

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 137/74

URTEIL

Verkündet am

26. November 1975
Scheibl,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Weinkommissionärs Raymund S. [REDACTED] in M. [REDACTED],
Beklagten zu 1, Revisionsklägers
und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED] -
2. der Firma Matthias A. [REDACTED] & Sohn KG, Spedition, Transport
und Lagerung in T. [REDACTED], vertreten durch ihren
persönlich haftenden Gesellschafter Josef A. [REDACTED] in T. [REDACTED]
[REDACTED], M. [REDACTED]straße [REDACTED],
Beklagten zu 2 und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Weinkellerei Helene S. [REDACTED] KG, vertreten durch
ihre persönlich haftende Gesellschafterin, die S. [REDACTED]
Erben GmbH, diese vertreten durch ihren Geschäftsführer
Werner S. [REDACTED] in S. [REDACTED], O. [REDACTED]-S. [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Klägerin, Revisionsbeklagte
und Revisionsklägerin,

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

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. November 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Claßen, Braxmaier, Dr. Hiddemann und Merz

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten zu 1 wird das Teilurteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 19. April 1974 insoweit aufgehoben, als die Berufung des Beklagten zu 1 zurückgewiesen worden und die Kostenentscheidung zu dessen Ungunsten ergangen ist.

Die Sache wird insoweit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Revision der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat 1/2 der Gerichtskosten und ihrer eigenen außergerichtlichen Kosten im Revisionsverfahren sowie die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2 in der Revisionsinstanz zu tragen.

Im übrigen wird die Entscheidung über die Kosten der Revision dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand

Die klagende Firma, eine Weinhandlung, stand in Geschäftsverbindung mit dem Beklagten zu 1, einem Weinkommissionär. Die Beklagte zu 2 ist ein Speditionsunternehmen, dessen früherer persönlich haftender Gesellschafter der Mitbeklagte zu 3 war. Gegen ihn ist nach seinem Tode im zweiten Rechtszug das Verfahren ausgesetzt worden.

Anfang 1968 geriet die Klägerin in Zahlungsschwierigkeiten. Um ein Insolvenzverfahren abzuwenden, versuchte sie zunächst mit ihren Gläubigern zu einer Vereinbarung zu kommen. Am 28. Februar 1968 verpflichteten sich bei einer Gläubigerversammlung, bei der auch der Beklagte zu 1 zugegen war, die anwesenden Gläubiger zur Einhaltung eines vorläufig auf die Dauer von drei Monaten befristeten Stillhalteabkommens, nach welchem die anwesenden Gläubiger bei zukünftigem Bezug von Wein von der Klägerin nicht mit Gegenforderungen aufrechnen und binnen 10 bis 14 Tagen bar bezahlen sollten. Kleinere Schuldbeträge bei nicht anwesenden Gläubigern sollten, soweit bei ihnen ein Aufschub nicht zu erreichen sein sollte, bezahlt werden. Unter den bei der Gläubigerversammlung Anwesenden befand sich auch der Weinkommissionär Ernst D. [REDACTED]. Dieser hatte der Klägerin im Dezember 1967 Wein im Gesamtrechnungsbetrag von 134 385,34 DM geliefert und dafür von ihr fünf Wechsel erhalten, die der Beklagte zu 1 ausgestellt und indossiert hatte. Der erste dieser Wechsel (D. [REDACTED]-Wechsel) war am 21. März 1968 fällig. Der Beklagte zu 1 befürchtete,



aus diesen Wechseln in Anspruch genommen zu werden. Er ließ sich deshalb von der Klägerin eine Erklärung übergeben, daß die Wechsel von ihm nur gefälligkeits- halber ausgestellt worden seien und daß er am 2. Februar 1968 alle Lieferungen der Klägerin bezahlt habe. Außerdem ließ er sich eine Forderung der Klägerin abtreten.

Am 13. März 1968 kamen die Hauptgläubiger der Klägerin zu einer neuerlichen Besprechung zusammen, bestätigten wiederum ein befristetes Stillhalteabkommen und nahmen zur Kenntnis, daß die Klägerin versuchen wollte, auch ihre nicht anwesenden Gläubiger zum Beitritt zu diesem Abkommen zu bewegen.

Nach der Vereinbarung der Gläubiger vom 28. Februar 1968 bezog der Beklagte zu 1 zunächst von der Klägerin Wein für einen Betrag von insgesamt 40 170,50 DM, der ihm "netto Kasse" in Rechnung gestellt wurde. Um den 20. März 1968 bestellte der Beklagte zu 1 erneut Wein bei der Klägerin zum Preis von 45 133,94 DM und beauftragte mit der Abholung dieser Partie die Beklagte zu 2. Deren Kraftfahrer B. holte am 22. März 1968 den Wein bei der Klägerin ab, um ihn nach dem vom Beklagten zu 1 angegebenen Bestimmungsort zu bringen. Auf der Fahrt dorthin traf B. mit dem Beklagten zu 1 zusammen, der unterwegs den am Vortage fällig gewordenen ersten D.-Wechsel einlöste und B. am Bestimmungsort der Ware anwies, am nächsten Tage den Wein an einen anderen Ort weiterzuschaffen, wo er dann abgeladen wurde.

- 5 -

Die Klägerin, die am 22. März 1968 eine Rechnung über die abgeholte Weinlieferung an den Beklagten zu 1 erstellt hatte, befürchtete nach dem Abtransport der Partie, daß der Beklagte zu 1 den übernommenen Wein nicht zahlen werde. Sie versuchte telefonisch und durch einen Besuch bei der Beklagten zu 2 den Wein wieder in ihren Besitz zu bringen, was ihr jedoch mißlang.

Als sich nach dem 22. März 1968 ergab, daß eine außergerichtliche Schuldenregelung für die Klägerin nicht erreicht werden konnte, wurde am 8. April 1968 vom Nachlaßverwalter der am 14. März 1968 verstorbenen Alleininhaberin der Klägerin die Eröffnung des Vergleichsverfahrens zur Abwendung des Nachlaßkonkurses beantragt. Das Vergleichsverfahren wurde am 2. Mai 1968 eröffnet, der mit 40 % Vergleichsquote angenommene Vergleich am 29. Mai 1968 gerichtlich bestätigt und das Verfahren nach Erfüllung des Vergleichs mit Beschluß vom 16. Januar 1970 aufgehoben.

Die später fällig gewordenen vier weiteren D[REDACTED]-Wechsel gingen mangels Zahlung seitens der Klägerin zu Protest. Der Beklagte zu 1 löste sie samt Zinsen und Kosten durch Zahlung eines Betrags von 89 691,49 DM ein.

Unter Berücksichtigung des Umstandes, daß dem Beklagten zu 1 eine Vergleichsquote von 40 % auch bezüglich seines Rückgriffsanspruchs aus den von ihm bezahlten D[REDACTED]-Wechsel zusteht, er-

rechnet die Klägerin eine Restschuld des Beklagten zu 1 aus den Weinlieferungen nach dem 28. Februar 1968 in Höhe von 54 569,06 DM. Sie hat mit ihrer Klage hiervon die Hälfte, und zwar als Teilbetrag aus ihrer Rechnung vom 22. März 1968 verlangt.

Von der Beklagten zu 2 hat sie als Gesamtschuldnerin mit dem Beklagten zu 1 Schadensersatz in gleicher Höhe begehrt, weil diese die ihr gegebene Zusage, den auf dem Transport befindlichen Wein nicht an den Beklagten zu 1 auszuliefern, nicht eingehalten habe.

Das Landgericht hat den Beklagten zu 1 zur Zahlung von 27 284,53 DM nebst 8 % Zinsen hieraus seit dem 7. Januar 1969 verurteilt und die Klage gegen die Beklagte zu 2 und ihren damals mitbeklagten persönlich haftenden Gesellschafter abgewiesen.

Die Berufungen des Beklagten zu 1 gegen seine Verurteilung wie auch der Klägerin gegen die Abweisung der Klage gegen die Beklagte zu 2 blieben erfolglos.

Mit ihren Rechtsmitteln verfolgen die Klägerin und der Beklagte zu 1 ihre Anträge aus dem Berufungsrechtszug weiter. Die Revisionsbeklagten beantragen Zurückweisung der Rechtsmittel..

Entscheidungsgründe

A. Zur Revision der Klägerin:

I. 1. Das Berufungsgericht hat festgestellt, die Beklagte zu 2 habe zwar am 22. März 1968 den Fahrer ihres Lastzuges, B [REDACTED], fernmündlich beim Beklagten zu 1 erreicht. Der Beklagte zu 1 sei zu dieser Zeit aber bereits in Besitz der Weinladung gewesen. Die Beklagte zu 2 habe deshalb ihrem Fahrer keine Anweisung mehr geben können, den Wein auf ihr Betriebsgelände zu verbringen, weil zu dieser Zeit der Beklagte zu 1, der ihr den Transportauftrag als Absender und Empfänger erteilt hatte, schon im Besitz der Ladung gewesen sei und ihm dieser Besitz nur gegen seinen erklärten Willen hätte entzogen werden können, wozu sie weder rechtlich noch tatsächlich eine Möglichkeit gehabt habe.

2. Die Revision meint, die Beklagte zu 2, die zunächst für den Beklagten zu 1 als mittelbaren Besitzer den unmittelbaren Besitz an der Weinladung ausgeübt habe, sei nach ihrer Zusage an die Klägerin, die Ladung bei sich zu behalten, Besitzmittlerin für die Klägerin geworden und daher verpflichtet gewesen, diese Änderung ihres Besitzwillens dem Beklagten zu 1 mitzuteilen und ihren Fahrer als Besitzdiener anzuweisen, den Lastzug samt Ladung auf ihr Betriebsgrundstück zu verbringen oder ihm wenigstens die Auslieferung des Weins zu untersagen. Sie habe durch ihr Verhalten das Besitzrecht der Klägerin ver-

letzt und sei schadensersatzpflichtig wegen unerlaubter Handlung geworden.

II. Die Revision der Klägerin ist nicht begründet.

1. Der Beklagte zu 1 war, nachdem der Lastzug mit dem in seinem Auftrag von der Klägerin verladene Wein sich bereits bei ihm befand und er demnach unmittelbar auf die Ladung einwirken konnte, zumindest Mitbesitzer des Weins neben der durch ihren Fahrer als Besitzdiener (§ 855 BGB) besitzenden Beklagten zu 2 geworden (§ 866 BGB); denn auch der Beklagte zu 1 hatte angesichts des Umstandes, daß der Lastzug mit der Ladung zu ihm gelangt war und zu seiner Verfügung stand, nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die tatsächliche Gewalt über die Ladung erlangt. Er war auch nach dem Frachtbrief als Absender (und zugleich Empfänger) der Ladung der Beklagten zu 2 und ihrem als Besitzdiener tätigen Fahrer gegenüber verfügungsbefugt (§§ 412, 433 HGB). Die Beklagte zu 2 hätte dem Beklagten zu 1 den erlangten Mitbesitz nur durch Rechtsbruch wieder entziehen können; denn auch einem Mitbesitzer kann der Besitz durch einen anderen Mitbesitzer nicht völlig entzogen werden (BGH Urteil vom 6. April 1973 - V ZR 127/72 = WM 1973, 1054). Der Beklagten zu 2 war der Alleinbesitz an der Ladung nicht durch verbotene Eigenmacht seitens des Beklagten zu 1 entzogen worden; denn ihr Fahrer hatte in Ausführung seines Beförderungsauftrags dem Beklagten zu 1 seine Besitzerstellung verschafft. Deshalb scheitern

hier Besitzansprüche der Klägerin, die allenfalls mittelbare Besitzerin war (RGZ 105, 413/415; 111, 405/410; 146, 182/190).

2. Auch einen Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagte zu 2 aus unerlaubter Handlung hat das Berufungsgericht zu Recht verneint. Die Beklagte zu 2 hätte nur durch Rechtsbruch gegenüber dem Beklagten zu 1 Maßnahmen zur Sicherstellung des Weins für die Klägerin treffen können. Wenn sie dies unterlassen hat, handelte sie nicht widerrechtlich oder unter Verstoß gegen die guten Sitten.

B. Zur Revision des Beklagten zu 1:

I. 1. Die Revision hält die Vereinbarung des Stillhalteabkommens mit einem Aufrechnungsverzicht in der Gläubigerversammlung vom 28. Februar 1968, dem auch der Beklagte zu 1 zugestimmt hat, für nicht mehr verbindlich für den Beklagten zu 1. Sie geht dabei aktenwidrig davon aus, daß die Klägerin trotz des Abkommens später in Konkurs verfallen sei und daß das Berufungsgericht nicht geprüft habe, ob sich die Gläubiger auch für den Fall eines gerichtlichen Insolvenzverfahrens bei ihrer Versammlung am 28. Februar 1968 hatten binden wollen.

2. Das Stillhalteabkommen der Gläubiger sollte dazu dienen, den Zusammenbruch der Klägerin zu vermeiden. Es war von den bei der Versammlung am

28. Februar 1968 anwesenden Gläubigern abgeschlossen worden in der Erkenntnis, daß nicht alle Gläubiger der Klägerin von ihm erfaßt wurden. Mit den nicht an dem Abkommen beteiligten Gläubigern sollte ein Zahlungsaufschub für die Klägerin angestrebt werden. Wenn das Berufungsgericht bei dieser Sachlage von der Verbindlichkeit des zeitlich befristeten Stillhalteabkommens für alle an ihm beteiligten Gläubiger und damit auch für den Beklagten zu 1 ausgegangen ist, ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden; denn das Gläubigerabkommen hatte den Zweck, zunächst für die Dauer von drei Monaten den Vermögensstatus der Klägerin unverändert zu erhalten, um eine sonst gebotene sofortige Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens zu vermeiden. Dem diene die von den beteiligten Gläubigern übernommene Verpflichtung, neue Lieferungen der Klägerin zu bezahlen und nicht mit ihren bestehenden Forderungen aufzurechnen. Dieser Zweck der Vereinbarung legt die Auslegung des Berufungsgerichts nahe, daß die Wirksamkeit der Abrede nicht von der späteren Einleitung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens abhängen sollte; anderenfalls wären diejenigen Gläubiger, die sich an das Abkommen gehalten hatten, gegenüber denen, die es nicht einhielten, benachteiligt gewesen.

II. 1. Die Revision greift weiter die Feststellung des Berufungsgerichts an, dem Beklagten zu 1 hätte ein Recht zur Aufrechnung auch dann nicht zugestanden, wenn die Klägerin absprachewidrig einzelne Gläubiger bevorzugt hätte. Der Beklagte zu 1 hätte

dann seinerseits die Vereinbarung vom 28. Februar 1968 kündigen oder von ihr zurücktreten können. Eine solche Erklärung habe er aber nicht abgegeben.

2. Ob dem Berufungsgericht insoweit gefolgt werden kann, kann dahingestellt bleiben; denn jedenfalls hat der Beklagte zu 1 Verstöße der Klägerin, die ihn zum Rücktritt oder zur Kündigung der Vereinbarung hätten berechtigen können, nicht hinreichend dargelegt, wie sich aus den Akten ergibt, auf die das Berufungsgericht zur Ergänzung des Sachverhalts zulässig Bezug genommen hat.

3. a) Demnach ist zu den vom Beklagten zu 1 behaupteten Verstößen der Klägerin gegen das Abkommen vom 28. Februar 1968 zu bemerken, daß die an diesem Abkommen nicht beteiligten Gläubiger von G. [REDACTED]'sche Weinkellerei, Inhaber H. [REDACTED] und Firma K. [REDACTED], mit ihren Forderungen am gerichtlichen Vergleichsverfahren teilgenommen haben (Nrn. 6 und 23 des Verzeichnisses der Vergleichsgläubiger - VN 1/68), also nicht von der Klägerin bevorzugt befriedigt worden sind.

b) Der Gläubiger B. [REDACTED], der an dem Abkommen vom 28. Februar 1968 beteiligt war, sich aber gleichwohl nicht an den vereinbarten Aufrechnungsverzicht gehalten hat, wurde vom Landgericht Mainz am 20. Dezember 1968 rechtskräftig zur Zahlung an die Klägerin verurteilt.

c) Der Gläubiger Ba. [REDACTED] schließlich, dessen volle Befriedigung behauptet ist, war nach dem eigenen Vor-

trag des Beklagten zu 1 an dem Abkommen nicht beteiligt. Durch die Befriedigung eines solchen, außerhalb des Abkommens stehenden Gläubigers konnte die Wirkung des Abkommens nicht beseitigt werden; denn für die Verbindlichkeit der Vereinbarung war die Zustimmung aller Gläubiger nicht Voraussetzung, wie das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei festgestellt hat.

d) Aus der vom Beklagten zu 1 behaupteten Sonderabrede der Klägerin mit ihm leitet er selbst zu Recht (§ 242 BGB) nichts für die Unwirksamkeit des Abkommens vom 28. Februar 1968 her.

III. 1. Das Berufungsgericht hat den Beklagten zu 1 dafür für beweispflichtig angesehen, daß die Klägerin mit ihm anläßlich der Weinlieferung vom 22. März 1968 eine Sonderabrede zu dem Abkommen vom 28. Februar 1968 des Inhalts getroffen habe, daß diese Lieferung zum Ausgleich der zu erwartenden Inanspruchnahme des Beklagten zu 1 aus den D-Wechseln erfolgen sollte. Diese Beweislastverteilung läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen; denn jede Partei muß die Tatsachen darlegen und beweisen, aus denen sie Rechte herleitet (BGH Beschluß vom 31. März 1970 - III ZB 23/68 = BGHZ 53, 369/379). Daß die Vereinbarung eines Aufrechnungsausschlusses zwischen den Parteien vom 28. Februar 1968 für den Fall der Weinlieferung vom 22. März 1968 kraft besonderer Vereinbarung nicht gelten sollte, ist Vortrag des Beklagten zu 1 und gegenüber dem Bestreiten der Klägerin daher von ihm zu beweisen.

2. a) Das Berufungsgericht ist aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme davon ausgegangen, daß der Beklagte zu 1 eine Sonderabrede zwischen den Parteien, nach der die Weinlieferung vom 22. März 1968 zwecks Einlösung der D[REDACTED]-Wechsel vorgenommen werden sollte, nicht bewiesen habe. Es hat diese Ansicht u.a. damit begründet, daß der Zeuge Berthold Sch[REDACTED], der Bruder des Beklagten zu 1, von einem (zweiten) Gespräch des Beklagten zu 1 mit dem Prokuristen der Klägerin berichtet habe, das durchgeführt worden sei, als die Zahlungsschwierigkeiten der Klägerin schon bekannt gewesen seien. Über die vom Beklagten zu 1 behauptete Sonderabsprache habe der Zeuge Sch[REDACTED] für dieses Gespräch nichts bekunden können.

b) Mit Recht rügt die Revision in diesem Zusammenhang, daß das Berufungsgericht wesentliche Ergebnisse der Beweisaufnahme außer Betracht gelassen habe.

Es ist zwar richtig, daß der Zeuge Berthold Sch[REDACTED] bei seiner ersten Vernehmung am 25. September 1969 vor dem Amtsgericht Wittlich (Bl. 97 ff GA) die behauptete Zusage der Klägerin, im März 1968 werde der Wein zum Rückkauf der D[REDACTED]-Wechsel geliefert, als bei der ersten der beiden in seiner Anwesenheit geführten Gespräche gegeben bezeichnet hat. Diese erste Besprechung war nach seiner Aussage zu einer Zeit geführt worden, zu der die finanziellen Schwierigkeiten der Klägerin dem Beklagten zu 1 noch nicht bekannt waren. Aus ihr konnte sicherlich nicht eine Absicht der Klägerin, den Beklagten vor den übrigen Gläubigern wegen der D[REDACTED]-Wechsel zu begünstigen,

hergeleitet werden. Bei seiner nochmaligen Vernehmung vor dem Prozeßgericht des ersten Rechtszugs am 20. März 1972 (Bl. 266 ff GA) aber hat dieser Zeuge auch für die von ihm geschilderte zweite Besprechung, die nach der Kenntnis der Zahlungsschwierigkeiten der Klägerin stattgefunden haben soll, die behauptete Zusage der Klägerin bestätigt. Diesen Umstand hat das Berufungsgericht bei seiner Beweiswürdigung außer acht gelassen. Auf dieser fehlerhaften Darstellung des Beweisergebnisses beruht das angefochtene Urteil; denn das Berufungsgericht hat gefolgert, daß es sich allenfalls um ein unverbindliches Inaussichtstellen einer Weinlieferung zwecks Einlösung der D[REDACTED]-Wechsel gehandelt habe, wenn der Prokurist der Klägerin einmal eine solche Bemerkung gegenüber dem Beklagten zu 1 gemacht haben sollte, nachdem die Klägerin auf allen Rechnungen über Lieferungen an ihn nach dem 28. Februar 1968 den Vermerk "netto Kasse" angebracht hatte. Das Berufungsgericht hat bei seiner Würdigung der Beweise ein Eingehen auf die zweite Aussage des Zeugen Berthold Sch[REDACTED] unterlassen. Aus welchen Gründen dies geschehen ist, ist aus seinen Ausführungen nicht erkennbar. Dieser Mangel nötigt zur Aufhebung des angefochtenen Teilurteils, soweit die Berufung des Beklagten zu 1 zurückgewiesen wurde, und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Das Berufungsgericht wird sich nunmehr auch mit der zweiten Aussage des Zeugen Sch[REDACTED] zu befassen haben und diese im Zusammenhang mit den übrigen Aussagen würdigen müssen, weil dem Revisionsgericht eine eigene

- 15 -

Würdigung verwehrt ist. Ob eine nochmalige Vernehmung von Zeugen notwendig erscheint, wird das Berufungsgericht als Tatsacheninstanz prüfen müssen.

IV. Die Kosten ihrer erfolglosen Revision waren der Klägerin aufzuerlegen (§ 97 Abs. 1 ZPO). Im übrigen war die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens dem Berufungsgericht zu übertragen, da sie vom endgültigen Ausgang der Sache abhängt.

Dr. Haidinger

Claßen

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Merz