

27

BUNDESGERICHTSHOF

2078 040

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 105/63

URTEIL

Verkündet am

24. März 1965
Klett, Justiz-
obersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der G [REDACTED] Baustoff-Großhandels-
Genossenschaft eGmbH, in L [REDACTED], R [REDACTED] Straße [REDACTED],
vertreten durch die Vorstandsmitglieder B [REDACTED]
Heinrich R [REDACTED] jr. in A [REDACTED], Bauunternehmer Hermann L [REDACTED]
in A [REDACTED] und Bauunternehmer Dr. Paul Heinz L [REDACTED] in
A [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt Dr. H [REDACTED]-G [REDACTED] in O [REDACTED], als
Verwalter im Konkurs über das Vermögen der H [REDACTED]
[REDACTED] GmbH, in O [REDACTED], H [REDACTED] Straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. März 1965 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Mormann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Lüsseldorf vom 16. Januar 1963 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte, eine Baustoff-Großhandels-Genossenschaft, bestellte mit Schreiben vom 23. Dezember 1960 bei der H. [REDACTED] GmbH (im folgenden als Gesellschaft bezeichnet) Schalttafeln bestimmter Art und Abmessung, und zwar 1 100 Stück 50 x 150 cm, 240 Stück 50 x 100 cm, 120 Stück 25 x 150 cm und 40 Stück 25 x 100 cm. Die Gesellschaft übersandte am 27. Dezember 1960 eine spezifizierte Rechnung über die bestellten Waren. Sie sollten, wie auf der Rechnung vermerkt war, auf Abruf an eine Kundin der Beklagten, die Firma Carl L. [REDACTED], mit Lkw auf Kosten der Gesellschaft geliefert werden. In einem Begleitschreiben zur Rechnung hieß es, die bestellte Ware sei für die Beklagte eingelagert und stehe jederzeit zur Verladung bereit. Die Beklagte bezahlte die Rechnung noch im Jahre 1960.

- 3 -

Am 9. Mai 1961 stellte die Gesellschaft ihre Zahlungen ein. Am 12. Mai 1961 vormittags rief der Außenverkäufer der Gesellschaft B., der den Auftrag der Beklagten hereingeholt hatte, bei dieser an und forderte sie auf, die Schalttafeln abzuholen. Die Beklagte teilte durch Fernschreiben mit, ihr Lkw werde die bestellte und bezahlte Partie noch am selben Tage abholen. Der von ihr beauftragte Fuhrunternehmer holte am 12. Mai 1961 am frühen Nachmittag insgesamt 1 140 Schalttafeln ab. Von diesen Tafeln hatten nur 140 Stück die Abmessung 50 x 150 cm; die übrigen Tafeln hatten eine Größe von 50 x 200 cm.

Am selben Tage wurde um 16,30 Uhr das Konkursverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet. Der Lkw mit Schalttafeln traf erst nach diesem Zeitpunkt bei der Klägerin ein.

Der Kläger ist Konkursverwalter. Er hat Herausgabe der 1 140 Schalttafeln, hilfsweise Ersatz des Wertes in Höhe von 9 822,- DM nebst Zinsen verlangt. Er ist der Auffassung, die Beklagte habe infolge der Konkurseröffnung kein Eigentum an den Tafeln mehr erlangen können.

Das Landgericht hat nach dem Hauptantrage erkannt. Im Berufungsrechtszuge ist unstreitig geworden, daß die Beklagte inzwischen die Schalttafeln veräußert hatte. Das Berufungsgericht hat die Beklagte verurteilt, an den Kläger 8 848,50 DM nebst Zinsen zu zahlen, und hat im Übrigen die Klage abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage in vollem Umfange. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.



Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht stellt fest, eine Aussonderung der mit Schreiben der Beklagten vom 23. Dezember 1960 bestellten Ware habe vor dem 12. Mai 1961 nicht stattgefunden. Erst am Vormittage dieses Tages, und zwar erst nach dem Anruf des Außenverkäufers B. bei der Beklagten, habe dieser für die Beklagte einen Posten Ware gekennzeichnet, von dem er angenommen habe, er werde den Auftrag der Beklagten nach Art und Umfang decken. In dem Zeitpunkt, zu dem der von der Beklagten mit der Abholung beauftragte Fuhrunternehmer B. die gekennzeichneten Tafeln in Empfang nahm, hat sich nach Auffassung des Berufungsgerichts die Übereignung der "bestellten" Ware vollzogen. Unter bestellter Ware versteht das Berufungsgericht die 140 Schalttafeln der Größe 50 x 150 cm, weil die Beklagte Schalttafeln in dieser Abmessung bestellt hatte. B., so meint das Berufungsgericht, sei hinsichtlich dieser 140 Tafeln für die Einigungserklärung der Gesellschaft Empfangsbote der Beklagten und für die entsprechende Erklärung der Beklagten ihr Erklärungsbote gewesen. Der Besitz sei auf die Beklagte dadurch übergegangen, daß B. ihn als Besitzmittler der Beklagten erlangt habe. Dagegen sei bei der Übergabe der Tafeln an ihn eine Einigung über den Erwerb des Eigentums an den nicht bestellten Waren, also denjenigen, die nicht die vereinbarte Größe hatten, nicht erfolgt. B. habe bei seinem Anruf am Vormittag des 12. Mai 1961 nichts davon erwähnt, daß auch andere als die bestellte Ware geliefert werden solle. B. habe nur den Auftrag gehabt, bestellte Ware abzuholen. Hinsichtlich der Erklärungen der Gesellschaft, die sich auf die nicht be-

stellte Ware bezogen, sei er nicht Empfangsbote der Beklagten mit der Wirkung gewesen, daß diese Erklärungen schon im Augenblick der Übergabe der Ware an ihn als der Beklagten zugegangen anzusehen seien. Da B. [REDACTED] unstreitig mit der Ware erst nach Konkurseröffnung bei der Beklagten eingetroffen ist, seien die rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Gesellschaft hinsichtlich der nicht bestellten Ware den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam. Die Beklagte, welche die nicht bestellten Tafeln nach Rechtshängigkeit weiterveräußert habe, sei deshalb dem Kläger zum Schadensersatz verpflichtet. Der Schaden bemesse sich nach dem Betrage, den die Beklagte bei Bestellung von Schalttafeln der Größe 50 x 200 cm als Kaufpreis hätte zahlen müssen.

II. 1. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe ein vom Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung abgegebenes Angebot auf Einigung über den Eigentumsübergang nach Konkurseröffnung nicht mehr wirksam annehmen können, begegnet keinen Bedenken (vgl. BGHZ 27, 360, 366). Mit Recht hat das Berufungsgericht deshalb darauf abgestellt, wann übereinstimmende Willenserklärungen über die Einigung vorgelegen haben.

2. Die Revision wendet sich in erster Linie gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe an den nicht bestellten Schalttafeln kein Eigentum erworben. Insoweit liegt den Angriffen der Revision die Auffassung zugrunde, bei der Frage des Eigentumserwerbes dürfe aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen zwischen den bestellten und den unbestellten Schalttafeln ein Unterschied nicht gemacht werden. Die Einigung über den Eigentumsübergang, die nach Ansicht der Revision vor Konkurseröffnung erfolgt ist, soll sich auf sämtliche Schalttafeln

beziehen, die der Außenverkäufer B. am Vormittag des 12. Mai 1960 als Eigentum der Beklagten gekennzeichnet hatte. Dieser Standpunkt der Revision ist indessen unrichtig.

a) Die Revision macht einmal geltend, die vom Berufungsgericht vorgenommene Unterscheidung zwischen bestellter und nicht bestellter Ware verletze den Rechtsgrundsatz, daß die Eigentumsübertragung ein abstraktes Rechtsgeschäft sei. Die Wirksamkeit der dinglichen Einigung dürfe nicht von der Vertragsmäßigkeit der Ware, hier der Mängelfreiheit, abhängig gemacht werden. Die Revision hat den Gedankengang des Berufungsgerichts mißverstanden. Das Berufungsgericht nimmt nicht etwa an, die Einigung über den Übergang des Eigentums an den Schaltafeln, die nicht das vereinbarte Ausmaß aufwiesen, sei deshalb unwirksam, weil insoweit ein Kaufvertrag nicht zustande gekommen sei. Es ist vielmehr der Auffassung, die Beklagte habe vor Konkurseröffnung den Willen, Eigentum an Schaltafeln zu erwerben, die andere als die bestellten Maße hatten, überhaupt nicht erklärt. Oder mit anderen Worten: Die Beklagte habe nur erklärt, Eigentümerin von Schaltafeln der bestellten Art werden zu wollen. Nur diese Erklärung hat nach Ansicht des Berufungsgerichts B. als Bote der Gesellschaft übermittelt. Es geht daher auch entgegen der Ansicht der Revision nicht um die Anwendung der §§ 377, 378 HGB. Diese Vorschriften stellen lediglich Grundsätze schuldrechtlicher Art auf. Mit dinglichen Wirkungen haben sie nichts zu schaffen (RGZ 108, 25, 28). Das Berufungsgericht war daher rechtlich nicht gehindert, anzunehmen, die Beklagte habe Eigentum nur an Schaltbrettern der vereinbarten Art erwerben wollen. Ähnlich ist in der Rechtsprechung wiederholt die Auffassung ver-

treten worden, in der Annahme übersandter Waren durch den Käufer werde zunächst nur der Wille zum Ausdruck gebracht, die Ware in Gewahrsam zu nehmen und festzustellen, ob sie vertragsgemäß sei. Eigentümer der ihm übersandten Ware werde der Käufer erst in dem Augenblick, in dem er zu erkennen gebe, daß er die Ware als sein Eigentum behalten wolle (RG aaO).

b) Hat die Beklagte nur Waren der bestellten Art zu Eigentum erwerben wollen, so muß mindestens im Ergebnis auch die Rüge der Revision ohne Erfolg bleiben, die Einigung über den Eigentumserwerb sei zu einem früheren Zeitpunkt als dem der Verladung erfolgt. So meint die Revision, E. [REDACTED] als Vertreter der Gesellschaft und die Beklagte hätten sich am 12. Mai 1960 schon bei dem Telefongespräch darüber geeinigt, daß das Eigentum an den Schalttafeln mit der Übergabe an den Spediteur übergehen solle. Das Berufungsgericht will diesem Gespräch keine rechtliche Bedeutung beilegen, weil zu dieser Zeit die Schalttafeln noch nicht ausgesondert waren. Der Revision ist zuzugeben, daß eine Einigung auch über erst künftig auszusondernde Ware mit der Vereinbarung möglich ist, der Veräußerer solle sie nach der Aussonderung für den Erwerber verwahren. Der Eigentumsübergang erfolgt dann mit der Aussonderung (sogenanntes antezipiertes Besitzkonstitut). Damit ist für die Beklagte jedoch nichts gewonnen. Hat die Beklagte Eigentum nur an den bestellten Schalttafeln erwerben wollen, d.h. nur an den noch auszusondernden Tafeln, welche die vereinbarten Maße hatten, so fehlt es auch bei dem Telefongespräch an einer Einigung über die nicht bestellten Tafeln. Die Feststellung, daß die Beklagte lediglich die maßgerechten Schalttafeln zu Eigentum erwerben wollte, hat das Berufungsgericht ausdrücklich zwar nur bei der Erörterung

getroffen, welche Erklärungen B. [REDACTED] übermittelt habe. Seine tatsächlichen Feststellungen und der Zusammenhang der Entscheidungsgründe ergeben aber, daß das Berufungsgericht der Auffassung ist, die Beklagte habe, für Böning erkennbar, diesen Willen auch schon bei dem Telefongespräch erklärt. Wie das Berufungsgericht feststellt, hatte Böning um schnelle Abholung der bestellten und bezahlten Tafeln gebeten. Er hatte bei seinem Anruf nichts davon erwähnt, daß auch andere als die bestellte Ware geliefert werden solle. B. [REDACTED] hatte deshalb nur den Auftrag, bestellte Ware abzuholen. Die Beklagte hatte demgemäß mit B. [REDACTED] in Abweichung von der früheren Abmachung über die Versendung der Ware vereinbart, die Gesellschaft solle die bestellte Ware dem Fuhrunternehmer aushändigen. Daß die Beklagte nicht Schalttafeln anderen Ausmaßes erwerben wollte, lag nahe. Sie waren für einen bestimmten Kunden, die Firma L. [REDACTED], bestimmt. Schalttafeln in der gelieferten Abmessung von 100 x 200 cm sind nach der eigenen Angabe der Beklagten auch gänzlich unüblich.

c) Auf die Unterscheidung zwischen bestellten und unbestellten Schalttafeln würde es allerdings nicht ankommen, wenn B. [REDACTED], wie die Revision schließlich meint, als Vertreter der Beklagten in deren Namen und für sie das Eigentum auch an den nicht bestellten Tafeln erworben hätte. Er hätte dann zwar als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt, weil die Beklagte ihn offensichtlich zu einer solchen Erklärung nicht bevollmächtigt hatte. Da die Beklagte die unbestellten Schalttafeln behalten hat, könnte darin die Genehmigung einer entsprechenden Erklärung des B. [REDACTED] liegen. Eine solche Genehmigung wäre zwar nach Konkurseröffnung erfolgt. Sie würde aber nach § 184 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt zurückwirken, in

dem der Spediteur die Erklärungen abgab. Dann könnte die Erklärung vor Konkurseröffnung wirksam geworden sein. Das den Gemeinschuldner betreffende Veräußerungsverbot des § 106 Abs. 1 Satz 3 KO und die Vorschrift des § 184 Abs. 2 BGB berühren die Wirksamkeit der Genehmigung nicht, weil diese Bestimmungen sich nur gegen den Gemeinschuldner, nicht gegen den Genehmigenden richten (RGZ 134, 78; Mentzel/Kuhn, Konkursordnung 7. Aufl. § 106 Anm. 4).

Einer Stellungnahme im einzelnen bedarf es hier jedoch nicht. Die Annahme des Berufungsgerichts, B. [REDACTED] sei nicht Vertreter der Beklagten gewesen, hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Das Berufungsgericht trifft zwar keine ausdrücklichen Feststellungen darüber, wie B. [REDACTED] aufgetreten ist. Unstreitig war er nur zur Abholung von Schalttafeln zur Gesellschaft geschickt worden. Dafür, daß er rechtsgeschäftliche Erklärungen im Namen der Beklagten abgeben sollte und abgegeben hat, liegen keine Anhaltspunkte vor. Ebenso ist aus dem vorgetragenen Sachverhalt nicht zu entnehmen, daß die Gesellschaft sein Auftreten dahin habe verstehen müssen, er gebe im Namen der Beklagten Erklärungen über einen Eigentumserwerb ab.

Daher geht auch die Rüge der Revision ins Leere, das Berufungsgericht habe die Vorschrift des § 1006 Abs. 1 und 3 BGB übersehen, nach der zugunsten der Beklagten vermutet werden müsse, daß sie vor der Konkurseröffnung Eigentümerin aller Schalttafeln gewesen sei, weil sie schon mit der Übernahme durch Borlinghaus den mittelbaren Besitz an ihnen erlangt habe. Auf diese Vermutung kann die Beklagte sich nicht stützen, weil das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum die Vermutung als widerlegt angesehen hat. War B. [REDACTED] nicht Vertreter der Beklagten, so kann durch ihn keine Erklärung über den Eigen-

tumserwerb der Beklagten abgegeben worden sein. Damit steht fest, daß die Beklagte vor Konkurseröffnung nicht Eigentümerin geworden war. Für die Anwendung des § 1006 BGB ist daher kein Raum.

3. Ohne Erfolg greift die Revision auch die Höhe des vom Berufungsgericht zugebilligten Schadensersatzes an.

a) Das Berufungsgericht führt aus, gegen die Angemessenheit des berechneten Preises für den Fall einwandfreier Lieferung habe die Beklagte nichts vorgebracht. Daß die gelieferte Ware mangelhaft gewesen sei, sei von ihr unsubstantiiert und beweislos behauptet worden. Sie habe die Ware am 12. Mai 1961 angenommen, ohne die angeblichen Mängel zu rügen. Wenn sie die Ware aber ohne Rüge der ihr bekannten Mängel weiterverkauft habe, so sei sie für den Minderwert der Lieferung darlegungspflichtig. Dieser Pflicht habe sie nicht genügt. Aus ihrem Vorbringen ergebe sich zwar, daß sie ihren Kunden geringere Preise berechnet und teilweise Preisanachlässe gewährt habe. Es sei aber nicht ersichtlich, wie weit dies darauf beruhe, daß die nicht bestellten Schalttafeln mangelhaft gewesen seien. Der Geschäftsführer A. der Beklagten habe bekundet, er könne, weil die Tafeln in mehreren Partien verkauft worden seien, nicht genau sagen, welche Preise im einzelnen erzielt worden seien. Weitere Beweise für Mängel der Schalttafeln und den dadurch bedingten Mindererlös habe die Beklagte nicht angeboten.

b) Die Revision macht mit Verfahrensrügen geltend, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß die Beklagte darauf hingewiesen habe, der eingeklagte Betrag sei auch deshalb "indiskutabel", weil die gelieferten Schalttafeln gänzlich

unübliche Maße gehabt hätten. Richtig ist, daß die Beklagte im Schriftsatz vom 10. Mai 1962 behauptet hat, die von der Gemeinschuldnerin gelieferten Tafeln hätten Maße gehabt, die gänzlich unüblich seien. Außerdem sei ein Teil der mit 2 m angegebenen Platten nur 1,80 m lang gewesen. Ferner habe das gelieferte Holz Mängel gehabt.

Dieses Vorbringen durfte das Berufungsgericht bei der ihm nach § 287 ZPO obliegenden Schätzung des Schadens unberücksichtigt lassen. Der Kläger kann Zahlung des Betragen verlangen, den er bei Veräußerung der Schaltafeln für die Konkursmasse erzielt hätte. Die Entgegnung der Beklagten, der eingeklagte Betrag sei "indiskutabel", besagt nichts darüber, daß der Kläger ihn nicht hätte erzielen können. Denn der Vortrag der Beklagten ließ nicht erkennen, wie weit der Preis "indiskutabel" wegen der falschen Maße und wieweit wegen der Mängel gewesen sein soll. Den Umstand, daß die nicht bestellten Schaltafeln andere Abmessungen hatten als die bestellten, hat der Kläger ersichtlich berücksichtigt. Während die bestellten nach der Rechnung vom 27. Dezember 1960 je Quadratmeter zwischen 11,20 und 13,75 DM kosteten, hat er für Tafeln des Maßes 50 x 200 cm je Quadratmeter nur 10,70 DM berechnet.

Was die behaupteten Mängel betrifft, so meint die Revision, das Berufungsgericht hätte auch die von der Beklagten tatsächlich erzielten geringeren Erlöse als Bewertungsgrundlage mit heranziehen müssen. Das Berufungsgericht hat indessen berücksichtigt, daß die Abnehmer der Beklagten geringere Preise gezahlt haben. Wenn das Berufungsgericht daraus nicht die Folgerung gezogen hat,

die Schaltafeln müßten mangelhaft gewesen sein und hätten, sofern die Beklagte sie herausgegeben hätte, für die Konkursmasse nicht den verlangten Wert gehabt, so läßt das keinen Rechtsirrtum erkennen. Die Erwägung, der Minderpreis allein besage nichts dafür, daß die Schaltafeln mangelhaft gewesen seien, ist schon deshalb gerechtfertigt, weil der Weiterverkauf erst geraume Zeit nach der Lieferung erfolgt ist. Es besteht hier durchaus die Möglichkeit, daß an den Schaltafeln erst nach Lagerung bei der Beklagten Mängel entstanden sind. Dafür, daß das Berufungsgericht das ihm zustehende freie Ermessen bei der Schätzung nach § 287 ZPO mißbraucht hat, liegen keinerlei Anhaltspunkte vor.

III. Die Revision der Beklagten ist daher zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

Mormann