

Nachschlagewerk: ja
 BGHZ: nein

BGB § 933

Eine Übergabe nach § 933 BGB liegt nicht vor, wenn der Veräußerer ohne Wissen des Erwerbers die Sache an einen Dritten übergibt, der zu dieser Zeit weder Besitztdiener noch Besitzmittler des Erwerbers ist. Das gilt auch, wenn der Dritte später mit dem Erwerber ein Besitzmittlungsverhältnis vereinbart.

BGH, Urt. v. 28. September 1977 - VIII ZR 82/76 OLG Düsseldorf
 LG Mönchengladbach

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 82/76

URTEIL

Verkündet am
28. September 1977
Scheibl,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der unter der Firma Gertrud M. Baumaschinen-Verleih
handelnden Kauffrau Gertrud M., Mo. Weg in
S.,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

die Firma O & K Or. & K. AG, Ka.-F.-Straße
in D.-Do., vertreten durch die Vorstandsmitglie-
der Karl W. B. und Dr. Heinz-Günter Ko., dortselbst,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 28. September 1977
durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter
Hoffmann, Merz, Treier und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 11. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom
17. März 1976 wird auf Kosten der Beklagten
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin - Herstellerin von Baumaschinen - ver-
kaufte im Frühjahr 1971 einen vollhydraulischen Bagger
vom Typ RH 9 - 600 an die Firma M. GmbH & Co. KG,
Tief- und Straßenbau (im folgenden als KG bezeichnet),
an der der Ehemann der Beklagten als Gesellschafter be-
teiligt war. Mit Formularschreiben vom 26. März 1971 be-
stätigte die Klägerin einen nach seinem Inhalt nicht nä-
her festgestellten Auftrag der Käuferin u.a. mit fol-
gendem Text:

Wir danken Ihnen für die Erteilung Ihres Auf-
trages, den wir auf Grund der beigefügten/be-
kannten Verkaufs- und Lieferungsbedingungen
OL 23 wie folgt bestätigen:



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Ob die Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Bestätigung beigelegt waren, ist streitig. Sie enthalten unter Ziffer IV folgende Regelung:

Eigentumsvorbehalt. Alle gelieferten Waren bleiben bis zur völligen Bezahlung sämtlicher uns aus der Geschäftsverbindung mit dem Besteller zustehenden Forderungen unser Eigentum.

.... Übersteigt der Wert der für uns bestehenden Sicherheiten unsere Forderungen an den Besteller insgesamt um mehr als 20 %, so sind wir auf Verlangen des Bestellers insoweit zur Freigabe von Sicherheiten nach unserer Wahl verpflichtet.

Unter dem 2. April 1971 teilte die Klägerin der KG als Ergänzung zur Auftragsbestätigung Änderungen bei einigen Zubehörteilen und den endgültigen Kaufpreis von 170 150 DM zuzüglich Mehrwertsteuer mit; gleichzeitig kündigte sie ihr die Auslieferung des Baggers für denselben Tag an.

Die KG gab einen gebrauchten, ebenfalls von der Klägerin hergestellten Bagger in Zahlung und akzeptierte für den Restkaufpreis Wechsel, die sie vertragsgemäß bis zum 1. April 1973 bei der Spar- und Darlehnskasse Ro [REDACTED] (im folgenden als Spadaka bezeichnet) sämtlich einlöste. Es bestanden jedoch weitere, von der KG zu keinem Zeitpunkt völlig ausgeglichene Forderungen der Klägerin aus anderen Lieferungen und Reparaturleistungen. Ihre zwischen den Parteien streitige Höhe beziffert die Klägerin auf mehr als 36 000 DM.

Am 14. August 1973 schloß die Spadaka mit der KG zur Sicherung eines von ihr gewährten Geschäftskredits einen Sicherungsübereignungsvertrag ab. Darin wurden außer dem hier streitigen Bagger mehrere, zum Teil in den Jahren 1967 - 1971 von der Klägerin hergestellte Baumaschinen im

Gesamtwert von 620 000 DM übereignet. Die Übergabe wurde durch Vereinbarung eines Verwahrungsverhältnisses ersetzt. In § 3 des (formularmäßigen) Vertrages versicherte die KG, daß die Sicherungsgegenstände ihr Eigentum seien, daß sie in der Verfügung darüber nicht beschränkt sei und daß insbesondere kein Eigentumsvorbehalt eines Dritten bestehe.

Im folgenden Jahre beantragte die KG am 30. August 1974 die Eröffnung des Konkursverfahrens über ihr Vermögen. Auf Veranlassung der Spadaka zog sie die vom Sicherungsübereignungsvertrag erfaßten Maschinen von den einzelnen Baustellen ab. Sie verbrachte sie auf den von ihr und der Beklagten benutzten Bauhof. Nachdem sodann im September 1974 die Eröffnung des Konkursverfahrens mangels Masse abgelehnt worden war, gestattete die Spadaka der Beklagten am 15. November 1974 die Benutzung der abgestellten Maschinen gegen die Verpflichtung zu ordnungsmäßiger Wartung. Ein Schreiben der Klägerin vom 26. November 1974 beantwortete die Spadaka am 5. Dezember 1974 mit dem Hinweis, nach Auskunft der KG sei der hier streitige Bagger deren uneingeschränktes Eigentum. Die Klägerin wies in der Folgezeit u.a. am 3. Januar 1975 die Beklagte mehrfach darauf hin, daß der Bagger noch ihr Vorbehaltseigentum sei. Am 3. Februar 1975 verkaufte und übereignete die Spadaka der Beklagten schließlich die ihr bereits zur Benutzung überlassenen Baumaschinen zum Preise von 350 000 DM.

•

Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Herausgabe des im Frühjahr 1971 an die KG verkauften Baggers. Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

1. Das Berufungsgericht nimmt an, die Klägerin habe beim Verkauf des Baggers an die KG einen Kontokorrenteigentumsvorbehalt wirksam vereinbart und ihr Eigentum an der Maschine deshalb weder durch Übergabe an die Käuferin noch durch deren vollständige Einlösung der Kaufpreiswechsel verloren. Das Schreiben der Klägerin vom 26. März 1971 mit der Bezugnahme auf die Verkaufs- und Lieferungsbedingungen OL 23 sei als "modifizierte Auftragsbestätigung" gegenüber dem in der Bestellung des Baggers enthaltenen Vertragsangebot der KG zu werten. Das bloße Schweigen der KG auf diese Bestätigung mache die abgeänderten Bedingungen zwar noch nicht zum verbindlichen Vertragsbestandteil. Mit der widerspruchslosen Entgegennahme des Baggers habe aber die KG ihr Einverständnis schlüssig erklärt. Der nur formularmäßige Hinweis auf die Verkaufs- und Lieferungsbedingungen sei - auch wenn sie der Auftragsbestätigung nicht beigelegt hätten - hinreichend deutlich gewesen, zumal an Kaufleute strengere Anforderungen zu stellen seien und ein sorgfältiger Kaufmann mit allgemeinen Geschäftsbedingungen seines Partners stets zu rechnen habe. Die Verkaufs- und Lieferungsbedingungen seien ferner auch deshalb verbindlich, weil die Kaufvertragspartner schon früher mehrfach in Geschäftsbeziehungen gestanden hätten, so daß anzunehmen sei, die KG habe gewußt, daß die Klägerin den Vertrag nur zu ihren Verkaufs- und Lieferungsbedingungen abschließen werde.

Inhaltlich sei gegen den Kontokorrentvorbehalt nichts einzuwenden. Eine unzumutbare Übersicherung habe auf Grund

der Freigabeklausel in Ziffer IV der Bedingungen verhindert werden können. Der Eigentumsvorbehalt sei auch nicht durch Zahlungen der KG erloschen, weil das Konto der KG zu keiner Zeit voll ausgeglichen gewesen sei.

2. Diese Ausführungen begegnen keinen rechtlichen Bedenken.

a) Zu Unrecht greift die Revision die Annahme des Berufungsgerichts an, der Kaufvertrag einschließlich der Verkaufs- und Lieferungsbedingungen OL 23 sei durch die Entgegennahme des Baggers und damit durch schlüssig erklärtes Einverständnis der KG zustande gekommen.

aa) Es entspricht gefestigter Rechtsprechung und wird von der Revision grundsätzlich auch nicht bezweifelt, daß in der widerspruchslosen Hinnahme der Vertragsleistung das schlüssig erklärte Einverständnis mit den in einer modifizierten Auftragsbestätigung enthaltenen Änderungen liegen kann (BGHZ 18, 212, 216 f; 61, 282, 287 f; BGH Urteil vom 14. März 1963 - VII ZR 257/61 = LM BGB § 150 Nr. 6 = NJW 1963, 1248). Voraussetzung ist stets, daß die Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalles den sicheren Schluß auf das Einverständnis des Vertragspartners zuläßt, wobei es wesentlich darauf ankommt, wie der Verfasser der modifizierten Auftragsbestätigung die Entgegennahme der Vertragsleistung deuten durfte (BGH Urteil vom 14. März 1963 aaO). Die Würdigung dieser tatsächlichen Umstände ist Sache des Tatrichters und der Nachprüfung im Revisionsverfahren nur beschränkt zugänglich.

bb) Die Revision meint, das Berufungsgericht habe es an tatsächlichen Feststellungen darüber fehlen lassen, ob die Entgegennahme des Baggers als schlüssiges Einverständnis

mit den Verkaufs- und Lieferungsbedingungen zu deuten sei; die bloße Bezugnahme auf Rechtsprechung und Kommentare reiche dafür nicht aus.

Dieser Einwand ist unberechtigt. Im Anschluß an die einleitende Bemerkung, die KG habe durch Annahme des Baggers ihr Einverständnis erklärt, stellt das Berufungsgericht fest, daß der Hinweis in der Auftragsbestätigung auf die Verkaufs- und Lieferungsbedingungen hinreichend deutlich gewesen sei; weiter erörtert und bejaht es die Frage, ob an Kaufleute als Abnehmer einer vertraglichen Leistung, strengere Anforderungen zu stellen seien; schließlich stellt es ausdrücklich fest, die Kaufvertragspartner hätten schon vor 1971 mehrfach in Geschäftsbeziehungen gestanden.

Die genannten Feststellungen und Erwägungen sind geeignet, das gewonnene Ergebnis zu begründen: Hatte die Klägerin deutlich auf ihre Verkaufs- und Lieferungsbedingungen hingewiesen, so durfte sie annehmen, daß ein kaufmännischer Vertragspartner einverstanden sei, wenn er ohne Widerspruch den gelieferten Bagger entgegennahm. Dabei ist zu berücksichtigen, daß an die Sorgfalt von Kaufleuten bei der Behandlung von Vertragsangeboten allgemein strengere Anforderungen gestellt werden dürfen als bei Nichtkaufleuten, wie sich aus den Grundgedanken einzelner Gesetzesbestimmungen wie des § 362 HGB und aus der Rechtsprechung zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben entnehmen läßt (vgl. auch Senatsurteil vom 6. Oktober 1971 - VIII ZR 95/70 = Betrieb 1971, 2106). Frühere Geschäftsbeziehungen konnten von Bedeutung für die Auslegung der schlüssigen Annahmeerklärung sein, weil - wonach das Berufungsgericht ohne Widerspruch der Revision ausgeht - auch bei ihnen bereits allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbart worden waren und die Klägerin das Einverständnis der KG jedenfalls bei widerspruchsloser Entgegennahme der Leistung erwarten durfte.

cc) Gegen die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts über frühere Geschäftsbeziehungen zwischen den Kaufvertragsparteien hat die Revision zulässige Rügen nicht erhoben.

dd) Soweit die Beklagte beanstandet, die Klägerin habe auf die Geschäftsbedingungen nicht hinreichend deutlich hingewiesen, geht diese Rüge fehl. Die Bezugnahme findet sich zu Beginn der Auftragsbestätigung mit gleichbleibender Drucktype in dem (einzigen) Satz, mit dem sich die Verkäuferin - den Auftrag bestätigend - an die Käuferin wendet, ehe die Beschreibung des Kaufgegenstandes beginnt. Für einen aufmerksamen Leser, der - als Kaufmann - mit allgemeinen Geschäftsbedingungen zu rechnen hat (vgl. Senatsurteil vom 6. Oktober 1971 aaO), ist dieser Hinweis nicht zu übersehen.

b) Nach Ansicht der Revision soll ein durch Allgemeine Geschäftsbedingungen begründeter Kontokorrent-Eigentumsvorbehalt nur wirksam sein, wenn auch im kaufmännischen Verkehr die Geschäftsbedingungen dem Vertrag beigelegt waren; andernfalls sei es für den Erwerber wie auch für einen Kreditgeber kaum möglich, mit zumutbaren Mitteln den jeweiligen Saldenstand der Verbindlichkeiten und damit die wirkliche Eigentumslage festzustellen. Ungültig müßten deshalb jedenfalls solche dem Käufer unbekannten Klauseln sein, die seine Kreditmöglichkeiten ungewöhnlich beschnitten und die Rechtsstellung des Verkäufers ungewöhnlich verbesserten.

Dem vermag sich der Senat nicht anzuschließen.

aa) Der Grund für die in der Rechtsprechung bisher angenommene Bindung eines Kaufmanns an die ihm nicht

vorgelegten, im Vertrag aber in Bezug genommenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen des anderen Partners (vgl. Senatsurteil vom 30. Juni 1976 - VIII ZR 267/75 = NJW 1976, 1886 m.w.Nachw.) liegt in erster Linie in der Vertrautheit mit den Gepflogenheiten des Handelsverkehrs und in der an den Kaufmann zu richtenden Erwartung, mit zumutbarer Sorgfalt zur Klarstellung von Geschäftsbeziehungen beizutragen. An der Berechtigung dieser Anforderungen hat sich nichts geändert. Daß ein Kontokorrentvorbehalt eine überraschende Klausel wäre, läßt sich angesichts der Häufigkeit derartiger Vorbehalte nicht ernsthaft behaupten. Der Hinweis der Revision auf die Entscheidung des IV. Zivilsenats des BGH vom 7. Juli 1976 (IV ZR 229/74 = NJW 1976, 2345 = WM 1976, 960) gibt zu einer anderen Beurteilung keinen Anlaß. In der zitierten Entscheidung hat der IV. Senat Kaufleute den Nichtkaufleuten hinsichtlich der Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gleichgestellt. Im vorliegenden Falle geht es dagegen um die ganz andere Frage, ob ein Vertrag mit dem Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der einen Seite durch schlüssiges Verhalten der anderen Seite zustandegekommen ist.

Auch das am 1. April 1977 in Kraft getretene Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG), das auf den vorliegenden Rechtsstreit noch nicht anwendbar ist, würde keine Änderung mit sich bringen. § 2 AGBG verschärft zwar die Anforderungen an die Pflicht des Verwenders zur Mitteilung seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Diese Bestimmung ist nach § 24 Abs. 1 Nr. 1 AGBG auf Kaufleute aber nicht anzuwenden.

bb) Die Argumentation der Revision richtet sich im Grunde auch nicht gegen die Bindung an nicht mitgeteilte

Geschäftsbedingungen, sondern gegen die Zulässigkeit des Kontokorrentvorbehalts überhaupt.

Wäre die angeblich unsichere Rechtslage nur auf die Unkenntnis des Käufers vom Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zurückzuführen, ließe sie sich durch (zumutbare) Beschaffung des Textes leicht beseitigen. Die Revision zielt jedoch nicht auf die Beseitigung der mangelnden Textkenntnis ab, sondern auf Vermeidung der Schwierigkeiten, die sich möglicherweise für die Feststellung des Saldenstandes und damit auch der Eigentumslage ergeben und ggf. auch zur Erschwerung weiterer Kreditaufnahme führen können.

Diese Schwierigkeiten haben jedoch seit jeher bestanden. Nach st.Rspr. ist der Kontokorrentvorbehalt dennoch stets als zulässig behandelt worden (RGZ 147, 321; BGHZ 26, 185, 190 f; 42, 53 ff; Senatsurteil vom 10. Februar 1971 - VIII ZR 188/69 = LM BGB § 455 Nr. 27 = NJW 1971, 799 = WM 1971, 347). Der Senat sieht keinen Anlaß, diese Rechtsprechung zu ändern. Das gilt um so mehr, als die Klägerin in Nr. IV ihrer Verkaufs- und Lieferbedingungen der Käuferin das Recht eingeräumt hat, im Falle einer Übersicherung um mehr als 20 % die teilweise Freigabe von Sicherheiten zu verlangen, so daß anderweitige Kreditaufnahmen nicht unvertretbar behindert wurden (BGHZ 26, 185, 190 f).

c) Das danach wirksam vereinbarte Vorbehaltseigentum der Klägerin ist durch Zahlungen der Käuferin nicht erloschen, weil nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts der Schuldsaldo der KG zu keiner Zeit ausgeglichen war.

II.

1. Das Berufungsgericht nimmt weiter an, die Klägerin habe das Eigentum an dem Bagger durch dessen zwischen der KG und der Spadaka vereinbarten Sicherungsübereignung schon deshalb nicht verloren, weil es an der erforderlichen Übergabe an die Spadaka fehle. Gutgläubiger Erwerb durch die Spadaka komme - weil bei Abschluß des Sicherungsübereignungsvertrages ein Besitzkonstitut (§ 930 BGB) vereinbart worden sei - nur nach Übergabe der Sache i.S. von § 933 BGB in Betracht. Unmittelbaren Besitz habe die Spadaka nie erlangt, und zwar auch nicht in der Zeit, in der ihr die Beklagte nach der Zusammenziehung der Baugeräte auf dem Bauhof jederzeit Zutritt gestattet habe, weil es auch dann noch an der jederzeitigen eigenen Einwirkungsmöglichkeit auf den Bagger gefehlt habe. Die unmittelbare Übergabe an die Spadaka sei auch nicht durch eine Übergabe an die Beklagte ersetzt worden. Besitzdienerschaft der Beklagten scheide mangels sozialer Abhängigkeit aus. Ebenso habe es aber an einem Besitzmittlungsverhältnis zwischen der Beklagten und der Spadaka gefehlt. Letztere habe nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nur die KG aufgefordert, die sicherungsübereigneten Geräte auf dem von der Beklagten und der KG gemeinsam benutzten Bauhof zusammenzuziehen. Die tatsächliche Unterbringung der Geräte auf dem auch von der Beklagten benutzten, räumlich nicht klar abgegrenzten Hofteil und die Inbesitznahme der Schlüssel begründe noch kein Verwahrungsverhältnis, weil sich der Vorgang ohne Wissen der Spadaka und (außer bei den Schlüsseln) ohne Mitwirkung der Beklagten vollzogen habe. Bei dieser Sachlage fehle es auch an einem - für § 933 BGB an sich ausreichenden - Besitzerwerb der Beklagten durch Übergabe auf Geheiß der Spadaka.

Die am 15. November 1974 ausgesprochene Nutzungserlaubnis für die Beklagte habe keine Übergabe des Baggers von der KG auf die Beklagte zum Gegenstand gehabt. Im übrigen fehle es an der für die Besitzerlangung notwendigen äußerlichen Erkennbarkeit des Besitzwechsels.

2. Auch diese Ausführungen sind im Ergebnis nicht zu beanstanden.

a) Nachdem die KG als Nichtberechtigte den Sicherungsübereignungsvertrag vom 14. August 1973 abgeschlossen und darin ein Verwahrungsverhältnis als Besitzkonstitut vereinbart hatte (§ 930 BGB), konnte - wie das Berufungsgericht mit Recht und ohne Rüge der Revision annimmt - die Spadaka gutgläubig Eigentum nur erwerben, wenn ihr der Bagger i.S. von § 933 BGB übergeben wurde.

Gegen die zutreffenden Ausführungen darüber, daß der Bagger zu keiner Zeit unmittelbar an die Spadaka übergeben und daß eine Übergabe an die Beklagte als Besitzdiener mangels sozialer Abhängigkeit von der Spadaka ausscheide, erhebt die Revision keine Einwendungen.

b) Dagegen meint die Revision - allerdings zu Unrecht -, das Berufungsgericht habe ein Besitzmittlungsverhältnis (§ 868 BGB) zwischen der Spadaka und der Beklagten sowie eine nach § 933 BGB ausreichende Übergabe des Baggers durch die KG an die Besitzmittlerin nicht verneinen dürfen.

Mit dem Berufungsgericht und mit der Rechtsprechung schon des Reichsgerichts ist davon auszugehen, daß es für den gutgläubigen Erwerb nach § 933 BGB keiner Übergabe unmittelbar an den Erwerber bedarf, sondern daß es genügt,

wenn der Veräußerer den unmittelbaren Besitz auf einen Besitzmittler des Erwerbers überträgt (RGZ 137, 23, 25). Hieran fehlt es nach Auffassung des Berufungsgerichts, weil - wie die Beweisaufnahme mit den Aussagen der Zeugen Kux und Hintzen ergebe - kein konkretes Besitzmittlungsverhältnis, insbesondere kein Verwahrungsverhältnis, zwischen der Spadaka und der Beklagten bestanden habe. Das Berufungsgericht folgert dies aus seinen zuvor getroffenen tatsächlichen Feststellungen. Danach hat die Spadaka die KG zu keiner Zeit beauftragt, die vermeintlich sicherungsübereigneten Maschinen der Beklagten (zur Verwahrung) zu übergeben, sondern ihr nach Stellung des Konkursantrags nur die weitere Benutzung sowie Verfügungen untersagt und sie gebeten, die Geräte "auf dem Bauhof zusammenzuziehen".

Indem die Revision demgegenüber behauptet, die Maschinen seien "auf Weisung der Spadaka" von der KG auf den Bauhof der Beklagten verbracht worden, setzt sie in unzulässiger Weise ihre Beweiswürdigung an die Stelle derjenigen des Berufungsgerichts und geht - ohne zulässige Rüge gegenüber dem Berufungsurteil - von einem anderen als dem festgestellten Sachverhalt aus. Dasselbe gilt für ihre Behauptung, die Spadaka habe der Beklagten bei Bedarf die Benutzung einzelner Geräte gestattet. Der Zeuge H. hat in der Beweisaufnahme zwar eine derartige Aussage gemacht, hat aber einen Zeitpunkt für die Erlaubnis nicht erwähnt. Da es nach dem Tatbestand des Berufungsurteils - dessen Berichtigung die Beklagte nicht beantragt hat - unstreitig ist, daß die Spadaka eine Benutzungserlaubnis erst am 15. November 1974 erteilt hat, kann diese Erlaubnis für die Beurteilung der Frage, ob Ende August 1974 ein Besitzmittlungsverhältnis bestand, keine Bedeutung haben.

Geht man aber von dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt aus, so bestehen keine Bedenken gegen die Annahme, zur Zeit der angeblichen Übergabe von der KG an die Beklagte (Ende August/Anfang September 1974) habe zwischen dieser und der Spadaka kein Besitzmittlungsverhältnis bestanden. Als solches käme nur Verwahrung oder ein verwahrungsähnliches Verhältnis in Betracht. Voraussetzung dafür wäre eine Abrede zwischen der Spadaka und der Beklagten, wonach letztere die bei ihr abzustellenden Baumaschinen für die Spadaka verwahren sollte. An einer solchen Abrede fehlt es, wenn die Spadaka von einer (angeblichen) Besitzübergabe der KG an die Beklagte nicht einmal etwas wußte. Auch daß der Spadaka der Vorgang bald darauf mitgeteilt wurde und sie offenbar keine Einwendungen erhoben hat, genügt nicht.

c) Ob es - wie das Berufungsgericht meint - für eine Übergabe nach § 933 BGB ausreicht, wenn der Verkäufer die Sache auf Geheiß des Erwerbers einem Dritten übergibt, der nicht Besitzdiener oder Besitzmittler des Erwerbers ist, kann offen bleiben. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Spadaka der KG keine Weisung erteilt, die Geräte an die Beklagte zu übergeben, so daß ein "Geheißerwerb" ausscheidet. Die Einwendungen der Revision hiergegen sind, wie bereits ausgeführt, unzulässig.

d) Ein Besitzerwerb der Beklagten für Ende August oder Anfang September 1974 scheidet im übrigen, was das Berufungsgericht nicht erörtert hat, auch schon deshalb aus, weil die KG den Besitz bis zu ihrer Liquidation nach Ablehnung der Konkurseröffnung nicht aufgegeben hat. Eine Übergabe i.S. von § 933 BGB liegt nach st.Rspr. nur vor, wenn der Verkäufer den Besitz und damit jede eigene Einwirkungsmöglichkeit restlos aufgibt (RGZ 137,

23, 25; Senatsurteil vom 20. Juni 1962 - VIII ZR 128/61
= LM BGB § 932 Nr. 19 = WM 1962, 818, 820).

Das war für die Zeit unmittelbar nach Stellung des Konkursantrags nicht der Fall. Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Beklagte kein eigenes Büro hatte, sondern das der KG mitbenutzte. Schon dies weist darauf hin, daß die KG nach Zusammenziehung der Geräte auf dem Bauhof nicht von jeder Einwirkung ausgeschlossen war; denn die Schlüssel für die Baumaschinen waren offen an einem Schlüsselbrett aufgehängt, das sich im Magazin befand.

Hinzu kommt, daß das Gesamtgelände des Bauhofs teils von der KG, teils von der Beklagten benutzt wurde und die beiden Bereiche "teilweise identisch" waren. Auch das spricht für eine Einwirkungsmöglichkeit der KG.

e) Eine "Übergabe" des Baggers an die Beklagte unmittelbar nach der Stellung des Konkursantrags hat somit nicht stattgefunden. Ein späterer Zeitpunkt dafür kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil es an jeder dafür erforderlichen Mitwirkungshandlung der KG als des Veräußerers fehlt (BGHZ 67, 207 ff). Zwar ist nicht festgestellt, wann die KG liquidiert und damit handlungsunfähig geworden ist. Es ist aber auch weder vom Berufungsgericht festgestellt noch von der Beklagten vorgetragen, daß die KG nach der Verbringung des Baggers auf den Bauhof noch eine Handlung vorgenommen hätte, die eine Übergabe an die Spadaka hätte bewirken können.

Auch die Tatsache, daß die Spadaka der Beklagten am 15. November 1974 die Benutzung der abgestellten Geräte gestattet hat, ändert an diesem Ergebnis nichts. Die für § 933 BGB notwendige Besitzaufgabe durch den Veräußerer hat

mangels jeder Mitwirkung der KG zu diesem Zeitpunkt nicht stattgefunden. Die in der Benutzungserlaubnis möglicherweise liegende Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses könnte auch nicht auf den Zeitpunkt Ende August/Anfang September 1974 zurückwirken, weil aus Gründen der Klarheit und Rechtssicherheit die für die Übergabe nach § 933 BGB maßgebenden Voraussetzungen und Rechtsverhältnisse zur Zeit des (tatsächlichen) Besitzwechsels vorliegen müssen. So kann z.B. auch ein nur vorheriges Einverständnis des Veräußerers mit der Wegnahme durch den Erwerber für eine Übergabe nicht genügen (BGHZ 67, 207 ff).

3. Da die Spadaka Eigentum an dem Bagger schon mangels Übergabe nicht erworben hat, kommt es auf die vom Berufungsgericht weiter erörterte Frage, ob die Spadaka gutgläubig war, nicht mehr an.

III.

Das Berufungsgericht führt weiter aus, auch die Beklagte habe durch den Vertrag vom 3. Februar 1975 mit der Spadaka nicht gutgläubig Eigentum an dem Bagger erworben, weil die Klägerin sie vorher mehrfach auf ihr Vorbehalts-eigentum hingewiesen habe. Deshalb könne die Klägerin Herausgabe des Baggers (§ 985 BGB) fordern. Die Beklagte habe auch weder ein Recht zum Besitz noch ein Leistungsverweigerungsrecht.

Gegen diese von der Revision nicht angegriffenen
Erwägungen bestehen keine rechtlichen Bedenken.

Die Revision der Beklagten mußte daher mit der
Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Braxmaier

Hoffmann

Merz

Treier

Dr. Brunotte