

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**VIII ZR 280/63**URTEIL****Verkündet am**

29. September 1965

Fieser

Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der Firma Rh[REDACTED] Weinagentur K[REDACTED] KG, vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin Frau Isolde K[REDACTED],
2. des Kaufmanns Peter K[REDACTED],
beide in Hö[REDACTED] üb. W[REDACTED], Ro[REDACTED]weg,

Beklagten, Widerkläger
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Josef S[REDACTED], Weingroßhandlung, Inhaber
Hermann-Josef S[REDACTED], in R[REDACTED]/über Bu[REDACTED] (Bez.
Ko[REDACTED]),Klägerin, Widerbeklagte
und Revisionsbeklagte

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. September 1965 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 19. September 1963 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin, eine Weingroßhandlung, stand mit der Firma Ernst M. Weingut-Weingroßhandlung in Waldhiltersheim/über Bingen längere Zeit in Geschäftsverkehr. Die Firma M. vertrieb im süddeutschen Raum Weine durch die Firma Rh. Weinagentur Peter K. in W., deren Alleininhaber der Beklagte zu 2 war. Dessen Geschäft führte die Beklagte zu 1, eine Kommanditgesellschaft, seit Mai 1962 unter Übernahme der Aktiva und Passiva fort.

Die Klägerin hatte an die Firma M. Wein verkauft und ihn für sie mit deren Etikett versehen in Flaschen umfüllen lassen. Im Auftrage und für Rechnung der Firma M. lieferte die Klägerin am 25. Januar 1961 durch ihren Lastwagen einen Posten von diesem Wein an den ihr durch die Firma M. gegebenen Empfänger, die Firma Dr. Stefan Sp. & Co. in M. Diese Firma erklärte jedoch bei der Anlieferung, daß sie den jetzt im Strät befindlichen Wein nicht bestellt habe. Die Klägerin wollte einen Rücktransport dieses Postens vermei-

den und veranlaßte deshalb die Firma Sp[REDACTED], den Wein bis auf weiteres in Verwahrung zu nehmen. Den Wein stellte die Klägerin der Firma M[REDACTED] in Rechnung. Der Beklagte zu 2 will ihn von der Firma M[REDACTED] gekauft, bezahlt und zu Eigentum erworben haben. Auch die Klägerin erhob Eigentumsansprüche auf den bei der Firma Sp[REDACTED] eingelagerten Wein. Am 5. April 1961 vereinbarten die Klägerin, der Beklagte zu 2 und die Firma Sp[REDACTED], daß der Wein bei dieser Firma eingelagert bleiben und die Eigentumsverhältnisse zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 2 geklärt werden sollten. Am 13. April 1961 wurde das Konkursverfahren über das Vermögen der Firma M[REDACTED] eröffnet.

Die Klägerin behauptet, der Wein sei unter üblichem Eigentumsvorbehalt angeliefert und von der Firma M[REDACTED] nicht bezahlt worden.

Mit der im ersten Rechtszug gegen die Firma Rheinische Weinagentur, Alleininhaber Peter K[REDACTED], gerichteten Klage beantragte die Klägerin die Feststellung, daß die eingelagerten 2833 Flaschen Wein ihr Eigentum seien. Hilfsweise beantragte sie, die Beklagte zu verurteilen, in die Herausgabe des Weins an die Klägerin einzuwilligen. Die Beklagte beantragte widerklagend die Feststellung, daß die Weine ihr Eigentum seien, ferner hilfsweise, die Klägerin zu verurteilen, in die Herausgabe der genannten Weine an die Beklagte einzuwilligen.

Das Landgericht hat die von der Klägerin beantragte Feststellung getroffen und die Widerklage abgewiesen.

Gegen dieses Urteil hat die ursprüngliche Beklagte Berufung eingelegt. Die Klägerin richtete im zweiten Rechtszug ihre Klageanträge gegen die Kommanditgesellschaft als Rechtsnachfolgerin der ursprünglich verklagten Firma und den bis-



herigen Alleininhaber. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgen die Beklagten die Anträge auf Abweisung der Klage und die Widerklage mit der Maßgabe weiter, daß die Feststellung des Eigentums der Kommanditgesellschaft, hilfsweise die Einwilligung in die Herausgabe an sie verlangt wird, während die Klägerin die Zurückweisung des Rechtsmittels beantragt.

Entscheidungsgründe:

I. Das Feststellungsinteresse der Klägerin ergibt sich schon daraus, daß sie und der Beklagte zu 2 als damaliger Alleininhaber der beklagten Firma am 5. April 1961 vereinbart haben, keine einseitigen Schritte zur Wegschaffung der bei der Firma Sp. in Mü. eingelagerten Weine zu unternehmen und die Klärung der Eigentumsverhältnisse hinsichtlich dieser Weine zwischen ihnen vorzunehmen. Die Firma Sp. hat sich dabei verpflichtet, den Wein an denjenigen herauszugeben, der entweder aufgrund eines Gerichtsurteils oder einer Einigung zwischen den Vertragsparteien zur Inanspruchnahme der Weine berechtigt ist. Hiernach ist davon auszugehen, daß schon die Feststellung darüber, ob die Klägerin Eigentümerin der Weine ist, die streitige Rechtslage jedenfalls zwischen den Parteien zu klären geeignet ist. Das genügt, um das Rechtsschutzinteresse der Klägerin für die begehrte Feststellung zu bejahen.

II. Das Feststellungsbegehren der Klägerin, das im zweiten Rechtszuge von ihr auch gegen die Beklagte zu 1 erstreckt wurde, setzt voraus, daß weder die Firma M. noch der Beklagte zu 2 den streitigen Wein zu Eigentum erworben haben.

1. Das Berufungsgericht stellt im Tatbestand des Berufungsurteils fest, daß die Firma Sp[REDACTED] die Annahme der Sendung als nicht bestellt verweigert und sie auf Bitten der Klägerin in ihren Geschäftsräumen eingelagert habe. Es prüft die Behauptung der Beklagten, daß der Wein schon bei der Auslieferung an die Firma Sp[REDACTED] von der Firma M[REDACTED] bezahlt gewesen sei und verneint dies. Ferner stellt das Berufungsgericht fest, daß die Klägerin, die sich bei dem Verkauf des Weines an die Firma M[REDACTED] das Eigentum vorbehalten habe, auch später keine volle Befriedigung wegen der Kaufpreisforderung für die Sendung vom 25. Januar 1961 erlangt habe. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Firma Sp[REDACTED] den Wein weder für die Firma M[REDACTED] noch für die Beklagte in Besitz genommen. Aufgrund des Abkommens vom 5. April 1961 habe dann die Firma Sp[REDACTED] den Wein für die Klägerin und die Beklagte besessen, die dadurch beide mittelbare Besitzer geworden seien. Diesen mittelbaren Besitz habe die Beklagte jedoch nicht von der Firma M[REDACTED] verlangt. Aufgrund dieser Feststellungen gelangt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß die Klägerin Eigentümerin des umstrittenen Weines sei.

Die Revision vertritt die Auffassung, die Firma Sp[REDACTED] habe die Abnahme der Ware nur insofern abgelehnt, als sie ihr zur Übernahme als Käufer der Ware für Rechnung der Firma M[REDACTED] angeliefert worden sei. Daran scheitere aber nicht die Annahme, daß die Ware schließlich doch zugunsten der Firma M[REDACTED] an die Firma Sp[REDACTED] übergeben worden sei. Diese habe, so meint die Revision, die Ware für denjenigen angenommen den es angehe. Die Revision rügt, daß sich dies aus dem Schreiben der Firma Sp[REDACTED] vom 30. März 1961 an Rechtsanwalt Ke[REDACTED], den damaligen Vertreter der Klägerin, und dem Verhalten der Firma Sp[REDACTED] entnehmen lasse, die den Wein später an die Klägerin nicht habe herausgeben wollen. Die Beklagte habe zudem im Schriftsatz vom 1. Dezember 1961 unter Beweis gestellt, daß

11

die Weine an sie abgeliefert worden seien. Auch M. spreche in seiner Aussage vom 4. April 1962 von der Lieferung der Beklagten. Auf deren Weisung habe die Firma Sp. den unmittelbaren Besitz der Ware erlangt und damit die Beklagte mittelbaren Besitz an den Weinen.

Mit dieser Beurteilung des Sachverhalts setzt sich die Revision in Widerspruch zu den Feststellungen des Berufungsgerichts, das ausdrücklich dargelegt hat, warum die Firma Sp. den Wein nur für die Klägerin in Verwahrung genommen und daß sie ihn weder für die Firma M. noch für die (ursprüngliche) Beklagte als diejenige, die es angeht, besessen habe. Das Berufungsgericht hat hierbei das im Schriftsatz vom 16. Oktober 1961 nur auszugsweise mitgeteilte Schreiben der Firma Sp. vom 30. März 1961 außer Betracht lassen dürfen. Denn aus ihm ist kein Anhaltspunkt für die Auffassung der Revision zu gewinnen, die Firma Sp. habe den Wein nach Ablehnung der Annahme der Sendung für die Firma M. oder etwa gar auch für die Beklagte in Verwahrung genommen. In dem Schriftsatz vom 1. Dezember 1961 S. 12 hat die Beklagte unter Zeugenbeweis gestellt, M. habe noch am 19. September 1961 in Gegenwart der beiden benannten Zeugen ausdrücklich zugegeben, daß er die Moselwein-Lieferungen an den Inhaber der Klägerin bezahlt und diese Weine an den Beklagten zu 2 weitergeliefert habe. Die unter Beweis gestellten Tatsachen sind nicht geeignet, die Behauptung der Beklagten zu stützen, die Firma Sp. habe die Weine kraft Vereinbarung mit der Klägerin für die Firma M. oder gar für den Beklagten zu 2 in Verwahrung genommen. Deshalb muß für die Beurteilung der Rechtslage davon ausgegangen werden, daß die Weine bei der Firma Sp. nur für die Klägerin eingelagert wurden. Daraus folgt, daß sie nicht im Sinne von § 929 BGB an die Firma M. übergeben worden sind.

3. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bietet der vorgetragene Sachverhalt auch keinen ausreichenden Anhaltspunkt dafür, daß die Klägerin den ihr aus dem Verwahrungsvertrag erwachsenen Anspruch auf Herausgabe gegen die Firma Sp[REDACTED] an die Firma M[REDACTED] abgetreten hat. Eine solche Abtretung kann zwar auch stillschweigend geschehen. Sie ergibt sich aber noch nicht ohne weiteres daraus, daß die Klägerin die Weine der Firma M[REDACTED] in Rechnung gestellt hat. Es ist zwar davon auszugehen, daß die Firma M[REDACTED] damals gegen die Klägerin einen Anspruch auf Auslieferung der eingelagerten Weine oder auch einen Anspruch auf Abtretung des Herausgabeanpruchs gegen die Firma Sp[REDACTED] hatte. Die Beklagten haben jedoch nicht behauptet, jedenfalls nicht ausreichend dargelegt, daß die Klägerin eine entsprechende Abtretung zugunsten der Firma M[REDACTED] vorgenommen habe. Die Revision rügt insoweit nur, die Beklagte habe im Schriftsatz vom 28. Mai 1962 Seite 6 unter Beweis (M[REDACTED]) gestellt, soweit Herausgabeanprüche des M[REDACTED] bezüglich dieses Weines bestanden, seien die Ansprüche an die Beklagte (gemeint ist auch hier die ursprüngliche Beklagte) abgetreten worden. Bei dem von der Revision in Bezug genommenen Beweisangebot fehlt jedoch die Behauptung, daß die Klägerin einen Anspruch auf Herausgabe des Weins an die Firma M[REDACTED] abgetreten habe. Aus dem sonstigen von der Revision in Bezug genommenen Vorbringen der Beklagten ist eine derartige Behauptung ebenfalls nicht zu entnehmen.

4. Die Klägerin könnte zwar statt den Weg des § 931 BGB zu wählen, durch Vereinbarung mit der Firma M[REDACTED] ein Besitzmittlungsverhältnis nach § 930 BGB ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart haben. Es kommt in diesem Zusammenhang jedoch nicht darauf an, ob dies der Fall ist. Denn das Berufungsgericht stellt rechtlich bedenkenfrei fest,

daß die Firma M■■■■, als die Vereinbarung vom 5. April 1961 getroffen wurde, einen vermeintlichen oder wirklichen Herausgabeanspruch nicht an die (ursprüngliche) Beklagte abgetreten hatte. Deshalb habe M■■■■ in seiner Zeugenaussage vom 3. Mai 1961 auch bestätigen können, daß er diesen Wein nicht an Dritte übereignet gehabt habe. Wegen der am 13. April 1961 erfolgten Eröffnung des Konkursverfahrens konnte M■■■■ über ihm zustehende Herausgabeansprüche nach diesem Zeitpunkt wirksam nicht verfügen. Auch später kann die Beklagte Eigentum an dem Wein nicht erworben haben, weil dem der Eigentumsvorbehalt der Klägerin entgegensteht.

5. Dieser Eigentumsvorbehalt ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts deshalb nicht erloschen, weil aus der Rechnung vom 25. Januar 1961 noch ein Betrag von 10.000 DM offensteht und selbst dann noch ein Rest von 3.000 DM bleibt, wenn die Rückgabe des aus einer früheren Lieferung stammenden Weines, dessen Wert mit 7.000 DM veranschlagt wurde, hier berücksichtigt, also auf den Betrag von 10.000 DM angerechnet wird. Die Revision rügt zwar, das Berufungsgericht habe insoweit den Sachverhalt nicht erschöpfend behandelt und aus getroffenen Feststellungen nicht die richtigen Folgerungen gezogen. Die Rügen greifen indessen nicht durch.

Die Klägerin hatte schlüssig vorgetragen, daß der umstrittene Wein noch nicht vollständig bezahlt worden sei. Für bereits im Jahre 1959 an die Firma M■■■■ gelieferten Wein habe diese der Klägerin am 18. Januar 1961 einen Wechsel über 7.000 DM, fällig am 26. April 1961, übergeben. Dieser Wechsel sei noch nicht eingelöst worden. Infolgedessen sei aus dem früheren Geschäftsverkehr mit der Firma M■■■■ eine Forderung in dieser Höhe unbezahlt geblieben. Der Konkursverwalter habe dann allerdings im November 1961 Weine im Werte von 7.000 DM, die aus einer Lieferung vom Oktober 1960 stammten, an die Klä-

gerin herausgegeben. Die Nichteinlösung des Wechsels und die Herausgabe des Weins sind unstreitig. Auch die weiteren Geschäftsvorgänge zwischen der Firma M■■■■ und der Klägerin sind zum wesentlichen Teil unstreitig; Am 19. Januar 1961 lieferte die Klägerin an die Firma Metz Weine zum Rechnungsbetrage von
18 445,94 DM.

Hierzu treten weitere Forderungen und Belastungen der Firma M■■■■ im Abrechnungsverkehr mit der Klägerin, nämlich

Rechnung vom 23.1.1961 für div. Diskont	539,79 DM
Weinsendung vom 25.1.1961	17 219,22 DM
Rechnung vom 27.1.1961 (Frachtkosten)	<u>9,40 DM</u>
Summa	36 214,35 DM

Mit Schreiben vom 30. Januar 1961 teilte die Klägerin der Firma M■■■■ mit, daß diese Rechnungen zur Regulierung noch offenstünden abzüglich erhaltener Wechsel von 20.000 DM. Diese Wechsel hatte die Klägerin am 23. Januar 1961 erhalten. Die Firma M■■■■ übersandte der Klägerin Anfang Februar 1961 einen Wechsel über 10.000 DM, fällig am 20. Mai 1961 und 2 Verrechnungsschecks über 549,19 DM und 5.665,16 DM, Beträge, mit denen ersichtlich der Restbetrag aus der Abrechnung vom 30. Januar 1961 unter Berücksichtigung der Wechsel über 20.000 DM und 10.000 DM getilgt werden sollte.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Wechsel über 20.000 DM nicht eingelöst wurden. Die Klägerin hatte ferner von der Firma M■■■■ zwei Kundenwechsel über je 10.000 DM erhalten. Diese beiden Wechsel (sogenannte Da■■■■-Wechsel) wurden eingelöst. Die Klägerin bringt sie auf die Forderungen ihres Schreibens vom 30. Januar 1961 gut, so daß aus diesen Geschäften noch ein Betrag von 10.000 DM offenbleibt, Das Berufungsgericht stellt demgemäß fest, daß die Rechnung vom

25. Januar 1961 in Höhe eines Betrages von 10.000 DM noch nicht ausgeglichen worden sei.

Die Revision will demgegenüber noch weitere Beträge zugunsten der Firma M. angerechnet wissen.

a) Sie führt aus, die Rechnung des Berufungsgerichts wäre nur richtig, wenn der Kontoauszug über die weiteren Geschäftsvorfälle nicht zu beanstanden wäre. Die Beklagten hätten ihn indes spezifiziert bestritten. Der Kontoauszug laufe mit 27.265,50 DM aus. Rechtsanwalt D. habe als Konkursverwalter in seinem Schreiben vom 2. April 1962 bestätigt, daß die Da.-Wechsel in dem Kontoauszuge nicht berücksichtigt seien. Die Beklagten hätten, so führt die Revision aus, diese Tatsache durch Benennung des Rechtsanwalts D. als Zeugen unter Beweis gestellt und ihn auch dafür als Zeugen benannt, daß in Wirklichkeit überhaupt nichts mehr offenstehe.

Das Berufungsgericht hat jedoch keinen Verfahrensfehler begangen, weil es den Konkursverwalter nicht vernommen und aus dessen Schreiben vom 2. April 1962 keine Schlüsse zugunsten der Beklagten gezogen hat. In diesem Schreiben an Heinrich M. erklärt nämlich Rechtsanwalt D., aus der von dem Inhaber der Klägerin mit Schriftsatz vom 21. April 1961 dem Konkursgericht überreichten Forderungsaufstellung ergebe sich nicht, daß "ein Kundenakzept Da. in Höhe von 20.000 DM", das von diesem an Zahlungsstatt gegeben worden sei, berücksichtigt ist. Diesem Schreiben brauchte das Berufungsgericht nicht zu entnehmen, daß außer den von ihm bei der Forderungsberechnung berücksichtigten beiden Wechseln Da. in Höhe von je 10.000 DM noch ein Da.-Akzept über 20.000 DM der Firma M. gutzubringen sei. Die von dem Konkursverwalter beantwortete Anfrage geht ersichtlich da-

rauf zurück, daß die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 17. November 1961 S. 3 "eine Anzahlung" für die nicht gelieferten Weine in Höhe von 20.000 DM behauptet hatte. Dazu stellt das Berufungsgericht klar (BU S. 13), daß es sich bei diesem Betrage nicht um eine Barzahlung, sondern um die zwei Da[REDACTED]-Wechsel zu je 10.000 DM handelte. Die Beklagten haben in den Tatsacheninstanzen auch nicht behauptet, daß die Klägerin von M[REDACTED] auch noch einen weiteren Da[REDACTED]-Wechsel erhalten habe, der eingelöst worden sei. Es ist daher weder ein Rechtsfehler darin zu finden, daß das Berufungsgericht aus dem Schreiben vom 2. April 1962 keine Schlüsse zugunsten der Beklagten gezogen hat, noch bedurfte es einer weiteren Beweiserhebung in diesem Punkt. Das Berufungsgericht stellt nämlich ausdrücklich fest, daß der Kontoauszug der Klägerin in seinem Ergebnis mit dem von dem Konkursverwalter, Rechtsanwalt D[REDACTED], vorgelegten Kontoauszug, den in seinem Auftrage Se[REDACTED] erstellt hatte, bis auf eine kleine Differenz von 62,-- DM bzw. 67,54 DM übereinstimmt. Deshalb durfte das Berufungsgericht davon absehen, den Konkursverwalter über die Behauptung der Beklagten zu vernehmen, daß aus der hier in Rede stehenden Forderung der Klägerin, nämlich der Rechnung vom 25. Januar 1961, nichts mehr offenstehe. Auf dieses Beweisangebot sind die Beklagten auch nicht mehr ausdrücklich zurückgekommen, nachdem das Landgericht am 9. Mai 1962 beschlossen hatte, von Rechtsanwalt D[REDACTED] eine Auskunft darüber zu erholen, wie hoch das Guthaben der Klägerin sich belaufe, und nachdem diese Auskunft durch Schriftsatz des Konkursverwalters vom 30. Mai 1962 unter Übersendung des von Se[REDACTED] erstellten Kontoauszuges erteilt worden war. Wenn die Beklagten demgegenüber auf Vernehmung des Konkursverwalters bestehen wollten, so hätten sie dies zum Ausdruck bringen müssen. Dies ist aber nicht geschehen. Sie haben sich also mit dem Verfahren des Landgerichts einverstanden erklärt

und können jetzt nicht rügen, das Berufungsgericht hätte den im ersten Rechtszuge angetretenen Zeugenbeweis erheben müssen.

b) Die Beklagten haben in der Berufungsbegründung S. 7 unter Beweis gestellt, daß die Klägerin im Konkursverfahren M. eine Forderung in Höhe von 48.327,96 DM angemeldet habe, während das von der Klägerin in diesem Rechtsstreit vorgelegte Kontenblatt 5 mit einem Saldovortrag von 27.265,50 DM zu Lasten der Firma M. abschließt. Die Rüge der Revision, darüber hätte Beweis erhoben werden müssen, ist unbegründet. Denn es ist nicht ersichtlich, was zu Gunsten der Beklagten daraus hergeleitet werden könnte, wenn die Klägerin eine höhere Forderung im Konkursverfahren angemeldet haben sollte, als dem erwähnten Kontenauszug zu entnehmen ist. Im übrigen hatte die Klägerin einen Auszug aus der Konkurstabelle vorgelegt, wonach in dem allgemeinen Prüfungstermin vom 2. Juni 1961 von ihr eine Konkursforderung in Höhe von 27.515,50 DM angemeldet worden war. Wenn sie später noch eine höhere Forderung angemeldet haben sollte, was unterstellt werden kann, so wäre daraus nichts gegen die Feststellung des Berufungsgerichts über die noch bestehende Restschuld herzuleiten.

c) In der Berufungsbegründung haben die Beklagten ferner vorgetragen, die Klägerin habe schließlich am 6. März 1963 die Zahlung einer Vergleichsquote aus einer Forderung von 18.000 DM für gelieferte Weine angemahnt, ihre Forderung also auf diesen Betrag ermäßigt (Beweis Rechtsanwalt Dr. Ma.). Es sei aber die von der Klägerin in wechselnder Höhe angemeldete Forderung nur in Höhe von 4.000 DM anerkannt und festgestellt worden (Beweis: Die Konkurstabelle). Die Klägerin habe sich damit zufrieden gegeben. Aus einer Äußerung des Inhabers der Klägerin, die er bald nach Stellung des Antrages auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens zur Abwendung des Konkurses über das Vermögen der

Firma M■■■ getan habe, könne nur geschlossen werden, daß der Klägerin auch keine Forderung von 4.000 DM zugestanden habe. Wenn das Berufungsgericht über diese Behauptungen keinen Beweis erhoben hat, so liegt darin entgegen der Auffassung der Revision kein Rechtsfehler. Denn gegenüber den von dem Berufungsgericht festgestellten Tatsachen können durch die behaupteten und unter Beweis gestellten Vorgänge, die unterstellt werden können, keine Forderungen der Firma M■■■ gegen die Klägerin bewiesen werden, die der oben dargelegten Restforderung für die Weine der Sendung vom 19. und 25. Januar 1961 zur Verrechnung entgegenzustellen wären.

d) In der Berufungsbegründung haben die Beklagten gerügt, das Langericht hätte die Behauptung, der am 25. Januar 1961 der Firma M■■■ in Rechnung gestellte Wein sei voll bezahlt gewesen, durch einen Buchsachverständigen prüfen lassen müssen. Das Berufungsgericht hielt demgegenüber die Zuziehung eines Buchsachverständigen nicht für erforderlich. Darin liegt kein Rechtsfehler. Die Einholung des Gutachtens stand im Ermessen des Berufungsgerichts, das sich ohne Rechtsverstoß für ausreichend sachkundig hielt, um die Entscheidung ohne sach^{ver}ständige Beratung treffen zu können. Die dem Gericht vorliegenden Unterlagen erlaubten die getroffene Feststellung über die noch offenstehende Forderung der Klägerin. Sie wird zudem durch die Tatsache unterstützt, daß in dem Prüfungstermin vom 2. Juni 1961 eine Forderung der Klägerin in Höhe von 10.000 DM festgestellt und nur der Rest des angemeldeten Betrages von 27.515,50 DM vom Konkursverwalter und Gemeinschuldner bestritten wurde. Demgegenüber wäre es Sache der Beklagten gewesen, darzulegen, aus welchen Geschäftsvorgängen sich eine Gegenforderung der Firma M■■■ ergeben habe, die der Forderung von 10.000 DM noch entgegengesetzt werden könnte.

Wenn die Klägerin einen am 31. Dezember 1960 als Barzahlung gutgeschriebenen Betrag von 2.000 DM am 28. Februar 1961 berichtigte und dies damit begründete, die Gutschrift sei irrtümlich vorgenommen worden, so ergibt sich auch daraus noch keine ausreichende Rechtfertigung für den Antrag der Beklagten auf Überprüfung des Kontoauszuges durch einen Buchsachverständigen. Denn dieser Vorgang zwingt nicht zu dem Schluß, daß die Buchführung der Klägerin auch im übrigen unzuverlässig gewesen sei.

Es kommt hinzu, daß die Firma M■■■■, wie die Klägerin unwidersprochen vorgetragen hat, den mit der Rechnung vom 29. Dezember 1960 übereinstimmenden Saldo vortrag nach der Berichtigung widerspruchsfrei hingenommen hat.

e) Im Schriftsatz vom 3. Juli 1962, also im ersten Rechtszuge, hatte die Beklagte unter Bezugnahme auf Zeugnis des Angestellten Se■■■■ vorgetragen, dieser habe sich bei dem für den Konkursverwalter erstellten Kontoauszug deshalb, weil die Bücher der Firma M■■■■ damals nicht voll nachgetragen gewesen seien, auf die von der Klägerin stammenden Angaben verlassen. Die Revision rügt vergeblich, daß dieser Beweis nicht erhoben worden ist. Denn selbst wenn Se■■■■ sich bei der Erstellung des Kontoauszuges für den Konkursverwalter auch auf von der Klägerin stammende Angaben verlassen haben sollte, so ergibt sich daraus noch nicht, daß diese Angaben unvollständig und unrichtig waren. Mit diesem Beweisangebot kann daher die Beklagte den ihr obliegenden Beweis für eine nicht berücksichtigte Gegenforderung der Firma M■■■■ nicht führen.

f) Im Schriftsatz vom 28. Mai 1962 S. 3 hatte die Beklagte vorgetragen, der Helfer in Steuersachen H■■■■ habe in den letzten Tagen das Konto eingehend überprüft und fest-

gestellt, daß M. seitens der Klägerin zu Unrecht mit "pro forma-Rechnungen" belastet worden und daß insgesamt eine Überzahlung der Klägerin durch M. in Höhe von mehr als 7.000 DM erfolgt sei. Die Rüge der Revision, daß diesem Beweisantrag nicht entsprochen wurde, ist ebenfalls unbegründet. Nachdem der Konkursverwalter den von Se. erstellten Kontoauszug dem Landgericht am 1. Juni 1962 vorgelegt hatte, hätte die Beklagte hierzu bestimmte Erklärungen darüber abgeben müssen, welche Beträge dabei zu Unrecht oder überhaupt nicht zum Nachteil der Firma M. berücksichtigt worden seien. Es ist daher kein Rechtsfehler darin zu sehen, daß das Berufungsgericht über die allgemeine Behauptung, H. habe eine Überzahlung der Klägerin in Höhe von 7.000 DM festgestellt, nicht den hierfür angebotenen Beweis erhoben hat.

g) Auch die weiteren allgemeinen Angriffe gegen den Kontoauszug und die Buchführung reichen nicht aus, eine nichtberücksichtigte Gegenforderung der Firma M. darzutun. Das gilt insbesondere hinsichtlich der Behauptung, die Klägerin habe pro forma-Rechnungen aufgestellt und im Geschäftsverkehr mit der Firma M. unzulässige Wechselreiterei betrieben. Die Klägerin ist diesem Vorwurf schriftsätzlich entgegengetreten. Demgegenüber hätten die Beklagten konkrete Geschäftsvorgänge unter Beweis stellen müssen, aus denen sich Gegenforderungen der Firma M. entnehmen ließen.

h) Auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte die im Schriftsatz vom 30. Mai 1963 S. 9 f. angebotenen Beweise erheben und dieses Vorbringen nicht wegen Verspätung zurückweisen dürfen, ist unbegründet. Es fehlt auch hierbei an einem schlüssigen Vorbringen für nichtberücksichtigte Gegenforderungen der Firma M.

i). Dem Berufungsgericht ist auch nicht vorzuwerfen, daß es nicht die Vorlegung der Handelsbücher der Klägerin angeordnet hat. Denn es brauchte hierzu nach dem vorgetragenen Sachverhalt keinen ausreichenden Anlaß zu sehen, nachdem die Klägerin ihre Restforderung in Übereinstimmung mit dem von dem Konkursverwalter vorgelegten Kontoauszug und auch mit dem unstreitigen Sachverhalt ausreichend dargelegt hatte und das Berufungsgericht hieraus die Überzeugung gewinnen durfte, daß die Weinlieferung vom 25. Januar 1961 nicht vollständig bezahlt worden ist.

6. Der Annahme, daß die Klägerin Eigentümerin des streitigen Weines geblieben ist, steht auch die Weiterveräußerungsklausel in den allgemeinen Lieferbedingungen der Klägerin nicht entgegen, wonach im Falle des Weiterverkaufs im ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr die aus der Weiterveräußerung bestehenden Forderungen gegen Dritte sicherungshalber an die Klägerin übergehen.

Wie das Berufungsgericht rechtlich zutreffend ausführt, könnte diese Klausel nur dann zum Verlust des Eigentums der Klägerin führen, wenn die Ware dem Käufer oder dessen Abkäufer übergeben wurde oder wenn ein Übergabeersatz (zwischen der Klägerin und der Firma M...) vereinbart war. Keine dieser Voraussetzungen liegt hier vor, jedenfalls nicht nach dem Sachverhalt, der der Entscheidung zugrunde zu legen ist. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe § 185 BGB verletzt, erweist sich schon deshalb als unbegründet.

Im übrigen bestehen keine Bedenken gegen die Auslegung des Schreibens der Klägerin an den Vergleichsverwalter vom 10. April 1961, dem das Berufungsgericht entnimmt, daß die

Klägerin ihre Einwilligung zu einer Weiterveräußerung des Weines im Rahmen des ordnungsmäßigen Geschäftsganges, wiewiderrufen habe. Diese Auslegung wird von der Revision auch nicht angegriffen.

7. Die Beklagte hat demnach auch kraft guten Glaubens an das Eigentum der Firma M■■■■ oder an deren Verfügungsbefugnis Eigentum nicht erworben. Ein solcher Erwerb kommt für die Zeit vor der Vereinbarung vom 5. April 1961 schon deshalb nicht in Betracht, weil M■■■■ nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, die den Agriffen der Revision standhalten, vor diesem Zeitpunkt Ansprüche auf Herausgabe des Weins gegen die Klägerin oder die Beklagte nicht an diese abgetreten hatte. Bei Abschluß der Vereinbarung vom 5. April 1961 war die Beklagte jedoch auch hinsichtlich der Verfügungsbefugnis der Firma M■■■■ nicht in gutem Glauben. Deshalb ist es unerheblich, ob die Firma M■■■■ etwa später, insbesondere nach Aufhebung des Konkursverfahrens, wie das Berufungsgericht unterstellt, solche Ansprüche auf Herausgabe an die Beklagte abgetreten hat, um ihr den Wein zu übereignen.

8. Hiernach enthält es keinen Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht angenommen hat, daß die Beklagte den von ihr behaupteten Eigentumserwerb an dem Wein nicht nachgewiesen hat.

Im zweiten Rechtszuge haben die Beklagten in der Berufungsbegründung vom 30. Mai 1963 bestritten, daß die Klägerin überhaupt Eigentümerin des Weines gewesen sei, als sie ihn an die Firma M■■■■ verkaufte. Das Berufungsgericht weist dieses Vorbringen und das darauf sich beziehende Beweisangebot als verspätet zurück, weil durch seine Berücksichtigung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert würde und

die Beklagte auch nicht dargetan habe, warum sie dieses Vorbringen nicht schon im ersten Rechtszug vorgetragen habe (§ 529 Abs. 2 ZPO).

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe hiermit § 529 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit § 272 b I 4 ZPO verletzt.

Die Rüge greift nicht durch.

Es kann dahingestellt bleiben, ob sich durch Berücksichtigung des Beweisangebots die Erledigung des Rechtsstreits, der durch das Berufungsurteil vom 19. September 1963 entschieden worden ist, verzögert haben würde. Denn das Beweisangebot der Beklagten war unerheblich und durfte deshalb übergangen werden. In der Berufungsbegründung S. 10 ist nämlich der kaufmännische Angestellte der Klägerin Josef J. von der Beklagten nur dafür als Zeuge benannt worden, daß die Klägerin den ihr unter üblichem Eigentumsvorbehalt gelieferten Wein noch nicht bezahlt hatte, als der Wein am 25. Januar 1961 nach Mü. geliefert wurde. Der Feststellungsantrag der Klägerin ist aber auch dann gerechtfertigt, wenn die Klägerin den Wein selbst unter Eigentumsvorbehalt gekauft und in dem angegebenen Zeitpunkt noch nicht bezahlt hatte. Entscheidend ist vielmehr, ob sie im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung Eigentümerin des Weines war. Das haben die Beklagten jedoch im Hinblick auf den behaupteten Eigentumsvorbehalt des Lieferanten der Klägerin nicht bestritten, noch Beweis dafür angetreten, daß die Klägerin in diesem Zeitpunkt den Wein an ihren Lieferanten nicht bezahlt hatte.

III. Damit erweist sich die Revision der Beklagten als unbegründet, soweit sie sich gegen die im Berufungsurteil bestätigte Feststellung und die Abweisung des Feststellungsbegehrens der Beklagten richtet.

Mit dem Hilfsantrag verlangen die Beklagten die Einwilligung in die Herausgabe des Weines. Dieser Anspruch ist nur auf den behaupteten Eigentumserwerb des Beklagten zu 2 und die Rechtsnachfolge der Beklagten zu 1 gestützt worden. Auch die Revision macht nur geltend, daß dem Hilfsantrage auf Herausgabe entsprochen werden müßte, wenn das Feststellungsinteresse für den Hauptantrag der Widerklage zu verneinen wäre. Deshalb kann dahingestellt bleiben, ob die Firma M■■■■ ihren Lieferanspruch gegen die Klägerin an den Beklagten zu 2 abgetreten hatte.

Aus diesen Gründen war die Revision in vollem Umfange als unbegründet zurückzuweisen. Die Kosten des Revisionsverfahrens fallen der Beklagten nach § 97 ZPO zur Last.

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Artl

Dr. Messner

Dr. Dorsc