigen Unternehmen gemeint. Der Stadt ging es in Übereinstimmung mit Frau R. [REDACTED] darum, ein "Verwertungsrecht" an Zeitschrift und Kalender sicherungshalber zu erwerben. Sie wollte die rechtlich gesicherte Möglichkeit der Fortsetzung der Zeitschrift erlangen. Hierzu genügte die rechtlich zulässige Unternehmensübertragung, wobei zum Unternehmen, wie in der Berufungsbegründung eingehend dargelegt, die körperlichen Gegenstände des Verlages nicht gehörten."

Der in diesem Zusammenhang entscheidende Vortrag der Beklagten ging dahin, daß sie durch diesen Vertrag das Recht zur Fortführung der beiden Sammelwerke und auch die zum Nachdruck der bereits erschienenen Folgen erforderlichen Rechte sicherungsweise übertragen erhalten habe und daß daher der Erlös aus der Weiterveräußerung dieser Rechte an den D. [REDACTED]-Verlag ihr und nicht der Konkursmasse zustehe. Dagegen hat die Beklagte nicht vorgetragen, daß sie die für den Nachdruck erforderlichen Rechte für sich allein übertragen erhalten habe, weil diese zur Fortführung des Zeitschriftenunternehmens nicht erforderlich gewesen seien und insoweit nur einen ganz unmaßgeblichen Wert dargestellt hätten. Wäre dies der Fall gewesen, so hätte sie auch von ihrem rechtlichen Standpunkt aus nur einen Bruchteil des vom D. [REDACTED]-Verlag gezahlten Kaufpreises, der das Recht zur Fortführung der beiden Sammelwerke einschloß, für sich beanspruchen können.

aa) Die Annahme des Berufungsgerichts, daß durch den Sicherungsübereignungsvertrag auch bei Unterstellung einer insoweit vorliegenden Willenseinigung der Vertrags-

partner eine Übertragung des Rechts am Unternehmen, nämlich zur Fortführung der Zeitschrift und des Kalenders unter dem bisherigen Titel nicht wirksam erfolgt sei, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Die Veräußerung eines Zeitschriftenunternehmens (für den Kalender gilt das gleiche) vollzieht sich regelmäßig in der Weise, daß der Veräußerer sich verpflichtet, die Zeitschrift mit dem Titel nicht mehr erscheinen zu lassen und daß er dem Erwerber gestattet, nunmehr seinerseits die Zeitschrift unter dem bisherigen Titel erscheinen zu lassen. Die Ausführung dieses Verpflichtungsgeschäfts geschieht dadurch, daß der Veräußerer die Herstellung und den Vertrieb der Zeitschrift einstellt und daß der Erwerber diese Tätigkeiten aufnimmt. Dabei ist es nicht erforderlich, das ist der Revision zuzugeben, daß im Zusammenhang hiermit andere Vermögensgegenstände übergehen (RGZ 70, 223; 37, 178). Andererseits ist auch ein Übergang der an den bisher erschienenen Folgen der Zeitschrift bestehenden Rechte des Verlegers und des Herausgebers nicht notwendig (RGZ 68, 52). Dagegen ist es für die Übertragung des Rechts am Zeitschriftenunternehmen wesentlich, dies verkennt die Revision, daß der Veräußerer seine Tätigkeit einstellt und der Erwerber die entsprechende Tätigkeit aufnimmt und daß somit tatsächlich die Verpflichtung des Veräußerers und die Berechtigung des Erwerbers in die Wirklichkeit umgesetzt werden. Durch die bloße Willenseinigung zwischen Veräußerer und Erwerber, ohne tatsächliche Vollziehung dieses Willens, kommt dagegen die Übertragung des Rechts am Zeitschriftenunternehmen ebensowenig zustande, wie bei einem anderen Unternehmen (vgl. v. Gierke aaO S. 74). Aus diesem Grunde wird von der Rechtsprechung und überwiegend auch im Schrifttum angenommen, daß die Verpfändung eines Unternehmens als solchen

nicht möglich ist und zwar auch nicht die eines Zeitschriftenunternehmens (RGZ 95, 237; 70, 227 f; 68, 54; Würdinger aaO § 22 HGB Anm. 58; Ulmer aaO S. 146 und 356; v. Gierke aaO S. 74 u. 92). Da der H[REDACTED]-Kunstverlag auch nach Abschluß des Sicherungsübereignungsvertrages die Zeitschrift weiter herausgebracht und die Arbeit am Jahreskalender fortgesetzt hat, ist allein durch den Abschluß des Vertrages das Recht zur Fortführung der beiden Sammelwerke unter dem bisherigen Titel nicht auf die Beklagte übergegangen. Insoweit stand ihr daher, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, ein Recht auf abgesonderte Befriedigung und damit der hierauf entfallende Teil des Kaufpreises aus der Veräußerung dieses Rechts an den D[REDACTED]-Verlag nicht zu.

bb) Die Revision kann aber auch insoweit keinen Erfolg haben, als sie sich dagegen wendet, daß das Berufungsgericht dem Sicherungsübereignungsvertrag j e d e Wirksamkeit abgesprochen hat.

Die Möglichkeit, daß die Beklagte, wenn schon nicht das Recht zur Fortsetzung der beiden Sammelwerke, so doch jedenfalls die zum Nachdruck bereits erschienener Folgen der Zeitschrift erforderlichen Rechte übertragen erhalten hat, liegt unter den obwaltenden Umständen nicht nahe. Wie dargelegt, hat die Beklagte bei Verteidigung ihrer Rechte entscheidend darauf abgestellt, daß sie das Recht zur Fortführung der beiden Sammelwerke und in Verbindung hiermit auch die Rechte bezüglich der bereits erschienenen Hefte erworben habe. Daß diese Rechte nach dem Willen der Vertragspartner für sich allein Gegenstand des Sicherungsübereignungsvertrages hätten sein sollen, haben beide Vorinstanzen verneint. Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt daher von demjenigen, der den Ausführungen

im Urteil RGZ 68, 55 zugrunde liegt.

Soweit die Revision in diesem Punkte das angefochtene Urteil angreift, kann sie ebenfalls keinen Erfolg haben.

Angesichts der Tatsache, daß die Möglichkeit der gewinnbringenden Fortführung unter dem bisherigen Titel den wesentlichen Kern eines Zeitschriftenunternehmens ausmacht, haben Rechtsprechung und Schrifttum stets angenommen, daß bei der Veräußerung eines solchen Unternehmens etwaige an den bisher erschienenen Folgen bestehende Urheber- und Verlagsrechte regelmäßig ohne Bedeutung sind (RGZ 70, 222; 68, 53; Ulmer aaO S. 146). Dabei ist zur Begründung auch auf die Einschränkung der Rechte des Verlegers einer Zeitschrift durch die §§ 41 ff VerlG hingewiesen worden. Diesem Gesichtspunkt kommt auch im Streitfall Bedeutung zu, da das Berufungsgericht frei von Rechtsirrtum festgestellt hat, daß dem H. -Kunstverlag bezüglich der in beiden Sammelwerken erschienenen Beiträge lediglich ein einfaches Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht zugestanden hat. Daß diesen Rechten, ebenso wie dem Herausgeber-Urheberrecht der Frau R., aber kein Wert zukam, der es gerechtfertigt hätte, sie für sich allein - unabhängig von dem Recht auf Fortführung der beiden Sammelwerke - als Gegenstand des Sicherungsübereignungsvertrages anzusehen, hat das Berufungsgericht damit begründet, daß die Vertragspartner angesichts des geringen Wertes dieser Rechte sie nicht mit der Bezeichnung "Verlagsrechte" gemeint hätten. Hinsichtlich des geringen Wertes hat das Berufungsgericht sich auf die Auskünfte des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels vom 1. Juni 1960 und vom 3. November 1960 bezogen, nach denen diesen Rechten im Streitfall "kaum ein Wert" beigemessen werden könnte.

Da regelmäßig den hier in Rede stehenden Rechten nur ein geringer Wert zukommt, wäre es Aufgabe der Beklagten gewesen, im einzelnen darzulegen, daß auch allein der Erwerb dieser Rechte für sie von wirtschaftlicher Bedeutung gewesen sei. Das Berufungsgericht hat die von der Beklagten insoweit unter Beweisantritt behaupteten Tatsachen nicht etwa übersehen, sondern geglaubt, von einer Beweisaufnahme absehen zu können. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Die Beklagte hatte hierzu in der Berufungsbegründung vorgetragen, daß vor und nach Konkurseröffnung für die von 1949 bis 1953 erschienenen Hefte und Kalender laufend Nachbestellungen neu hinzugekommener Abonnenten und sonstiger Interessenten eingegangen seien und daß der Diemer-Verlag Nachdrucke vergriffener Nummern mit erheblichem wirtschaftlichem Nutzen vorgenommen habe. Zum Beweis hat die Beklagte sich auf das Zeugnis der Frau R. [REDACTED] und des Verlegers D. [REDACTED] sowie auf ein einzuholendes Sachverständigengutachten des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels bezogen. In der Nichterhebung dieser Beweise liegt jedoch kein Verfahrensfehler. Angesichts der Tatsache, daß der Verkaufspreis des Einzelheftes der Zeitschrift 30 Pfennig betrug, ist die Behauptung, daß laufend Nachbestellungen eingegangen seien und man bezüglich fünf vergriffener Hefte den Nachdruck für erforderlich gehalten habe, nicht geeignet, den Nachdruck wegen der darin liegenden Verdienstmöglichkeiten als wirtschaftlich so bedeutungsvoll anzusehen, daß in der Übertragung der diesbezüglichen Rechte ein dem Risiko der Beklagten entsprechendes Sicherungsmittel erblickt werden könnte. Das gilt auch für die Behauptung, der D. [REDACTED]-Verlag habe Nachdrucke "mit erheblichem wirtschaftlichen Nutzen" vorgenommen. Diese Behauptung ist angesichts der Tatsachen, daß diesen Rechten wie dargelegt

üblicherweise keine Bedeutung in wertmäßiger Beziehung beigemessen wird, daß hier der Preis des Einzelheftes nur 30 Pfennig betragen hat sowie in Anbetracht der Höhe des abzusichernden Risikos so unsubstantiiert, daß das Berufungsgericht ihr nicht nachzugehen brauchte. Wenn das Berufungsgericht davon ausgegangen ist, daß die Beklagte sich jedenfalls habe darauf einrichten müssen, aus der Ausfallbürgschaft bis zu einem Betrage von 175.000,-- DM in Anspruch genommen zu werden, so ist das rechtlich nicht zu beanstanden. Der Hinweis der Revision auf den Vortrag der Beklagten, sie habe mit einer solchen Beanspruchung nicht zu rechnen brauchen, weil sie habe darauf vertrauen können, daß die Städtische Sparkasse dem H[REDACTED]-Kunstverlag Kredit nur in Höhe eines Betrages von 90 % der Außenstände habe einräumen dürfen, übersieht folgendes. Nach dem im Berufungsrechtszug insoweit nicht angegriffenen Tatbestand des landgerichtlichen Urteils haben im gleichen Monat, in dem der Sicherungsübereignungsvertrag abgeschlossen worden ist, sich bereits fast täglich Angestellte der Sparkasse in den Geschäftsräumen des Verlages aufgehalten und dort einen Entschuldungsplan aufgestellt. Schließlich ist die Beklagte auf Grund der Bürgschaft auch mit einem Betrage von rd. 118.000,-- DM in Anspruch genommen worden. Bei dieser Sachlage ist es aber rechtlich nicht angreifbar, wenn das Berufungsgericht davon ausgegangen ist, die Partner des Sicherungsübereignungsvertrages hätten angesichts eines Risikos der Beklagten in Höhe von 175.000,-- DM und angesichts des geringen Wertes der in Rede stehenden Nachdrucksrechte, selbst wenn diesen doch ein größerer Wert beizumessen sein sollte, diese Rechte nicht als taugliches Sicherungsmittel angesehen. Die Ansicht der Revision, es müsse demnach davon ausgegangen werden, daß diesen Rechten ein "größerer Wert" zukomme, aus diesem Grunde seien sie aber als Sicherungsmittel in Betracht gekommen, übersieht,

daß das Berufungsgericht diese Worte im Hinblick auf die Feststellung des Landgerichts gebraucht hat, derzufolge diese Rechte "keinen nennenswerten Wert" darstellten. Der Zusammenhang der Ausführungen des Berufungsgerichts ergibt, daß es lediglich hat unterstellen wollen, daß der Wert der Rechte größer als "nicht nennenswert" sei. Daß der Wert aber im Hinblick auf das zu sichernde Risiko ein größerer Wert sei, hat das Berufungsgericht nicht angenommen.

Demnach hat das Berufungsgericht mit Recht angenommen, daß auch die zum Nachdruck erforderlichen Rechte durch den Sicherungsübereignungsvertrag nicht auf die Beklagte übertragen worden sind und daß dieser auch insoweit ein Absonderungsrecht und damit ein Anspruch auf den entsprechenden Teil des Veräußerungserlöses nicht zusteht.

II. Teilbetrag von 100,-- DM.

Nach Abschluß des Kaufvertrages vom 10. Juni 1953 zwischen dem Konkursverwalter und der Beklagten auf der einen und dem H■■■■-D■■■■-Verlag auf der anderen Seite veräußerte der Konkursverwalter auch das Mobilier der Gemeinschuldnerin an diesen Verlag. Dieses Mobilier war durch Vertrag vom 18. März 1953 vom H■■■■-Kunstverlag der Städtischen Sparkasse M■■■■ zur Sicherung übereignet worden. Die Sparkasse hatte, nachdem sie von der Beklagten auf Grund der Ausfallbürgschaft befriedigt worden war, ihre Rechte unter anderem auch aus diesem Sicherungsübereignungsvertrag an die Beklagte am 2. Juni 1953 abgetreten.

Im Kaufvertrag vom 10. Juni 1953 heißt es unter Ziffer II, daß der vom H[REDACTED]-D[REDACTED]-Verlag zu zahlende Kaufpreis von 95.000,-- DM für den Erwerb der Verlags-, Herausgeber- und Urheberrechte an der Zeitschrift und dem Jahreskalender an die Beklagte und zwar auf Weisung des Konkursverwalters an die Städtische Sparkasse M[REDACTED] gezahlt werden sollte. Weiter ist darin vereinbart, daß der Käufer einen entsprechenden Mehrbetrag zu zahlen habe, falls der Betrag von 95.000,-- DM zur Abdeckung der bei der Städtischen Sparkasse bzw. bei der Beklagten bestehenden Schuld des H[REDACTED]-Kunstverlages "vor Konkurseröffnung und Konto nach Konkurseröffnung nicht ausreicht". Ferner heißt es, Voraussetzung hierfür sei jedoch, daß die der Beklagten bzw. der Städtischen Sparkasse gegebenen Sicherheiten, wie Zession von Außenständen und Mobiliarübereignung, vorweg zur Befriedigung des Kontos Verwendung fänden.

Auf Grund des Erwerbs des Mobiliars überwies der H[REDACTED]-D[REDACTED]-Verlag nach Begleichung von Lieferantenansprüchen und nach Erledigung des Vermieterpfandrechts von dem Kaufpreis den Restbetrag von 833,51 DM an die Beklagte, von denen mit der Klage ein Teilbetrag von 100,-- DM geltend gemacht werden.

1. Das Berufungsgericht ist zu dem Ergebnis gelangt, daß der zwischen der Städtischen Sparkasse und dem H[REDACTED]-Kunstverlag geschlossene Sicherungsübereignungsvertrag vom 18. März 1953 wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sei (§ 138 Abs. 1 BGB) und daß der Beklagten, der von der Sparkasse die Rechte aus diesem Vertrage abgetreten worden seien, ein Absonderungsrecht bezüglich des Mobiliars und damit auch ein Anspruch auf den an sie gezahlten Teil des Erlöses nicht zustehe.

Der von der Beklagten erhobene Einwand aus § 817 Satz 2 Halbs. 1 BGB könne dem Konkursverwalter nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 19, 340) nicht entgegengehalten werden.

Hierzu hat das Berufungsgericht festgestellt, daß die Städtische Sparkasse trotz der ihr bekannten Konkursreife des H-Kunstverlags diesem weiterhin Kredit gewährt habe, dies jedoch davon abhängig gemacht habe, daß ihr neben den bereits abgetretenen und nach dem Mantelabtretungsvertrag vom 15. September 1952 noch abzutretenden Außenständen sowie neben der von der Beklagten übernommenen Ausfallbürgschaft noch weitere Sicherungen in Gestalt der Übereignung der gesamten Büroeinrichtung gewährt wurden. Dabei sei der Sparkasse genau bekannt gewesen, daß es sich um die letzten der Einzelvollstreckung unterliegenden Werte des Verlages gehandelt habe. Auch habe die Sparkasse genau gewußt, daß noch andere ungesicherte Gläubiger vorhanden gewesen seien, vor allem die Papierfabrikanten und Drucker sowie die Angestellten und Mitarbeiter des Verlages. Auch die Geschäftsführerin des Verlages, Frau R, habe mindestens grob fahrlässig gehandelt, da sie die genannten Umstände gekannt habe und sich bei gehöriger Überlegung hätte sagen müssen, daß durch die sicherungsweise Hingabe der Einrichtungsgegenstände ihre sonstigen Gläubiger gegenüber der ihre Machtstellung ausnutzenden Sparkasse benachteiligt werden könnten.

Hieraus hat das Berufungsgericht gefolgert, daß die Sparkasse die im Zeitpunkt der Sicherungsgewährung bestehende wirtschaftliche Abhängigkeit des H-Kunstverlages von ihr ausgenutzt habe. Ferner hätten beide Vertragsparteien sich bewußt, mindestens aber grob leicht-

fertig über die Interessen der ihnen bekannten anderen Gläubiger hinweggesetzt. Daher sei der Sicherungsübereignungsvertrag nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig.

Diese Beurteilung läßt keinen Rechtsirrtum erkennen. Die ihr zugrunde liegende Rechtsauffassung steht mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Einklang (vgl. BGH NJW 1955, 1272; 1956, 417 u. 585). Die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts und die von diesem hieraus abgeleitete Folge, daß der Vertrag gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig sei, werden von der Revision nicht angegriffen.

2. Soweit die Revision geltend macht, der Beklagten habe unabhängig von der Rechtswirksamkeit des Sicherungsübereignungsvertrages vom 18. März 1953 ein Anspruch auf Zahlung des Betrages von 833,51 DM aus dem Grunde zugestanden, weil sie nach Ziffer II des Kaufvertrages vom 10. Juni 1953 einen Anspruch auf entsprechende Aufbesserung des Abrechnungssaldos gehabt habe, gilt folgendes.

Wie vorstehend unter Ziffer I dargelegt worden ist, hat der Beklagten kein Anspruch auf den Kaufpreis zugestanden. Damit entfällt auch ein Anspruch auf Aufbesserung. Im übrigen ist dem Umstande, daß sowohl bei der Bezeichnung des Gläubigers aus dem Kreditvertrage als auch bei der Bezeichnung des Sicherungsnehmers von der "Städtischen Sparkasse bzw. der Stadt M..." die Rede ist, zu entnehmen, daß die Beklagte durch diese vertragliche Vereinbarung nicht einen vom Bestande der an sie übergegangenen Ansprüche der Sparkasse unabhängigen Anspruch erwerben sollte. Vielmehr stand der Beklagten ein Aufbesserungsanspruch nur insoweit zu, als auf sie rechtsbeständige Ansprüche der Sparkasse übergegangen waren.

Demnach hat das Berufungsgericht zu Recht angenommen, daß der Beklagten auch auf Grund der ihr von der Städtischen Sparkasse abgetretenen Rechte aus dem Sicherungsübereignungsvertrag vom 18. März 1953 kein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung und damit auch nicht auf den Betrag von 833,51 DM zugestanden hat.

B. Zur "Anerkennung des Absonderungsrechts durch den Konkursverwalter."

Vergeblich wendet sich die Revision auch dagegen, daß das Berufungsgericht eine in dem Kaufvertrag vom 10. Juni 1953 etwa liegende stillschweigende Anerkennung des Absonderungsrechts der Beklagten durch den Konkursverwalter als unwirksam angesehen hat.

Entgegen der Ansicht der Revision kommt es im Streitfall nicht darauf an, ob der den Kaufvertrag mit abschließende Konkursverwalter dabei mißbräuchlich gehandelt hat oder nicht. Entscheidend ist vielmehr, daß ebenso wie die Bestimmungen über das Aussonderungsrecht (vgl. hierzu RGZ 41, 1, 2) auch diejenigen über das Absonderungsrecht nicht dispositiver Natur sind. Die Beteiligten können sich über die gesetzlichen Voraussetzungen der Absonderung nicht durch Vereinbarung hinwegsetzen. Im Falle des Sicherungsübereignungsvertrages vom 23. Januar 1953 würde aber die "Anerkennung" eines Absonderungsrechts der Beklagten durch den Konkursverwalter die Wirkung haben, daß der Umstand, auf dem die rechtliche Unwirksamkeit dieses Vertrages beruht, nämlich die fehlende tatsächliche Vollziehung der Übertragung des Rechts am Zeitschriften- und Kalenderunternehmen, nachträglich durch die "Anerkennung" ersetzt würde. Wenn aber die nach der Konkursordnung erforderlichen

sachlichen Voraussetzungen des Absonderungsrechts im Zeitpunkt der Konkurseröffnung nicht vorgelegen haben, wie das bezüglich beider Teilbeträge der Fall ist, so ist der Konkursverwalter rechtlich nicht in der Lage, mit Wirkung gegen die Masse durch "Anerkennung" eines in Wirklichkeit nicht bestehenden Absonderungsrechts ein solches Recht zu schaffen, vielmehr ist er darauf beschränkt, etwa bestehende Rechte durchzuführen (vgl. BGH BB 1955, 76; Mentzel-Kuhn, Konkursordnung 7. Aufl. zu § 6 Anm. 52; Jaeger-Lent-Weber, Konkursordnung 8. Aufl. zu § 6 Anm. 25; Lent, KonkTreuH 1956, 161, 164 zu Ziffer VII). Das gilt auch dann, wenn - wie die Revision geltend macht - der Konkursverwalter mit Zustimmung der Gläubigerversammlung und des Gläubigerausschusses gehandelt haben sollte (RGZ 57, 195, 200; Lent, KonkTreuH 1957, 28 li.Sp.). Zwar hatte der Konkursverwalter vor Abschluß des Kaufvertrages deren Genehmigung für den Verkauf des Rechts an dem Zeitschriften- und Kalenderunternehmen gemäß § 134 Nr. 1 KO und für die Anerkennung eines Absonderungsrechts nach § 133 Nr. 2 KO einzuholen. Diese Genehmigung ist jedoch nur im Innenverhältnis der Beteiligten, vor allem im Hinblick auf die Bestimmungen der §§ 82, 84 KO bedeutsam, sie vermag jedoch ein nicht bestehendes Absonderungsrecht nicht zur Entstehung zu bringen (vgl. § 136 KO). Im übrigen ist es auch nach dem allgemeinen Grundsatz des § 15 KO unstatthaft, nach Eintritt der Konkurseröffnung die rechtliche Stellung eines Gläubigers zum Nachteil der anderen Gläubiger zu verändern. Daher kann auch aus diesem Grunde ein persönlicher Gläubiger nicht nachträglich, d.h. nach Konkurseröffnung, abgesonderte Befriedigung aus der Konkursmasse verlangen (BGH IM KO § 6 Nr. 3; RGZ 59, 367, 369; vgl. auch 57, 195, 199).

C. Anerkennung des Absonderungsrechts durch Vergleich.

Aus den vorstehend dargelegten Gründen hat das Berufungsgericht auch verneint, daß ein Absonderungsrecht der Beklagten im Wege des Vergleichs zur Entstehung gelangt sei. Es hat daher den von der Beklagten angebotenen Beweis für deren Behauptung, es sei eine vergleichsweise Regelung erfolgt, nicht erhoben.

Die hiergegen gerichtete Verfahrensrüge der Revision (§ 286 ZPO) ist nicht begründet.

Dabei kann dahinstehen, ob der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts zutrifft, es brauche den Beweisantritt der Beklagten bezüglich des von ihr behaupteten Vergleichsabschlusses aus dem Grunde nicht nachgegangen zu werden, weil ein nicht bestehendes Absonderungsrecht nicht im Wege des Vergleichs anerkannt werden könne. Denn der von der Revision als übergangen gerügte Tatsachenvortrag der Beklagten reicht - wenn seine Richtigkeit unterstellt wird - nicht aus, um die Annahme eines Vergleichsabschlusses zu rechtfertigen. Die Beklagte hat hierzu unter Beweisantritt vorgetragen, alle am Abschluß des Kaufvertrages vom 10. Juni 1953 Beteiligten seien trotz gewisser Bedenken bereit gewesen, die von der Beklagten behaupteten Rechte, die nicht ohne weiteres und vor allem nicht sofort wirksam hätten in Abrede gestellt werden können, zu honorieren und zwar der Konkursverwalter und die Beklagte im Wege des gegenseitigen Aushandeln der Höhe ihrer Anteile am Verkaufserlös. Hieran hat die Beklagte die Folgerung geknüpft, daß sich somit der Kaufvertrag als eine zumindest stillschweigende vergleichsweise Bereinigung der rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse zwischen allen Beteiligten darstelle.

Bei diesem Vortrag übersieht die Revision folgendes: Ein Vergleich im Sinne des § 779 BGB erfordert ein gegenseitiges Nachgeben der an seinem Abschluß Beteiligten. Bei Beurteilung der Frage, ob ein Nachgeben auch auf Seiten der Beklagten vorgelegen hat, ist zu berücksichtigen, daß diese auf Grund einer wirksamen Sicherungsübereignung bei einer Verwertung des Sicherungsgutes durch Veräußerung an einen Dritten einen Anspruch auf den Erlös nur in Höhe der ihr gegen die Gemeinschuldnerin zustehenden Forderung gehabt hätte. Der darüber hinausgehende Teil des Erlöses hätte ihr dagegen nicht zugestanden. Bei dieser Sachlage könnte ein Nachgeben der Beklagten nur dann angenommen werden, wenn sie durch die im Kaufvertrag vorgesehene Regelung auf die Befriedigung eines Teiles ihrer Gesamtforderung verzichtet hätte. Nach dem Kaufvertrag vom 10. Juni 1953 sollte die Beklagte jedoch aus dem vom Erwerber D. zu zahlenden Kaufpreis wegen ihrer Forderungen an die Gemeinschuldnerin voll befriedigt werden. Nach dem unstreitigen Tatbestand des angegriffenen Urteils ist die Beklagte tatsächlich auch voll befriedigt worden. Im Hinblick hierauf reicht aber die Behauptung der Beklagten, der Konkursverwalter und die Beklagte hätten gegenseitig die Höhe ihrer Anteile an dem von Diemer zu zahlenden Kaufpreis ausgehandelt, nicht aus, um ein Nachgeben auf Seiten der Beklagten darzulegen.

Demnach kann darin, daß das Berufungsgericht den Vortrag der Beklagten nicht berücksichtigt und daß es den angetretenen Beweis nicht erhoben hat, kein Verfahrensfehler im Sinne des § 286 ZPO erblickt werden.

D. Verwirkung.

Vergeblich wendet sich die Revision dagegen, daß das Berufungsgericht den Verwirkungseinwand nicht hat durchgreifen lassen.

105

Nach anerkannter Rechtsprechung kann ein Anspruch allerdings nicht mehr geltend gemacht werden, wenn seit der Möglichkeit seiner Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist und wenn außerdem besondere Umstände vorliegen, auf Grund deren die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) empfunden wird (RGZ 155, 148, 151 ff). Das Berufungsgericht hat bezüglich der Länge des verstrichenen Zeitraumes keine besonderen Feststellungen getroffen, sondern sich auf die Feststellung beschränkt, daß besondere Umstände, welche die Annahme rechtfertigen könnten, das Verhalten des Klägers verstoße gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, von der Beklagten nicht vorgetragen und auch sonst nicht ersichtlich seien.

Darin, daß das Berufungsgericht besondere Umstände nicht als gegeben angesehen hat, welche das Hervortreten des Klägers mit den in Rede stehenden Ansprüchen in seinem die Aufforderung zur Zahlung enthaltenden Schreiben an die Beklagte vom 27. April 1959 und deren gerichtliche Geltendmachung mit der am 5. Januar 1960 erfolgten Klagerhebung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen ließen, liegt kein Rechtsverstoß.

Ein solcher Umstand kann entgegen der Ansicht der Revision nicht darin erblickt werden, daß der damalige Konkursverwalter den Kaufvertrag vom 10. Juni 1953 nach der hier als richtig zu unterstellenden Behauptung der Beklagten in Kenntnis der in der Gläubigerversammlung vom 3. Juni 1953 vom Konkursrichter gegen die Wirksamkeit des Absonderungsrechts der Beklagten erhobenen Bedenken abgeschlossen hat. Denn durch den Abschluß des Kaufvertrages und die in dessen Erfüllung an die Beklagte geleisteten Zahlungen sind die den Gegenstand dieses Rechtsstreits

bildenden Bereicherungsansprüche überhaupt erst entstanden. Wenn die Beklagte bei der von ihr vorgetragenen Sachlage auch nicht damit gerechnet haben mag, daß der damalige Konkursverwalter - nachdem er einmal trotz dieser Bedenken den Vertrag geschlossen habe - nachträglich mit Bereicherungsansprüchen an sie herantreten werde, so stellt es doch bei Berücksichtigung der vorliegenden Umstände keinen Verstoß gegen Treu und Glauben dar, wenn der nunmehr als Konkursverwalter tätige Kläger knapp sechs Jahre später gleichwohl diese Ansprüche erhoben hat, nachdem er auf Grund eines auf Antrag der Gläubigerversammlung von Prof. Weber eingeholten Gutachtens zu einer rechtlich zutreffenden Beurteilung der Sachlage gelangte. Auch daraus, daß der damalige Konkursverwalter die Bereitschaft der Beklagten, sofort ihre Zustimmung zur Veräußerung an den Diemer-Verlag zu geben, mit einer Beteiligung der Beklagten an dem Erlös aus der Veräußerung honoriert haben soll, kann die Revision in diesem Zusammenhang nichts herleiten. Denn wie dargelegt sollte die Beklagte nach der in dem Kaufvertrag getroffenen Regelung volle Befriedigung ihrer anstehenden Forderungen erhalten. Diese hat sie tatsächlich auch erhalten. Ein besonderes Entgegenkommen der Beklagten, welche die nunmehrige Geltendmachung von Bereicherungsansprüchen als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen könnte, hat daher nicht vorgelegen. Die Beklagte meint ferner, sie habe sich auf die Rechtswirksamkeit der sie betreffenden Regelung in dem Kaufvertrag einstellen dürfen, weil der Konkursverwalter von der Möglichkeit, die beiden Sicherungsverträge binnen Jahresfrist seit Konkursöffnung gemäß §§ 29 ff KO anzufechten, keinen Gebrauch gemacht habe. Sie übersieht jedoch, daß sie durch diese Verträge in Wirklichkeit keine Absonderungsrechte erworben hat. Durch die Nichtausübung des Anfechtungsrechts seitens des Konkursverwalters ist daher kein Vertrauensschutz

zu ihren Gunsten begründet worden, der den Konkursverwalter nach Treu und Glauben gehindert hätte, nach späterer zutreffender Beurteilung der Rechtslage Bereicherungsansprüche gegen sie zu erheben. Der Geltendmachung dieser Ansprüche steht schließlich auch nicht entgegen, daß die Beklagte nach Begleichung ihrer ausstehenden Forderungen auf die Rechte aus der bedingten Feststellung nach Aufforderung durch den damaligen Konkursverwalter verzichtet hat. Denn sie kann, da das Konkursverfahren noch nicht beendet ist, ihre Forderung erneut als Konkursforderung zur Feststellung anmelden.

Demnach ist die Inanspruchnahme der Beklagten durch die Klägerin die gewöhnliche gesetzliche Folge davon, daß die gegen sie erhobenen Bereicherungsansprüche nach dem Gesetz keiner kurzen, sondern der dreißigjährigen Verjährung unterliegen (RGZ 159, 99, 108).

Entgegen der Ansicht der Revision stellt es daher keinen Rechtsverstoß dar, wenn das Berufungsgericht den genannten Umständen nicht entnommen hat, daß die Geltendmachung der Klageansprüche gegen die Beklagte den Grundsatz von Treu und Glauben verletze.

E. Demnach war die Revision mit der Kostenfolge aus
§ 97 ZPO zurückzuweisen.

Krüger-Nieland Sprenkman Mösl Simon Bökelmann