

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2229 025

ZPO § 693 Abs.2

Auch bei Zustellung des Zahlungsbefehls innerhalb von weniger als vier Wochen nach dessen Einreichung kann je nach den Umständen des Einzelfalles eine dem Antragsteller zur Last fallende Verzögerung der Zustellung vorliegen.

Die Zustellung des Zahlungsbefehls kann noch als "demnächst" erfolgt angesehen werden, wenn die Einzahlung der unmittelbar nach Einreichung des Gesuchs um Erlaß des Zahlungsbefehls angeforderten Gerichtsgebühr um etwa zwei Wochen zurückgestellt wird, um der Gegenpartei Gelegenheit zu einer gütlichen Regelung zu geben.

BGH, Urt. v. 14. Juli 1960 - VIII ZR 174/59 - OLG Stuttgart

VIII ZR 174/59

Verkündet am 14. Juli 1960
Hofmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Richard B i [REDACTED] in St [REDACTED]-1,
H [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt Dr. B [REDACTED] in K [REDACTED], Ho [REDACTED] [REDACTED],
als Konkursverwalter über das Vermögen der Firma Be [REDACTED] W [REDACTED]-
Teppichfabrik Gesellschaft mit beschränkter Haftung in P [REDACTED]-
We [REDACTED], Kö [REDACTED]straße,

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 28. Juni 1960 unter Mitwirkung des Senats-
präsidenten Dr. Pagendarm und der Bundesrichter Artl, Dr. Spieler,
Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des
3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Stuttgart
vom 30. Juli 1959 insoweit aufgehoben, als das Beru-
fungsgericht zum Nachteil des Beklagten erkannt hat.

Im Umfange der Aufhebung wird die Sache zur anderwei-
tigen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsge-
richt zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über
die Kosten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte stand als Inhaber eines Teppichgeschäftes in St. [REDACTED] mit der seit dem 27. Juli 1956 im Konkurs befindlichen Be. [REDACTED] W. [REDACTED]-Teppichfabrik Gesellschaft mit beschränkter Haftung, zuletzt in P. [REDACTED]-We. [REDACTED], vor der Konkurseröffnung schon längere Zeit in Geschäftsverbindung und bezog von ihr Teppiche und Brücken. Der Kläger hat als Konkursverwalter durch die vorliegende Klage bestimmte Rechtsgeschäfte der späteren Gemeinschuldnerin mit dem Beklagten wegen Gläubigerbenachteiligung angefochten. Die Klage ist durch einen Antrag auf Erlass eines Zahlungsbefehls eingeleitet worden und auf Ersatz des Wertes von an den Beklagten gelieferten Waren gerichtet. Der Antrag wurde am 27. Juli 1957 beim Amtsgericht eingereicht und der Zahlungsbefehl dem Beklagten am 29. August 1957 zugestellt, nachdem der Konkursverwalter die von ihm unter dem 27. Juli 1957 angeforderte Prozeßgebühr durch einen am 17. August 1957 dem Gericht eingereichten und später eingelösten Scheck bezahlt hatte.

Bei dem Anfechtungstatbestand handelt es sich um folgenden Sachverhalt: Der Beklagte händigte im Februar 1956 dem Geschäftsführer R. [REDACTED] der späteren Gemeinschuldnerin auf dessen Wunsch mehrere Wechsel aus, die dieser mit der Begründung erbeten hatte, er brauche solche Papiere, um Rohstoffe beschaffen zu können. In der von R. [REDACTED] erteilten Empfangsbestätigung heißt es, daß die darin bezeichneten Wechsel von der späteren Gemeinschuldnerin über die Firma des Beklagten durch Bar-Gegenwerte eingelöst werden würden. In dem ausführlicheren Bestätigungsschreiben vom 28. Februar 1956 bestätigte die Gemeinschuldnerin dem Beklagten unter Bezugnahme auf die Empfangsbescheinigung, sie werde die Akzepte am Fälligkeitstage selbst in Form von Bar-Werten über den Beklagten zur Einlösung bringen, gegebenenfalls wolle sie, sofern bis zu diesem Zeitpunkt entsprechende Warenlieferungen an ihn erfolgt seien, die Wechsel pro-



longieren. Am 6. Juni 1956 gab der Beklagte der späteren Gemeinschuldnerin weitere Wechsel über insgesamt 27 100 DM mit Fälligkeitsdaten vom 18. September bis 12. Oktober 1956. In dem ihren Empfang bestätigenden Schreiben vom 14. Juni 1956 erklärte die Gemeinschuldnerin, sie werde die vereinbarten Papiere, sofern erforderlich, am Fälligkeitstage einlösen, bzw. prolongieren, für die in Zukunft fälligen Wechsel werde sie dem Beklagten jeweils einige Tage vor Verfall die entsprechenden Gegenwerte aufgeben.

Am 14. Juli 1956 verhandelte der Beklagte mit dem Geschäftsführer R■■■■, um weitere Lieferungen von Teppichen zu erhalten. Am 17. Juli 1956 beantragte ein Gläubiger der Gemeinschuldnerin die Eröffnung des Konkursverfahrens über ihr Vermögen. Auf ihren eigenen Antrag wurde am 20. Juli 1956 zunächst das Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses eröffnet und zugleich gegen die Gemeinschuldnerin ein allgemeines Veräußerungsverbot erlassen, in welchem der Beginn der Wirkung des Verbots auf 15 Uhr dieses Tages bestimmt ist. Der Kläger wurde zum vorläufigen Vergleichsverwalter bestellt. In der Zeit nach dem 17. Juli 1956 bezog der Beklagte aus dem Auslieferungslager der späteren Gemeinschuldnerin in F■■■■ bei St■■■■ Waren zum Preise von 18 184,30 DM. Diese Waren wurden ihm am 19. Juli 1956 übergeben. Außerdem bezog er aus dem Auslieferungslager der Gemeinschuldnerin in Be■■■■ Waren zum Preise von 37 243,10 DM. Dieser Betrag wurde am 20. Juli 1956 auf dem Warenkonto des Beklagten bei der Gemeinschuldnerin als Belastung verbucht. Die Waren wurden von Beauftragten des Auslieferungslagers am 20. oder 21. Juli 1956 zu der Spedition Harry W. H■■■■ in Be■■■■ gebracht, die beauftragt wurde, sie an den Beklagten zu senden. Zu diesem Zweck unterzeichnete der Vertreter der späteren Gemeinschuldnerin am 23. Juli 1956 einen Warenbegleitschein, in welchem die Gemeinschuldnerin als Lieferer angegeben ist. Die Waren wurden nach Einholung der behördlichen Transport-

genehmigungen dem Beklagten erst im August 1956 nach St [REDACTED] geliefert.

Spätestens am 25. Juli 1956 erhielt der Beklagte Kenntnis von der Eröffnung des Vergleichsverfahrens. Er hat die Waren inzwischen weiter veräußert.

Der Kläger hat in erster Reihe geltend gemacht, der Beklagte habe durch den Bezug der Waren eine Befriedigung erhalten, die er nicht oder mindestens nicht zu der Zeit zu beanspruchen gehabt habe (§ 30 Nr.2 KO). Jedenfalls aber habe der Beklagte sie deshalb in anfechtbarer Weise erworben, weil er bei Aushändigung der Ware die Zahlungseinstellung der Gemeinschuldnerin gekannt habe. Den Wert der aus Be [REDACTED] bezogenen Ware müsse er aber auch deshalb ersetzen, weil er diese erst nach Erlaß des allgemeinen Veräußerungsverbots vom 20. Juli 1956 erhalten habe. Mit einer weiteren Hilfsbegründung hat der Kläger behauptet, daß das Konto des Beklagten bei der Gemeinschuldnerin zu ihren Gunsten ein Guthaben von 42 683,96 DM ausweise.

Der Beklagte hat gegenüber dem Anfechtungsanspruch erwidert, er habe der Gemeinschuldnerin Wechsel im voraus gegeben, um später kurzfristig Ware abrufen und längere Zahlungsziele in Anspruch nehmen zu können und um eine eigene kostspielige Lagerhaltung zu vermeiden. Er habe auch beabsichtigt, in München ein Zweiglager zu eröffnen. Deshalb sei es nicht auffällig, daß er im Juli 1956 einen größeren Posten Ware abgerufen habe. Er habe in der Zeit vom 23. Juli bis 12. Oktober 1956 Wechsel im Wert von 73 450 DM eingelöst und für Schecks im Wert von 18 954,73 DM eintreten müssen. Die aus Be [REDACTED] bezogenen Teppiche seien für ihn bereits am 18. Juli 1956 in dem dortigen Lager sortiert und bereitgestellt worden. Hierüber habe ihn der Be [REDACTED] Vertreter der späteren Gemeinschuldnerin noch vor Erlaß des allgemeinen Veräußerungsverbots vom 20. Juli 1956 fernmündlich unterrichtet. Die Ware sei mindestens in der

Hauptsache vor der Wirksamkeit dieses Verbots zu der Speditionsfirma geschafft worden und von dieser ihm zur Verfügung gehalten worden. Die Anfechtungsklage sei aber auch deshalb unbegründet, weil sich der Kläger nach erhobener Rüge, daß die gelieferte Ware Mängel aufweise, mit ihm, dem Beklagten, dahin verständigt habe, daß dieser auf seine Mängelrüge verzichte, während andererseits der Kläger keine konkursrechtlichen Ansprüche geltend machen werde. Im übrigen hat der Beklagte bestritten, der Gemeinschuldnerin aus der Geschäftsverbindung noch etwas zu schulden, er habe im Gegenteil ihr gegenüber ein durch Warenbezug nicht gedecktes Guthaben von 16 336,39 DM.

Das Landgericht hat angenommen, daß die Gemeinschuldnerin ihre Zahlungen am 17. Juli 1956 eingestellt habe, und die Anfechtung der Warenbezüge aus den Lagern in Fellbach und Berlin aufgrund des § 30 Nr.2 KO für begründet erachtet. Es hat den von dem Beklagten danach zu leistenden Wertersatz unter Berücksichtigung von Mängeln der Ware auf 49 884,66 DM geschätzt und den Beklagten zur Zahlung dieses Betrages mit Zinsen verurteilt. Den Mehranspruch hat es abgewiesen.

Gegen dieses Urteil hat der Beklagte Berufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat die Anfechtung hinsichtlich der aus dem Lager F [REDACTED] bezogenen Ware nicht für begründet erachtet, dagegen die Anfechtung hinsichtlich der aus dem Lager Be [REDACTED] bezogenen Ware aufgrund des § 30 Nr.1 Fall 2 KO durchgreifen lassen. Außerdem hat es den Wertersatzanspruch des Klägers geringer bemessen als das Landgericht und dementsprechend die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung nur in Höhe von 32 587,72 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 29. August 1957 bestätigt. Die weitergehende Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen.

Dagegen richtet sich die Revision des Beklagten, mit der er die Abweisung der Klage auch insoweit erstrebt, als das Berufungsgericht zu seinem Nachteil erkannt hat. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Nach § 41 Abs.1 KO kann die Anfechtung einer Rechtshandlung, die vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen worden ist, nur binnen Jahresfrist seit der Eröffnung des Verfahrens erfolgen. Das Anfechtungsrecht muß gerichtlich geltend gemacht werden (BGHZ 30,248,252). Eine gerichtliche Geltendmachung des konkursrechtlichen Anfechtungsrechts ist auch durch Antrag auf Erlaß eines Zahlungsbefehls jedenfalls dann zulässig, wenn der Anfechtungsanspruch auf Zahlung eines Geldbetrages gerichtet ist. Dem steht nicht entgegen, daß durch einen Zahlungsbefehl zunächst noch keine Rechtshängigkeit des geltend gemachten Anspruchs eintritt. Nach § 696 Abs.2 ZPO gilt die Streitsache zwar erst mit Zustellung des Zahlungsbefehls als rechtshängig geworden, wenn nach der Erhebung des Widerspruchs alsbald Termin anberaumt wird. Entscheidend ist aber, daß nach § 693 Abs.2 ZPO die Wirkung der Zustellung, durch welche eine Frist gewährt werden soll, bereits mit der Einreichung des Gesuchs um Erlaß des Zahlungsbefehls eintritt, sofern die Zustellung "demnächst" erfolgt.

Der Antrag auf Erlaß des Zahlungsbefehls ist am 27. Juli 1957, also am letzten Tage der Jahresfrist des § 41 Abs.1 KO beim Amtsgericht eingereicht worden. Nach § 693 Abs.2 ZPO tritt die Wirkung der Zustellung des Zahlungsbefehls, wenn eine Frist gewährt werden soll, bereits mit der Einreichung des Gesuchs um Erlaß des Zahlungsbefehls ein, wenn die Zustellung demnächst erfolgt. Die Revision meint, diese Wirkung sei hier deshalb nicht einge-

treten, weil der Kläger grobe Nachlässigkeit bei der Einzahlung der Prozeßgebühr habe walten lassen, von der die Zustellung des Zahlungsbefehls abhängig gewesen sei. Diesem Standpunkt der Revision kann nicht beigetreten werden.

Die Vorschrift des § 693 Abs.2 ZPO entspricht dem § 261 b Abs.3 und § 496 Abs.3 ZPO. Sie hat zwar wie die des § 496 Abs.3 ZPO ihren gesetzgeberischen Grund darin, daß infolge des Amtsbetriebs die Zustellung jeder Einwirkung, insbesondere der Beschleunigung, durch die Partei entzogen ist (RGZ 105,422,424). Dieser gesetzgeberische Anlaß ist jedoch in dem Gesetzeswortlaut nicht zum Ausdruck gekommen. Die Vorschrift ist nicht dahin auszulegen, daß jede Verzögerung der Zustellung insoweit, als sie auf das Verhalten des Gläubigers zurückgeführt werden kann und hätte vermieden werden können, ohne Rücksicht auf die besonderen Umstände des Einzelfalls dem Antragsteller zum Nachteil gereichen muß. Eine so enge Auslegung dessen, was unter einer demnächstigen Zustellung im Sinne von §§ 693 Abs.2, 496 Abs.3 oder 261 b Abs.3 ZPO verstanden werden kann, ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts (JW 1937,2467 zu §§ 693 Abs.2, 496 Abs.3) und des Bundesgerichtshofs abgelehnt worden (BGHZ 25,66, 76 ff m.Nachw.; vergl. ferner BGH Urteile vom 1. Dezember 1952 - III ZR 114/52; vom 26. März 1953 - III ZR 209/51 S.11 und vom 26. März 1953 - IV ZR 165/52 = NJW 1953,1139, 1140). Die Vorschriften sind demnach nicht eng auszulegen. Eine Zustellung kann deshalb als "demnächst" erfolgt angesehen werden, wenn sie in einer den Umständen nach angemessenen Frist, d.h. ohne besondere Verzögerung bewirkt wird. Die Fristerstreckung kann dagegen nicht mehr zugelassen werden, wenn sie den Prozeßgegner offenbar unbillig belasten würde, also insbesondere dann nicht, wenn die Verlängerung der Zeitspanne zwischen Einreichung der Klageschrift oder des Gesuchs um Erlaß eines Zahlungsbe-

fehls und der Zustellung auf ein nachlässiges oder gar absichtliches Verhalten des Klägers zurückzuführen ist (BGH Urteil vom 15. Dezember 1955 - III ZR 144/54 - LM ZPO § 261 b Nr.2 und Urteil vom 25. Juni 1955 - II ZR 180/55 LM aaO Nr.4). Unter diesen Voraussetzungen ist auch eine Zustellung nach längerer Zeit noch als "demnächst" erfolgt angesehen worden (vgl. dazu auch Rosenberg JZ 1958,60).

Es ist nicht erforderlich, daß der Kläger zugleich mit Einreichung der Klage oder des Gesuchs um Zustellung eines Zahlungsbefehls den Prozeßkostenvorschuß einzahlt. Es ist ihm vielmehr nach Anforderung des Vorschusses durch das Gericht noch eine angemessene Frist zur Einzahlung des angeforderten Betrages zuzubilligen (vgl. Stein/Jonas/Schönke ZPO 18.Aufl. § 496 Anm.4 IV 3). In dem oben bezeichneten Urteil des IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 26. März 1953 war eine konkursrechtliche Anfechtungsklage am 17. Juli 1950, dem letzten Tag der Frist des § 41 KO beim Landgericht eingereicht und nach Einzahlung eines Prozeßkostenvorschusses dem Beklagten am 9. August desselben Jahres zugestellt worden. Dem Urteil ist nicht zu entnehmen, welche Zeitspanne zwischen der Anforderung des Prozeßkostenvorschusses durch das Gericht und der Einzahlung gelegen hat. Trotzdem ist es dahin verstanden worden, daß bei einer Zustellung innerhalb von weniger als 4 Wochen nach der Einreichung der Klage grundsätzlich keine verschuldete Verzögerung der Zustellung angenommen werden könne, weil sie noch innerhalb des durch das Wort "demnächst" gezogenen zeitlichen Rahmens liege (so Baumbach/Lauterbach ZPO 24.Aufl. § 261 b Anm.4, anders i. 25.Aufl. aaO). Auch die Revisionsbeantwortung möchte diese Entscheidung des Bundesgerichtshofs so aufgefaßt wissen. Der erkennende Senat trägt jedoch Bedenken, dieser Auffassung, die in dem Urteil des IV. Zivilsenats keinen Aus-

druck gefunden hat, beizutreten. Denn auch bei Zahlung der Gerichtskosten innerhalb eines Monats seit Einreichung der Klage oder des Zahlungsbefehls ist denkbar, daß eine Verzögerung der Zustellung auf einer Vernachlässigung der dem Kläger oder Gläubiger obliegenden Maßnahmen zur Herbeiführung der erforderlichen Zustellung beruht, so daß aus diesem Grunde die Rückwirkung der Zustellung auf den Tag der Einreichung der Klage oder des Antrags auf Erlaß des Zahlungsbefehls nicht gerechtfertigt ist. Unter diesem Gesichtspunkt bestehen Bedenken gegen die Erwägungen des Berufungsgerichts, daß dem Kläger keine grobe Nachlässigkeit vorzuwerfen sei, wobei es ausführt, es könne schon wegen der beträchtlichen Höhe der Gebühr eine solche Nachlässigkeit nicht darin erblickt werden, daß der Kläger die Zahlung der Gebühr etwa 3 Wochen habe anstehen lassen. Der Hinweis auf die Höhe der Gebühr ist schon deshalb bedenklich, weil der Kläger nichts darüber vorgetragen hatte, aus welchen Gründen die Einzahlung des von ihm angeforderten Prozeßkostenvorschusses nicht früher vorgenommen worden ist, und weil auch sonst kein Anhaltspunkt dafür gegeben war, daß er sich etwa erst das Geld hierfür habe beschaffen müssen.

Der Kläger hat jedoch in dem Revisionsverfahren vorgetragen, aus welchem Grunde die Einzahlung des Kostenvorschusses zunächst unterblieben sei. Danach hat der Kläger sich zunächst mit einem Schreiben vom 2. August 1957 an den Prozeßbevollmächtigten des Beklagten gewandt, in welchem er auf den eingereichten Antrag auf Erlaß eines Zahlungsbefehls beim Amtsgericht in Stuttgart hinweist und mitteilt, er möchte vor Einzahlung der Kosten des Zahlungsbefehls beim Gericht dem Beklagten Gelegenheit geben, ihm einen Vorschlag zur gütlichen Regelung zu unterbreiten. In diesem Schreiben erklärt der Kläger ferner, er beabsichtige den Gerichtskostenvorschuß am 15. August 1957 einzuzahlen, weshalb die Verhandlungen bis zu diesem Zeitpunkt abgeschlossen sein müßten. Da es sich um die Prüfung der

Frage handelt, ob der Zustellung des Zahlungsbefehls die verfahrensrechtlich bestimmte Rückwirkung nach § 693 Abs.2 ZPO beizulegen ist, trägt der Senat keine Bedenken, dieses neue Vorbringen in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen.

Daraus ergibt sich, daß der Kläger von der Auffassung ausgegangen ist, er dürfe ohne einen Rechtsnachteil zu besorgen, die Einzahlung der Prozeßgebühr noch um etwa 2 Wochen zurückstellen, und daß er auch im Interesse des Beklagten zu handeln glaubte, wenn er ihm noch eine Gelegenheit zur gütlichen Regelung bot. Unter diesen Umständen ist dem Kläger ohne Rücksicht darauf, ob und wann den Beklagten das Schreiben vom 2. August 1957 erreicht hat, zuzubilligen, daß er die Zustellung des Zahlungsbefehls nicht in vorwerfbarer Weise verschleppt hat. Dabei ist zugunsten des Klägers zu berücksichtigen, daß der Begriff "demnächst" nach der Rechtsprechung nicht eng auszulegen ist und bei der Auslegung dem richterlichen Ermessen, unter Rücksicht auf die Belange der Gegenpartei, ein nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilender Spielraum gegeben ist. Wenn der Kläger aus sachlichen Gründen die Einzahlung des angeforderten Gerichtskostenvorschusses um die Zeit von etwa 2 Wochen hinausgeschoben hat, wobei er davon ausgehen durfte, daß hierdurch die Zeitspanne zwischen dem Antrag auf Erlaß des Zahlungsbefehls und der Zustellung nicht ungewöhnlich lange ausgedehnt werden würde, so ist darin keine Verzögerung zu sehen, die ihm unter den oben dargelegten Gesichtspunkten als Nachlässigkeit angerechnet werden kann.

Unter diesen Umständen ist dem Kläger auch nicht zum Vorwurf zu machen, daß er von der in § 74 Abs.4 GKG in der vor dem 1. Oktober 1957 geltenden Fassung gegebenen Möglichkeit, rasch eine Zustellung des Zahlungsbefehls zu erreichen, keinen Gebrauch gemacht hat, wobei dahingestellt

bleiben kann, ob die Voraussetzungen dieser Vorschrift, wonach eine vorläufige Befreiung von der Vorschrift von der Einzahlung des Kostenvorschusses möglich ist, in dem vorliegenden Fall gegeben waren.

Demnach ist dem Berufungsgericht im Ergebnis darin beizutreten, daß die Zustellung des Zahlungsbefehls noch "demnächst" im Sinne des § 693 Abs.2 ZPO vorgenommen worden ist. Damit ist die Frist des § 41 Abs.1 KO als gewahrt anzusehen.

II. Hinsichtlich der weiteren Voraussetzungen des Anfechtungsrechts schließt sich das Berufungsgericht der Ansicht des Landgerichts an, daß als Tag der Zahlungseinstellung der jetzigen Gemeinschuldnerin der 17. Juli 1956 zu betrachten sei. Es nimmt an, die Lieferung aus Be[REDACTED] stelle sich als Erfüllungshandlung im Rahmen der schon bei Hingabe der Wechsel jeweils abgeschlossenen Kaufverträge dar. Infolgedessen sei die Anfechtbarkeit der Lieferung lediglich als Rechtshandlung nach § 30 Nr.1 Fall 2 KO zu beurteilen. Unstreitig sei die Ware aus Be[REDACTED] dem Beklagten erst am 17. August 1956 durch die Spedition H[REDACTED] in St[REDACTED] übergeben worden. Der Beklagte meine zwar, die maßgebende Rechtshandlung falle schon auf den 19. Juli 1956, sie sei nämlich darin zu erblicken, daß die Ware an diesem Tage im Auslieferungslager für ihn ausgesucht und zur Absendung an ihn zusammengestellt worden sei. Dieser Meinung, so führt das Berufungsgericht aus, könne nicht beigepflichtet werden, weil der Beklagte hiermit noch nicht das Eigentum an der Ware erlangt habe. Es sei auch nicht etwa schon dadurch auf ihn übergegangen, daß die Teppiche an den Spediteur zur Versendung an ihn ausgeliefert worden seien. Denn die Rechtsprechung nehme an, daß der Spediteur oder Frachtführer nicht Vertreter des Käufers sei und daß infolgedessen die Ware durch Ablieferung an den

Spediteur nicht schon dem Käufer übergeben sei; eine Ausnahme werde nur gemacht, wenn der Käufer den Spediteur zu seinem Vertreter beim Empfang zwecks Weiterversendung der Ware bestellt habe. Auf die von dem Berufungsgericht an beide Parteien gestellte Frage, von wem die Spedition H[REDACTED] mit der Beförderung der aus Be[REDACTED] bezogenen Teppiche beauftragt worden sei, habe der Beklagte mit Schriftsatz vom 25. April 1959 eindeutig erklärt, die Speditionsfirma sei von der jetzigen Gemeinschuldnerin durch deren Vertreter K[REDACTED] beauftragt worden; dieser Erklärung habe sich der Kläger im Schriftsatz vom 17. Juli 1959 angeschlossen. Abgesehen davon, daß die Erklärung des Beklagten für ihn bindend sei, werde sie auch durch den Inhalt der Aussage des Zeugen K[REDACTED] bestätigt. Demnach sei festzustellen, daß der Erwerb des Beklagten erst am 17. August 1956 mit der Übergabe der Ware in St[REDACTED] sich vollzogen habe (Berufungsurteil S.32).

Die Revision wendet sich gegen diese Erwägungen des Berufungsgerichts mit einer Reihe von Verfahrensrügen. Sie beanstandet, das Berufungsgericht habe wesentliches Parteivorbringen des Beklagten nicht berücksichtigt und deshalb in Verletzung des § 286 ZPO unzulängliche Feststellungen über die Erklärungen des Beklagten im Rechtsstreit und die Bedeutung der Einlagerung der Ware bei dem Spediteur, die am 20. Juli 1956 erfolgt sei, getroffen. Es habe nicht berücksichtigt, daß der Beklagte nach der Aussage des Zeugen K[REDACTED] vom 6. Juli 1956 in einem Ferngespräch den Zeugen etwa am 16. Juli 1956 aufgefordert habe, die an den Beklagten zu liefernde Ware an den Spediteur H[REDACTED] zu übergeben, und daß sodann die Auslieferung der Ware an den Spediteur erfolgt sei. In diesem Zusammenhang hätte das Berufungsgericht den vom Beklagten zu den Akten überreichten Empfangsbescheinigungen und der ihm erteilten Rechnung entnehmen müssen, daß die Ware der Speditionsfirma "zur Einlagerung" für die Firma des Beklagten über-

geben worden sei. Daraus folge, daß der Firma H [REDACTED] nicht nur ein Versendungsauftrag erteilt worden sei. Über die Einlagerung habe auch der Beklagte mit der Firma H [REDACTED] verhandelt, und zwar jedenfalls vor dem 25. Juli 1956. Das Berufungsgericht hätte daher prüfen müssen, ob durch diese Einlagerung ein Besitzmittlungsverhältnis zwischen dem Spediteur und dem Beklagten zustande gekommen sei. In diesem Falle würde es nicht auf die spätere Versendung der Ware und auch nicht darauf ankommen, wer dem Spediteur den Auftrag hierzu erteilt habe.

Diese Beanstandungen der Revision lassen unberücksichtigt, daß die Verfügungsbefugnisse der späteren Gemeinschuldnerin bereits durch das allgemeine Veräußerungsverbot des Amtsgerichts in Köln vom 20. Juli 1956 - 79 VN 7/56 - beschränkt worden sind. Auch das Berufungsgericht hat bei seinen Erwägungen über die Anfechtbarkeit der in Rede stehenden Verfügungen dieses Veräußerungsverbot außer Betracht gelassen. Es muß aber bei der Überprüfung des Berufungsurteils beachtet werden.

Das allgemeine Veräußerungsverbot vom 20. Juli 1956 ist auf Grund des § 12 in Verbindung mit § 59 Verglo erlassen und gemäß § 60 Abs.1 dieses Gesetzes zu dem in dem Beschluß angegebenen Zeitpunkt seines Erlasses, nämlich am 20. Juli 1956, 15 Uhr, wirksam geworden. Dieses Verbot gilt gemäß § 103 Verglo für den Anschlußkonkurs als zugunsten der Konkursgläubiger angeordnet. Nach diesem Zeitpunkt konnte daher von der späteren Gemeinschuldnerin keine zum Eigentumserwerb führende Verfügung wirksam gegen die Konkursmasse getroffen werden. Es kommt daher darauf an, ob das Berufungsgericht Tatsachen außer Betracht gelassen hat, aus denen auf einen Eigentumserwerb des Beklagten vor dem Beginn des Veräußerungsverbots geschlossen werden könnte.

Bei Prüfung dieser Frage kann dahingestellt bleiben, ob Bedenken schon insoweit bestehen, als das Berufungsgericht in der Bereitstellung der Ware für den Beklagten in dem Auslieferungslager Be[REDACTED] noch keine Über-eignung unter Begründung eines Besitzmittlungsverhältnisses (Verwahrungsverhältnisses) zu dem Beklagten (vgl. RGZ 102,38,41) gesehen hat. Es wird zwar die Auffassung vertreten, beim Versendungskauf vorausbezahlter Ware sei regelmäßig anzunehmen, daß der Verkäufer die Ware, sobald sie ausgesondert und als Ware des Käufers kenntlich gemacht ist, für diesen besitzen und als Ware des Käufers auf die Reise bringen will (vgl. Berg in Staudinger BGB 11.Aufl. § 929 Anm.19; Joerges, Zur Lehre vom Eigentumsübergang beim Versendungskauf JW 1921,329). Indes kann zweifelhaft sein, ob es sich hier um vorausbezahlte Ware im Sinne dieser Auffassung handelt, wenn die Vorauszahlung damals nur in der Eingehung von Wechselverpflichtungen lag und die Wechsel von dem Beklagten noch nicht eingelöst waren. Die Revision hat insoweit nicht gerügt, der Sachverhalt hätte weiter aufgeklärt werden müssen.

Das Berufungsurteil muß, soweit es von dem Beklagten mit der Revision angegriffen worden ist, jedenfalls deshalb aufgehoben werden, weil das Berufungsgericht im übrigen die Frage des Eigentumserwerbs nur unter dem Gesichtspunkt eines gewöhnlichen Versendungskaufs, bei dem der Verkäufer die Ware auf Bestellung an den Käufer oder an einen von diesem bezeichneten Dritten durch einen Spediteur zur Versendung bringt, geprüft hat. Damit hat es den vorgetragenen Sachverhalt nicht erschöpfend behandelt und Umstände unerörtert gelassen, deren Berücksichtigung zu einer anderen rechtlichen Beurteilung der Frage des Eigentumserwerbs führen könnte.

Eine Eigentumsänderung könnte nämlich auch dadurch herbeigeführt worden sein, daß die Beauftragten der spä-

teren Gemeinschuldnerin in Ausführung der telefonischen Absprache mit dem Beklagten die Ware bei dem Spediteur mit dem Willen eingelagert haben, schon damit die Ware zur Verfügung des Beklagten zu stellen, d.h. daß die Speditionsfirma sie nicht für die spätere Gemeinschuldnerin, sondern für den Beklagten zunächst auf Lager nehmen sollte.

Wenn ein Verkäufer die veräußerte Ware zunächst bei einem Spediteur einlagert, so kann sich der zum Eigentumserwerb erforderliche Besitzübergang dadurch vollziehen, daß der Verkäufer die bei einem Spediteur eingelagerte Ware dem Käufer zur Verfügung stellt und hiermit im Wege des Ersatzes der Übergabe gemäß § 931 BGB den Herausgabeanspruch gegen den Spediteur an den Käufer abtritt (vgl. RGZ 49,97,99). Es kann aber auch eine Übereignung nach § 929 BGB in der Weise vorgenommen werden, daß ein Veräußerer als mittelbarer Besitzer den unmittelbaren Besitzer beauftragt, von nun an die Ware für den Erwerber zu besitzen und der Besitzmittler diesen Auftrag ausführt (RG WarnRspr 1926 Nr.136; vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 21. April 1959 - VIII ZR 148/58 - S.13 - NJW 1959,1536, 1539 zu II = WM 1959,1536). Das gleiche muß gelten, wenn der Veräußerer die zu liefernde Ware auf Grund eines ihm vom Käufer erteilten Auftrages einem bestimmten Spediteur zur Einlagerung für den Käufer übergibt und der Spediteur die Ware weisungsgemäß nur für den Empfänger einlagert. Wird in solchem Falle der Empfänger mittelbarer Besitzer der Ware, ohne daß der Veräußerer mittelbaren Besitz an ihr erhält, so kann auch darin eine nach § 929 BGB wirksame Übereignung gefunden werden. In diesem Falle nimmt der Spediteur die Ware weisungsgemäß als Beauftragter des Empfängers in Verwahrung, nachdem der Verkäufer den Spediteur mit Einverständnis des Käufers dazu beauftragt hatte.

Sollte die Spedition H. die Ware nur für die Firma des Beklagten besitzen und hat sie dieselbe nur für

diese in Empfang genommen, so würde der Beklagte bereits mit der Einlagerung Eigentum an ihr erworben haben können. Erfolgt die Einlagerung bei dem Spediteur, ohne daß hierdurch der späteren Gemeinschuldnerin die Verfügung über die Ware vorbehalten blieb, so könnte auch dieser Umstand dafür sprechen, daß zwischen Verkäufer und Käufer Einigkeit darüber bestanden hat, das Eigentum solle alsbald, und zwar spätestens mit der Einlagerung der Ware bei dem Spediteur auf den Beklagten übergehen.

Darauf, daß der Spedition H. [REDACTED] ein Auftrag im vorstehenden Sinn erteilt worden ist, deutet die Aussage des Zeugen K. [REDACTED] vom 7. Juli 1959 in Verbindung mit der Tatsache hin, daß die Empfangsscheine Nr. [REDACTED] 3 und [REDACTED] 6 mit dem Vermerk "Zur Einlagerung für Fa. R. Bi. [REDACTED], St. [REDACTED], N. [REDACTED] str. [REDACTED]" versehen sind und der Empfangsschein Nr. [REDACTED] 4 ebenfalls einen solchen Vermerk mit dem Zusatz "nach unserer Weisung" enthält. Daraus könnte nämlich gefolgert werden, daß die spätere Gemeinschuldnerin die Ware dem Spediteur mit dem Willen übergeben ließ, er solle sie nunmehr allein zur Verfügung des Beklagten halten. Einer solchen Würdigung der Einlagerung braucht nicht entgegen zu stehen, daß in dem Warenbegleitschein vom 23. Juli 1956 noch die spätere Gemeinschuldnerin als Lieferer aufgeführt ist. Denn dies kann mit Bestimmungen über die Verbringung von Waren aus Westberlin in die Bundesrepublik zusammenhängen, ohne daß hieraus Schlüsse zur Frage des Eigentumsübergangs gezogen werden könnten. Andererseits weist die Revision in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, daß der mit Schriftsatz des Beklagten vom 25. April 1959 überreichte Frachtbrief vom 24. Juli 1959 den Beklagten als Auftraggeber (Absender) der Ware bezeichnet. Auch dieser Umstand könnte dafür sprechen, daß der Beklagte von vornherein, also vor Beginn der Wirksamkeit des allgemeinen Veräußerungsverbots vom 20. Juli 1959, im Verhältnis zu der Spedition berechtigt sein sollte, über die bei ihr eingelagerte Ware zu verfügen.

Das Berufungsgericht hat alle diese Umstände nicht gewürdigt, sondern sich darauf beschränkt, den Eigentumserwerb unter dem Gesichtspunkt zu prüfen, wie grundsätzlich bei einer Versendung von Waren durch den Spediteur auf Grund eines vom Verkäufer erteilten Auftrages der Eigentumserwerb für den Käufer sich vollzieht (vgl. dazu RGZ 84,320,322; 102,38,41; OGHZ 3,226,234; BGH Urteil vom 5. Dezember 1950 - I ZR 41/50 - NJW 1951,109,110; Düringer/Hachenburg HGB Einl. vor § 373 Anm.31). Diese Prüfung ist aber zu eng und berücksichtigt nicht die besondere Gestaltung des vorliegenden Sachverhalts im Hinblick auf die Einlagerung der Ware für den Beklagten und die ^{angeblich} vorangegangenen Absprachen zwischen dem Beklagten und den Vertretern der späteren Gemeinschuldnerin.

Das Berufungsgericht wird daher unter den angeführten Gesichtspunkten zu prüfen haben, ob die spätere Gemeinschuldnerin sich bei der Einlagerung der Ware die weitere Verfügungsmöglichkeit über diese gewahrt oder sie dem Beklagten überlassen hat. Dazu bedarf es einer näheren Untersuchung, welche Bedeutung den Vermerken auf den Empfangsbescheinigungen der Speditionsfirma unter den vorliegenden Umständen beizulegen ist.

Sollte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommen, daß dem Beklagten schon durch die Einlagerung die Möglichkeit eingeräumt worden ist, über die Ware zu verfügen, so wird es darauf ankommen, festzustellen, in welchem Umfang die Ware bereits vor Beginn des Wirksamwerdens des Veräußerungsverbots am 20. Juli 1956 eingelagert worden war.

Da die Sache einer weiteren Prüfung durch den Tatrichter bedarf, mußte das Berufungsurteil auch im Kostenpunkt insoweit, als es zum Nachteil des Beklagten erkannt hat, aufgehoben und die Sache im Umfange der Aufhebung zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision hängt von der Endentscheidung des Rechtsstreits ab und ist daher dem Berufungsgericht übertragen worden.

Dr. Pagendarm Artl Dr. Spieler Dr. Mezger Dr. Messner