

Für das Nachschlagewerk !

Nicht für die Amtliche Sammlung !

32

1. Gesetz: BGB §§ 273, 280, 282; KO §§ 59 Nr.1, 82

Rechtssatz:

- a) Zu den Beteiligten im Sinne des § 82 KO gehören auch Aussonderungsberechtigte insoweit, als das Gesetz dem Konkursverwalter ihnen gegenüber Pflichten auferlegt.
- b) Hat der Konkursverwalter gegenüber einem dem Umfange nach bezeichneten Aussonderungsanspruch des Eigentümers von Sachen sich auf ein Zurückbehaltungsrecht für die Konkursmasse berufen, so treffen ihn die Pflichten des Verwahrers ohne Rücksicht darauf, ob er in diesem Zeitpunkt bereits geprüft hatte, in welchem Umfange die herausverlangten Gegenstände vorhanden sind. Veräußert er sodann den Bestand, ohne das Aussonderungsrecht dem Umfange nach ausreichend geprüft zu haben, so ist er für die Verletzung von Eigentumsrechten des Aussonderungsberechtigten diesem nach § 82 KO persönlich verantwortlich. Daneben haftet die Masse nach § 49 Nr.2 KO in Verbindung mit §§ 280, 282 BGB.

2. Gesetz: §§ 947, 948, 741, 742

Rechtssatz:

Die Auslegungsregel des § 742 BGB, wonach bei vertraglich begründeter Gemeinschaft im Zweifel anzunehmen ist, daß den Teilhabern gleiche Anteile zustehen, ist nicht anzuwenden, wenn Sachen verschiedener Eigentümer vermengt oder vermischt worden sind, der Anteil des einzelnen Miteigentümers jedoch nicht bestimmt werden kann.

Aktenzeichen: VIII ZR 326, 56

Urt. des BGH v. 3. Juni 1958

OLG Nürnberg

LG Ansbach

36

VIII ZR 326/56

Verkündet am 3. Juni 1958
Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma B [REDACTED] & Co. KG, Spritzwerk in
A [REDACTED], Brauhausstraße 17, vertreten durch ihren Gesell-
schafter M [REDACTED] S [REDACTED]

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Krille -

gegen

den Rechtsanwalt Dr. P [REDACTED] in R [REDACTED]
[REDACTED] zugleich als Konkursverwalter über das Vermögen der
Firma Tümmler Gesellschaft mit beschränkter Haftung in
Rothenburg,

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Kraus -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 3. Juni 1958 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Großmann und der Bundesrichter
Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Spieler und Dr. Dorscheid

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Nürnberg vom 12. April 1956 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen, dem auch die Entscheidung über die Ko-
sten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hatte im Jahre 1948 der R [REDACTED] Maschinenfabrik J [REDACTED] K [REDACTED] (nachstehend Fa. K [REDACTED] genannt) Stahlstangen zur Verfügung gestellt, die in dem Betrieb der Firma K [REDACTED] nach Bedarf zur Herstellung von Spritzgußmaschinen für die Klägerin verarbeitet werden sollten. Die Klägerin hat nach ihrer Darstellung die Firma K [REDACTED] später ermächtigt, von dem der Klägerin gehörenden Bestand Material auch für andere Zwecke zu entnehmen wenn die Firma K [REDACTED] es im entsprechenden Gewicht durch ihr gehörige Stangen ersetzte. Mit Schreiben vom 12. Januar 1949 teilte die Firma K [REDACTED] der Klägerin die Materialmengen mit, die sie noch als deren Eigentum in Besitz habe. Als die Firma K [REDACTED] die weitere Herstellung von Spritzmaschinen für die Klägerin eingestellt hatte, schrieb diese der Firma K [REDACTED] unter dem 13. Juni 1949, nach ihrer, der Klägerin, Auffassung müßten von den im Jahre 1948 gelieferten noch die in dem Schreiben näher bezeichneten Materialien bei der Firma K [REDACTED] lagern, und bat gleichzeitig um Prüfung der in diesem Schreiben übermittelten Aufstellung. Die Firma K [REDACTED] erwiderte mit Schreiben vom 18. Juni 1949, insoweit in Übereinstimmung mit dem Schreiben der Klägerin, es lagerten bei ihr noch insgesamt 98 Stangen im einzelnen aufgeführter Stärke und Länge. Nach diesen Angaben befanden sich unter dem für die Klägerin lagernden Bestand 16 sogenannte Vierkantstangen und im übrigen runde Stangen mit einer Länge von 5,5 m, von denen 47 Stück mit einem Durchmesser von 65 (= 6,5 cm), 6 Stück mit einem solchen von 90 und 29 Stangen mit einem Durchmesser von 110 angegeben waren. Gegenüber dem Verlangen auf Herausgabe des Materials machte die Firma Kassner ein Zurückbehaltungsrecht wegen Forderungen an die Klägerin geltend. Der Betrieb der Firma K [REDACTED] wurde durch ihren alleinigen Inhaber Jan Kassner mit Wirkung vom 1. Januar 1951 in eine GmbH überführt.

während K. [REDACTED] Mitgesellschafter der GmbH wurde. Am 4. Juli 1951 wurde über das Vermögen der GmbH das Konkursverfahren eröffnet.

Mit Schreiben vom 8. August 1951 an den Konkursverwalter gegen den sich die Klage richtet, verlangte die Klägerin unter Übersendung des Schreibens der Firma K. [REDACTED] vom 18. Juni 1949 Aussonderung des darin bezeichneten Materials. Der Konkursverwalter lehnte mit Schreiben vom 28. August 1951 das Verlangen auf Aussonderung von 98 Stangen mit der Begründung ab, er müsse an diesen Stangen ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen, da die Klägerin zur Konkursmasse 7.562,07 DM schulde. In ihrer Erwiderung vom 4. September 1951 nahm die Klägerin auf eine fernmündliche Erklärung des Beklagten Bezug wonach er gegenwärtig die Anzahl der ihr gehörenden Stangen feststellen lasse und bat darum, ihr das Ergebnis dieser Überprüfung sobald als möglich mitzuteilen.

Der Beklagte ließ aus dem hinter dem Materialschuppen lagernden Bestand für die Klägerin nur solche Eisenstangen herausuchen, die mit einem weißen Anstrich am Ende gekennzeichnet waren. Er begründet dies damit, ihm sei auf seine Erkundigung insbesondere durch den Buchhalter A. [REDACTED] gesagt worden, die so gezeichneten Stangen gehörten der Klägerin. Das übrige Material veräußerte der Beklagte an zwei Firmen, von denen die eine unstreitig kein Material erhalten hat, auf das die Klägerin Anspruch erhebt, während die andere Firma, eine Firma H. [REDACTED], die auch den Betrieb aus der Konkursmasse übernehmen sollte oder bereits übernommen hatte, runde Eisenstangen mit einem Gewicht von 26.072 kg durch ihren Abnehmer Anfang Oktober 1951 von dem Fabrikgelände fortschaffen ließ. Die Firma H. [REDACTED] geriet im Jahre 1953 in Konkurs, ohne den Kaufpreis für dieses Material bezahlt zu haben.

32

Mit Schreiben vom 18. Dezember 1951 teilte der Beklagte der Klägerin mit, von dem von ihr der Firma K [REDACTED] gelieferten Material lagerten noch die in der diesem Schreiben beigelegten Aufstellung nach Länge und Durchmesser einzeln bezeichneten 31 runden Stangen und ein Vierkantstück auf dem Fabrikgelände. Später verzichtete er auf die weitere Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts und gab im Februar 1952 dieses Material an die Klägerin heraus. Die Eisenstangen hatten eine unterschiedliche Länge, 5 Stück einen Durchmesser von etwa 6,5 cm, 15 Stück einen solchen von annähernd 9 cm und etwas mehr, während er bei 11 Stangen etwas mehr als 11 cm betrug.

Die Klägerin hat behauptet, wenn die in dem Schreiben der Firma K [REDACTED] vom 18. Juni 1949 aufgeführten 16 Vierkantstangen bei Konkurseröffnung nicht mehr vorhanden gewesen seien, so sei dies darauf zurückzuführen, daß diese Stücke, bei denen es sich nur um ein Gewicht von 526,9 kg handle, durch die Firma K [REDACTED] verbraucht und durch Rundstangen ersetzt worden seien, wozu sie ermächtigt gewesen sei. Wenn ein solcher Austausch in geringem Umfang auch noch mit den für sie aufbewahrten Rundstangen vorgekommen sei, so habe sie doch jedenfalls ihren Bestand in dem durch das Schreiben vom 18. Juni 1949 gewichtsmäßig bestimmbaren Umfang behalten. Der in diesem Schreiben ihr mitgeteilte Restbestand sei für sie gesondert gelagert worden. Außerdem sei hierüber eine Liste geführt worden, während das der Firma K [REDACTED] bzw. der späteren Gemeinschuldnerin gehörende Material durch Lagerkarteikarten erfaßt worden sei. Der Beklagte habe sich in der Annahme geirrt, daß ihr nur die weiß gekennzeichneten Stangen gehört hätten. Eine solche Kennzeichnung hätten nämlich bei der Feststellung ihres Bestandes durch die Firma K [REDACTED] im Jahre 1949 nur solche ihr gehörenden Stangen erhalten, deren Verlagerung von ihrem Liegeplatz wegen ihres Gewichtes Schwierigkeiten bereitet habe, während damals die übrigen für sie

ausgesonderten Stücke auf einen Haufen hinter dem Materialschuppen gesondert gelagert worden seien, wie sich im Verlaufe dieses Rechtsstreits ergeben habe. Diese besondere Lagerung habe jedenfalls noch bis Ende 1950 bestanden. Wenn der Haufen später mit Eigentum der Gemeinschuldnerin vermengt worden sei, so habe sie, die Klägerin, doch im Werte ihres Bestandes Miteigentum an den hinter dem Materialschuppen lagernden Vorrat erworben, abgesehen davon, daß das von ihr im Jahre 1948 an die Firma K. [REDACTED] gelieferte Material sich von den eigenen Beständen der Firma K. [REDACTED] und später der Gemeinschuldnerin sowohl hinsichtlich der Stärke als auch sonst unterscheiden habe. Der Beklagte habe daher ihre Aussonderungsrechte dadurch verletzt, daß er das Material an die Firma H. [REDACTED] veräußert habe. Er habe auch schuldhaft gehandelt, da er versäumt habe, der Klägerin vorher das Ergebnis seiner Feststellungen mitzuteilen, außerdem hätte er selbst weitere ihm zumutbare Erkundigungen einziehen müssen. Hierzu sei er umsomehr verpflichtet gewesen, als er bei einem Vergleich des ihm übersandten Schreibens der Firma K. [REDACTED] vom 18. Juni 1949 mit den dann von ihm als Eigentum der Klägerin ermittelten Stangen hätte erkennen können, daß von den in diesem Schreiben aufgeführten 47 Stangen mit dem schwächsten Durchmesser von 6,5 cm nur 5 Stangen als vorhanden festgestellt worden seien. Es sei somit allein bei diesem Posten der Verbleib von 42 Stangen unklar geblieben. Der frühere Inhaber der Firma K. [REDACTED] hätte ihn auf Befragen darauf hingewiesen, daß nicht nur die weiß gezeichneten Stangen Eigentum der Klägerin seien. Dieselbe Auskunft hätte er von dem langjährigen Lagerverwalter B. [REDACTED] erhalten, der am Wohnort des Beklagten für ihn leicht erreichbar gewesen wäre, während der Buchhalter E. [REDACTED] auch für den Beklagten erkennbar nicht zuverlässig über den Verbleib der seinerzeit an die Firma Kassner gelieferten Eisenstangen unterrichtet gewesen sein konnte. Außerdem hätte auch die Lagerkartei darauf-

hin überprüft werden müssen, welches Material der Gemeinschuldnerin gehörte, abgesehen davon, daß über den Bestand der Klägerin auch eine Liste geführt worden sei.

Die 98 Stangen hätten ein Gewicht von 13531,07 kg gehabt; da die von dem Beklagten herausgegebenen Stangen ein Gesamtgewicht von 5930 kg gehabt hätten, betrage die Fehlmenge 7601,7 kg. Demgemäß hat die Klägerin ihren Schaden im ersten Rechtszuge auf 9.121,28 DM berechnet, wobei sie ein Kilogramm mit 1,20 DM bewertet hat.

Die Klägerin hat ursprünglich die Feststellung verlangt, daß der Widerspruch des Beklagten gegen die von ihr zur Konkurstabelle angemeldete Forderung in Höhe von 9.121,28 DM unbegründet sei. Sie hat statt dessen im ersten Rechtszuge schließlich beantragt, den Beklagten nicht nur in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter, sondern auch als persönlich Haftenden zu verurteilen, diesen Betrag als Gesamtschuldner an die Klägerin zu zahlen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Die Klägerin hat sodann mit ihrer Berufung auf Grund einer Berechnung, bei der sie das Gewicht der 98 Stangen auf 13.443,48 kg berichtet hatte, ihre Klageforderung auf 9.016,18 DM ermäßigt und nunmehr in erster Reihe verlangt, den Beklagten zur Zahlung dieses Betrages nebst 4 % Zinsen seit Klagezustellung als persönlich Haftenden zu verurteilen, und mit einem als Hilfsantrag formulierten Antrag beantragt, ihn in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter über das Vermögen der Firma T [REDACTED] GmbH in R [REDACTED] zu verurteilen, als Gesamtschuldner mit ihm persönlich den genannten Betrag nebst Zinsen zu zahlen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Ansprüche weiter. Sie hat in der Revisionsverhandlung die Formulierung der im zweiten Rechtszuge gestellten Anträge als mißverständlich bezeichnet, sie unter Bezugnahme auf die Berufungsbegründung dahin verstanden wissen wollen, daß sie anders als im ersten Rechtszug den Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten aus § 82 KO in erster Reihe, jedoch daneben auch den Anspruch gegen den Konkursverwalter als Verwalter der Konkursmasse geltend gemacht habe, und die aus der Berufungsbegründung entsprechend in die Revisionschrift und in die Revisionsbegründung übernommenen Anträge mit der Maßgabe gestellt, daß das Wort "hilfsweise" in Wegfall kommt. Der Beklagte hat unter Widerspruch gegen diese Änderung beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Der Konkursverwalter ist nach § 82 KO für die Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten allen Beteiligten verantwortlich. Diese Vorschrift begründet ein gesetzliches Rechtsverhältnis zwischen ihm und den Beteiligten. Sie bezweckt, allen denjenigen, denen gegenüber, gesetzlich dem Konkursverwalter Pflichten auferlegt sind, einen gesetzlichen Anspruch wegen schuldhafter Verletzung dieser Pflichten zu geben. Der Konkursverwalter hat nach den gesetzlichen Bestimmungen auch Pflichten gegenüber den Aussonderungsberechtigten, den Abschätzungsberechtigten und den Massegläubigern (RG Warn Rspr 1932 Nr. 159; vgl. für Abschätzungsberechtigte RGZ 144, 179, 181). Der Konkursverwalter hat bei seiner Amtsführung Aussonderungsrechte, insbesondere solche auf Grund des hier in Betracht kommenden § 43 KO, zu beachten. Er muß dafür Sorge tragen, daß die Gegenstände, auf die sich diese Rechte beziehen, von der Verwertung der Masse ausgenommen werden. Bei Verletzung dieser Pflichten ist er deshalb dem Aussonderungsberechtigten gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet, so-

36

fern ihn in dieser Beziehung ein Verschulden trifft. Deshalb war die Klägerin Beteiligte im Sinne des § 82 KO insoweit, als ihr Aussonderungsrechte zustanden und sie diese mit ihrem Schreiben an den Konkursverwalter vom 8. August 1951 geltend gemacht hatte.

Wenn im Besitz des Gemeinschuldners befindliche Gegenstände nur in seinem Miteigentum stehen, so erfolgt die Teilung oder sonstige Auseinandersetzung ebenfalls außerhalb des Konkursverfahrens, wie § 16 Abs. 1 KO ausdrücklich bestimmt. In solchem Falle geht der Aussonderungsanspruch des beteiligten Miteigentümers entweder auf Feststellung des Miteigentums, auf Einräumung des Miteigentums oder auf Auseinandersetzung (vgl. Mentzel/Kuhn KO 6. Aufl. § 43 Anm. 19). Der Konkursverwalter ist demnach grundsätzlich nicht befugt, ohne Zustimmung des aussonderungsberechtigten Miteigentümers Gegenstände zu veräußern.

Da die Haftung des Konkursverwalters auf dem durch § 82 KO begründeten gesetzlichen Schuldverhältnis beruht, wird sie durch die besonderen Vorschriften der §§ 98 ff. BGB, die Ansprüche gegen den unrechtmäßigen Besitzer regeln, nicht berührt. Die Haftung des Beklagten ist deshalb nicht davon abhängig, ob er im Sinne des § 990 Abs. 1 BGB in gutem Glauben war, als er die hier in Rede stehenden Eisenstangen gemäß § 117 KO in Besitz nahm.

Mit dem weiteren Antrag macht die Klägerin einen Anspruch gemäß § 59 Nr. 1 KO geltend. Nach dieser Vorschrift haftet die Masse für Ansprüche, welche aus Geschäften oder Handlungen des Konkursverwalters entstehen. Wenn die Verletzung eines Aussonderungsrechts durch Verwertung von Gegenständen, die ihm unterliegen, gegen den Konkursverwalter persönlich nach § 82 KO einen Schadensersatzanspruch begründet, so kann auch nach § 59 Nr. 1 KO ein Anspruch gegen die Konkursmasse begründet sein (vgl. Jaeger, KO 8. Aufl. § 46 Anm. 22; Mentzel/Kuhn aaO § 46 Anm. 10; RG LZ 1909 33 (86)).

Neben der gesetzlichen Haftung des Konkursverwalters nach § 82 KO kann auch ein Bereicherungsanspruch gegen die Masse nach § 59 Nr 3 KO bestehen. Ein solcher ist in diesem Verfahrensabschnitt nicht im Streit. Ein etwaiger Anspruch auf Ersatzaussonderung nach § 46 KO kann ebenfalls außer Betracht bleiben weil die Klägerin einen solchen Anspruch in diesem Rechtsstreit nicht geltend gemacht hat.

Deshalb unterliegen der Prüfung des Revisionsgerichts nur die Ansprüche aus § 82 KO gegen den Konkursverwalter persönlich und aus § 59 Nr.1 KO gegen den Beklagten als Konkursverwalter.

Bei der Auslegung der im zweiten Rechtszuge gestellten Anträge sind sowohl das Klagebegehren im ersten Rechtszuge als auch die Berufungsbegründung in Betracht zu ziehen. Danach bestehen keine Bedenken gegen die Auffassung der Revision, es habe in Wirklichkeit der Anspruch gegen die Masse nicht etwa nur für den Fall geltend gemacht werden sollen, daß die Klägerin mit ihrem Anspruch gegen den Konkursverwalter persönlich nicht durchdringen würde. Das Gleiche gilt hinsichtlich der von der Revision zunächst übernommenen Anträge. Deshalb diene die Streichung des Wortes "hilfsweise" nur einer Klarstellung des wirklich Gewollten und bedeutet keine sachliche Änderung des Klagebegehrens.

II. Die persönliche Haftung des Konkursverwalters setzt, wie oben ausgeführt worden ist, voraus, daß der Beklagte Aussonderungsrechte der Klägerin schuldhaft verletzt hat, und ferner, daß ihr hierdurch ein Schaden entstanden ist.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die Firma K. [REDACTED] im Juni 1949 die Lohnarbeit für die Klägerin eingestellt hat, und für erwiesen angesehen, daß sich auf dem Fabrikgelände hinter dem sogenannten Materialschuppen

32

sowohl Stangenmaterial der Klägerin als auch solches der Firma K [REDACTED] befunden hat. Die in dem Schreiben der Firma K [REDACTED] vom 18. Juni 1949 aufgeführten 16 Vierkantstangen seien, so hat das Berufungsgericht weiter ausgeführt, am 4. Juli 1951, dem Zeitpunkt der Konkurs-eröffnung über das Vermögen der Rechtsnachfolgerin der Firma K [REDACTED], nicht mehr vorhanden gewesen, sie hätten sich nicht bei dem von dem Konkursverwalter an die Firma H [REDACTED] verkauften Material befunden; an die Firma H [REDACTED] die ursprünglich das gesamte Geschäft der Gemeinschuldnerin habe übernehmen sollen, habe der Konkursverwalter nur Rundmaterial verkauft.

Diese Feststellungen werden von der Revision nicht angegriffen. Sie geht vielmehr ebenfalls davon aus, daß sich nur unter den an die Firma H [REDACTED] veräußerten und im Oktober 1951 abtransportierten Rundstangen solche der Klägerin befunden haben könnten und daß nicht alles auf dem Platz hinter der Baracke befindliche Material der Klägerin gehört haben könne, was sie ursprünglich behauptet hatte.

Bei seiner weiteren Würdigung des Sachverhalts nimmt das Berufungsgericht an, die Klägerin habe weder bewiesen, daß die in dem Schreiben vom 18. Juni 1949 aufgeführten Stangen damals noch vorhanden gewesen seien, noch daß dieser Bestand ungeschmälert in den Besitz des Konkursverwalters übergegangen sei. Die Firma K [REDACTED] habe sowohl vor der Einstellung der Produktion von Spritzmaschinen im Juni 1949 als noch nach diesem Zeitpunkt den für die Klägerin gelagerten Bestand Veränderungen unterworfen. Es seien Stangen ausgetauscht worden, ohne daß dieser Austausch in der Lagerkartei der Firma K [REDACTED] vermerkt worden sei, in welche die der Klägerin gehörenden Stangen als Fremdeigentum von vornherein nicht aufgenommen worden seien. Eine das Eigentum der Klägerin kennzeichnende abgesonderte Lagerung habe der Beklagte bei

Eröffnung des Konkurses nicht vorgefunden. Durch Vermengung und Vermischung des Materials mit dem der Firma K [REDACTED] oder dem der späteren Gemeinschuldnerin habe die Klägerin aber kein Miteigentum erwerben können. Die Beweisaufnahme habe nämlich keinerlei Anhaltspunkte dafür ergeben, ob und gegebenenfalls in welchem Umfange im Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch Eigentum der Klägerin vorhanden gewesen sei. Ein Wertverhältnis im Sinne des § 947 Abs. 2 BGB, auf den § 948 für den Fall der Vermengung verweise, sei bei der Konkurseröffnung schon deshalb nicht zu ermitteln gewesen, weil bei der eingetretenen Vermengung Stangen gleichen Ausmaßes ebenso gut aus dem ursprünglichen Eigentum der Klägerin wie aus dem der Gemeinschuldnerin hätten herrühren können. In einem solchen Falle erwerbe der Besitzer alles und sei der andere auf Bereicherungsansprüche nach § 812 ff BGB beschränkt. Es könne daher dem Beklagten nicht als Verschulden angerechnet werden, wenn er an die Firma H [REDACTED] auch Material veräußert haben sollte, das die Klägerin der Firma K [REDACTED] zur Herstellung von Spritzmaschinen zur Verfügung gestellt hatte. Abgesehen von dieser Rechtslage habe der Beklagte davon ausgehen dürfen, daß zu seinen Gunsten die Vermutung des § 1006 Abs. 1 BGB spreche, die zu widerlegen Sache der Klägerin gewesen wäre. Auch der Zeuge B [REDACTED] wäre nicht in der Lage gewesen, den Beklagten über das Eigentum der Klägerin zu unterrichten. Der Beklagte sei praktisch auf die Auskünfte des Buchhalters E [REDACTED] angewiesen gewesen. Von diesem habe er aber nur erfahren und nur erfahren können, daß das weiß gezeichnete Material der Klägerin gehöre. Auch der Zeuge T [REDACTED] hätte ihm entgegen der Behauptung der Klägerin auf Befragen keine andere Auskunft gegeben. Ein Verschulden des Beklagten sei daher zu verneinen.

Das Berufungsurteil gibt in mehrfacher Hinsicht zu Bedenken anlaß. Es konnte daher nicht bestehen bleiben.

1. Das Berufungsgericht nimmt an, sämtliche Stangen der Klägerin seien mit Stangen der Firma K [REDACTED] oder später nach der Überführung deren Betriebes auf die spätere Gemeinschuldnerin mit anderem Material ununterscheidbar vermischt gewesen. Die Revision rügt die Übergangung eines Beweisantrages, wonach die Stangen der Klägerin schon durch ihre besondere Legierung von dem Material der Firma K [REDACTED] zu unterscheiden gewesen wären. Hierzu hatte die Klägerin in dem Schriftsatz vom 23. Oktober 1954 unter Beweis gestellt, die eigenen Stangen der Gemeinschuldnerin seien auch äußerlich von dem der Klägerin gehörenden Material unterscheidbar gewesen, da es sich um andere Legierungen gehandelt habe. Sie hatte diese Behauptung in das Wissen des Zeugen S [REDACTED] gestellt und hinsichtlich dieses Zeugen ausgeführt, er sei bis etwa sechs Wochen vor Eröffnung des Konkursverfahrens bei der Gemeinschuldnerin fest angestellt gewesen. Dann sei er bis zur Eröffnung des Verfahrens noch gelegentlich von den Inhabern der Gemeinschuldnerin beratend zugezogen worden. Er sei bereits bei der Firma K [REDACTED] tätig gewesen und habe mit der Anfertigung der Spritzmaschinen für die Klägerin zu tun gehabt. Als technischer Angestellter sei er ständig auch mit dem Rohmaterial für die Anfertigung von Maschinen beschäftigt gewesen und habe als solcher für die Fabrikation der entsprechenden Eisenteile sowohl aus dem Lager der Firma K [REDACTED] als auch aus dem der Klägerin gehörenden Bestand zu tun gehabt. Das Berufungsgericht hat sodann beschlossen, Beweis zu erheben, ohne den Beweisbeschluß auf die Vernehmung des Zeugen Schaub zu erstrecken. Es besteht kein Anhaltspunkt dafür, daß die Klägerin auf dieses Beweisangebot verzichtet habe. Denn sie hat noch in ihrem Schriftsatz vom 10. November 1955 Seite 5 auf die Nichtvernehmung dieses Zeugen besonders hingewiesen und nach dem Protokoll über die Schlußverhandlung ausdrücklich auf die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen. In dem Schrift-

satz vom 10. November 1955 hatte sie allerdings nur besonders hervorgehoben, der Zeuge S. könne bekunden, über die der Klägerin gehörenden Stangen sei eine Liste geführt worden. Daraus ist jedoch nicht zu folgern, daß die Klägerin das Beweisangebot insoweit nicht mehr weiterverfolgt hat, als der Zeuge auch über das Unterscheidungsmerkmal der Legierung als Zeuge benannt worden war. Das Berufungsgericht hat angenommen (BU S.24), es hätte einer schwierigen Untersuchung, nämlich einer Zerreißprobe, einer Kugeldruckprobe oder eines Schleifbildes bedurft, um Stangen der ursprünglich von der Klägerin an die Firma K. gelieferten Art auf Grund ihrer Beschaffenheit zu ermitteln und deshalb eine weitere Beweiserhebung nicht für erforderlich erachtet. Ohne Vernehmung des als besonders sachkundig bezeichneten Zeugen S. dürfte das Berufungsgericht jedoch diese Frage nicht abschließend beurteilen. Deshalb kann auch unter Berücksichtigung von § 948 Abs.2 BGB noch nicht davon ausgegangen werden, das sämtliches der Klägerin gehörende Material ununterscheidbar mit anderen der Gemeinschuldnerin gehörenden Stangen vermengt worden ist, soweit es nicht besonders durch einen weißen Anstrich gekennzeichnet worden war.

2. Dem Berufungsgericht kann aber auch nicht darin beigetreten werden, daß im Falle einer Vermengung gleichartiger oder ungleichartiger beweglicher Sachen miteinander der Besitzer alles erwerbe, wenn das Wertverhältnis nicht zu ermitteln sei. Diese Ansicht, die ohne nähere Begründung von Hoche bei Palandt (BGB 17. Aufl. § 948 Anm.1) und von Leiss bei Achilles/Greiff (BGB 20. Aufl. § 948 Anm.5) vertreten wird, findet zwar auch eine Stütze in der Entscheidung des Reichsgerichts RGZ 112,102, die einen Sachverhalt betrifft bei dem nach den Feststellungen des Berufungsgerichts jede Unterlage zur Ermittlung der quotenmäßigen Beteiligung der Klägerin an einem in

der Mühle lagernden Getreidebestand fehlte und nicht zu ermitteln war, wer etwa sonst noch als Miteigentümer in Betracht kommen könnte. Das Reichsgericht hat dazu ausgeführt, daß es sich der im Schrifttum vertretenen damals als herrschend bezeichneten Ansicht anschliesse, mangels einer nachweisbaren Quote sei die Gesamtmenge Eigentum des Besitzers oder treffe doch den Beteiligten, der aus einer Beitragsleistung zu der Gesamtmenge ein Anteilsrecht herzuleiten versuche, der Nachteil der Beweisfälligkeit. Da in § 948 BGB eine Sonderregelung hinsichtlich der Bestimmung der Anteile für den Fall der Vermischung oder Vermengung getroffen worden sei, könne auch nicht die für Gemeinschaften geltende Bestimmung des § 742 BGB zur Anwendung kommen, wonach im Zweifel anzunehmen sei, daß den Teilhabern gleiche Anteile zustünden, und zwar deshalb nicht, weil diese Vorschrift nach § 741 BGB nur dann Anwendung finde, sofern sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergebe. Eine solche Sonderregelung sei aber im § 948 BGB in Verbindung mit § 947 BGB gegeben, wonach sich in Fällen der Vermischung oder Vermengung die Miteigentumsanteile nach dem Verhältnis des Wertes bestimmen, die die Sachen zur Zeit der Vermischung oder Vermengung haben.

Entgegen dem Hinweis des Reichsgerichts auf die erste Alternative, der sich das Berufungsgericht angeschlossen hat, ist der erkennende Senat der Ansicht, daß die Entstehung von Miteigentum nicht von der Möglichkeit eines Nachweises des Wertanteils der bisherigen Eigentümer der vermengten oder vermischten Sachen abhängig ist. Denn im § 947 BGB wird die Entstehung von Miteigentum nicht auch von der Beweismöglichkeit des Wertverhältnisses abhängig gemacht. Es fehlt auch abgesehen hiervon an einer überzeugenden Begründung für die Annahme, daß die Entstehung von Miteigentum danach zu beurteilen sei, ob im Zeitpunkt der Entscheidung über diese Frage das Wertverhältnis noch festgestellt werden kann. Deshalb ist der

auch vom Reichsgericht als zweite Alternative angeführten Ansicht der Vorzug zu geben, daß in Fällen, in denen eine Vermischung oder Vermengung stattgefunden hat, aber die Quoten der einzelnen Beteiligten sich nicht ermitteln lassen, nicht schon aus diesem Grunde der Besitzer allein Eigentum erworben hat, sondern daß allgemeine Grundsätze der Beweislast eingreifen (Johannsen in BGB RGRK 10. Aufl. § 948 Anm. 1; Hefermehl bei Erran BGB 2. Aufl. § 948 Anm. 2; vgl. auch Butteweg in Soergel BGB 8. Aufl. § 948 Anm. 1).

Dagegen kann der Revision nicht auch darin zugestimmt werden, daß im Zweifelsfalle die Auslegungsregel des § 742 BGB anzuwenden sei, die Westermann, Sachenrecht 5. Aufl. § 53 III a S. 252 grundsätzlich für anwendbar hält, während Raape sie nur unter besonderen Voraussetzungen anwenden will (vgl. die Anm. zu der angeführten Entscheidung des Reichsgerichts in JW 1926, 799 zu Nr. 7). Die Klägerin hat daher zur Begründung ihres Schadensersatzanspruches zu beweisen, in welchem Umfange sie Eigentumsrechte an den Kundstangen hatte, die der Beklagte an die Firma H. veräußert hat. Bei dem hier zu beurteilenden Sachverhalt kann dahingestellt bleiben, ob die Bestimmung des § 1006 Satz 1 BGB eingreift und auf Grund dieser Vorschrift zu vermuten ist, daß die Gemeinschuldnerin Eigentümerin der bei Konkurseröffnung hinter der Baracke lagernden Gesamtmenge von Eisenstangen war.

Würde der Wertanteil der Klägerin für den Zeitpunkt der Vermengung feststellbar sein, so würde sich fragen, in welcher Weise sich dieser Anteil durch Veränderungen des Gesamtbestandes geändert haben könnte. Würde ihn die Firma K. durch Entnahme von Einzelstücken nur vermindert haben, so würde jedenfalls der Wertanteil der Klägerin quotenmäßig mindestens der gleiche geblieben sein. Würde die Gesamtmenge aber durch Material der Firma K. wieder vermehrt worden sein, so würde bei An-

wendung des § 948 BGB auf diesen Fall sich die Quote zugunsten der Firma K[REDACTED] und ihrer späteren Rechtsnachfolgerin verändert haben (vgl. Hefermehl bei Erman aaO). Das Berufungsgericht hat angenommen, es sei nicht mehr festzustellen, in welchem Umfange der Bestand nach der Vermengung noch Veränderungen unterworfen worden sei. Deshalb stellt sich bei Prüfung der Revisionsrügen zunächst nur die Frage, ob trotz dieser Ungewißheit über den Umfang späterer Veränderungen noch ein Mindestanteil der Klägerin an dem vom Konkursverwalter veränderten Material an Rundstangen festgestellt werden kann oder ob einer solchen Feststellung der Umstand entgegensteht, daß das Ausmaß der Veränderungen des Bestandes vor Konkursöffnung im einzelnen nicht mehr festgestellt werden kann.

In diesem Zusammenhang kommt zunächst der Aussonderung des für die Klägerin bestimmten Bestandes durch den Zeugen W[REDACTED] besondere Bedeutung zu. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß diese Aussonderung nach dem Schreiben der Firma K[REDACTED] an die Klägerin vom 13. Juni 1949 vorgenommen worden sei, wobei W[REDACTED] einen Teil des Stangenmaterials durch einen weißen Strich kennzeichnen und im übrigen andere nicht so gekennzeichnete Stangen als Bestand für die Klägerin stapeln ließ, um damit klarzustellen, was als deren Eigentum gelten sollte. Die Revision will aus dem Umstand, daß W[REDACTED] hierzu von Wessel beauftragt worden, dieser aber bereits im Sommer 1949 aus dem Dienste der Firma K[REDACTED] ausgeschieden sei, den Schluß ziehen, die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in Wintermonaten vorgenommene Aussonderung habe Anfang 1949 stattgefunden, während das Berufungsgericht angenommen hat, sie sei erst in den Wintermonaten Ende 1949 erfolgt. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Folgerung der Revision gegenüber der Annahme des Berufungsgerichts noch im Rahmen des § 286 ZPO beachtet werden kann, nachdem die Klägerin es in der Vorinstanz selbst als mög-

lich bezeichnet hatte, daß die Aussonderung Ende 1949 vorgenommen worden sei. Es kommt auf den Zeitpunkt nämlich nicht entscheidend an. Nach der Annahme des Berufungsgerichts ist für die Revision der Klägerin davon auszugehen, daß die von dem Berufungsgericht festgestellte Aussonderung Ende 1949 durchgeführt worden ist. Durch eine solche Aussonderung wurde für einen mit den Verhältnissen vertrauten Dritten erkennbar gemacht, daß die Firma K. diese Stangen nur noch als Verwahrer für die Klägerin besitzen wollte. Wenn die Klägerin, was das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang unterstellt hat, mit der Firma K. eine Vereinbarung getroffen hatte, wonach diese zum Austausch des Materials mit eigenem Material ermächtigt war, so wäre in dieser Vereinbarung auch eine Ermächtigung der Firma K. enthalten, den Austausch der Stangen durch ein Insichgeschäft vorzunehmen. Ein solches Geschäft wäre allerdings nur dann rechtswirksam, wenn der Eigentumswechsel auch für einen Dritten erkennbar verlautbart worden wäre. Eine solche Verlautbarung kann jedoch in der besonderen Lagerung und im übrigen in der Kennzeichnung der Stangen, wie sie von W. vorgenommen worden ist, gesehen werden. Hierfür war nicht erforderlich, daß auch noch eine Liste geführt wurde, aus der sich weitere Einzelheiten über den Bestand der Klägerin entnehmen ließen. Andererseits würde eine solche Liste allein noch keine ausreichende Verlautbarung des Eigentumswechsels darstellen. Auf die Liste kommt es daher in diesem Zusammenhang nicht entscheidend an. Sie könnte jedoch von Bedeutung sein, wenn sich hieraus eine Unterscheidung des als Eigentum der Klägerin behandelten Bestandes von dem übrigen Material der Firma K. hätte entnehmen lassen. Jedenfalls hätte das Berufungsgericht die Aussonderung durch den Zeugen W. unter dem soeben behandelten Gesichtspunkt würdigen und hier- von ausgehend das Ergebnis der Beweisaufnahme in der

Richtung beurteilen müssen, ob sich danach mit hinreichender Sicherheit ein Mindestanteil der Klägerin an dem hinter der Baracke liegenden Material feststellen läßt. In diesem Zusammenhang könnte erheblich sein, daß nach der Aussage des Zeugen R. der besondere für die Klägerin gebildete Haufen von Eisenstangen noch bis Ende 1950 von dem anderen Material getrennt gelagert gewesen sein soll. Wenn nach diesem Zeitpunkt eine Vermengung des Materials mit solchem der späteren Gemeinschuldnerin eingetreten ist, so wäre auf Grund des Ergebnisses der Beweis- aufnahme zu prüfen, ob der Gesamtbestand noch in größerem Umfange durch Entnahmen der Gemeinschuldnerin geschmälert oder durch diese vermehrt worden ist.

Das Berufungsurteil kann daher auch zu diesem Punkt nicht bestehen bleiben, weil das Berufungsgericht die Möglichkeit einer Feststellung eines Mindestanteils der Klägerin an dem Gesamtbestand unter den oben erörterten Gesichtspunkten nicht in Betracht gezogen hat.

5. Der Erfolg der Revision hängt daher hinsichtlich des Anspruchs gegen den Beklagten persönlich davon ab, ob dem Berufungsurteil wenigstens darin beigetreten werden kann, daß der Beklagte seine Pflichten als Konkursverwalter gegenüber der Klägerin nicht schuldhaft verletzt habe. Das Berufungsgericht hält es für ausreichend, daß sich der Beklagte auf eine Auskunft des Buchhalters E. terer verlassen habe, der ihm die weiß gekennzeichneten Stangen als der Klägerin gehörend bezeichnet habe. Der Revision ist jedoch zuzugeben, daß der Beklagte sich im Hinblick auf das Schreiben der Klägerin vom 8. August 1951 nicht mit dieser Auskunft hätte begnügen dürfen, vielmehr den Sachverhalt insoweit als noch nicht genügend geklärt hätte ansehen müssen. Er hätte wenigstens der Klägerin Gelegenheit geben müssen, sich zu dem Ergebnis seiner Feststellungen zu erklären, bevor er durch Ver-

Äußerung des übrigen Materials vollendete Tatsachen schuf und es der Klägerin hierdurch unmöglich machte, ihre Aussonderungsrechte an diesem Bestand zu wahren. Sie hatte zudem mit Schreiben vom 4. September 1951 den Beklagten besonders darum gebeten, ihr das Ergebnis seiner Überprüfung mitzuteilen. Soweit bisher feststeht, hat der Beklagte diesem Verlangen erst mit Schreiben vom 18. Dezember 1951 entsprochen. Der Alleininhaber der Firma K■■■■■, der zwar nicht Geschäftsführer, aber Mitgesellschafter der späteren Gemeinschuldnerin war, hatte sich nach Behauptung der Klägerin dem Beklagten ausdrücklich angeboten, bei der Abwicklung des Konkursverfahrens behilflich zu sein. Abgesehen davon hätte eine frühzeitige Erklärung des Beklagten die Klägerin selbst veranlassen können, auf K■■■■■ zu verweisen oder von diesem Auskünfte einzuholen, der dann wohl darauf hingewiesen hätte, daß nicht nur die weiß gekennzeichneten Stangen zu dem für die Klägerin ausgesonderten Bestände gehörten, wofür seine Aussage spricht. Deshalb kann dem Berufungsgericht nicht darin zugestimmt werden, daß sich der Beklagte mit der Erklärung des Buchhalters K■■■■■ habe begnügen dürfen. Er hätte seiner Sorgfaltspflicht nur genügt, wenn er sich seine Auffassung über den Sachverhalt unter Ausschöpfung der ihm den Umständen nach zumutbaren Erkundigungsmöglichkeiten gebildet hätte, wozu auch eine Rückfrage bei der Klägerin nötig gewesen wäre. Die Begründung des Berufungsurteils reicht daher nicht aus, den Vorwurf der schuldhaften Fehlbeurteilung des Sachverhalts zu verneinen. Der Beklagte hätte auch die Möglichkeit einer abweichenden Beurteilung durch die Gerichte in Betracht ziehen müssen. Daher ist auf Grund der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts noch nicht die Folgerung gerechtfertigt, daß der Beklagte, wenn er die ihm obliegende sorgfältige Überprüfung der Aussonderungsansprüche der Klägerin vorgenommen hätte,

diese in dem jetzt noch streitigen Umfange abgelehnt haben würde und daß ihm dann hieran insoweit ein Verschulden nicht vorzuwerfen gewesen wäre.

III. Dem Berufungsgericht kann auch insoweit nicht beigetreten werden, als es den Anspruch der Klägerin gegen die Konkursmasse (§ 59 Nr. 1 KO) verneint hat. Dazu ist folgendes zu bemerken:

Der Beklagte hat sich in dem Schreiben vom 28. August 1951 an die Klägerin gegenüber dem Anspruch auf Herausgabe von 98 Stangen auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen einer angeblichen Gegenforderung zur Masse berufen. Es entsprach daher seinem Willen, auch solche Sachen für die Konkursmasse in Besitz zu nehmen, an denen der Klägerin Aussonderungsrechte zustanden. Wenn er seine Befugnisse dadurch überschritten hat, daß er über Eigentum oder Miteigentum der Klägerin durch Weiterveräußerung verfügte, fiel diese Rechtshandlung in seinen gesetzlichen Wirkungskreis. Es kann daher in diesem Falle, wie bereits oben unter Abschnitt I ausgeführt worden ist, eine über den Erlös hinausgehende Schadenshaftung der Masse begründet sein. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes begründete für den Konkursverwalter die Pflichten eines Verwahrers (Hahne bei Soergel BGB 8. Aufl. § 273 Anm. I 4; Goerke bei Erman BGB 2. Aufl. §§ 273, 274 Anm. 15; vgl. RG LZ 1918, 1066 = Recht 1918 Nr. 1338 unter Bezugnahme auf §§ 1215, 688 fgl. BGB) und zwar hinsichtlich sämtlicher der Klägerin mit ihrem Aussonderungsbegehren im Schreiben vom 8. August 1951 beanspruchten Eisenstangen. Wenn ihm ihre Herausgabe dadurch unmöglich geworden ist, daß er sie veräußert hat, ohne den Umfang des der Klägerin gehörenden Bestandes vorher geklärt zu haben, so ist die Ver-

antwortlichkeit des Konkursverwalters hierfür in Ansehung der Masse nach den schuldrechtlichen Bestimmungen über die Unmöglichkeit der Erfüllung einer Herausgabepflicht nach §§ 280 ff. BGB zu beurteilen. Wird festgestellt, daß der Konkursverwalter der Klägerin gehörende Stangen veräußert hat, so würde ihn nach § 282 BGB die Beweislast dafür treffen, daß die Unmöglichkeit der Herausgabe von ihm nicht zu vertreten sei. Er hätte also darzulegen, daß er insoweit die ihm obliegende Sorgfalt beobachtet habe.

IV. Mitwirkendes Verschulden der Klägerin könnte die Ersatzpflicht der Masse (ebenso die des Verwalters auf Grund des § 82 KO) nach § 254 BGB dann beeinflussen, wenn es darin bestehen würde, daß die Klägerin ihren Aussonderungsanspruch nicht genügend gewahrt hat. Unter diesem Gesichtspunkt würde daher zu prüfen sein, ob die Klägerin nach Empfang des Schreibens des Konkursverwalters vom 28. August 1951 weitere Maßnahmen zur Klärung ihres Aussonderungsrechts dem Umfange nach hätte treffen müssen, die geeignet gewesen wären, den Irrtum des Konkursverwalters zu beseitigen, oder ob die Klägerin die Beantwortung ihres Schreibens vom 4. September 1951 abwarten durfte, in dem sie den Konkursverwalter darum gebeten hat, ihr das Ergebnis seiner Feststellungen über die Anzahl der ihr gehörenden Stangen mitzuteilen.

V. Das Berufungsurteil war daher im vollen Umfange auf die Revision der Klägerin aufzuheben. Die Sache bedarf einer weiteren Beurteilung durch den Tatsachengericht und war daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision hängt von der Endentscheidung des Prozesses ab und war daher dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr.Großmann Dr.Gelhaar Artl Dr.Spieler Dr.Dorschel